Congrès 2011

apff
association de
planification fiscale
et financière



Congrès 2011

1100, boul. René-Lévesque Ouest
bureau 660 Montréal (Québec)
H3B 4N4 (514) 866-2733

Cette publication doit être citée : *Congrès 2011*

Avertissement au lecteur

Ces conférences ont été prononcées en octobre 2011, lors du 36e 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 existait à cette époque; il faudrait en tenir compte lors de vos consultations.

© 2012, Association de planification fiscale et financière
Tous droits réservés. La reproduction ou transmission, sous quelque forme ou par quelque moyen (électronique ou mécanique, y compris la photocopie, l'enregistrement ou l'introduction dans tout système informatique de recherche documentaire) actuellement connu ou non encore inventé, de toute partie de la présente publication, faite sans le consentement écrit de l'éditeur est interdite sauf dans le cas où quelqu'un désire citer de courts extraits. Dans ce dernier cas, mention doit absolument être faite et de l'auteur et du livre *Congrès 2011* comme source de référence.

ISBN 978-2-920098-08-4

Dépôt légal, 3e trimestre 2012
Bibliothèque nationale du Québec
Bibliothèque nationale du Canada

Table des matières générale

page

Message du président-directeur général V

Comité du Congrès 2011 VII

Équipe de l'APFF 2011 VIII

Conseil d'administration de l'APFF 2011-2012 IX

Membres corporatifs 2011 X

Commanditaires 2011 XIV

Table des auteurs XV

Table par titres de conférences et tables rondes XXIII

MESSAGE DU PRÉSIDENT-DIRECTEUR GÉNÉRAL



Maurice Mongrain
Avocat
Président-directeur général
APFF

Le Congrès 2011 de l'APFF, qui s'est tenu à Québec sous la coprésidence de M^me^ Diane Hamel, CGA, TEP, vice-présidente adjointe à la planification fiscale et successorale chez Financière Manuvie, et de M. Norman Angell, CGA, associé chez Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l., appuyés par les membres du comité organisateur, fut une grande réussite à tous les points de vue.

L'organisation du congrès fut un exemple d'ordre et d'efficacité, et les commentaires élogieux reçus de nos membres démontrent à quel point le programme du congrès répondait bien à leurs besoins et à leurs attentes. D'ailleurs, près de 700 personnes ont assisté au Congrès 2011.

Nous remercions M^me^ Hamel et M. Angell ainsi que les membres du comité organisateur de leur excellent travail et du temps qu'ils ont consacré à la préparation de cet événement. Nous remercions également nos invités d'honneur et nos conférenciers de leur dévouement et de leur

professionnalisme, et nos commanditaires de la générosité dont ils ont fait preuve. Nous nous permettons d'insister, de plus, sur l'apport indispensable des employés de l'APFF, notamment sur la contribution de l'équipe de l'édition qui révise les textes, sans qui le congrès de l'APFF et la publication de cet ouvrage ne pourraient se faire. Nous les en remercions.

Nous vous souhaitons bonne lecture et vous invitons à vous joindre à nous à Montréal les 3, 4 et 5 octobre prochain pour le 37e congrès annuel de l'APFF.

Maurice Mongrain
Président-directeur général
APFF

Comité du Congrès 2011

COPRÉSIDENTE

Diane HAMEL, CGA, TEP, vice-présidente adjointe, planification fiscale et successorale – Financière Manuvie

COPRÉSIDENT

Norman ANGELL, CGA, associé –
Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l.

MEMBRES DU COMITÉ

Gilles CHEVALIER, Pl. Fin., président –
Engel, Chevalier – Protection du patrimoine inc.
Yves COALLIER, B.A.A. Fin. Int'l, M. Fisc. –
GCI inc. | Gallant & Associés s.e.n.c.r.l.
Marie-Andrée CÔTÉ, avocate, M. Fisc., première directrice principale –
Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l.
Micheline DEL VECCHIO, avocate, LL. M., DESS fisc. –
Directrice des services professionnels – APFF
Gil DEMERS, CA, M. Fisc., associé, fiscalité – Demers Beaulne, s.e.n.c.r.l.
Michel DURAND, avocat, D. Fisc., premier directeur, fiscalité –
RSM Richter Chamberland s.e.n.c.r.l.
Renée GALLANT, FCA, M. Fisc., associée principale –
Gallant & Associés s.e.n.c.r.l.
Jocelyne GAGNON, Adm.A., AVA, M. Fisc., Pl. Fin., directeur de la fiscalité (Québec) – Conseils PPI
Sylvie GARON, CGA, CMA, M. Fisc., associée –
Mazars Harel Drouin s.e.n.c.r.l.
Bernard GAUDREAU, avocat, M. Fisc. – Norton Rose
Anne-Marie GIRARD-PLOUFFE, Adm.A., Pl. Fin., AVA, TEP, FCSI, conseillère en sécurité financière – Option Fortune, cabinet de services financiers
Stéphane LEBLANC, CA, associé, fiscalité –
Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.
Nicolas LEGAULT, CMA, M. Fisc., associé, fiscalité internationale –
Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.
Marcel LEMAY, FCA, associé, directeur de la fiscalité –
Hardy, Normand & Associés, s.e.n.c.r.l.
Martin LORD, avocat, M. Fisc., TEP, associé, fiscalité –
Robinson Sheppard Shapiro s.e.n.c.r.l. Avocats
Charles P. MARQUETTE, avocat, TEP, associé –
Borden Ladner Gervais s.r.l., s.e.n.c.r.l.
Hélène MARQUIS, avocate, D. Fisc., Pl. Fin., TEP, directrice régionale –
Gestion privée de patrimoine CIBC

Alain MÉNARD, avocat, BA, MBA, associé –
Cain Lamarre Casgrain Wells s.e.n.c.r.l./Avocats
Danièle MILETTE, M. Fisc., associée, fiscalité –
Samson Bélair/Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.
Maurice MONGRAIN, avocat – Président-directeur général – APFF
Christopher R. MOSTOVAC, avocat, associé – Starnino Mostovac s.e.n.c.
Hugo PATENAUDE, notaire, M. Fisc., TEP –
Fasken Martineau DuMoulin s.e.n.c.r.l., s.r.l.
René ROY, avocat, CA, associé –
Fasken Martineau DuMoulin s.e.n.c.r.l., s.r.l.
Paul RYAN, avocat, associé – Ravinsky Ryan Lemoine Avocats s.e.n.c.r.l.
Jean-François THUOT, CGA, M. Fisc., associé, fiscalité –
Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l.
Jules TURCOTTE, avocat, M. Fisc., associé –
BCF s.e.n.c.r.l.

Équipe de l'APFF – 2011

Micheline DEL VECCHIO, avocate, LL. M., DESS fisc. –
Directrice des services professionnels
Jean FORTIN – Directeur des services aux membres
Diane GAGNON, avocate – Directrice de l'édition
Ginette LECLAIR – Adjointe à la direction
Nicole PARENT – Directrice, finances et comptabilité

Carolina ARAYA
Véronique AUBIN
Normand CHARPENTIER
Geneviève CÔTÉ
Mimi DERHY
Sarah LABISSIÈRE
Serge LAHAIE
Nathalie LÉVESQUE
Diane MARTIN
Marie-Andrée THÉORÊT

Ont participé à la préparation des textes en vue de la publication du livre *Congrès 2011*

Geneviève CÔTÉ
Diane GAGNON
Diane MARTIN
Marie-Andrée THÉORÊT

Conseil d'administration de l'APFF – 2011-2012

M. Maurice FRÉCHETTE, CGA
Président du conseil d'administration
Power Corporation du Canada

M^e René ROY, avocat, CA, associé
Vice-président du conseil d'administration
Fasken Martineau DuMoulin s.e.n.c.r.l., s.r.l.

M. Stéphane LEBLANC, CA, associé, fiscalité
Trésorier du conseil d'administration
Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.

M^e Alain MÉNARD, avocat, BA, MBA, associé
Secrétaire du conseil d'administration
Cain Lamarre Casgrain Wells s.e.n.c.r.l./Avocats

M^me Anne-Marie GIRARD-PLOUFFE, Adm.A., Pl. Fin.,
AVA, TEP, FCSI, conseillère en sécurité financière
Présidente sortante du conseil d'administration
Option Fortune, cabinet de services financiers

M. Éric BRASSARD, CA, Pl. Fin., associé
Brassard Goulet Yargeau, Services financiers intégrés

M^me Andrée COUTURE, BAA, AVA, Pl. Fin., FLMI
Conseils PPI

M. Benoît DESJARDINS, CA, M. Fisc., associé, fiscalité
Samson Bélair/Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.

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

M^e Éric LABELLE, avocat, associé
Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l.

M^e Martin LORD, avocat, M. Fisc., TEP, associé, fiscalité
Robinson Sheppard Shapiro s.e.n.c.r.l. Avocats

M^e Hélène MARQUIS, avocate, D. Fisc., Pl. Fin., TEP, directrice régionale
Gestion privée de patrimoine CIBC

M^e Diane TSONOS, avocate, TEP, associée
RSM Richter Chamberland s.e.n.c.r.l.

M^e Maurice MONGRAIN, avocat
Président-directeur général – APFF

Membres corporatifs – 2011

AGENCE DU REVENU DU CANADA

ASSOCIATION CANADIENNE DES COMPAGNIES D'ASSURANCES DE PERSONNES INC.

AXA ASSURANCES INC.

BANQUE LAURENTIENNE DU CANADA

BANQUE NATIONALE GESTION PRIVÉE 1859

BARREAU DU QUÉBEC

BDO CANADA, LLP/S.R.L./S.E.N.C.R.L.

BELL CANADA

BMO SOCIÉTÉ D'ASSURANCE-VIE

BOILY HANDFIELD, CA

BRASSARD GOULET YARGEAU, SERVICES FINANCIERS INTÉGRÉS

CANADIEN NATIONAL

CARSWELL, UNE SOCIÉTÉ THOMSON REUTERS

CHAMBRE DE LA SÉCURITÉ FINANCIÈRE

CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC

CIRQUE DU SOLEIL

CLOUTIER & BRISEBOIS, CA

COMPAGNIE D'ASSURANCE CANADA-VIE

DE GRANDPRÉ CHAIT S.E.N.C.R.L.

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

DESJARDINS SÉCURITÉ FINANCIÈRE – MONTRÉAL

DUFOUR CHARBONNEAU BRUNET & ASSOCIÉS INC., COMPTABLES AGRÉÉS

ENGEL, CHEVALIER – PROTECTION DU PATRIMOINE

ERNST & YOUNG S.R.L./S.E.N.C.R.L.

FÉDÉRATION DES CAISSES DESJARDINS DU QUÉBEC

FINANCIÈRE MANUVIE

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

FISC-CAP SERVICES CONSEILS INC.

FGL INC.

FONDATION DU GRAND MONTRÉAL

FORCE FINANCIÈRE EXCEL

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

GALLANT & ASSOCIÉS CA S.E.N.C.R.L.

GAZ MÉTRO

GESTION PLACEMENTS DESJARDINS

GESTION PRIVÉE DE PATRIMOINE CIBC

GROUPE ALTUS

GROUPE CLOUTIER INC.

GROUPE DYNAVISION INC.

GROUPE FINANCIER MULTI COURTAGE INC.

GROUPE FINANCIER STRATÈGE

GROUPE GESTION PRIVÉE SCOTIA

GROUPE RS & DE INC.

HARDY NORMAND & ASSOCIÉS S.E.N.C., CA

HEC MONTRÉAL

INDUSTRIELLE ALLIANCE, ASSURANCE ET SERVICES FINANCIERS

INSTITUT QUÉBÉCOIS DE PLANIFICATION FINANCIÈRE

INTACT CORPORATION FINANCIÈRE

INVESTISSEMENT QUÉBEC

INVESTISSEMENTS MANUVIE

JARRY BAZINET AVOCATS & CONSEILLERS D'AFFAIRES INC.

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

LA CAPITALE ASSURANCES MFQ INC.

LA COOP FÉDÉRÉE

LA SURVIVANCE, COMPAGNIE MUTUELLE D'ASSURANCE-VIE

LAVERY

LE GROUPE CSL INC.
CANADA STEAMSHIP LINES INC.

LOMBARD ODIER DARIER HENTSCH (CANADA), SOCIÉTÉ EN COMMANDITE

MCLEAN BUDDEN LTÉE

MORNEAU SOBECO

OPTION FORTUNE INC.

ORDRE DES COMPTABLES EN MANAGEMENT ACCRÉDITÉS DU QUÉBEC

ORDRE DES COMPTABLES GÉNÉRAUX ACCRÉDITÉS DU QUÉBEC

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

PINCHEVSKY & CO CONSEILLERS EN RS & DE

POWER CORPORATION DU CANADA

PPI QUÉBEC INC.

PREMTEC – GÉNIE CONSEIL EN CRÉDITS D'IMPÔT DE RS & DE

PUBLICATIONS CCH LTÉE

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

RÉSO GESTION CORPORATIVE INC.

RIO TINTO CANADA

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

SAMSON BÉLAIR/DELOITTE & TOUCHE S.E.N.C.R.L.

SERVICES DE GESTION DU PATRIMOINE RBC

T.E. MIRADOR

TRANSAMÉRICA VIE CANADA

TRUST BANQUE NATIONALE

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL
DIVISION DES DONS MAJEURS ET PLANIFIÉS

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

Nous tenons à remercier sincèrement tous nos commanditaires qui ont contribué par leur participation financière à la réussite de ce 36e congrès annuel.

Commanditaires – 2011

Commanditaire principal	**CCH, une société Wolters Kluwer**
Écrans indicatifs des conférences	**Heenan Blaikie s.r.l.**
Location des salles de conférences et de l'équipement audiovisuel	**Fédération des caisses Desjardins du Québec**
Les vins servis au Banquet	**Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.**
Salon Internet Panneau de l'horaire de chaque journée	**Financière Manuvie**
Lanières et badges d'identification	**Financière Sun Life**
Centres de table au Banquet	**Option Fortune inc.**
Digestifs et cafés exotiques	**RBC Dominion valeurs mobilières**
Impression des questions des tables rondes	**Osler, Hoskin & Harcourt s.e.n.c.r.l./s.r.l.**
Pauses santé du 5 octobre	**CCH, une société Wolters Kluwer**
Pauses santé du 6 octobre	**Engel Chevalier – Protection du patrimoine**
Pauses santé du 7 octobre	**Carswell, une société Thomson Reuters**

Exposants

Carswell, une société Thomson Reuters
CCH, une société Wolters Kluwer
Revenu Québec
Université de Sherbrooke

Table des auteurs

ACKMAN, Susan
Placements de portefeuille étrangers, retenues à la source relatives aux placements transfrontaliers et effet sur le rendement 45:1-32

ALLARD, Pierre T.
Le gel de l'immobilier 21:1-94

ASSELIN, Philippe
Impact de la nouvelle Loi sur les sociétés par actions *sur les réorganisations* 18:1-38

BARIL, Michel
Programme de vérification de Revenu Québec dans le secteur immobilier 41:1-10

BEAUDIN, Nathalie
La déduction pour gains en capital de 750 000 $ – Mise à jour 20:1-62

BÉLANGER, Lucie
La recherche et le développement en collaboration – Impacts des incitatifs fiscaux RS & DE 38:1-62

BELLEY, Dominic C.
Éléments de litige corporatif 19:1-30

BOITEAU, Martin Olivier
Minimisation des droits successoraux américains 13:1-30

BORDELEAU, François
Table ronde sur la fiscalité fédérale 48:1-62

BOUCHER, Valérie
Impact de la nouvelle Loi sur les sociétés par actions *sur les réorganisations* 18:1-38

BOURGEOIS, Daniel
Jurisprudence fiscale et administrative 30:1-86

BOUTHILLIER, Julie
Conséquences fiscales insoupçonnées de l'utilisation de la dette dans un contexte transfrontalier 17:1-20

BRASSARD, Éric
Convention entre actionnaires et assurances de personnes : une approche intégrée 11:1-54

BUSSIÈRES, Martin
Les structures de sociétés les plus populaires pour exploiter une entreprise professionnelle 7:1-30

CARLI, Gilles
Table ronde sur la fiscalité fédérale 48:1-62

CHABOT, Guy
Table ronde sur la fiscalité provinciale 47:1-58

CLICHE, Vincent
Survol de la fiscalité des produits de placement 15:1-10

DAVIDSON, Céline
Table ronde sur la fiscalité provinciale 47:1-58

DEMERS, Gil
Affaire Canderel*, 15 ans plus tard* 8:1-44

DROUIN, Jean-François
Le spectre du paragraphe 84(2) L.I.R. 25:1-56

DUONG, Robert
Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers 46:1-48

DU PONT, Guy
Affaire Canderel*, 15 ans plus tard* 8:1-44

DUPRAS, Anne-Marie
L'utilisation et la déductibilité des frais de gestion en fiscalité canadienne 36:1-28

DUSSAULT, Martin
Panel RS & DE avec l'Agence du revenu du Canada et l'Agence du revenu du Québec 39:1-18

FISETTE-CAZA, Nathalie
Placements de portefeuille étrangers, retenues à la source relatives aux placements transfrontaliers et effet sur le rendement 45:1-32

FORTIER, Liliane
Analyse du paragraphe 15(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu 3:1-36

FORTIN, Alexandra
Déductibilité des honoraires professionnels, où en sommes-nous? 35:1-28

GAGNON, Jocelyne
Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers 46:1-48

GARON, Sylvie
Revue des interprétations techniques récentes 5:1-34

GAUTHIER, Paule
Placements de portefeuille étrangers, retenues à la source relatives aux placements transfrontaliers et effet sur le rendement 45:1-32
Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers 46:1-48

GIRARD-PLOUFFE, Anne-Marie
Dons de bienfaisance dans la planification ante *et* post mortem *de particuliers* 34:1-28

GIROUX, François
Tendance du marché en matière de transaction commerciale 26:1-16

GOSSELIN, Daniel
Fiducie testamentaire : attention à la contamination 28:1-24
La déduction pour gains en capital de 750 000 $ – Mise à jour 20:1-62

GOULET, Guy
Table ronde sur la fiscalité fédérale 48:1-62

GOULET, Martin
Convention entre actionnaires et assurances de personnes : une approche intégrée 11:1-54

GRENIER, Serge
Panel RS & DE avec l'Agence du revenu du Canada et l'Agence du revenu du Québec 39:1-18

HOTTE, Natalie
Sujets de l'heure en placements et régimes enregistrés 44:1-42

JACQUES, Christian
Panel sur les conventions d'actionnaires 2:1-76

JANELLE, Maryse
Réorganisations : quoi de neuf en TPS et TVQ 37:1-16

LABBÉ, Lucie L.
Table ronde sur la fiscalité provinciale 47:1-58

LACHANCE, Dominic
Survol de la fiscalité des produits de placement 15:1-10

LACHANCE, Hugues
Comment utiliser des sociétés de personnes et en tirer profit? 27:1-32

LA CHARITÉ, Éric
Sujets de l'heure en assurances de personnes 31:1-22

LACOMBE, Luc
Le gel de l'immobilier 21:1-94

LAMBERT, Michel
Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers 46:1-48

LANDRY, Suzanne
Transmission d'entreprises familiales : que faire devant l'iniquité fiscale? 1:1-14

LANIEL, Robert
Tutelle, curatelle et mandats d'inaptitude, comment s'y retrouver? 32:1-46

LAVIGNE, Suzanne
Pièges fréquents dans les dossiers de relève et pistes de solution 12:1-46

LEBLANC, Stéphane
Table ronde sur la fiscalité fédérale 48:1-62

LEFEBVRE, Wilfrid
La pratique du fiscaliste en 2011, qu'en est-il? 40:1-20

LEGAULT, Marie-Andrée
Jurisprudence fiscale et administrative 30:1-86

LEGAULT, Martin
Structure d'utilisation de pertes – Une touche nouvelle 16:1-40

LEMAY, Marcel
Table ronde sur la fiscalité fédérale 48:1-62

LEMIEUX, François
Programme de vérification de Revenu Québec dans le secteur immobilier 41:1-10

LESSARD, Serge
Sujets de l'heure en placements et régimes enregistrés 44:1-42

LORANGER, Julie
Les limites des pouvoirs fiduciaires dans les fiducies entre vifs 22:1-42

LORD, Martin
Dons de bienfaisance dans la planification ante *et* post mortem *de particuliers* 34:1-28

MARQUETTE, Charles P.
Panel sur les conventions d'actionnaires 2:1-76

MARQUIS, Hélène
Jurisprudence sur les désignations de bénéficiaire 33:1-38

MARQUIS, Hélène
Panel RS & DE avec l'Agence du revenu du Canada et l'Agence du revenu du Québec 39:1-18

MARTEL, Luc
Pièges fréquents dans les dossiers de relève et pistes de solution 12:1-46

MARTINET, Benoit
Tendance du marché en matière de transaction commerciale 26:1-16

MÉNARD, Alain
Jurisprudence fiscale et administrative 30:1-86

MÉNARD, Valérie
Compte de dividendes en capital 4:1-34

MONTILLAUD, Philippe
Structure d'utilisation de pertes – Une touche nouvelle 16:1-40

MOSTOVAC, Christopher R.
L'Unité permanente anticorruption et l'administration fiscale 42:1-16

PELLAND, Ginette
Table ronde sur la fiscalité provinciale 47:1-58

PESANT, Martin
Panel RS & DE avec l'Agence du revenu du Canada et l'Agence du revenu du Québec 39:1-18

POULIN, Jean-François
Résolution de conflits 14:1-12

POULIN, Jean-François
Ventes à l'étranger ..... (texte non remis)

POULIN, Jean-Pierre
Table ronde sur la fiscalité provinciale 47:1-58

PROVENCHER, Annick
La simulation en droit civil québécois et le fisc 10:1-32

PRUD'HOMME, Stéphane
Table ronde sur la fiscalité fédérale 48:1-62

PUGLIÈSE, Claudine
Gel successoral d'une entreprise – Erreurs et opportunités 29:1-40

RHÉAUME, Caroline
Minimisation des droits successoraux américains 13:1-30

ROY, Louise J.
Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers 46:1-48

ROYAL, Normand
Implication des enfants mineurs aux affaires 9:1-32

RYAN, Paul
Divulgation volontaire de comptes à l'étranger : où en sommes-nous? 43:1-20

ST-ONGE, Émilie
Fiducie testamentaire : attention à la contamination 28:1-24

TASSÉ, Louis
Jurisprudence fiscale et administrative 30:1-86

THÉRIEN, Christian
La déduction pour gains en capital de 750 000 $ – Mise à jour 20:1-62

THUOT, Jean-François
L'article 84.1 L.I.R. : un incontournable lors du transfert d'une entreprise 24:1-40

TSONOS, Diane
Technique du « pipeline » en planification post mortem ..... (texte non remis)

TURCOTTE, Jules
Table ronde sur la fiscalité provinciale 47:1-58

ZEMAITIS, Pierre
Jurisprudence fiscale et administrative 30:1-86

Table par titres de conférences et tables rondes

1. **Transmission d'entreprises familiales : que faire devant l'iniquité fiscale?**
   Suzanne Landry 1:1-14

2. **Panel sur les conventions d'actionnaires**
   Charles P. Marquette et *Christian Jacques* 2:1-76

3. **Analyse du paragraphe 15(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu***
   Liliane Fortier 3:1-36

4. **Compte de dividendes en capital**
   Valérie Ménard 4:1-34

5. **Revue des interprétations techniques récentes**
   Sylvie Garon 5:1-34

6. **Ventes à l'étranger**
   Jean-François Poulin ..... (texte non remis)

7. **Les structures de sociétés les plus populaires pour exploiter une entreprise professionnelle**
   Martin Bussières 7:1-30

8. **Affaire *Canderel*, 15 ans plus tard**
   Guy Du Pont et *Gil Demers* 8:1-44

9. **Implication des enfants mineurs aux affaires**
   Normand Royal 9:1-32

10. **La simulation en droit civil québécois et le fisc**
    Annick Provencher 10:1-32

11. **Convention entre actionnaires et assurances de personnes : une approche intégrée**
    Martin Goulet et *Éric Brassard* 11:1-54

12. **Pièges fréquents dans les dossiers de relève et pistes de solution**
    Suzanne Lavigne et *Luc Martel* 12:1-46

13. **Minimisation des droits successoraux américains**
Caroline Rhéaume et *Martin Olivier Boiteau* 13:1-30

14. **Résolution de conflits**
Jean-François Poulin 14:1-12

15. **Survol de la fiscalité des produits de placement**
Dominic Lachance et *Vincent Cliche* 15:1-10

16. **Structure d'utilisation de pertes – Une touche nouvelle**
Martin Legault et *Philippe Montillaud* 16:1-40

17. **Conséquences fiscales insoupçonnées de l'utilisation de la dette dans un contexte transfrontalier**
Julie Bouthillier 17:1-20

18. **Impact de la nouvelle *Loi sur les sociétés par actions* sur les réorganisations**
Philippe Asselin et *Valérie Boucher* 18:1-38

19. **Éléments de litige corporatif**
Dominic C. Belley 19:1-30

20. **La déduction pour gains en capital de 750 000 $ – Mise à jour**
Daniel Gosselin, Christian Thérien et *Nathalie Beaudin* 20:1-62

21. **Le gel de l'immobilier**
Pierre T. Allard et *Luc Lacombe* 21:1-94

22. **Les limites des pouvoirs fiduciaires dans les fiducies entre vifs**
Julie Loranger 22:1-42

23. **Technique du « pipeline » en planification *post mortem***
Diane Tsonos ..... (texte non remis)

24. **L'article 84.1 L.I.R. : un incontournable lors du transfert d'une entreprise**
Jean-François Thuot 24:1-40

25. **Le spectre du paragraphe 84(2) L.I.R.**
Jean-François Drouin 25:1-56

26. **Tendance du marché en matière de transaction commerciale**
Benoit Martinet et *François Giroux* 26:1-16

27. **Comment utiliser des sociétés de personnes et en tirer profit?**
Hugues Lachance 27:1-32

28. **Fiducie testamentaire : attention à la contamination**
Daniel Gosselin et *Émilie St-Onge* 28:1-24

29. **Gel successoral d'une entreprise – Erreurs et opportunités**
Claudine Puglièse 29:1-40

30. **Jurisprudence fiscale et administrative**
Alain Ménard, Daniel Bourgeois, Louis Tassé, Pierre Zemaitis et *Marie-Andrée Legault* 30:1-86

31. **Sujets de l'heure en assurances de personnes**
Éric La Charité 31:1-22

32. **Tutelle, curatelle et mandats d'inaptitude, comment s'y retrouver?**
Robert Laniel 32:1-46

33. **Jurisprudence sur les désignations de bénéficiaire**
Hélène Marquis 33:1-38

34. **Dons de bienfaisance dans la planification *ante* et *post mortem* de particuliers**
Anne-Marie Girard-Plouffe et *Martin Lord* 34:1-28

35. **Déductibilité des honoraires professionnels, où en sommes-nous?**
Alexandra Fortin 35:1-28

36. **L'utilisation et la déductibilité des frais de gestion en fiscalité canadienne**
Anne-Marie Dupras 36:1-28

37. **Réorganisations : quoi de neuf en TPS et TVQ**
Maryse Janelle 37:1-16

38. **La recherche et le développement en collaboration – Impacts des incitatifs fiscaux RS & DE**
Lucie Bélanger 38:1-62

39. **Panel RS & DE avec l'Agence du revenu du Canada et l'Agence du revenu du Québec**
Serge Grenier, Hélène Marquis, Martin Pesant et *Martin Dussault* 39:1-18

40. **La pratique du fiscaliste en 2011, qu'en est-il?**
Wilfrid Lefebvre 40:1-20

41. **Programme de vérification de Revenu Québec dans le secteur immobilier**
François Lemieux et *Michel Baril* 41:1-10

42. **L'Unité permanente anticorruption et l'administration fiscale**
Christopher R. Mostovac 42:1-16

43. **Divulgation volontaire de comptes à l'étranger : où en sommes-nous?**
Paul Ryan 43:1-20

44. **Sujets de l'heure en placements et régimes enregistrés**
Serge Lessard et *Natalie Hotte* 44:1-42

45. **Placements de portefeuille étrangers, retenues à la source relatives aux placements transfrontaliers et effet sur le rendement**
Paule Gauthier, Nathalie Fisette-Caza et *Susan Ackman* 45:1-32

46. **Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers**
Jocelyne Gagnon, Paule Gauthier, Louise J. Roy, Michel Lambert et *Robert Duong* 46:1-48

47. **Table ronde sur la fiscalité provinciale**
Jules Turcotte, Guy Chabot, Jean-Pierre Poulin, Céline Davidson, Lucie L. Labbé et *Ginette Pelland* 47:1-58

48. **Table ronde sur la fiscalité fédérale**
Marcel Lemay, Stéphane Leblanc,
Gilles Carli, François Bordeleau,
Guy Goulet et *Stéphane Prud'Homme* 48:1-62

TRANSMISSION D'ENTREPRISES FAMILIALES : QUE FAIRE DEVANT L'INIQUITÉ FISCALE?



Suzanne Landry
Ph. D., M. Fisc., FCA, FCMA
Professeure titulaire de comptabilité et
fiscalité Roland-Chagnon
HEC Montréal
Associée universitaire
Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

1. **LE CONTEXTE** 1:3

2. **LA PROBLÉMATIQUE** 1:5

3. **LA NÉCESSITÉ D'APPORTER DES CHANGEMENTS LÉGISLATIFS** ... 1:10

4. **LES PISTES DE SOLUTION** 1:11

1. LE CONTEXTE[*]

L'importance de la relève entrepreneuriale pour le développement et la pérennité des entreprises n'est plus à démontrer[1]. Elle est au cœur des préoccupations des entrepreneurs, des autorités gouvernementales, des financiers et des organismes intéressés par le développement économique du Québec et du Canada.

Selon une étude publiée en 2006 par la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante[2] (« FCEI »), plus de 34 % des propriétaires des PME canadiennes prévoient se retirer au cours des cinq prochaines années. Ce pourcentage est de 66 % sur un horizon de 10 ans et de 82 % sur une période de 15 ans. Toujours selon cette étude, ce sont les propriétaires de PME de la Colombie-Britannique (73 %), de l'Alberta (71 %) et de la Saskatchewan (71 %) qui sont les plus susceptibles de se retirer de leurs entreprises au cours des 10 prochaines années. Ce pourcentage est de 61 % au Québec. Une autre étude publiée en 2006, cette fois par l'Institut québécois des familles en affaires[3], annonce un pourcentage légèrement plus élevé, soit 67 % des entreprises québécoises qui feront l'objet d'un changement d'actionnariat au cours de la prochaine décennie.

La contribution des PME canadiennes dans l'économie est indéniable : elles génèrent, à elles seules, environ 45 % du produit intérieur brut. Il est donc impératif que les gouvernements, canadien et provinciaux, s'assurent de mettre en place tous les outils visant à favoriser la rentabilité des entreprises familiales, accélérer leur croissance et surtout faciliter leur

---

[*] L'auteure remercie M^me^ Kathleen Comeau, M. Fisc., de Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l., de ses commentaires.

[1] Ce texte présente une synthèse du rapport intitulé *La transmission d'entreprises : problématique et pistes de solution*, lequel a été rendu public en février 2011 et est disponible sur le site : www.rcgt.com/transmission-entreprises et du texte suivant : Jean GAUTHIER et Suzanne LANDRY, « Réflexions – Pour un transfert équitable des entreprises familiales! », (2011), vol. 31, n^o^ 2 *Revue de planification fiscale et financière* 183-192. Le lecteur peut également consulter la présentation faite par l'auteure en juin 2011 : Suzanne LANDRY, « La transmission d'entreprises familiales : problématiques fiscales et pistes de solution », dans *Colloque – La relève familiale*, 203, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2011.

[2] FÉDÉRATION CANADIENNE DE L'ENTREPRISE INDÉPENDANTE, *La relève des PME : Mise à jour* (en ligne : http://www.cfib-fcei.ca/cfib-documents/Successionf-2006.pdf).

[3] INSTITUT QUÉBÉCOIS DES FAMILLES EN AFFAIRES (en ligne : http://www.iqfa.ca/FRANCAIS/apropos/contexte.html).

pérennité. Le succès du transfert d'une entreprise repose en grande partie sur un plan de relève stratégique et une structure de financement optimale. Si l'on reconnaît que la fiscalité est un élément clé d'une structure de financement optimale et qu'elle constitue un levier important pour stimuler l'économie, les considérations fiscales ne devraient pas entrer en ligne de compte quand vient le moment pour un entrepreneur de choisir ses successeurs.

Le transfert d'une entreprise peut s'effectuer par la vente d'une entreprise à un tiers, par l'intégration d'employés clés ou par le transfert de l'entreprise à des membres de la famille ou à la prochaine génération. Or, il appert que notre système fiscal actuel favorise le transfert d'une entreprise à des tiers plutôt que la transmission à la famille ou à la prochaine génération. En effet, l'article 84.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[4] et son équivalent dans la *Loi sur les impôts* du Québec[5] considèrent le gain en capital comme un dividende présumé lorsqu'un particulier dispose, pour une contrepartie en espèces, d'actions d'une société qui réside au Canada en faveur d'une autre société avec laquelle il a un lien de dépendance et que la société dont les actions ont été cédées est rattachée à l'acheteur après la transaction, faisant ainsi perdre le bénéfice de la déduction pour gains en capital (« DGC »).

Selon l'étude publiée en 2005 par la FCEI[6], 90 % des propriétaires de petites entreprises considèrent le produit de la vente de leur entreprise, leurs épargnes personnelles et la DGC comme des éléments très importants pour le financement de leur retraite et, dans 82 % des cas, la retraite est la principale raison pour laquelle les propriétaires prévoient quitter leur entreprise. Dans cette perspective, on comprend pourquoi l'accès à cette déduction est un élément clé du montage financier d'un transfert d'entreprise[7].

Ce désavantage va à l'encontre des principes de neutralité et d'équité d'un bon système fiscal, lesquels exigent que les personnes se trouvant dans

---

4 L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.) et mod. (« L.I.R. »). À moins d'indication contraire, toute référence à la *Loi de l'impôt sur le revenu* implique nécessairement une référence à la disposition correspondante dans la *Loi sur les impôts* du Québec, L.R.Q., c. I.3 et mod. (« L.I. »).

5 Art. 517.1 à 517.3.1 L.I.

6 FÉDÉRATION CANADIENNE DE L'ENTREPRISE INDÉPENDANTE, *La relève : la clé de la réussite* (en ligne : http://www.fcei.ca/researchf/reports/rr3007f.pdf).

7 *Id*.

une situation économique comparable paient le même impôt. La neutralité implique que les impôts et les taxes ne fassent pas en sorte de modifier les comportements des différents acteurs économiques. À cet égard, l'Organisation de coopération et de développement économiques (« OCDE ») note ce qui suit :

> « Un impôt considéré de manière générale comme injuste ou arbitraire sur le plan de l'incidence peut susciter chez le contribuable des réticences à respecter ses obligations fiscales. La neutralité est importante non seulement en raison de son impact positif sur l'efficience et sur l'efficacité horizontale, mais aussi parce qu'elle contribue à rendre les règles fiscales claires et simples à comprendre, réduisant à la fois les coûts d'administration et de respect de la fiscalité. La neutralité limite également l'incitation des contribuables à réorganiser leurs affaires financières afin de minimiser le montant de leurs impôts, et elle réduit les actions des groupes de pression et le contentieux que suscitent les décisions limites sur la qualification fiscale de certaines catégories de revenus ou de biens[8]. »

Il importe donc que les autorités fiscales canadienne et québécoise apportent des correctifs à la législation fiscale afin de faciliter les transferts d'entreprises entre personnes liées et ainsi créer un climat plus propice au transfert d'entreprises entre générations et entre les membres d'une même famille.

2. LA PROBLÉMATIQUE

En vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, un particulier bénéficie d'une DGC de 750 000 $ lors de la disposition d'actions admissibles de petite entreprise (« AAPE »). Au moment de la disposition, les AAPE doivent se qualifier d'actions du capital-actions d'une société exploitant une petite entreprise. À cela s'ajoutent deux autres conditions, l'une liée à la détention des actions et l'autre à l'utilisation des actifs. D'une part, les AAPE ne doivent pas avoir été détenues par une personne autre que le vendeur ou des personnes liées à ce dernier tout au long de la période de 24 mois précédant la disposition. D'autre part, au cours de cette même période, plus de 50 % de la juste valeur marchande (« JVM ») des éléments d'actif de la société doit être constituée : 1) d'actifs utilisés principalement dans une entreprise exploitée activement au Canada par la société ou une société liée; ou 2) d'actions ou de dettes de sociétés rattachées admissibles. Le calcul du montant de DGC qu'un particulier peut réclamer tient

---

[8] ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Fiscalité et économie : Analyse comparative des pays de l'OCDE*, p. 25.

également compte d'autres facteurs qui dépassent la portée du présent document.

La règle antiévitement spécifique prévue à l'article 84.1 L.I.R. vise à prévenir la conversion de surplus (dividendes) imposables en remboursements de capital non imposables lors de la vente d'actions à une société avec lien de dépendance. En bref, l'article 84.1 L.I.R. s'applique lorsque les conditions suivantes sont respectées[9] : 1) le vendeur n'est pas une société et réside au Canada – il s'agit généralement d'un particulier; 2) les actions cédées sont des actions d'une société résidant au Canada et doivent être des immobilisations du vendeur – par conséquent, la disposition de ces actions entraîne un gain (ou une perte) en capital pour le vendeur; 3) la disposition des actions a lieu en faveur d'une autre société avec laquelle le vendeur a un lien de dépendance; et 4) immédiatement après la disposition, la société dont les actions ont été cédées est rattachée[10] à la société acheteuse.

Lorsque les dispositions de l'article 84.1 L.I.R. s'appliquent, il peut en résulter l'une ou l'autre, ou les deux, parmi les conséquences suivantes :

- il y aura réduction du capital versé des actions de la société cessionnaire;

- la société cessionnaire peut être réputée avoir versé un dividende au cédant.

L'application de l'article 84.1 L.I.R. fait en sorte que la société acheteuse est réputée avoir payé un dividende imposable à l'actionnaire vendeur si la contrepartie autre qu'en actions excède le montant le plus élevé entre le capital versé et le « prix de base rajusté modifié » des actions cédées. Le « prix de base rajusté modifié » correspond au prix de base rajusté (« PBR ») des actions, déduction faite de la plus-value accumulée au 31 décembre 1971 et de la DGC réclamée à l'égard des actions par le cédant ou un particulier avec lequel le cédant a un lien de dépendance lors de la disposition antérieure des actions.

L'une des conditions d'application de l'article 84.1 L.I.R. est qu'il y ait disposition d'actions en faveur d'une société avec laquelle le contribuable a

---

[9] Par. 84.1(1) L.I.R.

[10] Voir le paragraphe 186(4) L.I.R. selon la définition élargie du paragraphe 186(2) L.I.R.

un lien de dépendance. C'est à l'article 251 L.I.R. que l'on retrouve la définition du concept de lien de dépendance. L'alinéa 84.1(2)b) L.I.R. et le paragraphe 84.1(2.2) L.I.R. élargissent ce concept pour y inclure le lien de dépendance réputé[11]. Ainsi, le paragraphe 251(1) L.I.R. prévoit ce qui suit :

> « Pour l'application de la présente loi :
>
> a) des personnes liées sont réputées avoir entre elles un lien de dépendance;
>
> b) 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)) sont réputés avoir entre eux un lien de dépendance dans le cas où le contribuable, ou une personne avec laquelle il a un tel lien, aurait un droit de bénéficiaire dans la fiducie si le paragraphe 248(25) s'appliquait, compte non tenu de ses subdivisions b)(iii)(A)(II) à (IV);
>
> c) dans tous les autres cas, 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. »

Aux fins de l'article 84.1 L.I.R., les alinéas 251(1)a) et 251(1)c) L.I.R. représentent un défi pour les praticiens. D'une part, l'alinéa 251(1)a) L.I.R. présume que des personnes liées[12] ont un lien de dépendance entre elles. Cette présomption a pour effet d'assujettir à l'application de l'article 84.1 L.I.R. la plupart des transferts d'entreprises familiales (parents vers enfants, frères vers sœurs), incluant ceux qui pourraient constituer des transactions basées sur une réalité économique. À cet égard, un coup d'œil sur l'actualité financière est suffisant pour constater qu'en affaires la rivalité entre un frère et une sœur peut provoquer des comportements très semblables à ceux adoptés par des personnes non liées. D'autre part, l'alinéa 251(1)c) L.I.R. indique que la question de savoir si des personnes non liées entre elles ont lien de dépendance à un moment donné est une question de fait. Or, l'application pratique des critères élaborés par les tribunaux n'est pas simple. Elle a d'ailleurs conduit à plusieurs reprises à des différends entre les contribuables et les autorités fiscales. Ces critères se résument comme suit :

---

[11] Il est prévu que le cédant a un lien de dépendance avec l'acheteur si : 1) immédiatement avant la cession, le cédant faisait partie d'un groupe de moins de six personnes qui contrôlait la société en cause; et que 2) immédiatement après la cession, le cédant faisait partie d'un groupe de moins de six personnes, dont chacune était membre du groupe mentionné ci-dessus, qui contrôlait l'acheteur.

[12] Nous n'abordons pas en détail la notion de personnes liées définie au paragraphe 251(2) L.I.R.

1) un seul cerveau dirige les négociations pour les deux parties à une transaction *common mind*;

2) les parties à une transaction agissent de concert sans intérêts distincts;

3) il y a exercice effectif (de fait) du contrôle[13].

En somme, le concept de lien de dépendance prévu à l'article 84.1 L.I.R. a une portée très large. La définition inclut non seulement les liens du sang, du mariage ou de l'adoption, mais aussi le lien de dépendance réputé[14] et le lien de dépendance de fait[15]. Dans sa forme actuelle, l'article 84.1 L.I.R. a pour conséquence de mettre en péril certains transferts d'entreprises intergénérationnels et de complexifier inutilement le financement d'autres opérations de transmission d'entreprises.

Ainsi, tout en respectant le principe inhérent à l'article 84.1 L.I.R. voulant qu'un contribuable ne puisse utiliser la DGC afin de retirer en franchise d'impôt les surplus imposables, on constate que l'article 84.1 L.I.R. empêche également l'actionnaire d'une société de monnayer sa DGC lors de certains transferts d'entreprises, notamment entre des personnes ayant un lien de dépendance au sens de l'article 84.1 L.I.R.

L'exemple qui suit illustre l'impact fiscal qui résulte d'un transfert d'entreprises intergénérationnel et le compare à une vente en faveur d'une personne n'ayant pas de lien de dépendance avec le vendeur. À cette fin, nous utilisons les informations suivantes. M. Lavoie détient la totalité des 1 000 actions de XYZ ltée, une société constituée en 1986 et exploitant une petite entreprise. Les 1 000 actions ont une JVM de 2 M$ ainsi qu'un PBR et un capital versé de 1 000 $. Ces actions se qualifient comme AAPE. Âgé de 62 ans, M. Lavoie songe sérieusement à la retraite. Un retrait progressif serait souhaitable car cela lui permettrait d'intégrer son fils, Paul, aux activités de la société. Paul travaille avec son père depuis deux ans et désire prendre la relève de son père au moment où ce dernier sera prêt. La très grande majorité du capital de retraite de M. Lavoie est constituée des actions de XYZ ltée. Il aimerait ainsi pouvoir retirer 751 000 $ de la société au

---

13 Ces critères ont été élaborés dans l'arrêt *Peter Cundill & Associates Ltd*. c. *La Reine*, 91 D.T.C. 5543 (C.A.F.). Ils ont été confirmés dans l'arrêt *McClarty* c. *La Reine*, 2008 D.T.C. 6354 (C.S.C.).

14 Al. 84.1(2)b) et par. 84.1(2.2) L.I.R.

15 Al. 251(1)c) L.I.R.

moment de la transaction. Il n'a jamais utilisé sa DGC et le solde des pertes nettes cumulatives sur placement est nul.

Il existe plusieurs façons de réaliser cette transaction. Si l'on privilégie le transfert des actions ordinaires de M. Lavoie à une société de gestion en utilisant les dispositions du paragraphe 85(1) L.I.R. et la souscription, simultanément, à des actions avec droit de vote et droit de participation du capital-actions de XYZ ltée par M. Lavoie et Paul, les conséquences fiscales de la transaction pour M. Lavoie seraient les suivantes :

Vente à une personne avec lien de dépendance (Intégration de Paul)	**Conséquence $**	**Impôts $**
Somme convenue (par. 85(1) L.I.R.)	751 000	
Dividende réputé (al. 84.1(1)b) L.I.R.)	750 000	273 000
(36,4 % du dividende brut, déduction faite du crédit d'impôt pour dividende)		
Gain en capital		
• Gain en capital imposable (al. 38a) L.I.R.)		
• Déduction réclamée (par. 110.1(6) L.I.R.)		
Caractéristiques des actions reçues (par. 85(1) L.I.R.)		
• JVM	1 249 000	
• Coût des actions (al. 85(1)g) L.I.R.)	nul	
• Capital verse		
– Réduction du capital versé de 1 249 000 $ (al. 84.1(1)a) L.I.R.)		
– Impôts s'il y a rachat (36,4 % du dividende brut, déduction faite du crédit d'impôt pour dividende)		454 636
Total		**727 636**
Vente à une personne sans lien de dépendance		
Si M. Lavoie vendait ses 1 000 actions ordinaires à une personne sans lien de dépendance, il réaliserait un gain en capital de 1 999 000 $ et pourrait réclamer 750 000 $ de DGC		
• Impôts sur le gain en capital (24,1 %)		**301 009**
Impôts différentiels		**426 627**
153 627 $ [1 249 000 $ × (36,4 % - 24,1 %)] + 273 000 $ [750 000 $ × (36,4 % - 0 %)]		

On constate qu'à cause de l'article 84.1 L.I.R., M. Lavoie ne peut pas annuler l'imposition de son gain en capital de 750 000 $ en utilisant sa DGC. Il doit plutôt s'imposer sur un dividende de 750 000 $, lequel génère des

impôts de 273 000 $[16]. Des impôts de 454 636 $, en dollars d'aujourd'hui, sont également payables sur le dividende qui découle du rachat progressif des actions reçues lors de la transaction. Au total, les impôts s'élèvent à 727 636 $, comparativement à 301 009 $ si la vente avait eu lieu en faveur d'une personne avec laquelle M. Lavoie n'a pas de lien de dépendance. Ce désavantage va à l'encontre des principes de neutralité et d'équité horizontale discutés préalablement.

Les options qui s'offrent aux entrepreneurs qui veulent passer le flambeau à leurs enfants tout en profitant de la DGC nécessitent souvent une modification du plan de relève. Par exemple, le parent pourra profiter de sa DGC si son enfant acquiert les actions personnellement plutôt que par l'intermédiaire d'une société. Un autre exemple que semblent cautionner les autorités fiscales[17] réside dans un retrait complet et immédiat du parent de l'entreprise. Dans le contexte des transferts intergénérationnels où les enfants n'ont généralement pas les moyens de financer l'acquisition de l'entreprise et où il est habituellement recommandé de prévoir une période de transition avant que le parent ne se retire définitivement, il apparaît évident que notre système fiscal ne respecte pas le principe de neutralité.

Dans le contexte où la pérennité des entreprises se révèle incontournable pour notre développement et où la relève entrepreneuriale est un élément clé de la compétitivité et de la croissance du Québec et du Canada, il est impératif que des changements législatifs soient apportés afin de rendre équitable, sur le plan fiscal, la transmission d'entreprises. La situation actuelle n'encourage pas la relève familiale, alors que le taux entrepreneurial diminue depuis 20 ans, partout au Canada.

3. LA NÉCESSITÉ D'APPORTER DES CHANGEMENTS LÉGISLATIFS

La complexité entourant les transferts intergénérationnels de même que ceux effectués en faveur des membres d'une même famille est injustifiée. Il ne s'agit pas ici de remettre en cause l'application de l'article 84.1 L.I.R., dont l'objectif est d'empêcher que des parties s'engagent dans des opérations de transfert sans motif économique valable, qui sont en réalité des opérations de dépouillement de surplus. Cependant, l'application de l'article 84.1 L.I.R.

---

[16] L'impôt sur un gain en capital de 750 000 $ admissible à la DGC est nul, alors que l'impôt sur un dividende présumé de 750 000 $ à un taux d'imposition de 36,4 % est de 273 000 $.

[17] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0134731R3, 4 avril 2007.

aux transferts réels d'une société à la famille est inappropriée. En effet, ces transferts favorisent le développement économique régional et permettent d'assurer la pérennité des entreprises québécoises et canadiennes.

D'une part, les gouvernements doivent apporter des correctifs à la législation fiscale afin de faciliter les transferts d'entreprises entre personnes liées et ainsi créer un climat plus propice au transfert d'entreprises entre générations et entre les membres d'une même famille. D'autre part, les règles fiscales doivent aussi restreindre l'application du concept de lien de dépendance de fait à certains types d'opérations.

Nous ne pouvons pas nous permettre d'avoir une législation fiscale qui représente un obstacle au transfert des entreprises à des intérêts familiaux et qui engendre des coûts injustifiés. Les gouvernements doivent résoudre ce problème afin de reconnaître la culture entrepreneuriale des PME québécoises et canadiennes et de permettre de :

- faire bénéficier l'actionnaire vendeur de la DGC;
- faciliter le financement pour l'actionnaire acheteur;
- procéder à un transfert graduel de propriété;
- minimiser les risques financiers de l'actionnaire vendeur;
- minimiser les coûts du transfert;
- remédier à l'iniquité entre les contribuables;
- favoriser la neutralité du système fiscal.

4. LES PISTES DE SOLUTION

Cette section présente des pistes de solution qui pourraient aider les autorités fiscales à atténuer l'impact de la problématique entourant les transferts d'entreprises entre générations ou autres. Le rapport intitulé *La transmission d'entreprises : problématique et pistes de solution*[18] fournit plus de détails sur chacune de ces pistes de solution.

---

[18] Précité, note 1.

Piste de solution nº 1

Exempter de l'application de l'article 84.1 L.I.R. les transferts d'entreprises qui répondent à un critère de réalité économique (transferts réels).

Piste de solution nº 2

Exempter de l'application de l'article 84.1 L.I.R. les transferts d'entreprises entre frères et soeurs.

Piste de solution nº 3

Exempter de l'application de l'article 84.1 L.I.R. les transferts d'entreprises lorsque l'acquéreur satisfait à une période de détention obligatoire.

Piste de solution nº 4

Exempter de l'application de l'article 84.1 L.I.R. les dispositions d'AAPE de sociétés exploitant une petite entreprise.

Piste de solution nº 5

Exempter de l'application de l'article 84.1 L.I.R. la première portion de 750 000 $ de plus-value sur les actions faisant l'objet de la disposition.

Piste de solution nº 6

Exempter de l'application de l'article 84.1 L.I.R. les sociétés d'une certaine taille ou ayant une certaine valeur.

Piste de solution nº 7

Exempter de l'application de l'article 84.1 L.I.R. les sociétés œuvrant dans certains secteurs d'activité.

Piste de solution nº 8

Exempter de l'application de l'article 84.1 L.I.R. le montant qui excède les bénéfices non répartis fiscaux de la société.

Piste de solution nº 9

Exempter de l'application de l'article 84.1 L.I.R. les dispositions d'actions qui ont reçu un rendement minimal.

Piste de solution nº 10

Exempter de l'application de l'article 84.1 L.I.R. les dispositions d'actions d'une société pour laquelle un « plan de relève » reconnu existe.

PANEL SUR LES CONVENTIONS D'ACTIONNAIRES



Coordonnateur
Charles P. Marquette
Avocat, TEP, associé
Borden Ladner Gervais
s.r.l., s.e.n.c.r.l.



Christian Jacques
Avocat
Fasken Martineau DuMoulin
s.e.n.c.r.l., s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (CHRISTIAN JACQUES)
Convention entre actionnaires

1. CONVENTION UNANIME/NON UNANIME 2:5

1.1. DOIT RESPECTER TROIS CONDITIONS POUR ÊTRE UNE CONVENTION UNANIME 2:5
1.2. CONSÉQUENCES D'UNE CONVENTION UNANIME 2:5

2. PRINCIPALES RUBRIQUES 2:6

2.1. DÉFINITIONS ET INTERPRÉTATION 2:6
2.2. ENGAGEMENTS GÉNÉRAUX ET PORTÉE DE LA CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES 2:6

2.3. ADMINISTRATION DE LA SOCIÉTÉ 2:6
2.4. RESTRICTIONS AUX POUVOIRS DE GESTION DES ADMINISTRATEURS 2:7
2.5. INFORMATIONS FINANCIÈRES ET AUTRES 2:9
2.6. ALIÉNATION ET TRANSFERT D'ACTIONS 2:9
2.7. DROIT DE PRÉEMPTION 2:10
2.8. DROIT DE PREMIER REFUS 2:10
2.9. DROIT D'ENTRAÎNEMENT (*DRAG ALONG*) 2:11
2.10. DROIT DE SUITE (*TAG ALONG*, *PIGGYBACK*) 2:11
2.11. CLAUSES DE RETRAIT DES AFFAIRES LIÉES À LA SANTÉ DES ACTIONNAIRES 2:12
2.12. AUTRES CLAUSES DE RETRAIT DES AFFAIRES 2:13
2.13. DROITS DE SORTIE 2:14
2.14. APPEL PUBLIC À L'ÉPARGNE 2:15
2.15. NON-CONCURRENCE, NON-SOLLICITATION ET CONFIDENTIALITÉ 2:15
2.16. DROIT DE SUBSTITUTION 2:16
2.17. MÉDIATION ET ARBITRAGE 2:16
2.18. DÉTERMINATION DE LA VALEUR DES ACTIONS 2:16
2.19. DISPOSITIONS FINALES 2:17

PARTIE B (CHARLES P. MARQUETTE)
Convention entre actionnaires – Aspects fiscaux

INTRODUCTION 2:18

1. LA LOI ET LE CADRE LÉGISLATIF DES CONVENTIONS DES ACTIONNAIRES 2:19

1.1. LES CONVENTIONS DES ACTIONNAIRES ET LE DROIT DES SOCIÉTÉS 2:19
1.2. LES QUESTIONS DE CONTRÔLE 2:19
1.3. LA *LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU* 2:21

2. LES QUESTIONS DE CONTRÔLE 2:21

2.1. LA NOTION DE CONTRÔLE AUX FINS FISCALES 2:21
2.1.1. Le contrôle *de jure* 2:21
2.1.2. Le contrôle *de facto* 2:25
2.2. LA NOTION DE PERSONNES LIÉES OU SANS LIEN DE DÉPENDANCE 2:27
2.3. EXTENSION DE LA SIGNIFICATION DE CONTRÔLE : ALINÉA 251(5)B) L.I.R. 2:27
2.4. LA NOTION DE PERSONNE AFFILIÉE 2:29
2.5. LES RÈGLES SUR L'ASSOCIATION DE SOCIÉTÉS 2:31

2.6. QUAND UNE ACQUISITION DE CONTRÔLE EST-ELLE PERTINENTE? 2:32

3. LE TRANSFERT D'ACTIONS ENTRE ACTIONNAIRES 2:34

3.1. SITUATIONS AVEC LIEN DE DÉPENDANCE 2:34
3.2. EXONÉRATION DES GAINS EN CAPITAL POUR LES ACTIONS ADMISSIBLES DE PETITE ENTREPRISE 2:35
3.3. DISPOSITION RÉPUTÉE AU DÉCÈS ET REPORT RÉTROSPECTIF DE PERTE (CHOIX AU PARAGRAPHE 164(6) L.I.R.) 2:37
3.4. TRANSFERT AU CONJOINT 2:38
3.5. DÉPOUILLEMENT DES SURPLUS ET DIVIDENDES RÉPUTÉS (ART. 84.1 L.I.R.) 2:41
3.6. DÉPOUILLEMENT DE SURPLUS COMPORTANT DES VENTES D'ACTIONS AVEC LIEN DE DÉPENDANCE PAR DES NON-RÉSIDENTS 2:44
3.7. SOLDE DU PRIX DE VENTE ET DISPONIBILITÉ DES PROVISIONS 2:46
3.8. DIVIDENDES VERSÉS OU RÉPUTÉS VERSÉS À DES NON-RÉSIDENTS (RETENUE D'IMPÔT DE LA PARTIE XIII L.I.R.) 2:47

4. LES QUESTIONS À CONSIDÉRER LORS DE L'ACQUISITION PAR LA SOCIÉTÉ DE SES ACTIONS 2:48

4.1. LES RESTRICTIONS LÉGALES 2:48
4.2. TRAITEMENT À TITRE DE DIVIDENDE RÉPUTÉ 2:49
4.3. LES SITUATIONS AVEC LIEN DE DÉPENDANCE 2:49
4.4. L'IMPÔT DE LA PARTIE IV L.I.R. 2:50
4.5. RECLASSEMENT DES DIVIDENDES EN TANT QUE GAINS EN CAPITAL (ART. 55 L.I.R.) 2:52
4.6. LES RÈGLES SUR LA MINIMISATION DES PERTES 2:55

5. L'ASSURANCE 2:61

5.1. L'ASSURANCE VIE 2:61
5.2. L'ASSURANCE INVALIDITÉ MONTANT FORFAITAIRE 2:64

6. QUESTIONS À CONSIDÉRER EN MATIÈRE D'ÉVALUATION 2:65

6.1. CONVENTION DES ACTIONNAIRES ET ÉVALUATION 2:65
6.2. LA POSITION DE L'ARC 2:66
6.3. LA POSITION DES TRIBUNAUX 2:69
6.4. L'INCIDENCE DES DISPOSITIONS DE LA LOI RELATIVES À LA « JUSTE VALEUR MARCHANDE » SUR LES CONVENTIONS DES ACTIONNAIRES 2:70
6.5. L'INCIDENCE DE L'ASSURANCE VIE DÉTENUE PAR LA SOCIÉTÉ SUR LA VALEUR DES ACTIONS 2:72

SOMMAIRE DES CONCLUSIONS 2:74

PARTIE A
Convention entre actionnaires

Christian Jacques, avocat
Fasken Martineau DuMoulin s.e.n.c.r.l., s.r.l.

Le présent document constitue un sommaire des principes de base et des principales rubriques qu'est susceptible de contenir une convention entre actionnaires d'une société aux fins de discussion. Une convention entre actionnaires devrait trouver application pour la société de même que pour chacune de ses filiales, le cas échéant.

1. CONVENTION UNANIME/NON UNANIME

1.1. DOIT RESPECTER TROIS CONDITIONS POUR ÊTRE UNE CONVENTION UNANIME

- Être une convention écrite;
- Entre tous les actionnaires (avec droit de vote et sans droit de vote); et
- Restreindre la totalité ou une partie du pouvoir des administrateurs :

  i) adoption de décision par une majorité spéciale des administrateurs,

  ii) obligation de faire et de ne pas faire imposer aux administrateurs,

  iii) mise en vigueur des décisions assujetties à l'approbation préalable des actionnaires ou tiers,

  iv) transfert des pouvoirs directement aux actionnaires.

Sinon, c'est une convention intervenant entre tous les actionnaires mais elle n'est pas « unanime » au sens de la loi.

1.2. CONSÉQUENCES D'UNE CONVENTION UNANIME

- Elle lie tous les actionnaires de la société (présents et futurs);
- Elle doit être divulguée au Centre informatisé des renseignements sur les entreprises du Québec (CIDREQ);

- Elle est accessible par tous les actionnaires;

- Tous les créanciers de la société peuvent également en prendre connaissance.

2. PRINCIPALES RUBRIQUES

2.1. DÉFINITIONS ET INTERPRÉTATION

- Définitions de certains termes;

- Interprétation de la convention entre actionnaires;

- Les principaux termes à définir : juste valeur marchande (« JVM »); valeur comptable; invalidité.

2.2. ENGAGEMENTS GÉNÉRAUX ET PORTÉE DE LA CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES

- Obligations pour les actionnaires d'agir de façon à donner effet à la convention entre actionnaires;

- Obligations pour la société d'administrer ses affaires de façon à donner effet à la convention entre actionnaires;

- Priorité de la convention entre actionnaires sur les statuts et règlements de la société.

2.3. ADMINISTRATION DE LA SOCIÉTÉ

- Composition du conseil d'administration :

  i) le nombre d'administrateurs,

  ii) la nomination des administrateurs;

- Réunion du conseil d'administration :

  i) la fréquence des réunions,

  ii) procédure de convocation et délai,

iii) le quorum;

- Les assemblées d'actionnaires :

  i) la fréquence des réunions,

  ii) procédure de convocation et délai,

  iii) le quorum.

- Il est important d'ajuster les règlements de la société en conséquence.

2.4. RESTRICTIONS AUX POUVOIRS DE GESTION DES ADMINISTRATEURS

- Elles peuvent prendre plusieurs formes :

  i) adoption de décision par une majorité spéciale des administrateurs,

  ii) obligation de faire et de ne pas faire imposer aux administrateurs,

  iii) mise en vigueur des décisions assujetties à l'approbation préalable des actionnaires ou de tiers,

  iv) transfert des pouvoirs directement aux actionnaires;

- Les décisions importantes habituellement soumises à ces formes de restrictions :

  i) toute modification à l'acte constitutif,

  ii) toute adoption, modification ou révocation des règlements,

  iii) toute réorganisation d'entreprise,

  iv) la liquidation, la dissolution, la fusion ou le regroupement,

v) toute cession générale de biens, toute procédure entreprise en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*[1], ou toute autre loi relative ou au sujet de l'insolvabilité,

vi) toute modification importante dans la nature des activités de la société,

vii) l'émission d'actions, de droits de souscription, d'options, de bons ou d'autres valeurs mobilières, autrement qu'en conformité avec la convention entre actionnaires,

viii) tout transfert d'actions qui n'est pas fait conformément à la convention entre actionnaires,

ix) tout achat, rachat ou autre acquisition d'actions qui n'est pas fait conformément à la convention entre actionnaires,

x) l'acquisition d'une entreprise et la disposition de toute filiale,

xi) la création ou la modification de tout régime de participation aux bénéfices ou régime d'achat ou d'option d'achat d'actions,

xii) la nomination et le remplacement des vérificateurs ou des conseillers juridiques de la société,

xiii) la conclusion de tout investissement ou de toute autre opération en dehors du cours des affaires de la société,

xiv) la garantie ou le cautionnement par la société des dettes de toute personne ou l'octroi d'une aide financière à quiconque,

xv) toute transaction, de quelque nature que ce soit, avec un actionnaire, administrateur, dirigeant ou employé de la société,

xvi) l'augmentation, la réduction ou la modification du capital social de la société,

xvii) la disposition, hors du cours normal des affaires de la société, de la totalité ou d'une partie substantielle de son entreprise ou l'octroi d'une option à cet effet, et

---

[1] L.R.C. (1985), ch. B-3 et mod.

xviii) tout appel public à l'épargne.

2.5. INFORMATIONS FINANCIÈRES ET AUTRES

- La société fournira, sans frais, les documents et renseignements suivants :

  i) les états financiers (vérifiés) consolidés et non consolidés, dans les 120 jours suivant la fin de tout exercice financier,

  ii) un budget d'exploitation, un budget de dépenses en immobilisation et un budget de recherche et développement, au moins 30 jours avant la fin d'un exercice financier,

  iii) les états financiers trimestriels consolidés et non consolidés, dans les 60 jours suivant la fin de chaque trimestre,

  iv) un rapport écrit du responsable des finances confirmant l'état des retenues à la source, des taxes, des paiements d'impôt et autres remises prescrites, dans les 30 jours suivant la fin de chaque trimestre,

  v) sans délai, aviser les actionnaires de tout événement susceptible d'avoir un effet défavorable important sur la société,

  vi) sans délai, copie de toute menace, institution ou contestation de toute poursuite judiciaire,

  vii) sans délai, des confirmations du renouvellement des assurances ou des avis de non-renouvellement,

  viii) sans délai, copie de tout avis, lettre ou document constatant la survenance d'un défaut en vertu de tout contrat,

  ix) sans délai, copie de tout avis, lettre ou autre document informant la société d'une éventuelle ou actuelle infraction.

2.6. ALIÉNATION ET TRANSFERT D'ACTIONS

- Interdiction de céder et d'hypothéquer les actions de la société autrement qu'en conformité avec les dispositions de la convention entre actionnaires;

- Cession permise des actions de la société à une société du même groupe;

- Cession permise des actions de la société à une société de portefeuille dont l'actionnaire sera le seul actionnaire;

- Obligation pour les tiers acquéreurs d'actions de la société à se reconnaître liés par la convention entre actionnaires.

2.7. DROIT DE PRÉEMPTION

- Chaque actionnaire a le droit de souscrire à toute nouvelle émission d'actions du capital social de la société au prorata du nombre d'actions avec droit de vote et droit de participation qu'il détient dans la société;

- Identification des catégories d'actions visées par le droit de préemption : bien souvent, on ne visera que les actions avec droit de vote et/ou droit de participation et on permettra au conseil d'émettre des actions de financement;

- Prévoir les exceptions (régime d'option, bons de souscription, acquisition, etc.).

2.8. DROIT DE PREMIER REFUS

- Permet à un actionnaire de vendre ses actions;

- Conditions d'exercice :

  i) après une certaine période de temps,

  ii) à la réception d'une offre de bonne foi d'un tiers (permet la détermination d'un prix);

- Obligation pour l'actionnaire vendeur d'offrir ses actions d'abord aux autres actionnaires qui auront le droit de les acheter prioritairement au prorata du nombre d'actions qu'ils détiennent entre eux, le tout selon les modalités et conditions de l'offre,

- Si la totalité des actions offertes ne trouve pas preneur par l'exercice du droit de premier refus, prévoir que toutes les actions peuvent être vendues à un tiers et les actions pour lesquelles les actionnaires ont manifesté de l'intérêt ne seront pas vendues à ceux-ci mais au tiers : il est

plus facile de vendre la totalité des actions qu'un nombre restreint d'actions,

- Peut prévoir plusieurs tours entre les actionnaires ayant exercé leur droit de premier refus en totalité pour les actions n'ayant pas trouvé preneur afin d'éviter ce risque.

2.9. DROIT D'ENTRAÎNEMENT (*DRAG ALONG*)

- Le bénéficiaire de ce droit sera souvent l'actionnaire détenant un bloc de contrôle ou un groupe d'actionnaires détenant, ensemble, plus de 51 %;

- Un actionnaire majoritaire qui désire vendre ses actions de la société pourra forcer les autres actionnaires à céder les actions qu'ils détiennent en faveur du tiers acquéreur, selon les mêmes modalités et conditions, si ce tiers souhaite acquérir la totalité des actions;

- Identification des seuils requis pour le déclenchement : 51 %?, 65 %?, etc.;

- Droit d'expropriation ayant des conséquences importantes sur les autres actionnaires. Il est presque toujours assujetti au droit de premier refus des autres actionnaires;

- Prévoir des représentations et des garanties minimales pour les actionnaires passifs tels les sociétés de capital de risque ou les anges financiers.

2.10. DROIT DE SUITE (*TAG ALONG*, *PIGGYBACK*)

- Les bénéficiaires de ce droit sont souvent les actionnaires minoritaires;

- Lorsqu'un actionnaire (souvent majoritaire) désire vendre ses actions de la société, les bénéficiaires du droit de suite peuvent exiger de pouvoir vendre les actions qu'ils détiennent selon les mêmes modalités et conditions, sans quoi l'actionnaire vendeur ne pourra procéder à la vente de ses actions;

- Prévoir des représentations et des garanties minimales pour les actionnaires passifs tels les sociétés de capital de risque ou les anges financiers;

- Identification des seuils requis pour le déclenchement (par exemple : seulement s'il y a changement de contrôle).

2.11. CLAUSES DE RETRAIT DES AFFAIRES LIÉES À LA SANTÉ DES ACTIONNAIRES

- Assurance vie : prévoit la souscription par la société ou les actionnaires d'une police d'assurance sur la vie de certains actionnaires :

  i) incidences fiscales;

- En cas de décès (avec assurance vie) :

  i) obligation pour la société d'acheter et pour la succession de vendre les actions,

  ii) le prix d'achat correspond au produit de l'assurance vie,

  iii) le paiement se fait après la réception du produit d'assurance vie;

- En cas de décès (sans assurance vie) :

  i) obligation pour les coactionnaires (ou la société) d'acheter et pour la succession de vendre les actions,

  ii) le prix d'achat est déterminé selon la convention (par exemple : JVM),

  iii) le paiement peut se faire sur une période de plusieurs années,

  iv) toujours laisser le soin aux survivants de déterminer s'ils achèteront personnellement ou si c'est la société qui achètera (sauf s'il y a des assurances, auquel cas ce devrait être la société);

- En cas d'inaptitude, d'interdiction, de maladie, d'invalidité, d'absence :

  i) obligation/option pour les coactionnaires (ou la société) d'acheter et pour la succession de vendre les actions,

  ii) le prix d'achat est déterminé selon la convention (par exemple : JVM),

iii) le paiement peut se faire sur une période de plusieurs années.

2.12. AUTRES CLAUSES DE RETRAIT DES AFFAIRES

- Option pour les autres actionnaires d'acheter (ou de faire acheter par la société) les actions dans certaines circonstances;

- Circonstances visées :

  i) saisie des actions,

  ii) changement de contrôle de la société de portefeuille,

  iii) faillite-insolvabilité,

  iv) vol, fraude, détournement de fonds,

  v) bris d'un engagement de non-concurrence, de non-sollicitation ou de confidentialité,

  vi) non-respect de la convention entre actionnaires,

  vii) départ volontaire après la première, la troisième et la cinquième année,

  viii) renvoi pour cause,

  ix) renvoi sans cause (option réciproque);

- Détermination du prix de vente en fonction de l'événement :

  i) la JVM des actions dans certains cas (par exemple : renvoi sans cause),

  ii) un certain pourcentage de la JVM des actions, variant selon le caractère punitif désiré,

  iii) la valeur comptable des actions,

  iv) un certain pourcentage de la valeur comptable des actions, selon la gravité de la situation,

v) la JVM des actions plus une prime (par exemple, expropriation si renvoi sans cause),

vi) un prix déterminé à l'avance à la rédaction de la convention ou à intervalles réguliers d'années (attention : en pratique, les clients oublient de mettre cette valeur à jour annuellement),

vii) etc.;

- Différentes modalités de paiement :

  i) comptant à la clôture,

  ii) un certain pourcentage en comptant à la clôture, le solde payable en versements (mensuels, annuels, trimestriels) sur une période de temps,

  iii) paiement reporté dans le temps,

  iv) prévoir la perte de déchéance du terme en cas de défaut,

  v) prévoir des garanties de paiement dans certains cas (hypothèque, cautionnement, etc.).

2.13. DROITS DE SORTIE

- Option d'achat (*call*) :

  i) en faveur de la société ou d'un actionnaire (opérateurs),

  ii) identification des éléments déclencheurs : date ou événement,

  iii) détermination du prix et des modalités de paiement;

- Option de vente (*put*) :

  i) limitée en faveur de certains actionnaires (investisseurs),

  ii) identification des éléments déclencheurs : date ou événement,

  iii) détermination du prix et des modalités de paiement,

iv) l'actionnaire qui est incapable de se voir racheter ses actions après un certain temps pourrait amorcer le processus de vente de la société et s'il ne trouve pas d'acheteurs : engagements mutuels à liquider la société;

- Clause *Shot Gun :*

  i) mesure de derniers recours à une mésentente (*deadlock*),

  ii) détermination des éléments que doit contenir une offre,

  iii) détermination du prix par action (pour chaque catégorie),

  iv) détermination des délais d'exercice (financement),

  v) attention : les parties doivent être au même niveau (connaissance quant à l'exploitation, financier, etc.).

2.14. APPEL PUBLIC À L'ÉPARGNE

- Advenant un appel public à l'épargne, certains actionnaires pourront qualifier les actions qu'ils détiennent afin d'en permettre la revente aux termes du prospectus prioritairement aux actions pouvant être émises du trésor de la société et aux actions détenues par d'autres actionnaires.

2.15. NON-CONCURRENCE, NON-SOLLICITATION ET CONFIDENTIALITÉ

- **Personnes visées pour la non-sollicitation** : clientèle, fournisseurs et employés;

- **Durée** : 3 à 5 ans (dépend du statut de l'actionnaire visé);

- **Territoire** : pays, province, un rayon d'un nombre précis de kilomètres de l'adresse de chacun des établissements de la société;

- **Activité** : description de l'activité visée, plus toute autre activité exercée par la société au moment du départ de l'actionnaire;

- Attention : la clause doit être raisonnable dans le temps, dans l'espace et pour les personnes qu'elle vise.

2.16. DROIT DE SUBSTITUTION

- Advenant que la société soit empêchée d'exercer les droits qui lui sont conférés par la convention entre actionnaires, les actionnaires pourront les exercer à la place de la société, et vice-versa (par exemple : obligation de rachat en cas de décès).

2.17. MÉDIATION ET ARBITRAGE

- Pour tout différend réel ou appréhendé relatif à la convention entre actionnaires.

2.18. DÉTERMINATION DE LA VALEUR DES ACTIONS

- JVM/*Fair market value* (FMV) :

  i) prix au comptant le plus élevé, disponible sur un marché libre et sans contrainte, négocié entre des parties prudentes et informées, traitant à distance et non contraintes d'agir (marché conceptuel);

- Valeur marchande/*Fair value* :

  i) prix le plus élevé obtenu selon les conditions du marché qui avaient cours à la date de la transaction (marché réel);

- Différentes approches d'évaluation :

  i) le prix déterminé dans une offre de bonne foi d'un tiers,

  ii) la valeur aux livres ou valeur comptable des actions selon le dernier bilan (vérifié/non vérifié) (annuel, trimestriel, mensuel),

  iii) la valeur basée sur le rendement (multiple du bénéfice avant intérêts, impôts et amortissement (BAIIA)),

  iv) la valeur déterminée par un évaluateur indépendant,

  v) la valeur déterminée par les actionnaires à intervalles fixes;

- Détermination de la date d'évaluation (événement, exercice d'une option, etc.);

- Attention : tiendra-t-on compte de l'impact sur la valeur que peut représenter le décès de l'individu?

- Escompte pour le manque de contrôle?

- Escompte pour le manque de liquidité?

2.19. DISPOSITIONS FINALES

- Ensemble des dispositions générales :

  i) procédures d'avis,

  ii) lois applicables.

PARTIE B
Convention entre actionnaires – Aspects fiscaux

Charles P. Marquette, avocat, TEP, associé
Borden Ladner Gervais s.r.l., s.e.n.c.r.l.

INTRODUCTION

Une convention des actionnaires a généralement pour objectif de régir le départ d'un actionnaire, l'interaction entre les actionnaires et la société, et les activités de la société. Cependant, les dispositions d'une convention peuvent faire varier grandement les conséquences fiscales pour les actionnaires et la société ayant conclu la convention. Les droits ou les avantages conférés aux actionnaires, et toutes les limites imposées aux activités de la société en vertu de la convention peuvent modifier, par inadvertance, le traitement du statut des actionnaires ou de la société à l'égard de l'impôt sur le revenu. Les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1] n'ont pas été conçues pour s'appliquer particulièrement aux conventions des actionnaires; elles visent à avoir une application plus générale.

En raison de l'interaction entre les dispositions législatives et les conventions des actionnaires, il est important, lors de la rédaction d'une convention, de tenir compte des conséquences fiscales que peuvent avoir les clauses de la convention. Par exemple, le traitement fiscal de la disposition, par un actionnaire qui quitte la société, d'actions de la société (et, inversement, le traitement de l'acquisition, par les actionnaires restants, de ces actions) peut varier grandement, selon ce qui est prévu relativement à la disposition dans la convention des actionnaires. Le fait que les actions puissent être achetées par la société plutôt que par les actionnaires restants peut entraîner le reclassement d'une partie du produit de la vente en tant que dividendes plutôt qu'en tant que gains en capital. La convention entre actionnaires peut être déterminante de la valeur de ces actions. Aussi, les clauses d'une convention des actionnaires établissant les droits des actionnaires relativement aux activités de la société peuvent faire en sorte que les actionnaires « contrôlent » la société, et avoir ainsi une incidence sur le statut de la société pour l'application de la loi. De même, une convention des actionnaires qui confère aux actionnaires le droit d'acquérir les actions d'un autre actionnaire peut occasionner des conséquences fiscales

[1] L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.) et mod. (« L.I.R. ») et les dispositions analogues de la *Loi sur les* impôts, L.R.Q., c. I-3 et mod. Les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont similaires à celles de la *Loi sur les impôts*, à moins d'indication contraire.

défavorables en ce qui a trait au contrôle de la société (et sa classification à l'égard de l'impôt sur le revenu) et à la relation entre les parties. Le contrôle ou l'acquisition du contrôle peut, par exemple, être pertinent à l'utilisation des pertes d'une entreprise.

1. LA LOI ET LE CADRE LÉGISLATIF DES CONVENTIONS DES ACTIONNAIRES

1.1. LES CONVENTIONS DES ACTIONNAIRES ET LE DROIT DES SOCIÉTÉS

Essentiellement, les conventions des actionnaires sont des contrats qui sont conclus par des parties afin de régir la relation entre les actionnaires en tant que propriétaires d'une société. Elles peuvent également réglementer les activités de la société en tant qu'entité commerciale, ainsi que l'interaction entre les actionnaires et la société, et l'influence des premiers sur la seconde.

Les conventions des actionnaires peuvent réglementer les situations suivantes touchant les actionnaires telles que le droit de premier refus/*shotgun*, le décès, le départ d'un actionnaire de l'entreprise, la retraite, etc.

Les conventions des actionnaires peuvent également réglementer l'interaction entre les actionnaires et la société en ce qui a trait, par exemple, à l'exercice du droit de vote, à l'émission de nouvelles actions, et aux modalités et obligations de financement de l'entreprise par les actionnaires.

Une convention unanime des actionnaires peut restreindre le pouvoir des administrateurs.

1.2. LES QUESTIONS DE CONTRÔLE

Lorsqu'on examine le contrôle d'une société, il existe deux concepts, soit le contrôle *de jure* et le contrôle *de facto*. La différence entre les deux sera pertinente aux fins fiscales et nous verrons que seule une convention unanime entre actionnaires influe sur le contrôle *de jure* et qu'une convention entre actionnaires qui n'est pas unanime ne peut toucher que le contrôle *de facto*.

Tant la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*[2] que la *Loi sur les sociétés par actions*[3] modifient la règle générale de common law selon

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

[3] L.R.Q., c. S-31.1 (« L.S.A. »).

laquelle les actionnaires ne peuvent pas convenir entre eux d'entraver le pouvoir discrétionnaire des administrateurs. Ainsi, les dispositions de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* et de la *Loi sur les sociétés par actions* permettent, par le truchement d'une convention unanime des actionnaires, de retirer ou de restreindre les pouvoirs des administrateurs[4].

Cette possibilité de limiter le contrôle du conseil d'administration est ce qui différencie les conventions unanimes des actionnaires des conventions ordinaires des actionnaires. La convention unanime des actionnaires constitue donc une création hybride qui est en partie contractuelle et en partie comprise dans les actes constitutifs de la société.

Bien que la convention unanime des actionnaires porte sur le retrait ou la restriction des pouvoirs des administrateurs[5], elle comporte usuellement plusieurs dispositions ayant trait au transfert des actions et autres modalités entre les actionnaires. Puisque l'existence d'une convention unanime entre actionnaires doit maintenant être dénoncée au registraire des entreprises[6], bien que le texte n'ait pas à être déposé, il se peut qu'une certaine pratique antérieure reprenne. En effet, il se peut que la pratique recommence où deux conventions étaient conclues, l'une étant la convention unanime des actionnaires qui ne portait que sur le retrait ou la restriction des pouvoirs des administrateurs tandis que toutes les autres dispositions entre les actionnaires, achat/vente, etc., étaient prévues dans une deuxième convention qui, elle, n'était pas une convention unanime des actionnaires au sens de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* ou de la *Loi sur les sociétés par actions*. La deuxième convention non unanime ne fera donc pas partie des actes constitutifs de la société, son existence n'aura pas à être dénoncée au registraire des entreprises et n'influencera pas le contrôle *de jure*.

---

4 Art. 146 L.C.S.A.; art. 213 L.S.A.

5 Art. 146 L.C.S.A.; art. 215 L.S.A.

6 *Loi sur la publicité légale des entreprises*, L.R.Q., c. P-44.1, art. 35 (6°) :

> « 35. La déclaration d'immatriculation d'une personne morale contient de plus, le cas échéant :
>
> […]
>
> 6°une mention indiquant l'existence ou non d'une convention unanime des actionnaires conclue en vertu d'une loi du Québec ou d'une autre autorité législative du Canada, et ayant pour effet de restreindre ou de retirer les pouvoirs des administrateurs. »

Ainsi, si la convention entre actionnaires accorde des droits à un actionnaire d'acquérir les actions d'un autre ou de pouvoir obliger à ce que la société rachète les actions, même si ce droit est conditionnel ou peut être exercé à l'avenir, cet actionnaire devra être considéré comme étant le propriétaire de ces actions. Par exemple, si ces droits sont accordés à un actionnaire non résident, il se peut, advenant l'exercice de ces droits, que le non-résident ait une majorité des actions avec droit de vote et ainsi que la société puisse perdre son statut de « société privée sous contrôle canadien ».

1.3. LA *LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU*

De nombreuses dispositions de la loi s'appliquent à des situations couramment prévues dans les conventions des actionnaires, sans avoir été expressément conçues à cette fin. Par exemple, une clause de rachat d'actions obligatoire entre les actionnaires dans des circonstances données peut, à l'égard de l'impôt sur le revenu, placer l'actionnaire qui est admissible à acheter les actions dans la même position que s'il détenait les actions directement.

La propriété des actions peut modifier la détermination du contrôle de la société; le statut de la société en tant que société privée sous contrôle canadien (« SPCC ») et, par conséquent, son taux d'imposition ainsi que le classement de la société en tant que société « associée » à d'autres sociétés ou « liée » aux actionnaires.

Dans d'autres circonstances, les conventions des actionnaires peuvent avoir une incidence sur l'application de certaines dispositions de la loi. Par exemple, les dispositions contractuelles qui déterminent le prix auquel les actions seront vendues aux actionnaires restants en cas de décès d'un actionnaire peuvent être déterminantes dans la fixation de la juste valeur marchande (« JVM ») de ces actions à l'égard de l'impôt sur le revenu.

2. LES QUESTIONS DE CONTRÔLE

2.1. LA NOTION DE CONTRÔLE AUX FINS FISCALES

2.1.1. Le contrôle *de jure*

2.1.1.1. La jurisprudence

La notion de contrôle n'est pas définie dans la loi. Les tribunaux ont établi que le contrôle d'une société est un contrôle *de jure* et non un contrôle *de facto*. Il a été statué sur le fait qu'un contrôle *de jure* s'entend de la

capacité ressortant de la propriété d'un nombre d'actions conférant la majorité des voix pour l'élection du conseil d'administration. La définition souvent citée est tirée de l'arrêt *Buckerfield's et autres* c. *MRN* :

> « [TRADUCTION] De nombreuses approches pourraient être adoptées dans l'application du terme "contrôle" à une société dans une loi comme la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il pourrait désigner, par exemple, le contrôle exercé par la "direction", lorsque la direction et le conseil d'administration sont distincts, ou il pourrait désigner le contrôle exercé par le conseil d'administration. [...] Le terme "contrôle" pourrait en théorie désigner le contrôle *de facto* exercé par un ou plusieurs actionnaires, que ceux-ci détiennent la majorité des actions ou pas. Je suis d'avis, cependant, que le terme "contrôlée" à l'article 39 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[7] prévoit que le droit de contrôle repose sur la propriété du nombre d'actions conférant la majorité des voix pour l'élection du conseil d'administration [nous soulignons][8]. »

L'Agence du revenu du Canada (« ARC ») reconnaît cette définition du contrôle *de jure*[9]. Ce critère général du « contrôle effectif » a été confirmé dans l'arrêt *Duha Printers (Western) Ltd.* c. *La Reine*[10]. La Cour suprême du Canada a spécifié que ce critère est « une tentative de vérifier qui exerce un contrôle effectif sur les affaires et les destinées de la société »[11]. La Cour a également précisé quels documents étaient pertinents dans la détermination du contrôle *de jure*.

---

7 L'ancien article de la loi visant l'association.

8 64 D.T.C. 5301, 5303 (C. de l'É.) (« *Buckerfield's* »). La décision dans l'arrêt *Buckerfield's* a été suivie dans les causes suivantes : *MRN* c. *Dworkin Furs (Pembroke) Ltd. et autres*, [1967] R.C.S. 223, 67 D.T.C. 5035 (C.S.C.); *La Reine* c. *Imperial General Properties Limited*, [1985] 2 R.C.S. 288, 85 D.T.C. 5500 (C.S.C.); *Vina-Rug (Canada) Ltd.* c. *MRN*, [1968] R.C.S. 193, 68 D.T.C. 5021 (C.S.C.). Voir aussi les décisions plus récentes suivantes dans lesquelles la définition de ce qu'est un contrôle *de jure*, défini dans l'arrêt *Buckerfield's*, est reprise ou discutée : *Sedona Networks Corp.* c. *La Reine*, 2007 D.T.C. 5359 (« *Sedona* »); *Transport M.L. Couture inc.* c. *La Reine*, 2004 D.T.C. 6636 (C.A.F.); *Martel* c. *La Reine*, 2003 D.T.C. 1187; *Miller Estates* c. *La Reine*, 2002 D.T.C. 1228 (C.C.I.) (procédure générale).

9 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-64R4 (consolidé), « Société : association et contrôle », 13 octobre 2004, par. 13; voir aussi Ryan KEEY, « Statut de SPCC : Mise à jour », dans *Taxnet Pro*, *Bulletin sur l'impôt des sociétés*, Centre de fiscalité des sociétés, Carswell, novembre 2010, pp. 1-21.

10 [1998] 1 R.C.S. 795, 98 D.T.C. 6334 (C.S.C.) (« *Duha Printers* »). Le principe du « contrôle effectif », établi dans l'arrêt *Duha Printers*, a été repris dans de nombreuses décisions; voir par exemple : *Ekamant Canada Inc.* c. *La Reine*, 2009 D.T.C. 1271 (C.C.I.) (procédure générale); *Sedona*, précité, note 8; *Silicon Graphics Ltd.* c. *La Reine*, 2002 CAF 260, 2002 D.T.C. 7112 (« *Silicon* »).

11 *Duha Printers*, précité, note 10, par. 36.

La décision rendue dans l'arrêt *Duha Printers* a une grande importance, car elle expose les critères pouvant être pris en considération pour déterminer qui exerce le contrôle *de jure* sur une société. En fait, la Cour a fait une distinction entre les documents qui font partie des « actes constitutifs de la société », qui doivent être considérés dans la détermination du contrôle *de jure*, et les documents qui sont des conventions externes.

En 2007, la Cour d'appel fédérale a conclu, dans l'arrêt *Sedona*[12], que tous les droits découlant de l'alinéa 251(5)b) L.I.R. devaient être pris en considération dans la décision afin de savoir si une compagnie est sous contrôle canadien ou non. Dans l'analyse du contrôle effectif, l'alinéa 251(5)b) L.I.R. ne doit pas être interprété de façon à réduire la notion de contrôle puisque l'objectif premier de cet alinéa est d'en élargir l'interprétation. Dans une question posée à l'ARC concernant les options d'achat d'actions pour les employés, cette dernière a répondu que l'arrêt *Sedona* ne changeait rien à l'application de l'alinéa 251(5)b) L.I.R. au cas par cas[13]. Il faut évaluer le contexte afin de déterminer s'il y a bel et bien un droit découlant de l'alinéa 251(5)b) L.I.R.

2.1.1.2. Sommaire

Suivant l'arrêt *Duha Printers*, qui demeure l'autorité en la matière, les aspects à examiner dans les actes constitutifs d'une société dans le but de déterminer qui possède le contrôle effectif sur les affaires de la société sont les 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 :

---

12 Précité, note 8.

13 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 38, « Statut de société privée sous contrôle canadien (SPCC) – Impact de l'arrêt *Sedona* », 22 septembre 2008, pp. 4-5; *Taxnet.pro*, « 251 – Lien de dépendance et autres liens », 30 novembre 2010. Voir aussi Martha O'BRIEN, « Current Cases – The Federal Court of Appeal – The Hypothetical (Or Mythical) Particular Shareholder is at Last Revealed », (2008), vol. 56, n° 3 *Revue fiscale canadienne* 719-726.

i) les actes constitutifs de la société,

ii) une convention unanime des actionnaires[14].

2.1.1.3. Pertinence du contrôle à l'égard de l'impôt sur le revenu

La détermination du contrôle d'une société peut avoir une incidence directe sur l'application de certaines dispositions de la loi. Par exemple :

- Le statut de la société en tant que « société privée sous contrôle canadien » exige essentiellement que la société ne soit pas contrôlée par une ou plusieurs personnes non résidentes ou par une société publique[15];

- Pour l'application de l'exemption pour gains en capital de 750 000 $ disponible pour les « actions admissibles de petite entreprise »[16]; la société doit être une « société privée sous contrôle canadien »;

- Dans les circonstances où le contrôle d'une société est acquis par une personne ou un groupe de personnes, l'année d'imposition est réputée avoir été terminée immédiatement avant ce moment[17] et, entre autres choses, les pertes de la société pouvant être incluses dans le calcul du revenu imposable sont limitées[18];

- Les règles sur la minimisation des pertes, certaines pertes résultant du transfert d'un bien à une société peuvent être refusées si l'auteur du transfert est affilié à la société;

- Le contrôle d'une société est un élément clé dans la détermination de la personne qui est « liée » à la société au sens du paragraphe 251(2) L.I.R.;

---

14 *Duha Printers*, précité, note 10, par. 85.

15 Voir entre autres AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2010-037935I7, 14 décembre 2010; 2008-027944I7, 19 mai 2010; 2008-026590Z7, 6 mai 2008; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-458R2, « Société privée sous contrôle canadien », 31 mai 2000.

16 Voir par. 110.6 « actions admissibles de petite entreprise » L.I.R.

17 Par. 249(4) L.I.R.

18 Par. 111(4) L.I.R.

- Le contrôle d'une société est un élément clé dans la détermination de la personne qui est « affiliée » à la société au sens de l'article 251.1 L.I.R.;

- Le contrôle d'une société est un élément clé dans la détermination de la personne qui est « associée » à la société au sens de l'article 256 L.I.R.

2.1.2. Le contrôle *de facto*

En vertu de la loi, le contrôle signifie le contrôle *de jure*. Cependant, la notion de contrôle est étendue dans les circonstances particulières où l'expression « contrôlée, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit » est utilisée dans la loi. En vertu du paragraphe 256(5.1) L.I.R., la notion de contrôle est étendue à quelques reprises pour inclure non seulement le contrôle *de jure*, mais aussi le contrôle *de facto* de sorte que l'« entité dominante » n'a à avoir qu'une influence directe ou indirecte[19] dont l'exercice entraînerait le contrôle de fait de la société[20].

La personne qui exerce le contrôle *de facto* sur une société n'a pas nécessairement à détenir des actions. L'ARC affirme que la question de savoir si des personnes ayant des liens familiaux étroits exercent ou non le contrôle *de facto* est une question de fait[21]. Aussi, l'ARC reconnaît[22] que les conventions entre actionnaires prévoyant une voix prépondérante sont des facteurs qui seront considérés pour déterminer l'existence du contrôle *de facto*.

Le contrôle *de facto* est pertinent aux fins suivantes :

- la continuation d'une entreprise dans le contexte du paragraphe 24(2) L.I.R., où un particulier cesse d'exploiter une entreprise qui est ensuite exploitée par une société contrôlée par le particulier;

- les réserves pour gains en capital à l'alinéa 40(2)a) L.I.R.;

---

19 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2010-037935I7, précité, note 15.

20 Certains contrats conclus entre des parties n'ayant pas de lien de dépendance qui régissent la relation entre l'entité dominante et la société sont exclus, comme un contrat de concession, une licence, un contrat de commercialisation, d'approvisionnement ou de gestion (par. 256(5.1) L.I.R.).

21 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 9, par. 19.

22 *Id*.

- le compte de dividendes en capital (« CDC ») et le versement de dividendes en capital en vertu de la définition de « compte de dividendes en capital » au paragraphe 89(1) et aux paragraphes 89(1.1), 83(2.2) et 83(2.4) L.I.R.;

- la définition de « société privée sous contrôle canadien » au paragraphe 125(7) L.I.R., qui exclut, par exemple, les sociétés qui sont « contrôlées, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit » par des personnes non résidentes ou par des sociétés publiques;

- les crédits d'impôt à l'investissement (« CII ») remboursables, plus particulièrement la définition de « société exclue » au paragraphe 127.1(2) L.I.R.; et

- les règles sur l'association à l'article 256 L.I.R.

Puisque le contrôle *de facto* comprend l'influence, les documents externes aux actes constitutifs d'une société seront pertinents. Ceux-ci comprendront une convention ordinaire des actionnaires, qu'il s'agisse ou non d'une convention unanime des actionnaires. Contrairement à l'approche privilégiée dans l'arrêt *Silicon*[23], selon laquelle l'étude du contrôle de fait doit être restreinte, l'application du contrôle de fait est une notion large[24]. Cette notion large du contrôle de fait a, entre autres, été confirmée dans les affaires *Mimetix Pharmaceutical Inc.* c. *La Reine*[25] et *Taber Solids Control (1998) Ltd. et autres* c. *La Reine*[26]. Le juge, dans l'affaire *Taber*, affirme que l'approche large du contrôle de fait permet de clarifier « the test from being one simply of who controls the composition of the board, to who has the potential to make board decisions »[27]. Il poursuit en précisant que « it becomes a question of what decisions are left to a board, and what decisions simply go to management »[28].

---

23 *Silicon*, précité, note 10.

24 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2010-036661I7, 14 juin 2010; 2007-025359I7, 18 mars 2008. Voir aussi, en ce qui concerne le contrôle direct et indirect : AGENCE DU REVENU DU CANADA, document 2010-0359481E5, 26 avril 2010.

25 2002 D.T.C. 1026; conf. par 2003 D.T.C. 5194 (C.A.F.).

26 2009 CCI 527 (« *Taber* »).

27 *Id.*, par. 22.

28 *Id*.

2.2. LA NOTION DE PERSONNES LIÉES OU SANS LIEN DE DÉPENDANCE

La notion « sans lien de dépendance » est pertinente à de nombreuses fins en vertu de la loi[29]. Des personnes non liées agissant de concert peuvent être une indication d'une situation où existe un lien de dépendance. Une convention des actionnaires peut faire en sorte qu'une société soit liée à ses actionnaires.

En vertu de la loi, les personnes qui sont liées sont réputées avoir un lien de dépendance entre elles[30]. Bien que la question de savoir si des personnes non liées entre elles ont un lien de dépendance ou non à un moment donné soit une question de fait[31], la loi prévoit les circonstances dans lesquelles des personnes sont « liées ». Dans le cas des sociétés, la loi prévoit les situations où une société et un de ses actionnaires ou plusieurs d'entre eux sont liés, et d'autres situations où deux sociétés seront considérées comme liées.

2.3. EXTENSION DE LA SIGNIFICATION DE CONTRÔLE : ALINÉA 251(5)B) L.I.R.

Les conventions des actionnaires comportent souvent des clauses d'achat d'actions en vertu desquelles les actions sont vendues à d'autres actionnaires ou revendues à la société[32]. Tout droit d'acquérir les actions d'un actionnaire ou pour la société d'acquérir les actions d'un actionnaire peut déclencher l'application de l'alinéa 251(5)b) L.I.R., qui se lit comme suit :

> « [...] Pour l'application du paragraphe (2) et de la définition de "société privée sous contrôle canadien" au paragraphe 125(7) :
>
> [...]

---

29 Pour une discussion de la notion « sans lien de dépendance », se reporter à Tom STACKM, « Arm's Length as a Question of Fact », dans *1997 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1998, pp. 16:1-15; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-419R2, « Sens de l'expression "sans lien de dépendance" », 8 juin 2004.

30 Al. 251(1)a) L.I.R.; AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 29.

31 Al. 251(1)b) L.I.R.

32 À ce sujet, voir Nathalie BEAUREGARD et François AUGER, « Conventions entre actionnaires », dans *Journée d'études fiscales 2010*, Toronto, Fondation canadienne de fiscalité, 2010, tab 2.

b) la personne qui, à un moment donné, en vertu d'un contrat, en equity ou autrement, a un droit immédiat ou futur, conditionnel ou non :

(i) à des actions du capital-actions d'une société ou de les acquérir ou d'en contrôler les droits de vote, est réputée occuper la même position relativement au contrôle de la société que si elle était propriétaire des actions à ce moment, sauf si le droit ne peut être exercé à ce moment du fait que son exercice est conditionnel au décès, à la faillite ou à l'invalidité permanente d'un particulier,

(ii) d'obliger une société à racheter, acquérir ou annuler des actions de son capital-actions dont d'autres actionnaires de la société sont propriétaires, est réputé occuper la même position relativement au contrôle de la société que si celle-ci rachetait, acquérait ou annulait les actions à ce moment, sauf si le droit ne peut être exercé à ce moment du fait que son exercice est conditionnel au décès, à la faillite ou à l'invalidité permanent d'un particulier,

(iii) aux droits de vote rattachés à des actions du capital-actions d'une société, ou de les acquérir ou les contrôler, est réputée occuper la même position relativement au contrôle de la société que si elle pouvait exercer les droits de voter à ce moment, sauf si le droit ne peut être exercé à ce moment du fait que son exercice est conditionnel au décès, à la faillite ou à l'invalidité permanente d'un particulier,

(iv) de faire réduire les droits de vote rattachés à des actions, appartenant à d'autres actionnaires, du capital-actions d'une société est réputée occuper la même position relativement au contrôle de la société que si les droits de vote étaient ainsi réduits à ce moment, sauf si le droit ne peut être exercé à ce moment du fait que son exercice est conditionnel au décès, à la faillite ou à l'invalidité permanente d'un particulier, [...]. »

L'alinéa 251(5)b) L.I.R. étend la notion de contrôle. Il s'applique uniquement aux fins de déterminer si une société est liée[33] à (c'est-à-dire contrôlée par) un ou plusieurs de ses actionnaires, et pour l'application de la définition de « société privée sous contrôle canadien »[34]. Lorsqu'une personne a le droit d'acquérir les actions d'une société ou d'en contrôler les droits de vote, en application de l'alinéa 251(5)b) L.I.R., cette personne sera réputée être propriétaire de ces actions ou en contrôle des droits de vote. Ces droits peuvent exister en vertu d'un contrat, en *equity* ou autrement, et peuvent être immédiats ou futurs, conditionnels ou non. Aussi, si une personne a le droit d'obliger une société à racheter, acquérir ou annuler de ses actions dont d'autres actionnaires de la société sont propriétaires, la

[33] Par. 251(2) L.I.R.

[34] Par. 125(7) L.I.R.

personne sera traitée comme occupant la même position relativement au contrôle de la société que si celle-ci rachetait, acquérait ou annulait les actions. En outre, si une personne a le droit de faire réduire les droits de vote rattachés à des actions, appartenant à d'autres actionnaires, elle est réputée occuper la même position relativement au contrôle de la société que si les droits de vote étaient ainsi réduits.

Un allégement limité est en outre prévu. La disposition déterminative à l'alinéa 251(5)b) L.I.R. ne s'appliquera pas si le droit ne peut être exercé du fait que son exercice est conditionnel au décès, à la faillite ou à l'invalidité permanente d'un particulier. Les conventions des actionnaires traiteront généralement de ces événements touchant les actionnaires. Ce qui est inhabituel, c'est que les exceptions relatives au décès, à la faillite et à l'invalidité permanente se rapportent à « un particulier », sans exigence que le particulier soit rattaché par un quelconque lien à l'actionnaire (ou aux actionnaires) ou à la société.

L'ARC a allégé de façon administrative sa position sur les droits de premier refus et clause d'achat forcé. En effet, l'ARC considère qu'un « droit de premier refus » n'est pas considéré conférer un droit d'acheter une action, mais plutôt un droit de le faire dans certaines circonstances ultérieures[35]. Aussi, l'ARC est d'avis que l'alinéa 251(5)b) L.I.R. « ne s'applique généralement pas à ce qu'on appelle couramment un "achat forcé" (c.-à-d. un arrangement selon lequel un actionnaire offre d'acheter les actions d'un autre actionnaire et où l'autre actionnaire doit soit accepter l'offre, soit acheter les actions détenues par la personne qui a fait la première offre) »[36].

2.4. LA NOTION DE PERSONNE AFFILIÉE

Une nouvelle notion de « personne affiliée » est entrée en vigueur le 27 avril 1995 afin de répondre principalement à un nouvel ensemble de règles qui ont remplacé les anciennes règles sur le refus des pertes[37] résultant

---

[35] AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 29, par. 13; AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 9, par. 37. La notion d'association est traitée ci-après sous la rubrique « Les règles sur l'association de sociétés ».

[36] AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 29.

[37] Ancien paragraphe 85(4), maintenant abrogé. Par exemple, en vertu des anciennes règles, une perte subie à la disposition par un actionnaire à une société contrôlée par cet actionnaire était refusée et la perte était ajoutée au coût de base rajusté (« CBR ») des actions de la société détenues par l'actionnaire.

de dispositions à des sociétés contrôlées[38]. La nouvelle notion de personne affiliée est maintenant utilisée dans les règles révisées sur la minimisation des pertes, en vertu desquelles les pertes découlant de transferts de biens entre personnes affiliées sont refusées ou différées[39]. Par exemple, si une société acquiert de ses actions d'un actionnaire affilié, toute perte de ce dernier sera refusée.

Dans le cas de sociétés qui sont contrôlées tel qu'il a été mentionné précédemment, la notion de contrôle est étendue pour inclure le contrôle *de facto* (notion plus large que le contrôle *de jure*)[40]. Une convention des actionnaires peut influer sur la personne qui est considérée contrôler la société et donc sur la personne qui est affiliée. Un particulier est affilié à lui-même[41] et à son conjoint[42].

Une société et une société de personnes sont affiliées si la société est contrôlée par un groupe particulier de personnes dont chaque membre est affilié à au moins un membre d'un groupe d'associés détenant une participation majoritaire de la société de personnes, et chaque membre de ce groupe d'associés est affilié à au moins un membre de l'autre groupe[43]. La notion de « groupe d'associés détenant une participation majoritaire »[44] est l'élément clé de cette définition. Essentiellement, quant à une société de personnes, cette expression désigne un groupe de personnes dont chacune a une participation dans la société de personnes de sorte que 1) d'une part, si une personne détenait les participations de l'ensemble des membres du groupe, cette personne serait un associé détenant une participation majoritaire[45] de la société de personnes, et 2) d'autre part, si un des membres n'était pas membre du groupe, cette personne ne serait pas un « associé détenant une participation majoritaire ».

---

38 Art. 251.1 L.I.R.

39 Par. 13(21.2), 14(12), 18(15), 40(3.3), 40(3.4) et 40(3.6) L.I.R.; les règles sur les pertes apparentes à l'alinéa 40(2)g) et la définition de « perte apparente » à l'article 54 L.I.R.

40 Voir *supra*, section 2.1.

41 Al. 251(2)a) L.I.R.

42 Al. 251.1(1)a) L.I.R.

43 Al. 251.1(1)d) L.I.R.

44 Voir la définition au paragraphe 251.1(3) L.I.R.

45 Voir par. 248(1) « associé détenant une participation majoritaire » L.I.R.

2.5. LES RÈGLES SUR L'ASSOCIATION DE SOCIÉTÉS

La loi fournit une forme d'aide, au moyen du régime fiscal, aux petites entreprises. Une « société privée sous contrôle canadien »[46] qui exploite activement une entreprise au Canada est admissible, sur une base annuelle, à un taux d'imposition réduit sur la première tranche de 500 000 $ de ses revenus tirés d'une entreprise exploitée activement[47].

Afin que cette forme d'aide ne cible qu'un seul groupe économique à la fois, les règles sur les sociétés associées ont été conçues pour régir le partage du plafond annuel de 500 000 $[48].

Ces règles visent à prévenir une multiplication des avantages tirés de la déduction accordée aux petites entreprises pour les sociétés qui sont considérées comme faisant partie d'un même groupe de sociétés associées. Pour parvenir à cette fin, la loi prévoit un nombre précis de circonstances dans lesquelles deux sociétés ou plus seront considérées comme associées, et chaque société membre du groupe sera tenue de partager le plafond annuel de revenu auquel s'applique le taux d'imposition réduit. L'association est également pertinente pour :

- l'exemption pour dividendes de 500 000 $ de l'impôt de la partie VI.1 L.I.R.[49] qui doit être répartie entre les sociétés associées;

- les CII pour la recherche et le développement qui sont touchés lorsque des sociétés sont associées[50];

- la notion d'« entreprise de prestation de services personnels »[51];

---

46 Voir la définition au paragraphe 125(7) L.I.R.

47 Par. 125(7) « entreprise exploitée activement » L.I.R.

48 Se reporter également à Maureen DONNELLY et Allister YOUNG, « The Associated Corporation Rules: Getting Tax Reduction Under "Control" », (1998), vol. 46, n° 3 *Revue fiscale canadienne* 589-625.

49 Un impôt payé par une société sur les dividendes qu'elle verse. Se reporter à la partie VI.1 L.I.R.

50 Par. 127(10.1) L.I.R. : l'admissibilité à des crédits supplémentaires est fonction du revenu imposable de la société admissible et de celui des sociétés qui lui sont associées.

51 Se reporter à la définition de ce terme (ainsi qu'à celle d'« entreprise de placement déterminée ») au paragraphe 125(7) L.I.R.

- le reclassement du revenu de biens provenant d'une société associée[52]; et

- certaines sociétés du secteur immobilier qui doivent répartir leur déduction de base (liée aux coûts accessoires aux fonds de terre) entre les sociétés associées[53].

Le contrôle pour les règles sur l'association comprend le contrôle *de facto* ainsi que le contrôle *de jure.*

Pour l'application des règles sur l'association, tant les conventions unanimes des actionnaires que les conventions ordinaires des actionnaires sont pertinentes. Par exemple, les conventions des actionnaires habituelles prévoient souvent un droit ou une obligation d'acheter ou de vendre des actions dans certaines circonstances. Ces clauses peuvent donner lieu à l'application des règles sur l'association au paragraphe 256(1.4) L.I.R. et produire des conséquences fiscales indésirables. Cependant, l'ARC considère que les règles ne s'appliquent pas à certaines règles sur le droit de premier refus ou de rachat. L'ARC prend la même position administrative sur ceci que celle sur l'alinéa 251(5)b) L.I.R.[54]

En raison de la notion étendue de contrôle aux fins des règles sur l'association, le seuil pour que les sociétés soient considérées comme associées sera aisément atteint. Par conséquent, ce seuil est particulièrement important dans le contexte des conventions des actionnaires lorsque plus d'une société est en cause. Le contrôle *de jure* doit être considéré, mais la notion étendue de contrôle *de facto* est également pertinente. Les conventions unanimes des actionnaires faisant partie des actes constitutifs d'une société seront pertinentes, mais aussi tout autre contrat ou convention conclu entre les actionnaires.

2.6. QUAND UNE ACQUISITION DE CONTRÔLE EST-ELLE PERTINENTE?

En vertu du paragraphe 249(4) L.I.R., l'année d'imposition d'une société sera considérée se terminer immédiatement avant le moment de l'acquisition du contrôle de la société par une personne ou un groupe de personnes.

---

52 Par. 129(6) L.I.R.

53 Par. 18(2.3) L.I.R.

54 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 9, par. 37.

De nombreuses dispositions de la loi s'appliquent également lors d'une acquisition de contrôle. Les dispositions antiévitement visent à contrecarrer la vente de pertes, de déductions et de crédits entre des parties liées. Ces dispositions limitent l'utilisation des déductions et des crédits et, de façon plus importante, l'utilisation des pertes d'une société. Par exemple, une acquisition de contrôle est pertinente aux fins de l'application des dispositions suivantes de la loi :

- Inventaire. Le paragraphe 10(10) L.I.R. traite de l'évaluation des biens figurant à l'inventaire.

- Déduction pour amortissement. Le paragraphe 13(24) L.I.R. porte sur la déduction pour amortissement et les CII pour les biens qui ont été acquis en prévision d'une acquisition de contrôle.

- Activités de recherche scientifique et de développement expérimental. L'alinéa 37(1)h) et le paragraphe 37(6.1) L.I.R. limitent les déductions pour les dépenses liées aux activités de recherche scientifique et de développement expérimental.

- Liquidations. Les paragraphes 88(1.1) et 88(1.2) L.I.R. limitent l'utilisation des pertes subies par une filiale qui a été liquidée pour la société mère.

- Société privée. Le statut d'une société à titre de société privée au sens de la définition au paragraphe 89(1) L.I.R. peut être modifié si une société devient (ou cesse d'être) contrôlée par une société publique.

- CDC. En vertu du paragraphe 89(1.1) L.I.R., le CDC d'une société privée est perdu lorsque la société était auparavant contrôlée par des non-résidents et que ce contrôle est perdu, et que la société devient une SPCC (c'est-à-dire qu'elle n'est plus contrôlée par des non-résidents).

- Pertes en capital. En vertu du paragraphe 111(4) L.I.R., les pertes en capital nettes ne peuvent pas être reportées prospectivement après une acquisition de contrôle, et celles subies après une acquisition de contrôle ne peuvent pas être reportées rétrospectivement. Aussi, il faut constater les pertes en capital cumulées pour une année d'imposition avant une acquisition de contrôle.

- Pertes d'entreprise et pertes agricoles. En vertu du paragraphe 111(5) L.I.R., la déduction des pertes d'entreprise et des pertes agricoles est

soumise à des restrictions; les pertes autres qu'en capital résultant de biens agricoles, les pertes matérielles (les pertes autres qu'en capital dans la mesure où elles représentent des pertes provenant de biens), et les pertes au titre de placements d'entreprise admissibles ne peuvent pas être reportées prospectivement.

- Biens amortissables. En vertu du paragraphe 111(5.1) L.I.R., les pertes finales accumulées sur des biens amortissables ne peuvent pas être reportées prospectivement.

- Immobilisations admissibles. En vertu du paragraphe 111(5.2) L.I.R., les pertes accumulées sur les immobilisations admissibles existant au cours d'une année d'imposition se terminant avant une acquisition de contrôle doivent être constatées.

- Créances irrécouvrables. En vertu du paragraphe 111(5.3) L.I.R., aucune réserve pour les créances douteuses ne peut être constituée pour l'année d'imposition se terminant avant une acquisition de contrôle et tout montant à ce titre est déduit en tant que créance irrécouvrable.

- SPCC. Une société peut devenir une « société privée sous contrôle canadien » en vertu de la définition au paragraphe 125(7) L.I.R., ou perdre ce statut.

- CII. L'utilisation de CII accumulés est limitée aux termes des paragraphes 127(9.1) et 127(9.2) L.I.R.

- Fin d'année réputée. Sauf dans certains cas, l'année d'imposition d'une société est réputée se terminer immédiatement avant l'acquisition de contrôle en vertu du paragraphe 249(4) L.I.R.

- Association. Le contrôle d'une ou de plusieurs sociétés peut faire que ces sociétés soient associées en vertu du paragraphe 256(1) L.I.R.

3. LE TRANSFERT D'ACTIONS ENTRE ACTIONNAIRES

3.1. SITUATIONS AVEC LIEN DE DÉPENDANCE

Dans les situations où un actionnaire vend des actions à un coactionnaire avec lequel il a un lien de dépendance, la loi traitera le vendeur comme ayant

disposé des actions à un prix égal à leur JVM[55]. Si la JVM est supérieure au prix prévu de la transaction, le vendeur peut réaliser un plus grand gain en capital. Par contre, l'acheteur n'est pas réputé par la loi avoir payé une somme égale à la JVM. Par conséquent, le prix de base rajusté (« PBR ») des actions sera égal au prix réel qui a été payé au vendeur et non à la JVM.

Ce traitement concernera les actionnaires qui ont un lien de dépendance entre eux, particulièrement les membres d'une même famille[56]. Bien que la question de savoir si des parties n'ont entre elles aucun lien de dépendance soit une question de fait, les personnes qui sont « liées » sont réputées avoir entre elles un lien de dépendance[57].

3.2. EXONÉRATION DES GAINS EN CAPITAL POUR LES ACTIONS ADMISSIBLES DE PETITE ENTREPRISE

Lorsque des actions sont vendues en vertu d'une convention des actionnaires, le vendeur (s'il s'agit d'un particulier) peut demander une exonération cumulative des gains en capital jusqu'à concurrence de 750 000 $ de gains en capital résultant de la disposition. Les actions doivent, au préalable, répondre à un certain nombre de critères (dont une période déterminée de détention des actions) et la société elle-même doit satisfaire à certains critères relatifs à son actif[58].

Les actions ne doivent pas avoir été la propriété d'une autre personne que l'actionnaire ou une personne liée à l'actionnaire durant la période de 24 mois précédant la disposition. Les actions émises du trésor ne sont généralement pas admissibles, sauf si elles sont émises en échange d'autres actions ou au transfert d'une entreprise non constituée en société[59].

Les actions doivent être des actions d'une « société exploitant une petite entreprise »[60] (laquelle doit être une « société privée sous contrôle

---

55 Par. 69(1) L.I.R. Une situation semblable peut se produire lorsque les actions d'un actionnaire sont acquises par une société avec laquelle l'actionnaire a un lien de dépendance.

56 Se reporter à l'alinéa 251(2)a) L.I.R.

57 Se reporter à l'alinéa 251(1)a) L.I.R. et *supra*, section 2.2.

58 Par. 110.6(1) « action admissible de petite entreprise » L.I.R.

59 Al. 110.6(14)e) et 110.6(14)f) L.I.R.

60 Définie au paragraphe 248(1) L.I.R.

canadien »[61]) qui, au moment de la disposition, utilise principalement la totalité ou la quasi-totalité (en général, 90 % ou plus) de ses éléments d'actif dans une entreprise exploitée surtout au Canada ou est une société de portefeuille pour une telle société qui répond aux mêmes critères. Aussi, durant la période de détention de 24 mois qui précède la disposition, au moins 50 % des éléments d'actif de la société doivent avoir été utilisés principalement dans une entreprise exploitée activement au Canada ou pour le financement d'une société admissible semblable qui lui est « rattachée » au sens des règles sur l'impôt de la partie IV L.I.R.[62] Cependant, dans le cas de la disposition d'actions d'une société de portefeuille, lorsque les propres placements de la société de portefeuille ne répondent pas au critère de 50 %, la filiale rattachée doit satisfaire au critère de 90 % de l'actif tout au long de la période de propriété de 24 mois.

La mise en place d'assurance vie dans une convention entre actionnaires pour financer l'achat des actions d'un actionnaire décédé est très usuelle. Si la société détient une police d'assurance sur la vie d'un actionnaire, elle peut ne pas satisfaire aux critères de l'actif en vertu duquel les actions seront admissibles à l'exonération des gains en capital. L'alinéa 110.6(15)a) L.I.R. procure un allégement dans ces circonstances, car il prévoit que la valeur de la police d'assurance vie peut être égale à sa valeur de rachat. Lorsque la société est en droit de recevoir le produit d'une police d'assurance vie après le décès d'un actionnaire, pour l'application du critère de l'actif, tout produit reçu ou à recevoir est réputé ne pas excéder la valeur de rachat de la police immédiatement avant le décès de l'assuré, pourvu que le produit soit utilisé pour racheter, acquérir ou annuler les actions de la société dont l'assuré était propriétaire au cours de la période de 24 mois commençant au moment du décès de l'assuré.

L'exonération des gains en capital peut être réduite par les pertes nettes cumulatives sur placements d'un particulier (« PNCP »)[63]. L'utilisation de l'exonération des gains en capital peut également causer l'application de l'impôt minimum de remplacement[64]. Il convient de noter que l'impôt

---

61 Définie au paragraphe 125(7) L.I.R.

62 *Infra*, section 4.4.

63 Se reporter aux définitions de « perte nette cumulative sur placements », « plafond annuel des gains » et « plafond des gains cumulatifs » au paragraphe 110.6(1) L.I.R.

64 Art. 127.5 et suiv. L.I.R.

minimum de remplacement ne s'applique pas à un particulier l'année d'imposition au cours de laquelle le particulier est décédé[65].

3.3. DISPOSITION RÉPUTÉE AU DÉCÈS ET REPORT RÉTROSPECTIF DE PERTE (CHOIX AU PARAGRAPHE 164(6) L.I.R.)

En cas de décès d'un actionnaire, ce dernier est généralement réputé avoir disposé, immédiatement avant son décès, de chacune de ses immobilisations, comme les actions d'une société, et avoir reçu un produit égal à la JVM des actions[66]. Le cessionnaire, soit la succession ou la personne à qui les actions ont été léguées, est alors réputé avoir acquis les actions pour un produit égal à cette JVM, établissant ainsi la JVM comme le PBR pour l'acquéreur.

Des exceptions s'appliquent à cette règle lorsqu'un bien est laissé à un conjoint ou à une fiducie au profit du conjoint.

La convention des actionnaires peut jouer un rôle déterminant dans le calcul de la JVM[67]. Aussi, si la société possède une police d'assurance sur la vie de l'actionnaire décédé, cette police peut avoir une incidence sur la JVM des actions.

Il existe un mécanisme qui permet à la succession d'un contribuable décédé de reporter rétrospectivement une perte subie durant la première année d'imposition de la succession en diminution des gains réalisés par le défunt durant l'année du décès. La perte pouvant être reportée rétrospectivement est limitée au montant de la perte résultant de la disposition d'immobilisations[68]. Puisque la perte doit être subie durant la première année d'imposition de la succession du contribuable décédé, il faut disposer des actions durant cette période. Une telle perte peut se produire si, par exemple, le produit réel de la vente des actions par la succession est moins élevé que le produit réputé être réalisé par le défunt à son décès. Aussi, une perte peut être subie si les actions sont rachetées par la société et qu'une partie de la somme payée par la société est reclassée en tant que

---

65 Art. 127.55 L.I.R.

66 Par. 70(5) L.I.R.

67 Sur cette question, voir *infra*, section 6.

68 Par. 164(6) L.I.R. Pour une discussion plus approfondie, se reporter à H. Elise REES, « Planification testamentaire en vue d'éviter la double imposition », (2000), vol. 48, n° 1 *Revue fiscale canadienne* 173-193.

dividende réputé[69]. Cependant, dans ces circonstances, la totalité ou une partie de la perte peut être refusée en vertu des règles sur la minimisation des pertes[70].

3.4. TRANSFERT AU CONJOINT

Lorsqu'un actionnaire décède et laisse des actions à son conjoint, ou à une fiducie au profit du conjoint, le conjoint ou la fiducie au profit du conjoint est généralement réputé avoir acquis les actions à un coût égal au PBR des actions pour le contribuable décédé, et le gain en capital est donc reporté[71]. Le conjoint survivant doit être un résident du Canada; et lorsque le cessionnaire est une fiducie au profit du conjoint, celle-ci doit être résidente du Canada. Le conjoint survivant doit être admissible à recevoir tous les revenus de la fiducie au profit du conjoint sa vie durant et nulle autre personne que lui ne peut recevoir un revenu ou un capital de la fiducie au profit du conjoint[72].

Dans un cas comme dans l'autre, les actions doivent être « dévolues irrévocablement » au conjoint ou à la fiducie au profit du conjoint, selon le cas, dans les 36 mois suivant le décès de l'actionnaire. Le gain est reporté jusqu'au moment où le conjoint survivant ou la fiducie au profit du conjoint dispose des actions du vivant du conjoint, ou autrement jusqu'au décès du conjoint, selon le premier de ces événements.

Les représentants légaux de l'actionnaire décédé peuvent choisir de ne pas effectuer un transfert libre d'impôt du PBR au conjoint ou à la fiducie au profit du conjoint. Dans ce cas, l'actionnaire décédé sera réputé avoir disposé de ses actions à leur JVM, et ainsi réaliser un gain en capital. Le choix doit être fait dans la déclaration de revenus régulière de l'actionnaire décédé pour l'année du décès[73]. Par conséquent, le conjoint ou la fiducie au profit du conjoint reçoit le bien à un PBR qui est égal à sa JVM. Les représentants

---

69 Sur cette question, voir *infra*, section 4.2.

70 Sur cette question, voir *infra*, section 4.6.

71 Par. 70(6) L.I.R.

72 Pour une discussion plus approfondie des fiducies au profit du conjoint, on consultera Pearl E. SCHUSHEIM, « Fiducies au profit du conjoint : Trucs et embûches – Première partie », (1999), vol. 47, n° 6 *Revue fiscale canadienne* 1545-1567.

73 Par. 70(6.2) L.I.R. et AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-305R4, « Fiducies testamentaires au profit du conjoint », 30 octobre 1996, par. 2.

légaux de l'actionnaire décédé peuvent choisir uniquement un montant égal à la JVM (c'est-à-dire qu'ils ne peuvent pas choisir un montant se situant entre le PBR et la JVM). Cependant, dans les situations où un montant limité de gain en capital doit être créé, les représentants légaux pourraient choisir que les dispositions de transfert ne s'appliquent pas à une partie des actions, de sorte que certaines actions seraient réputées avoir été disposées à la JVM et d'autres actions seraient réputées avoir été disposées au PBR. Dans une convention des actionnaires, cette stratégie peut être utile lorsqu'il est souhaitable d'utiliser l'exonération des gains en capital du défunt pour une partie de ses actions. Le reste des actions peut être transféré libre d'impôt au conjoint, qui peut ensuite en disposer et utiliser sa propre exonération des gains en capital.

L'expression « dévolu irrévocablement » n'est pas définie dans la loi. L'ARC interprète cette notion comme signifiant ceci :

> « [le] droit incontestable de propriété d'un bien donné qui, par suite du décès du propriétaire, a été transféré ou attribué au conjoint, à une fiducie en faveur du conjoint ou à un enfant du défunt. Selon le Ministère, un bien est dévolu irrévocablement au conjoint ou à un enfant du défunt lorsque le conjoint ou l'enfant obtient un droit de propriété absolue sur ce bien, de manière que ce droit ne peut être annulé par aucun événement ultérieur, même si le conjoint ou l'enfant peut ne pas pouvoir bénéficier immédiatement de tous les avantages découlant du droit obtenu. [...]
>
> Un bien est considéré être dévolu irrévocablement à la personne à qui il est légué lorsque cette personne a un droit exécutoire de propriété à l'égard du bien[74]. »

Les modalités d'une convention des actionnaires peuvent empêcher que les actions soient dévolues irrévocablement au conjoint survivant ou à la fiducie au profit du conjoint si, en vertu de la convention, la succession de l'actionnaire décédé est tenue de vendre les actions[75]. Dans un tel cas, le conjoint survivant ou la fiducie au profit du conjoint est considéré comme étant admissible à recevoir le produit de la vente des actions, plutôt que les actions elles-mêmes. Par conséquent, l'actionnaire décédé est réputé avoir disposé des actions pour un produit égal à leur JVM.

---

74 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-449R (archivé), « Sens de l'expression "a été, par dévolution, irrévocablement acquis" », 25 septembre 1987, par. 1-2.

75 *Id*., par. 8d).

La convention des actionnaires pourrait cependant stipuler que le conjoint ou la fiducie au profit du conjoint a l'option de vendre les actions (option de vente) aux actionnaires restants (ou à la société) durant une période donnée suivant le décès de l'actionnaire. Si l'option n'est pas exercée dans la période donnée, les actionnaires restants (ou la société) pourraient par la suite avoir le droit d'acheter les actions (option d'achat) du conjoint ou de la fiducie au profit du conjoint durant une période donnée.

Si la convention des actionnaires donne simplement aux actionnaires restants ou à la société l'option d'acquérir les actions du défunt, les actions devraient pouvoir être ainsi dévolues irrévocablement au conjoint survivant ou à la fiducie au profit du conjoint. Cette clause peut être utile dans une convention pour éviter, par exemple, l'application des règles sur la minimisation des pertes. Dans une cause[76] où les clauses de la convention des actionnaires obligeaient la vente des actions par l'exécuteur et leur rachat obligatoire, la Cour a jugé que les actions n'ont pas été dévolues irrévocablement à la succession.

Par contre, lorsque la convention des actionnaires prévoit que les actionnaires restants ont l'option d'acheter les actions, et que les actions sont de cette façon dévolues irrévocablement au conjoint survivant, la question peut être soulevée de savoir si le conjoint survivant est obligé ou non, en vertu de la convention des actionnaires, de vendre les actions si les coactionnaires exercent l'option, à moins que le conjoint survivant ne soit autrement partie à la convention. En d'autres termes, il n'est pas toujours clair que les obligations du défunt en vertu de la convention des actionnaires sont transférées au conjoint survivant ou à la fiducie au profit du conjoint[77].

Par conséquent, il peut être préférable que le conjoint souscrive une action de type privilégiée de la société ayant une valeur nominale, et que le conjoint soit partie à la convention des actionnaires, de sorte que celle-ci ait force obligatoire pour le conjoint.

Le libellé de la convention des actionnaires pourrait prévoir au surplus qu'un actionnaire soit obligé de vendre ses actions en cas de décès;

---

[76] *Parkes Estate* c. *MRN*, 86 D.T.C. 1214 (C.C.I.). Voir également *Greenwood Estate* c. *La Reine*, 94 D.T.C. 6190 (C.A.F.).

[77] Par exemple, dans une affaire, les actions de l'actionnaire sont passées à son conjoint au décès de l'actionnaire, mais elles étaient autrement assujetties à une convention. La Cour d'appel de la Saskatchewan a conclu que le conjoint survivant n'était pas obligé par la convention : *O'Brien* c. *O'Brien Estate* (1999), 180 Sask. R. 33.

cependant, si les actions sont léguées à un conjoint ou à une fiducie au profit du conjoint et que le conjoint survivant ou la fiducie au profit du conjoint (selon le cas) intervient dans la convention des actionnaires existante afin d'être lié par ces clauses, alors le conjoint ou la fiducie au profit du conjoint pourrait autrement avoir l'option de vendre les actions aux actionnaires restants[78]. De plus, dans ces situations, les actionnaires restants pourraient avoir le droit, après une certaine période, d'acquérir les actions (droit d'option d'achat) si le conjoint ou la fiducie au profit du conjoint n'exerce pas l'option de vente.

Les actions pourraient être par ailleurs la propriété d'une société de portefeuille. Les actions de la société de portefeuille pourraient être léguées au conjoint ou à la fiducie au profit du conjoint et la convention des actionnaires pourrait exiger la vente obligatoire des actions de la société par la société de portefeuille.

3.5. DÉPOUILLEMENT DES SURPLUS ET DIVIDENDES RÉPUTÉS (ART. 84.1 L.I.R.)

Dans bien des cas, les conventions des actionnaires régissent la vente par un particulier ou une fiducie (y compris une succession) à un autre actionnaire qui est lui-même une société. Si le vendeur a un lien de dépendance avec la société acheteuse et que les règles antiévitement de l'article 84.1 L.I.R. s'appliquent, toute contrepartie autre que des actions reçue par le vendeur peut être reclassée en tant que dividende (plutôt que d'être admissible au traitement des gains en capital); et si le vendeur reçoit une contrepartie en actions de la société acheteuse, le capital versé[79] des actions reçues peut être réduit.

L'article 84.1 L.I.R. vise à empêcher le retrait du surplus imposable d'une société au moyen d'une vente à une société acheteuse avec lien de dépendance et assimile le produit comme des gains en capital (et des gains

---

[78] Luc MARTEL, « Clause de double option et la convention entre actionnaires », dans *Congrès 96*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1997, pp. 28:1-13.

[79] Le capital versé à l'égard de l'impôt sur le revenu n'est pas nécessairement l'équivalent du capital déclaré à l'égard du droit des sociétés ou aux fins comptables. Tel qu'il est prévu dans la définition de « capital versé » au paragraphe 89(1) L.I.R., et ailleurs dans la loi, le capital versé à l'égard de l'impôt sur le revenu est assujetti à un certain nombre de rajustements. Se reporter également à AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-463R2, « Capital versé », 8 septembre 1995.

en capital libres d'impôt, lorsque c'est possible). Pour que l'article 84.1 L.I.R. s'applique, le vendeur doit être un contribuable qui réside au Canada, à l'exclusion d'une société, tel un particulier ou une fiducie (y compris une succession). La société en cause dont les actions sont vendues doit également résider au Canada. Les actions doivent représenter des immobilisations pour le vendeur, et l'acheteur doit être une société avec laquelle le vendeur a un lien de dépendance. Immédiatement après la disposition, la société en cause (dont les actions ont été achetées) doit être « rattachée » à l'acheteur.

Pour que le vendeur et la société acheteuse soient considérés comme ayant un lien de dépendance entre eux, l'article 84.1 L.I.R. élargit la notion de lien de dépendance. Le vendeur sera reconnu avoir un lien de dépendance avec l'acheteur dans les situations où il fait partie d'un groupe comptant moins de six personnes qui contrôlent la société acheteuse, et le vendeur était également, après la disposition, membre d'un groupe comptant moins de six personnes qui contrôlent l'acheteur, et les membres du premier groupe contrôlant la société en cause immédiatement avant la disposition étaient des membres du second groupe contrôlant l'acheteur après l'acquisition.

L'article 84.1 L.I.R. importe la notion de sociétés « rattachées » du paragraphe 186(4) L.I.R. pour l'application de l'impôt de la partie IV L.I.R.[80] Dans certains cas, le seuil en vertu duquel deux sociétés sont « rattachées » est très bas.

Lorsque l'article 84.1 L.I.R. s'applique, et que le vendeur n'a reçu qu'une contrepartie autre que des actions, le vendeur est réputé avoir reçu de l'acheteur un dividende égal à l'excédent du produit sur le plus élevé du capital versé au titre des actions vendues et du « prix de base rajusté sans lien de dépendance » des actions vendues pour le vendeur. Cette disposition vise à permettre au vendeur de recevoir un produit jusqu'à concurrence du plus élevé, du PBR de ses actions et du capital versé au titre des actions concernées, sans assujettir cette partie du produit au traitement en tant que dividende réputé. Cependant, la notion du PBR des actions pour le vendeur est étendue par les dispositions particulières de l'article 84.1 L.I.R.[81] et le PBR est recalculé en ce qui est souvent désigné comme le « coût essentiel » ou le « prix de base rajusté sans lien de dépendance ».

Aussi, si le vendeur a acquis les actions après 1971 d'une personne avec laquelle il avait un lien de dépendance, le coût essentiel pour le vendeur sera

---

[80] Voir *infra*, section 4.4.

[81] Par. 84.1(2) L.I.R.

assujetti à certains rajustements. Par exemple, lorsqu'une action a été acquise après 1971 d'une personne avec laquelle le vendeur avait un lien de dépendance, ou lorsqu'une action était la propriété du vendeur à la fin de 1971, certains montants peuvent être déduits du PBR. Lorsque le vendeur ou une personne avec laquelle le vendeur avait un lien de dépendance était propriétaire d'une action en 1971, l'excédent de la JVM de l'action au jour de l'évaluation sur le coût effectif de l'action le 1er janvier 1972 et les dividendes reçus sur l'action, et pour lequel la société qui a versé le dividende a fait le choix prévu au paragraphe 83(1) L.I.R., seront déduits du PBR. En outre, le PBR de l'action pour le vendeur peut être réduit du montant des gains en capital réalisés par le vendeur, ou par un particulier avec lequel le vendeur avait un lien de dépendance, pour lequel une exonération des gains en capital a été demandée en vertu de l'article 110.6 L.I.R.

Lorsque le vendeur obtient de l'acheteur des actions et une contrepartie autre que des actions, il peut être reconnu avoir reçu un dividende réputé sur la partie du produit qui représente la contrepartie autre que des actions. Cependant, en ce qui a trait aux actions reçues de l'acheteur, tout rajustement sera reflété dans une réduction du capital versé au titre des actions reçues. Cette réduction sera fondée sur ce qui serait autrement l'augmentation du capital versé au titre des actions (de l'acheteur) qui avaient été émises en tant que contrepartie, moins l'excédent :

1) du plus élevé des montants suivants :

   a) le capital versé à l'égard des actions de la société en cause (c'est-à-dire les actions qui ont été vendues) et;

   b) le PBR « sans lien de dépendance » pour le vendeur (ou le « coût essentiel »), sur

2) la JVM de toute contrepartie autre que des actions payée par l'acheteur pour les actions concernées.

Par conséquent, dans le cadre de la préparation d'une convention des actionnaires, il est impératif de prendre en considération la possibilité, lorsqu'une telle vente d'actions entre coactionnaires entraîne un gain en capital pour le vendeur, que le produit soit reclassé soit comme un dividende réputé, soit comme des actions à faible capital versé reçues en paiement de l'acheteur, ou comme une combinaison des deux. Au moment de rédiger la convention des actionnaires, il sera nécessaire de déterminer si un actionnaire éventuel a un lien de dépendance (au sens de la notion étendue en

application de l'article 84.1 L.I.R.) avec un coactionnaire actuel ou futur de la société. Si c'est le cas, il sera alors nécessaire de déterminer si l'acheteur éventuel, qui est une société, est rattaché à la société elle-même.

3.6. DÉPOUILLEMENT DE SURPLUS COMPORTANT DES VENTES D'ACTIONS AVEC LIEN DE DÉPENDANCE PAR DES NON-RÉSIDENTS

De façon semblable mais non identique aux dispositions de l'article 84.1 L.I.R., les dispositions de l'article 212.1 L.I.R. ont une incidence sur les dispositions avec lien de dépendance par des vendeurs non résidents d'actions d'une société canadienne à une autre société canadienne. En effet, l'article 212.1 L.I.R. peut occasionner le reclassement du produit en un dividende (plutôt qu'un gain en capital); lorsque le vendeur reçoit des actions de la société acheteuse, le capital versé au titre de ces actions est réduit; ou dans les situations où une contrepartie autre que des actions et une contrepartie en actions sont reçues, un traitement en tant que dividende réputé peut s'appliquer et le capital versé au titre des actions reçues peut être réduit.

Pour que l'article 212.1 L.I.R. s'applique, il doit y avoir une personne non résidente qui dispose d'actions d'une société canadienne en faveur d'une autre société canadienne avec laquelle la personne non résidente a un lien de dépendance. Aussi, immédiatement après la disposition, la société en cause (dont les actions ont été vendues) doit être « rattachée » à la société acheteuse. Les actions vendues doivent être celles d'une société canadienne, et l'acheteur doit également être une société canadienne. Une « société canadienne » est généralement une société qui réside au Canada ou qui a été constituée au Canada[82].

Le vendeur doit être une personne ou une société non résidente. Le terme « non-résident » n'est pas défini dans la loi. Si une personne est réputée résider au Canada pour l'application de la loi mais, qu'en vertu d'un traité fiscal conclu avec un autre pays, elle est réputée résider dans un autre pays et non au Canada, alors cette personne est réputée, pour l'application de la loi, être non-résidente du Canada[83]. Par conséquent, l'interaction d'un traité fiscal conclu entre le Canada et un autre pays est déterminante dans l'établissement du statut du vendeur en tant que non-résident.

---

[82] Par. 89(1) « société canadienne » L.I.R.

[83] Par. 250(5) L.I.R. Il n'y a pas de corollaire dans la *Loi sur les impôts*.

En outre, le vendeur doit avoir un lien de dépendance avec l'acheteur. Comme l'article 84.1, l'article 212.1 L.I.R. élargit la notion de lien de dépendance dans certaines circonstances où la société en cause et la société acheteuse sont contrôlées par un groupe de moins de six personnes. Aussi, des dispositions déterminatives s'appliquent aux fiducies et à leurs bénéficiaires, aux enfants âgés de moins de 18 ans et aux conjoints[84].

Contrairement à l'article 84.1 L.I.R., la notion de lien de dépendance pour l'application de l'article 212.1 L.I.R. exclut les cas dans lesquels le vendeur aurait un lien de dépendance avec l'acheteur en raison de l'application des règles sur le droit (option) d'achat ou de rachat de l'alinéa 251(5)b) L.I.R.[85] Par conséquent, le vendeur n'aura pas un lien de dépendance avec l'acheteur uniquement en raison de l'interaction des règles sur le droit (option) d'achat ou de rachat de l'alinéa 251(5)b) L.I.R.

Cependant, comme c'est le cas à l'article 84.1 L.I.R., la société en cause (dont les actions ont été disposées) doit être rattachée à l'acheteur au sens du paragraphe 186(4) L.I.R., qui est l'une des règles sur l'impôt de la partie IV L.I.R.[86]

Encore une fois, puisque le vendeur a un lien de dépendance avec l'acheteur, il peut être conclu que le produit avant le reclassement en tant que dividendes, le cas échéant, est la JVM aux fins fiscales, que celle-ci corresponde ou non au prix payé.

Lorsque l'article 212.1 L.I.R. s'applique, le vendeur sera réputé avoir reçu un dividende égal à la JVM de la contrepartie autre que des actions reçue, moins le capital versé au titre des actions vendues de la société en cause. En outre, si le vendeur a reçu en contrepartie des actions de l'acheteur, l'excédent du capital versé à l'égard des actions vendues sur la JVM de toute contrepartie versée autre que des actions sera déduit de toute augmentation du capital versé au titre des actions émises par l'acheteur à la suite de la disposition.

---

84 Par. 212.1(3) L.I.R.

85 Par. 212.1(1) L.I.R. Les règles sur le droit (option) d'achat ou de rachat sont traitées ci-dessus à la section 2.3.

86 Par. 212.1(1) L.I.R. La notion de société « rattachée » est traitée ci-après à la section 4.4. Dans le contexte d'une relation entre sociétés, la notion de société rattachée est beaucoup plus large que celle de société contrôlée.

Par conséquent, lorsque l'article 212.1 L.I.R. s'applique, le vendeur peut faire face à des conséquences fiscales immédiates si la contrepartie autre que des actions payées excède le capital versé au titre des actions vendues et il peut recevoir des actions de l'acheteur dont le capital versé est moins élevé. Par contre, l'article 212.1 L.I.R. ne s'appliquera pas à une disposition d'actions par une société non résidente en faveur de l'acheteur qui, immédiatement avant la disposition, contrôlait la société non résidente[87].

3.7. SOLDE DU PRIX DE VENTE ET DISPONIBILITÉ DES PROVISIONS

Dans le cas où un actionnaire dispose de ses actions et que l'opération donne lieu à un gain en capital, la convention des actionnaires prévoit souvent les modalités de paiement et le délai de paiement du solde du prix de vente, le cas échéant. Le vendeur peut souhaiter, à l'égard de l'impôt sur le revenu, demander une provision et répartir le gain en capital (résultant de la disposition) sur le nombre d'années pendant lesquelles le solde du prix de vente est payable.

La loi contient des règles précises pour déterminer le moment où un vendeur sera admissible à une provision[88]. La règle selon laquelle les provisions à l'égard de l'impôt sur le revenu sont généralement limitées à cinq ans est particulièrement pertinente aux conventions des actionnaires. Le vendeur doit donc inclure, dans l'année de la disposition, une certaine partie du gain en capital et peut demander une provision pour le solde pour une période supplémentaire maximale de quatre ans. Dans certaines circonstances comportant, par exemple, la vente d'actions d'une société exploitant une petite entreprise, la provision peut être demandée pour 10 ans. Dans ce cas, une partie du gain en capital est incluse dans l'année de la disposition et le solde est réparti sur neuf ans.

Les personnes qui ne résident pas au Canada ou qui sont exonérées d'impôt ne peuvent pas demander une provision[89]. Aussi, une provision ne peut pas être demandée si les actions sont vendues à une société qui, immédiatement après la vente :

---

87 Par. 212.1(4) L.I.R. Les règles sur le droit (option) d'achat ou de rachat sont traitées ci-dessus à la section 2.3.

88 Par. 40(1) L.I.R. et AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-236R4, « Réserves – Disposition de biens en immobilisation », 30 juillet 1999 (archivé par l'ARC depuis 2004).

89 S.-al. 40(2)a)(i) L.I.R.

- était contrôlée, directement ou indirectement, par le vendeur;

- était contrôlée, directement ou indirectement, par une personne ou un groupe de personnes par qui le vendeur était contrôlé, directement ou indirectement; ou

- contrôlait, directement ou indirectement, le vendeur lorsque ce dernier est une société[90].

Ici, le contrôle de fait sera pertinent, puisque l'expression « contrôlée, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit » est utilisée expressément dans les dispositions de la loi[91].

Par conséquent, lors de la rédaction d'une convention des actionnaires, il sera nécessaire d'assurer que le solde du prix payable pour la vente d'actions ne donne pas lieu à des conséquences fiscales indésirables pour le vendeur, si le vendeur souhaite demander une provision pour le gain en capital résultant de la disposition.

3.8. DIVIDENDES VERSÉS OU RÉPUTÉS VERSÉS À DES NON-RÉSIDENTS (RETENUE D'IMPÔT DE LA PARTIE XIII L.I.R.)

Les non-résidents sont généralement assujettis à une retenue d'impôt de 25 % sur les dividendes versés, ou réputés avoir été à verser, par une société qui réside au Canada[92]. Le payeur est tenu de retenir le montant de l'impôt à payer et de le verser à l'ARC à l'égard de l'obligation fiscale du non-résident. Le défaut de conformité peut faire en sorte que le payeur soit cotisé pour le montant qui aurait dû être retenu.

Dans le contexte d'une convention des actionnaires, où le produit d'une disposition est reclassé comme un dividende (soit en application de l'article 212.1 L.I.R. ou dans le cas d'un rachat d'actions), la difficulté pour le payeur consiste à se conformer à l'obligation de retenir et de verser une somme qui est uniquement réputée avoir été payée, surtout lorsqu'aucun montant n'est autrement payable immédiatement[93]. Par conséquent, les clauses de la

---

90 S.-al. 40(2)a)(ii) L.I.R.

91 Par. 256(5.1) L.I.R.

92 Par. 212(2) L.I.R.

93 Pour une discussion sur l'application de l'impôt de la partie XIII L.I.R. aux paiements réputés, voir James ROSSITER, « The Application of Part XIII Nonresident Withholding Tax to Deemed Payments », (1986), vol. 34, n° 3 *Revue fiscale canadienne* 511-532.

convention des actionnaires devraient tenir compte de l'obligation de l'acheteur d'effectuer une retenue des dividendes réputés avoir été versés à un non-résident (ce qui aura une incidence sur le solde du prix de vente à payer, le cas échéant, ainsi que sur le processus de vente lui-même).

Dans bien des cas, le taux de la retenue d'impôt est réduit en vertu d'une convention fiscale conclue entre le Canada et un autre pays. Dans certains cas, le taux est aussi bas que 5 %. En vertu de la convention fiscale entre le Canada et les États-Unis[94] par exemple, les dividendes versés par des sociétés canadiennes à des résidents des États-Unis sont assujettis à une retenue d'impôt moins élevée de 15 %. En outre, si le résident américain est une société qui possède au moins 10 % des droits de vote de la société canadienne qui verse les dividendes, le taux baisse à 5 %.

4. LES QUESTIONS À CONSIDÉRER LORS DE L'ACQUISITION PAR LA SOCIÉTÉ DE SES ACTIONS

4.1. LES RESTRICTIONS LÉGALES

Il n'est pas inhabituel qu'une convention des actionnaires prévoie que les actions d'un actionnaire qui quitte la société seront acquises par la société elle-même plutôt que par les actionnaires restants. L'acquisition peut résulter soit d'une entente prédéterminée en vertu de la convention, soit d'un mécanisme donnant aux actionnaires restants l'option que ce soit la société, et non eux, qui acquière les actions d'un actionnaire qui quitte la société. Lorsqu'une société acquiert ses actions, le traitement fiscal sera très différent de celui qui s'applique à une vente d'actions entre actionnaires[95]. Aussi, les statuts qui régissent la société limiteront très souvent la capacité de la société d'acquérir ses actions. Généralement, la société devra répondre à des critères de solvabilité, lesquels peuvent être fondés sur la valeur de réalisation ou la

---

[94] *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, et modifiée par les protocoles signés le 14 juin 1983, le 28 mars 1984, le 17 mars 1995, le 29 juillet 1997 et le 21 septembre 2007.

[95] Bien que le terme « rachat » d'actions soit utilisé dans le présent texte, la notion s'appliquera aux achats pour annulation et aux rachats au gré du porteur puisque les considérations fiscales sont les mêmes dans les deux cas, au gré de la société ou selon son obligation. Le « rachat » renvoie généralement au droit de la société d'acheter les actions détenues par un actionnaire. Le « rachat au gré du porteur » désigne souvent le droit de l'actionnaire d'obliger la société à acheter ses actions. Un « achat pour annulation » est généralement une convention conclue entre la société et les actionnaires en vertu de laquelle la société acquiert les actions.

valeur comptable de son actif[96], et son passif et le capital déclaré au titre de ses actions.

4.2. TRAITEMENT À TITRE DE DIVIDENDE RÉPUTÉ

Lorsqu'une société, qui réside au Canada, acquiert de ses actions, elle est généralement réputée avoir versé un dividende (sur la catégorie des actions qui ont été acquises) égal à l'écart, le cas échéant, entre le montant payé pour les actions et le capital versé au titre de ces actions[97]. Par définition, le terme « produit de disposition »[98] exclut tout dividende réputé versé et, par conséquent, l'actionnaire sera généralement réputé avoir disposé de ses actions pour un produit égal au montant reçu moins le montant du dividende réputé[99]. En d'autres termes, le produit de disposition sera probablement égal au capital versé au titre des actions. Selon que le produit est supérieur ou inférieur au PBR des actions, un gain ou une perte en capital peut être enregistré. Par conséquent, il est possible de recevoir une somme qui est supérieure au PBR pour l'actionnaire, mais en même temps, la loi traitera une partie du montant payé comme un dividende réputé, lequel peut être imposable dans les mains de l'actionnaire qui le reçoit, alors que l'opération entraîne aussi une perte en capital. Par exemple, si les actions ont une valeur de 500 $, un PBR de 400 $ pour l'actionnaire, et un capital versé de 100 $, leur rachat au montant de 500 $ donnera lieu à un dividende réputé de 400 $ (500 $ moins le capital versé de 100 $), qui pourra être imposable dans les mains de l'actionnaire, ainsi qu'à une perte en capital de 300 $ (PBR de 400 $ moins le produit réputé de la disposition de 100 $).

4.3. LES SITUATIONS AVEC LIEN DE DÉPENDANCE

Si l'actionnaire dont les actions sont rachetées par la société a un lien de dépendance avec la société, l'opération peut avoir lieu à la JVM plutôt qu'au

---

96 Se reporter, par exemple, aux articles 34, 35 et 36 L.C.S.A.

97 Tel qu'il a été mentionné précédemment, la notion de capital versé est définie au paragraphe 89(1) L.I.R. Le capital versé peut être ou non l'équivalent du capital déclaré à l'égard du droit de société ou aux fins comptables, puisque de nombreux rajustements sont prévus dans le calcul du capital versé à l'égard de l'impôt sur le revenu (comme les rajustements au paragraphe 84(1) L.I.R.). Des exceptions s'appliquent dans le cas des actions d'une société publique. Se reporter au paragraphe 84(6) L.I.R.

98 Défini à l'article 54 L.I.R.

99 Par. 84(9) L.I.R.

prix de rachat des actions[100]. Encore une fois, les dividendes réputés résultant de l'acquisition par une société de ses actions sont exclus du produit de disposition[101].

4.4. L'IMPÔT DE LA PARTIE IV L.I.R.

L'impôt de la partie IV L.I.R. peut s'appliquer au dividende réputé pouvant découler de l'acquisition par une société de ses actions, si les actions étaient détenues par une société (plutôt que par un particulier). Bien que les dividendes imposables reçus par une société résidant au Canada sont généralement déductibles du revenu de la société[102], l'impôt de la partie IV L.I.R. peut s'appliquer aux dividendes reçus[103].

L'impôt de la partie IV L.I.R. a pour objet d'empêcher le report de l'impôt sur le revenu de dividende provenant de sociétés de portefeuille reçu par une « société privée »[104] et à une « société assujettie »[105]. Bien que l'impôt de la partie IV L.I.R. vise à s'appliquer aux dividendes de portefeuille, une société actionnaire peut être assujettie à l'impôt de la partie IV L.I.R. sur les dividendes imposables qui lui sont versés par une société ou sur les dividendes réputés résultant de l'acquisition par une société d'actions d'une société actionnaire. L'impôt de la partie IV L.I.R. est remboursable à la société actionnaire si celle-ci verse elle-même des dividendes imposables et si elle est une société privée à la fin de son année d'imposition.

Il y a deux exceptions à l'application de l'impôt de la partie IV L.I.R. à une société qui reçoit des dividendes. Lorsque l'une ou l'autre des exceptions s'applique, les deux sociétés seront considérées comme « rattachées ».

---

100 Par. 69(1) L.I.R., et les commentaires à la section 3.1. du présent texte.

101 Cette question est abordée ci-dessus à la section 3.2.

102 L'article 112 L.I.R. traite de la déductibilité des dividendes reçus d'une société canadienne imposable, et l'article 113 L.I.R., de la déductibilité des dividendes reçus d'une société étrangère affiliée.

103 Art. 186 et suiv. L.I.R.

104 Définie au paragraphe 89(1) L.I.R.

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

La première exception s'applique lorsque la société qui verse le dividende est contrôlée par la société qui le reçoit[106]. La notion de contrôle ici est expressément définie. La société payante sera « contrôlée » par la société bénéficiaire si plus de 50 % des actions émises (comportant plein droit de vote en toutes circonstances) du capital-actions de la société payante appartiennent à la société bénéficiaire, à des personnes avec laquelle celle-ci a un lien de dépendance, ou à la société bénéficiaire et aux personnes avec lesquelles elle a un lien de dépendance. Est exclu de cette définition du contrôle tout droit de la société bénéficiaire d'acquérir des actions en vertu des règles sur le droit (option) d'achat ou de rachat de l'alinéa 251(5)b) L.I.R.[107]

La seconde exception s'applique lorsque la société bénéficiaire possède, au moment où elle reçoit le dividende :

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[108].

L'exigence de « plus de 10 pour cent de la juste valeur marchande » dans le second critère peut donner lieu à des problèmes d'évaluation. L'ARC peut appliquer un rabais aux actions détenues par une société bénéficiaire si cette société ne contrôle pas la société payante[109]. Lorsque les sociétés satisfont l'une ou l'autre des exceptions, elles seront « rattachées » et, généralement, l'impôt de la partie IV L.I.R. ne s'appliquera pas. Cependant, lorsque les deux sociétés sont rattachées, l'impôt de la partie IV L.I.R. peut s'appliquer à la société bénéficiaire si la société payante a reçu un remboursement au titre de dividendes sur son impôt en main remboursable au titre de dividendes[110].

---

106 Al. 186(4)a) L.I.R.

107 *Supra*, section 2.3.

108 Al. 186(4)b) L.I.R.

109 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-269R4, « Impôt de la partie IV sur les dividendes imposables reçus par une corporation privée ou par une corporation assujettie », 24 avril 2006.

110 Al. 186(1)b) et par. 129(3) L.I.R.

L'ARC a adopté une interprétation plutôt stricte de l'expression « comportant plein droit de vote en toutes circonstances ». Dans une situation où il y avait deux catégories d'actions ordinaires, l'une avec droit de vote et l'autre sans droit de vote, les porteurs des actions avec droit de vote avaient plein droit de vote dans toutes circonstances, sauf que les porteurs des actions sans droit de vote pouvaient voter pour l'élection d'un nombre précis d'administrateurs. L'ARC a considéré que la première catégorie d'actions ordinaires ne « comportait pas plein droit de vote en toutes circonstances »[111]. L'ARC a également conclu que l'existence d'une convention des actionnaires ou d'une convention de vote fiduciaire qui dicte la manière dont les droits de vote afférents aux actions seront exercés n'empêchera pas les actions d'être des actions « comportant plein droit de vote en toutes circonstances »[112].

Dans la situation où des actions sont acquises par la société payante, la société bénéficiaire est considérée comme « propriétaire » des actions en vue de déterminer si l'une ou l'autre des deux exceptions s'applique lorsqu'un dividende est réputé être reçu, sans tenir compte du fait que les actions n'existent plus à leur rachat[113].

La notion de sociétés « rattachées » est aussi pertinente à certaines règles sur le dépouillement de dividendes[114] et aux définitions d'« action admissible de petite entreprise » et de « société exploitant une petite entreprise »[115].

4.5. RECLASSEMENT DES DIVIDENDES EN TANT QUE GAINS EN CAPITAL (ART. 55 L.I.R.)

Alors que les dividendes intersociétés reçus par des sociétés résidant au Canada sont généralement déductibles du revenu et donc libres d'impôt (à moins que l'impôt de la partie IV L.I.R. ne s'applique), un dividende imposable qui résulte du versement d'un dividende ou d'un dividende réputé

---

111 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 1999-0010955, 31 janvier 2000.

112 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9313855, 22 juillet 1993.

113 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 109, par. 10.

114 Par. 84.1(1) L.I.R.

115 Par. 110.6(1) et 248(1) L.I.R.

lors de l'acquisition par une société de ses actions peut être assujetti aux règles de l'article 55 L.I.R.[116]

L'article 55 L.I.R. constitue une disposition antiévitement en vertu de laquelle ce qui serait autrement des dividendes intersociétés libres d'impôt sera reclassé comme produit de disposition générant des gains en capital. Bien qu'il n'ait pas pour effet de reclasser des dividendes intersociétés autrement assujettis à l'impôt de la partie IV L.I.R.[117], ou de s'appliquer aux dividendes en capital[118], cet article vise à empêcher les vendeurs de disposer de leurs actions et de se soustraire ainsi au paiement de l'impôt sur le gain en capital résultant de la vente d'actions directement à un acheteur sans lien de dépendance. Par exemple, le vendeur pourrait faire en sorte qu'une société de portefeuille détienne les actions de la société qu'il souhaite vendre. L'acheteur pourrait souscrire des actions de la société à acquérir égales à sa valeur, et les actions détenues par la société de portefeuille seraient rachetées par la société à acquérir. Cette opération entraînerait un dividende réputé être versé par la société à acquérir à la société de portefeuille du vendeur, lequel dividende serait autrement déductible. Si cette stratégie réussissait, le vendeur éviterait de payer l'impôt sur le gain en capital qui résulterait autrement de la vente de ses actions directement à la partie sans lien de dépendance en raison du traitement de la majeure partie du produit comme un dividende intersociétés libre d'impôt[119]. Ou bien le capital versé des actions détenues par la société de portefeuille dans la société à acquérir pourrait être augmenté avant que la transaction ait lieu, ou la société à acquérir pourrait emprunter des fonds et verser un important dividende à la société de portefeuille, réduisant ainsi la valeur des actions de la société à acquérir par l'acheteur. Dans les deux cas, le vendeur chercherait à ce que le produit soit traité comme un dividende intersociétés libre d'impôt.

---

[116] Pour une analyse plus approfondie de l'article 55 L.I.R., voir Vance A. SIDER et Marc TON-THAT, *Understanding Section 55 and Butterfly Reorganizations*, Toronto, CCH Canadian, 1999; Mark D. BRENDER, « The Taxation of Corporate Reorganizations – Subsection 55(2): Part 1 », (1997), vol. 45, n° 2 *Revue fiscale canadienne* 343-373 et du même auteur, « The Taxation of Corporate Reorganizations – Subsection 55(2): Part 2 », (1997), vol. 45, n° 4 *Revue fiscale canadienne* 806-843.

[117] Par. 55(2) L.I.R.

[118] L'article 55 L.I.R. ne s'applique qu'aux dividendes imposables. Les dividendes en capital ne sont pas assujettis à l'impôt et, par conséquent, la société qui reçoit un dividende en capital n'a pas à chercher à le déduire de son revenu en vertu de l'article 112 L.I.R. La notion de dividende en capital est définie au paragraphe 89(1) L.I.R.

[119] Art. 112 L.I.R.

L'article 55 L.I.R. aura pour effet de reclasser ce qui serait autrement un dividende déductible en un gain en capital lorsque l'un des objets du versement du dividende, ou le résultat d'un dividende réputé au rachat d'actions, est de diminuer sensiblement la partie du gain en capital qui aurait autrement été réalisé[120]. Le dividende imposable intersociétés doit également représenter autre chose que ce que l'on désigne généralement comme le « revenu protégé » (une notion désignant les gains accumulés calculés selon les règles de l'article 55 L.I.R.). La notion de « revenu protégé » permet de soustraire de la partie du gain qui serait réalisé à la vente des actions à un acheteur sans lien de dépendance les dividendes intersociétés libres d'impôt dans la mesure où ils représentent un revenu gagné ou réalisé par la société.

Bien que l'article 55 L.I.R. s'applique généralement aux dispositions effectuées entre des parties sans lien de dépendance, il permet, en théorie, que des dividendes libres d'impôt soient versés entre des personnes liées. Par exemple, une société pourrait racheter ses actions d'une société actionnaire ou verser des dividendes à cette société actionnaire dans la mesure où la société est liée à la société actionnaire, sans reclasser le dividende intersociétés en résultant comme un gain en capital (pourvu qu'il n'y ait pas de disposition à une partie sans lien de dépendance qui fait partie de la série d'opérations comprenant les dividendes intersociétés).

En outre, bien qu'en vertu de l'article 55 L.I.R. il soit généralement permis que des dividendes intersociétés libres d'impôt soient versés entre des sociétés qui sont liées, certaines personnes qui seraient autrement liées seront réputées, en vertu de cet article, ne pas être liées[121]. Par exemple, les frères et sœurs sont réputés ne pas être liés entre eux[122]. Par conséquent, si les actions d'une société sont détenues par des sociétés actionnaires de la société et que chacune de ces sociétés actionnaires est contrôlée par des frères et sœurs, l'acquisition par la société de ses actions détenues par l'une de ses sociétés actionnaires peut entraîner l'application de l'article 55 L.I.R. et le reclassement de tout dividende intersociétés en tant que gain en capital.

---

120 Par. 55(2) L.I.R.

121 Al. 55(5)e) L.I.R.

122 S.-al. 55(5)e)(i) L.I.R.

4.6. LES RÈGLES SUR LA MINIMISATION DES PERTES

Lorsqu'une société acquiert ses actions d'un actionnaire, toute perte subie par l'actionnaire peut être refusée[123]. Un actionnaire peut subir une perte au rachat de ses actions de la société si, par exemple, la majeure partie du montant payé est traitée comme un dividende réputé et exclue du « produit de disposition ». Lorsque ce produit de disposition est, à l'égard de l'impôt, inférieur au PBR, une perte peut être subie. Si l'actionnaire et la société sont affiliés[124], la perte sera refusée et ajoutée au prix rajusté payé au détenteur d'autres actions du capital-actions de cette société. Ce résultat peut être non intentionnel dans le contexte d'une convention des actionnaires où les actions sont achetées par la société plutôt que par les actionnaires restants.

Certaines règles sur la minimisation des pertes s'appliquent aux situations comportant des dividendes en capital. Les dividendes en capital font partie d'un mécanisme de la loi qui permet que la partie non imposable d'un gain en capital et la majeure partie du produit d'une assurance vie soient transmises libres d'impôt aux actionnaires d'une société[125]. Des dividendes en capital résultent de dividendes qui sont déclarés par une société privée (ainsi que de dividendes réputés qui résultent du rachat d'actions)[126].

Les règles sur la minimisation des pertes s'appliquent aux dispositions d'actions effectuées après le 26 avril 1995. Si un particulier subit une perte, le moins élevé des montants suivants sera déduit de la perte :

---

123 Pour une discussion plus approfondie des règles sur la minimisation des pertes, on consultera T.R. BURPEE, « Les nouvelles règles sur la minimisation des pertes : Actions de régime transitoire », (1998), vol. 46, n° 3 *Revue fiscale canadienne* 696-716; D. Keith Laushway, « Insurance Funded Shareholder Agreements and the Impact of the New Stop-Loss Rules », dans *1999 Ontario Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1999, tab 10; et D. Kerry HRABINSKY, « Shareholder Buy-Sell Agreements Under the New Stop-Loss Rules », dans *1998 Prairie Provinces Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1998, tab 4.

124 Art. 251.1 L.I.R.; la question de l'affiliation est traitée ci-dessus à la section 2.4.

125 Par. 89(1) L.I.R.

126 Par. 89(1) « société privée » L.I.R.

- tout dividende en capital reçu par le particulier; et

- le montant de la perte moins les dividendes imposables reçus[127].

Lorsqu'une société actionnaire subit une perte, les dividendes imposables (puisqu'ils sont généralement déductibles) ainsi que les dividendes en capital et les dividendes en capital d'assurance vie seront déduits de la perte[128].

Dans le cas d'actions détenues par une fiducie (y compris la succession d'une personne décédée), les règles sur la minimisation des pertes s'appliquent pour refuser la perte à la succession ou à la fiducie. Cependant, lorsque la fiducie est la succession d'un particulier et que l'action a été acquise à la suite du décès de l'actionnaire, la moitié du moins élevé de la perte autrement déterminée et du gain en capital provenant de la disposition de l'action au décès du particulier est déduite du montant de la perte refusée[129].

Cependant, en vertu de certaines dispositions relatives aux droits acquis (« grands-pères »), la perte ne sera pas refusée dans certaines circonstances :

> « (11) [...]
>
> a) une disposition effectuée en conformité avec une convention écrite conclue avant le 27 avril 1995;
>
> b) la disposition d'une action du capital-actions d'une société effectuée en faveur de celle-ci, dans le cas où les conditions sont réunies :
>
> (i) le 26 avril 1995, l'action appartenait à un particulier, sauf une fiducie, ou à une fiducie donnée dont un particulier, sauf une fiducie, était un bénéficiaire,
>
> (ii) le 26 avril 1995, une société, ou une société de personnes dont elle était un associé, était le bénéficiaire d'une police d'assurance-vie sur la tête du particulier ou de son conjoint,
>
> (iii) il était raisonnable de conclure, le 26 avril 1995, que l'un des principaux objets de la police d'assurance-vie était de financer, directement ou

---

127 Al. 112(3)a) L.I.R.

128 Al. 112(3)b) L.I.R.

129 Par. 112(3.2) L.I.R.

> indirectement, en tout ou en partie, le rachat, l'acquisition ou l'annulation de l'action par la société émettrice,
>
> (iv) la disposition est effectuée par :
>
> (A) le particulier ou son conjoint,
>
> (B) la succession du particulier ou de son conjoint au cours de la première année d'imposition de la succession,
>
> (C) la fiducie donnée, s'il s'agit d'une fiducie visée aux alinéas 104(4)a) ou a.1) de la même loi relativement à un conjoint, si le conjoint est le bénéficiaire visé au sous-alinéa (i) et si la disposition est effectuée avant la fin de la troisième année d'imposition de la fiducie commençant après le décès du conjoint,
>
> (D) une fiducie visée à l'alinéa 73(1)c) de la même loi établie par le particulier relativement à son conjoint, ou une fiducie visée à l'alinéa 70(6)b) de la même loi établie par le testament du particulier relativement à son conjoint, avant la fin de la troisième année d'imposition de la fiducie commençant après le décès du conjoint; [...]
>
> (12) [...] une action du capital-actions d'une société qui est acquise en échange d'une autre action dans le cadre d'une opération à laquelle s'appliquent les articles 51, 85, 86 ou 87 de la même loi est réputée être la même action que l'autre action[130]. »

Il semble qu'il ne soit pas possible de modifier une convention qui était en place avant le 27 avril 1995. Il serait possible de conclure une convention supplémentaire, dans la mesure où la nouvelle convention invalidait ou remplaçait la convention existante, mais elle pourrait entraîner la perte de la protection des droits acquis[131].

Une disposition par un actionnaire en faveur d'un tiers identifié qui est prévue dans une convention des actionnaires conclue avant le 27 avril 1995 n'entraînerait pas la perte de la protection des droits acquis. Cependant, un transfert à toute autre personne n'étant pas partie à la convention ne donnerait pas droit à la protection des droits acquis[132].

---

[130] *Loi de 1997 modifiant l'impôt sur le revenu*, L.C. 1998, ch. 19, par. 131(11) et 131(12).

[131] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 12, 11 février 1998.

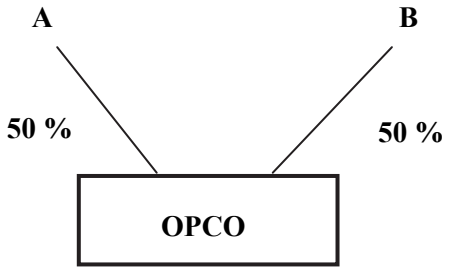
[132] *Id*.

Si la protection des droits acquis repose sur l'alinéa (11)b) ci-dessus (le rachat des actions au moyen du produit d'une police d'assurance vie), un critère d'objet s'applique à l'égard des fonds utilisés pour effectuer l'acquisition. Il sera nécessaire qu'un « objet principal » de la police d'assurance vie consiste à financer l'acquisition des actions par la société. La détermination d'un tel objet principal dans la situation où une police d'assurance vie (et tout ajout à cette police ou remplacement) est utilisée pour acheter les actions d'un contribuable décédé ne peut être faite qu'au moyen des documents pertinents. Par conséquent, il est nécessaire de confirmer l'objet principal dans les documents de la société, comme les procès-verbaux de la société, les documents délivrés par la compagnie d'assurance, les lettres reçues des conseillers juridiques ou des comptables, et les conventions des actionnaires[133].

Pour démontrer l'efficacité fiscale du produit d'assurance vie reçu par une société après le décès d'un actionnaire, voici un exemple d'une situation et les conséquences fiscales reliées à l'utilisation du produit d'assurance pour payer un dividende libre d'impôt à la succession du défunt. Afin de bien démontrer l'efficacité fiscale du produit d'assurance, voici trois calculs distincts, notamment lorsque : i) 100 % du produit d'assurance vie est utilisé pour verser un dividende libre d'impôt; ii) 50 % du produit d'assurance vie est utilisé pour verser un dividende libre d'impôt; et finalement iii) 0 % du produit d'assurance vie est utilisé.

Commençons cette analyse en présumant que les actions de la société sont non « grand-pèrisées » et ensuite, nous allons effectuer la même analyse en présumant que les actions sont « grand-pèrisées ».

Les faits



[133] *Id*.

L'actionnaire A décède et à la suite de son décès, OPCO se retrouve avec un produit d'assurance vie de 5 M$ qui entrera dans son CDC. Immédiatement avant le décès de l'actionnaire A, ses actions ordinaires avaient une JVM de 5 M$, ainsi qu'un PBR et capital versé de 1 $. L'actionnaire B avait aussi des actions ordinaires ayant une JVM de 5 M$, ainsi qu'un PBR et capital versé de 1 $.

Exemples

1) Actions non « grand-pèrisées »

i) 100 % du produit d'assurance vie est utilisé pour verser un dividende libre d'impôt à la succession de l'actionnaire A.

Les calculs effectués démontreront que l'efficacité fiscale du produit d'assurance vie est d'environ 12 % ou en l'espèce 602 750 $.

Considérant que selon le paragraphe 70(5) L.I.R., la personne décédée est réputée disposer de ses actions à leur JVM et que cette JVM devient alors le coût d'acquisition pour le bénéficiaire, le défunt réaliserait donc un gain en capital de 5 M$ (et paierait 5 M$ × 24,11 % = 1 205 000 $ d'impôt) et la succession de A aurait acquis des actions ordinaires d'OPCO ayant une JVM de 5 M$, un PBR de 5 M$ et un capital versé de 1 $. Il convient de noter que la valeur des actions ordinaires faisant l'objet de cette disposition réputée n'est pas touchée par le produit d'assurance vie reçu par OPCO à la suite du décès de l'actionnaire A. En effet, la JVM des actions réputées faire l'objet d'une disposition par suite du décès de l'actionnaire A serait touchée seulement par la valeur de rachat de la police d'assurance sur la vie de ce même actionnaire immédiatement avant son décès et non pas par le produit d'assurance reçu par OPCO.

À la suite de cette disposition réputée des actions au décès de l'actionnaire A, OPCO pourrait procéder au rachat de ces mêmes actions suivant le paragraphe 84(3) L.I.R. Avant de procéder au rachat des actions, il faudrait isoler le PBR des actions considérant la non-application du paragraphe 70(5.3) L.I.R. à ce rachat d'actions. En vue d'isoler ce PBR de 5 M$ sur les actions privilégiées ayant une JVM de 5 M$, nous pourrions procéder par voie de roulement interne. Le rachat serait donc effectué sur les actions privilégiées ayant une JVM de 5 M$, un PBR de 5 M$ et un capital versé de 1 $.

Après avoir effectué le rachat pour une somme convenue de 5 M$ sur ces actions privilégiées, un dividende réputé de 5 M$ en résulterait, car le capital versé des actions privilégiées serait de 1 $. OPCO effectuerait ainsi le choix de déclarer un dividende en capital de 5 M$. Ce même rachat déclencherait aussi une perte en capital de 5 M$ vu que le prix de disposition doit être réduit par le dividende réputé et que le PBR de ces actions privilégiées se trouve à être 5 M$.

Il faut maintenant déterminer si cette perte en capital peut être reportée à l'encontre du gain créé lors de la disposition réputée des actions à la suite du décès de l'actionnaire A. Si les actions avaient pu se qualifier comme étant des actions « grand-pèrisées », la réponse à la question ci-dessus aurait probablement été : oui. Toutefois, en considérant que nous nous retrouvons dans le contexte d'actions non « grand-pèrisées », l'application du paragraphe 112(3.2) L.I.R. vient limiter la perte en capital à 50 %, cela signifiant 2,5 M$.

L'actionnaire A aurait donc un gain en capital de 2,5 M$ sur la disposition réputée de ses actions à son décès et paierait donc 602 750 $ d'impôt (2,5 M$ × 24,11 %).

Ce calcul confirme que l'efficacité fiscale d'un produit d'assurance vie est d'environ 12 % sur des actions non « grand-pèrisées » (5 M$ × 12,055 % = 602 750 $). L'efficacité fiscale aurait été d'environ 24 % si les actions avaient pu se qualifier comme étant des actions « grand-périsées », vu la non-application du paragraphe 112(3.2) L.I.R.

ii) 50 % du produit d'assurance vie est utilisé pour verser un dividende libre d'impôt à la succession de l'actionnaire A.

Pour éviter l'application du paragraphe 112(3.2) L.I.R. lors du rachat des actions et de l'utilisation de 2,5 M$ du produit d'assurance vie pour verser un dividende en capital, nous pourrions procéder au rachat du double des actions privilégiées ayant une JVM de 5 M$. Selon le paragraphe 84(3) L.I.R., la somme payée par OPCO pour le rachat serait de 5 M$ et le capital versé de ces actions privilégiées serait de 1 $. Un dividende réputé de 5 M$ en résulterait.

OPCO verserait alors un dividende de son compte en capital de 2,5 M$ et l'actionnaire paierait l'impôt sur le dividende réputé restant de 2,5 M$ à un taux, en l'espèce, de 36,35 % (908 750 $ d'impôt). En considérant la non-application du paragraphe 112(3.2) L.I.R., les 5 M$ de perte en capital seraient reportables à l'encontre du gain en capital du défunt, créé

lors de la disposition réputée de ses actions à son décès. Il se retrouve maintenant avec une facture d'impôt d'environ 908 750 $ alors qu'autrement, l'actionnaire A aurait payé de l'impôt à un taux de 24,11 % (si la technique du « pipeline » avait été utilisée) et donc d'environ 1 205 500 $.

Si les actions d'OPCO avaient pu se qualifier comme étant des actions « grand-pèrisées », nous aurions plutôt effectué un rachat selon le paragraphe 84(3) L.I.R. sur des actions privilégiées ayant une JVM de 2,5 M$. En considérant la non-application du paragraphe 112(3.2) L.I.R., un dividende réputé de 2,5 M$ en résulterait et OPCO déclarerait un dividende en capital équivalent à ce montant. De plus, les 2,5 M$ de perte en capital qui serait créée à la suite du rachat seraient reportables à l'encontre du gain en capital du défunt au décès et, de ce fait, le défunt paierait de l'impôt à un taux d'environ 24 % sur le gain en capital de 2,5 M$.

iii) 0 % du produit d'assurance vie est utilisé pour verser un dividende libre d'impôt à la succession de l'actionnaire A.

Si la convention entre actionnaires prévoyait que le produit d'assurance vie resterait à l'intérieur d'OPCO (dans le CDC), le meilleur traitement fiscal que l'actionnaire décédé pourrait espérer avoir serait d'être imposé à son décès sur le gain en capital résultant de la disposition réputée de ses actions et d'éviter d'être imposé sur des dividendes réputés qui pourraient résulter à la suite du rachat desdites actions. Pour garder ce traitement avantageux, la technique du « pipeline » devrait être envisagée pour effectuer un *bump* du capital versé des actions qui ont fait l'objet de la disposition réputée au décès de l'actionnaire A. L'article 84.1 L.I.R. ne devrait pas trouver application à moins que l'augmentation du PBR des actions ayant fait l'objet du *bump* ait été causée par l'utilisation de l'exemption du gain en capital par le défunt. Si la technique du « pipeline » était appliquée correctement, le traitement avantageux serait conservé et la succession du défunt serait responsable d'un impôt de 1 205 500 $, soit 24,11 % du gain en capital en résultant au décès de l'actionnaire A.

5. L'ASSURANCE

5.1. L'ASSURANCE VIE

L'assurance vie fait souvent partie intégrante d'une convention des actionnaires d'une société à peu d'actionnaires. Elle est utilisée

principalement pour financer les obligations des actionnaires restants relatives à la succession d'un actionnaire décédé à l'acquisition de ses actions. L'imposition des produits d'assurance est complexe; cependant, des aspects clés, particulièrement pertinents dans une convention des actionnaires, doivent être évalués afin d'éviter des conséquences indésirables[134].

La majorité des polices d'assurance vie sont des polices « exonérées » en application de la loi. Cela signifie que l'élément d'épargne de la police n'est pas assujetti à l'impôt. Les critères pour qu'une police d'assurance vie soit reconnue comme exonérée étant complexes, il sera nécessaire de se fier à la société d'assurances pour s'assurer que la police d'assurance vie obtiendra ce statut et le conservera. En cas de décès, la prestation de décès reçue en vertu d'une police exonérée est libre d'impôt dans les mains du bénéficiaire. Il en est ainsi parce que le versement d'une prestation de décès en vertu d'une police d'assurance vie qui est exonérée n'est pas considéré comme une « disposition » de la police d'assurance vie[135].

Il peut cependant y avoir disposition d'une police d'assurance vie si celle-ci est transférée à une autre partie. Le titulaire de la police peut réaliser un gain si le produit de disposition excède le CBR de la police. Le calcul du CBR d'une police est relativement complexe et tient compte des primes acquittées moins le coût net de l'assurance pure d'une année à l'autre. Comme c'est le cas pour la détermination du statut de police exonérée, c'est généralement la société d'assurances qui calcule le CBR. Dans le contexte des conventions des actionnaires, il est impératif de se rappeler que le CBR d'une police peut fluctuer au cours de la durée de la police.

Lorsqu'une police d'assurance vie fait l'objet d'un don ou d'un legs, ou est distribuée par une société à une personne avec laquelle le titulaire de la police avait un lien de dépendance, le produit de disposition sera généralement égal à la valeur de rachat de la police[136]. Il peut en résulter un gain si le CBR est inférieur au produit réputé être reçu à la disposition. Lorsqu'une société transfère une police à un actionnaire ou à un employé et

---

[134] Pour un examen plus approfondi de la question, voir Fred F. J. BORGMANN, Jason A. SWALES, Jilian M. WELSH, *Canadian Insurance Taxation*, 3e éd., Markham, Ont., LexisNexis, 2009; D. Bruce CHEGUS, « Use of Insurance in Estate Planning for the Business Owner », dans *1995 Prairie Provinces Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1995, tab 14.

[135] Voir par. 148(9) « disposition », al. j) L.I.R.

[136] Par. 148(7) L.I.R.

que l'actionnaire ou l'employé paie une somme inférieure à la JVM, il y aura une complication additionnelle puisqu'un avantage pourra être inclus dans le calcul du revenu du bénéficiaire[137].

Par définition, un gain en capital exclut un gain tiré de la disposition d'une police d'assurance vie[138]. Ainsi, tout gain tiré du transfert d'une police d'assurance vie ne constitue pas un gain en capital et il est entièrement imposable[139].

En outre, la cession d'une police d'assurance vie à titre de garantie ne constitue pas une disposition à l'égard de l'impôt[140]. Aussi, des règles particulières permettent le transfert d'une police d'assurance vie entre conjoints sur une base libre d'impôt, de leur vivant ou au décès[141].

Dans bien des cas, une convention des actionnaires prévoira que, si l'assurance vie n'est plus nécessaire pour le financement (par exemple, lorsqu'un actionnaire a autrement vendu les actions), l'actionnaire est admissible à acquérir la police d'assurance souscrite sur sa vie. Il faudra alors tenir compte du fait que ce transfert peut donner lieu à une opération imposable pour l'auteur du transfert de la police d'assurance vie et, si l'auteur du transfert est une société, le problème d'un avantage imposable pourrait se poser si le bénéficiaire du transfert n'a pas payé un montant équivalant à la JVM pour la police.

Lorsqu'une société reçoit le produit d'une police d'assurance vie, il est souvent erroné de présumer que le total du montant du produit reçu est inclus dans le CDC de la société. Ce n'est pas le cas, puisque seul l'excédent du montant du produit de l'assurance vie sur le CBR de la police est ajouté au CDC[142].

Par conséquent, lors de la rédaction d'une convention des actionnaires, si une clause est prévue relativement à l'engagement de la société de choisir

---

137 L'alinéa 6(1)a) L.I.R. pour un employé ou le paragraphe 15(1) L.I.R. dans le cas d'un actionnaire.

138 S.-al. 39(1)a)(iii) L.I.R.

139 Par. 148(1) L.I.R.

140 Voir par. 148(9) « disposition », al. f) L.I.R.

141 Par. 148(8.1) et 148(8.2) L.I.R.

142 Par. 89(1) « compte de dividendes en capital », al. d) L.I.R.

de traiter le montant payé en tant que dividende en capital, il doit être précisé le montant exact tiré du produit de l'assurance vie qui sera ajouté au CDC. Une technique de planification pour la société peut consister à être bénéficiaire de la police d'assurance vie tandis qu'une autre personne en est titulaire (propriétaire). Lorsque la société recevra les prestations de décès en vertu de la police, le CBR de la société dans la police ne sera pas porté en diminution de ces prestations puisque la société n'est pas titulaire de la police, et ainsi, le montant à porter au crédit du CDC de la société pourra être accru. Cependant, l'ARC a affirmé dans une interprétation technique que la règle générale antiévitement pourrait s'appliquer à cette technique de planification[143].

Un autre aspect à considérer est l'incidence que les polices d'assurance vie ont sur la valeur des actions d'une société. Lorsque la société détient une police d'assurance sur la vie de l'un de ses actionnaires, le décès de l'actionnaire et la réception du produit de l'assurance vie (ou autrement le décès imminent de l'actionnaire) peuvent modifier la valeur des actions de la société. La convention des actionnaires devrait prévoir qu'il ne sera pas tenu compte du produit de la police d'assurance vie dont la société est titulaire dans la détermination de la valeur des actions. Cette clause peut également avoir une incidence sur le produit de disposition réputé être reçu à la vente des actions d'un actionnaire décédé. Des dispositions de la loi traitent de cette situation pour des circonstances particulières. Ces aspects sont abordés en détail plus loin dans le présent texte[144].

5.2. L'ASSURANCE INVALIDITÉ MONTANT FORFAITAIRE

L'assurance invalidité est généralement utilisée pour remplacer le revenu perdu durant une période d'invalidité, mais il existe certaines formes de polices d'assurance invalidité moins connues qui permettent de financer l'achat des actions d'un actionnaire invalide par les actionnaires restants. Ces polices sont généralement offertes pour une invalidité permanente. Par exemple, lorsqu'un actionnaire est reconnu être atteint d'une invalidité permanente, une somme globale sera versée en vertu de la police, en un ou plusieurs versements, permettant ainsi le financement des obligations des actionnaires restants de racheter la part de l'actionnaire invalide. Les conventions des actionnaires prévoient rarement ce genre de financement, mais sans une clause à cet effet, les actionnaires restants ont peu de liquidités

[143] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9824645, 15 décembre 1998.

[144] Voir *infra*, section 6.

pour acheter les actions d'un actionnaire atteint d'une invalidité permanente. Les primes d'assurance rachat de parts en cas d'invalidité ne sont pas déductibles, mais l'ARC accepte administrativement que le produit tiré d'une telle police ne soit pas imposable dans les mains de la société[145].

Dans le cadre d'une convention des actionnaires, il est impératif de tenir compte du fait que le produit d'une police d'assurance rachat de parts en cas d'invalidité n'est pas traité de la même façon que le produit tiré d'une police d'assurance vie exonérée. Tout d'abord, le produit ne peut pas faire partie du CDC d'une société. Par conséquent, si la société rachète les actions d'un actionnaire atteint d'une invalidité permanente, aucune partie du dividende réputé qui résulte du rachat ne peut être traitée comme un dividende en capital d'un CDC découlant de la réception du produit de la police d'assurance rachat de parts en cas d'invalidité. Inversement, aucun dividende en capital ne peut être versé aux actionnaires restants afin de leur permettre d'acheter les actions de l'actionnaire invalide. Aussi, tout dividende réputé qui résulte du rachat de telles actions sera un dividende imposable ordinaire et pourra donner lieu à l'application de l'article 55 L.I.R., lequel pourrait entraîner le reclassement du dividende réputé en un gain en capital[146].

Une option peut être : i) de créer une société qui se porte acquéreur des actions à vendre de l'actionnaire invalide; ii) de fusionner cette société avec la société dont les actions ont été achetées; et iii) que la société fusionnée paie le prix de vente avec le produit de l'assurance rachat de parts en cas d'invalidité.

6. QUESTIONS À CONSIDÉRER EN MATIÈRE D'ÉVALUATION

6.1. CONVENTION DES ACTIONNAIRES ET ÉVALUATION

Les conventions des actionnaires des sociétés privées comportent, entre autres, des clauses sur la détermination du prix de vente des actions[147]. Ces clauses assurent la prévisibilité de la transition des affaires de la société en cas de décès, d'invalidité, de désaccord ou de départ d'un actionnaire, et

---

[145] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9208045, 30 juin 1992.

[146] Sur cette question, voir *supra*, section 4.5.

[147] Richard M. WISE, « Valuation Aspects of Shareholders' Buy-Sell Agreements », dans *1984 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1985, pp. 1013-1035.

évitent les disputes sur le prix à payer pour les actions d'un actionnaire qui quitte la société. La convention des actionnaires peut également prévoir un mécanisme pour la vente des actions précisant les modalités, le solde du prix de vente et l'intérêt sur celui-ci (le cas échéant). Dans bien des cas, le prix varie en fonction de l'événement qui déclenche la vente des actions. Par exemple, le prix qui serait autrement payé pour les actions peut être réduit si la vente a lieu dans le contexte d'un rachat forcé de la part d'un actionnaire qui a manqué à ses engagements en vertu de la convention des actionnaires. Aussi, le prix payé pour les actions peut différer le paiement du solde du prix qui serait autrement payable dans le contexte d'un rachat hostile, comme ce serait le cas en vertu des clauses *shotgun* d'une convention des actionnaires.

Souvent, la convention des actionnaires prévoira une formule pour déterminer le prix auquel les actions seront transférées. L'actionnaire qui quitte la société est ainsi assuré de recevoir une juste valeur pour ses actions. Une clause d'évaluation adéquatement rédigée limitera également toute incertitude et tout litige en ce qui a trait à la valeur à attribuer aux actions. Aussi, une protection sera accordée aux actionnaires restants, qui auront une estimation de leurs obligations et pourront prévoir en conséquence en utilisant une police d'assurance, si c'est possible. Aussi, un mécanisme de financement approprié pour rembourser le solde du prix d'achat, le cas échéant, permettra aux actionnaires restants de rembourser un actionnaire sans avoir recours à du financement externe.

Cependant, en vertu de la loi, un certain nombre d'opérations sont réputées être effectuées à la « juste valeur marchande ». La difficulté est de savoir si la JVM d'une action différera ou non du prix prévu aux termes d'une convention des actionnaires. La non-concordance des deux montants peut occasionner des résultats fiscaux indésirables. Lorsqu'une opération a lieu, par exemple, entre deux parties ayant entre elles un lien de dépendance (et est, par conséquent, fondée sur la JVM), et dans une situation où une partie est décédée et est réputée avoir disposé de ses actions à la JVM, la JVM peut ne pas concorder avec le prix à recevoir par le vendeur en vertu de la convention des actionnaires.

6.2. LA POSITION DE L'ARC

La question à considérer ici est l'effet que la convention des actionnaires a sur la détermination de la « juste valeur marchande » à l'égard de l'impôt sur le revenu. En d'autres termes, le prix prévu en vertu de la convention des actionnaires sera-t-il déterminant dans l'établissement de cette valeur à l'égard de l'impôt sur le revenu?

En ce qui a trait aux dispositions effectuées à la JVM en vertu de la loi, comme en vertu du paragraphe 69(1) L.I.R. (disposition entre parties avec lien de dépendance)[148] et du paragraphe 70(5) L.I.R. (disposition réputée au décès)[149], la position de l'ARC est exposée dans le *Bulletin d'interprétation* IT-140R3[150] et la *Circulaire d'information* 89-3[151]. Relativement au produit réputé avoir été reçu par un actionnaire décédé en vertu du paragraphe 70(5) L.I.R., l'ARC considère que la question de savoir si les clauses d'une convention des actionnaires sont déterminantes dans l'établissement de la JVM des actions est une question de fait[152].

En général, dans une société à peu d'actionnaires, la JVM sera déterminée en tenant compte des droits de souscription et des restrictions relatives aux actions énoncées dans les statuts et règlements de la société ainsi que dans les contrats entre actionnaires[153]. L'ARC est d'avis que les clauses exécutoires véritables dans les conventions des actionnaires auront un effet sur la JVM des actions (et seront déterminantes pour l'établissement de la JVM des actions), pourvu que ces clauses aient un objectif commercial légitime et que les droits et les restrictions ne puissent être modifiés. Aussi, pour qu'une convention des actionnaires soit considérée comme déterminant la valeur des actions en cas de décès aux fins de l'établissement de la JVM au paragraphe 70(5) L.I.R., la convention doit remplir les conditions suivantes :

---

148 Le paragraphe 69(1) L.I.R. prévoit un certain nombre de situations dans lesquelles, en application de la loi, l'auteur du transfert sera réputé avoir reçu un produit de disposition égal à la JVM lorsque le bien a été disposé en faveur d'une personne avec laquelle l'auteur du transfert a un lien de dépendance. Cette disposition peut se réaliser par suite d'une vente, d'une donation ou d'un legs. Sur cette question, voir *supra*, section 3.1.

149 Le paragraphe 70(5) L.I.R. prévoit qu'un contribuable est généralement réputé avoir disposé de ses actions immédiatement avant son décès pour un produit égal à la JVM des biens. Sur ces questions, voir *supra*, sections 3.3. et 3.4.

150 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-140R3, « Conventions d'achat-vente », 14 avril 1989.

151 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 89-3, « Exposé des principes sur l'évaluation de biens mobiliers », 25 août 1989.

152 *Id*., par. 29.

153 *Id*., par. 18.

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 complète[154].

En outre, si les parties à la convention des actionnaires ont un lien de dépendance entre elles, la convention, pour être considérée comme déterminant la JVM, devra remplir les conditions additionnelles 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 JVM des actions déterminée indépendamment de la convention au moment de la signature de celle-ci;

c) La convention constitue un contrat légal et exécutoire[155].

Pour qu'une convention soit considérée comme véritable, les parties à la convention doivent traiter ensemble comme le feraient des étrangers n'ayant entre eux aucun lien de dépendance[156].

L'ARC a réitéré sa position en 1998 :

> [TRADUCTION] « 3. Options et conventions d'achat-vente
>
> Selon cette politique, énoncée simplement, le ministère acceptera généralement les conventions d'achat-vente comme déterminant la juste valeur marchande

---

154 *Id*., par. 28.

155 *Id*., par. 29.

156 *Id*., par. 30.

> lorsqu'elles sont préparées sur une base sans lien de dépendance. Les conventions doivent avoir un objectif commercial véritable, être légalement exécutoires, et fournir une estimation raisonnable de la juste valeur marchande. L'applicabilité d'une convention d'achat-vente peut être mise en doute lorsque les mesures nécessaires ne sont pas prises pour tenir à jour la convention. Lorsqu'une convention exige des mises à jour ou des révisions périodiques, et que celles-ci n'ont pas été faites, la convention peut ne pas être considérée comme déterminant la valeur. Si la négligence à maintenir une convention constitue des raisons valides pour la rendre non exécutoire, nous ne la considérerons pas obligatoire. La jurisprudence sur cette question est la suivante :
>
> West 76CTC313
> Beament 70DTC 6130
> Waddell 82DTC 6050, 83DTC 5309
>
> Dans les arrêts West et Beament, les tribunaux ont convenu que les conventions d'achat-vente avaient force obligatoire. Dans Wadell [sic], les tribunaux n'ont pas tenu compte des clauses de la convention. Beament était avec un lien de dépendance tandis que West et Waddell étaient sans lien de dépendance[157]. »

6.3. LA POSITION DES TRIBUNAUX

La définition souvent citée de la JVM se lit comme suit :

> [TRADUCTION] « "La juste valeur marchande" est le prix le plus élevé disponible, estimé en termes d'argent qu'un vendeur consentant peut obtenir pour le bien sur un marché libre et sans restriction d'un acheteur consentant avec lequel il n'a pas de lien de dépendance[158]. »

Certaines décisions des tribunaux ont porté sur l'interaction entre la JVM à l'égard de l'impôt et la formule d'établissement du prix comprise dans une entente contractuelle. Les tribunaux accepteront généralement les clauses d'une convention des actionnaires se rapportant à l'établissement d'un prix pour déterminer la JVM. Cependant, les tribunaux semblent exiger que le contrat ait force obligatoire entre les parties (par exemple, entre la succession de l'actionnaire décédé et les acheteurs). Aussi, la question de savoir si oui ou non la convention des actionnaires restreint le transfert des

---

[157] Dennis TURNBULL (alors de l'ARC – Revenu Canada), « Tax Valuation Update », communication présentée dans le cadre de la conférence conjointe en évaluation d'entreprises de l'Institut canadien des experts en évaluation d'entreprises et de l'American Society of Appraisers, Montréal, 24-25 septembre 1998.

[158] *Re Mann Estate*, (1972) 5 W.W.R. 23, 27 (B.C.S.C.).

actions de l'actionnaire de son vivant sera un facteur pertinent puisque cette condition limite le marché d'acheteurs éventuels de ces actions.

6.4. L'INCIDENCE DES DISPOSITIONS DE LA LOI RELATIVES À LA « JUSTE VALEUR MARCHANDE » SUR LES CONVENTIONS DES ACTIONNAIRES

L'article 69 et le paragraphe 70(5) L.I.R. sont les deux dispositions principales pertinentes aux conventions des actionnaires et à l'évaluation des actions.

En vertu du paragraphe 70(5) L.I.R., un actionnaire est réputé avoir disposé, immédiatement avant son décès, de ses actions à leur JVM. Aux termes de la convention des actionnaires, la succession du défunt peut être obligée de vendre les actions à un prix déterminé par la convention des actionnaires. Comme il est mentionné ci-dessus, si la JVM des actions diffère du prix auquel la succession doit vendre les actions, cela peut avoir des conséquences fiscales néfastes. Lorsque l'actionnaire est réputé avoir disposé, immédiatement avant son décès, de ses actions à la JVM, la succession est réputée avoir acquis les actions à cette JVM; ainsi, le montant du PBR pour la succession est réputé être égal au montant de la JVM. Si, par exemple, la JVM s'établit à 500 000 $, mais que la succession est tenue de vendre les actions aux actionnaires restants au prix de 400 000 $ en vertu des clauses de la convention des actionnaires, le défunt pourrait réaliser un gain en capital fondé sur le produit de 500 000 $, alors que la succession subirait une perte en capital fondée sur un produit de vente de 400 000 $ et un PBR de 500 000 $.

Ce problème peut être atténué en partie par le choix du paragraphe 164(6) L.I.R.[159] Essentiellement, ce choix prévoit que la perte en capital, si elle est subie pendant la première année d'imposition de la succession, peut être reportée rétrospectivement dans la dernière déclaration de revenus du défunt afin de réduire le gain en capital qui serait autrement réalisé. Par ailleurs, si les actions du défunt sont léguées à son conjoint (ou à une fiducie au profit du conjoint)[160], le transfert des actions au conjoint ou à la fiducie au profit du conjoint peut être fait en franchise de l'impôt en vertu du paragraphe 70(6) L.I.R., pourvu que les actions aient été dévolues irrévocablement au conjoint (ou à la fiducie au profit du conjoint) dans les

[159] H. E. REES, précité, note 68.

[160] L'expression « fiducie au profit du conjoint » fait ici référence à une fiducie qui répond aux exigences du paragraphe 70(6) L.I.R.

36 mois après le décès, avant que le conjoint (ou la fiducie au profit du conjoint) les transfère aux actionnaires restants. Cette dernière option comporte de nombreuses complications, comme il a été mentionné précédemment.

Les dispositions fiscales peuvent également causer des problèmes d'évaluation dans la situation où les parties ont un lien de dépendance entre elles. Essentiellement, en vertu de l'alinéa 69(1)b) L.I.R., lorsque l'auteur du transfert a un lien de dépendance avec le bénéficiaire du transfert, l'auteur du transfert est réputé avoir disposé des actions pour un produit égal à leur JVM qu'il ait vendu ou non les actions à un prix égal à cette JVM en vertu des clauses de la convention des actionnaires. Cependant, la disposition n'est pas réciproque pour le bénéficiaire du transfert. Ainsi, le bénéficiaire du transfert ne sera pas réputé avoir acquis les actions à la JVM, et le PBR des actions ne sera pas établi à la JVM, mais plutôt au prix réellement payé. Par exemple, si en contrepartie de 500 000 $ l'actionnaire A dispose de ses actions à une partie B qui lui est liée, et que les actions ont une JVM de 600 000 $ à l'égard de l'impôt sur le revenu, A sera réputé avoir disposé de ses actions en contrepartie de 600 000 $, et cette disposition pourrait entraîner un gain en capital fondé sur le produit de 600 000 $. Cependant, B sera réputé ne pas avoir payé 600 000 $, mais seulement 500 000 $, lequel montant deviendra son PBR. Si B vend par la suite les actions en contrepartie de 600 000 $, il réalisera un gain en capital de 100 000 $; ainsi, le même gain de 100 000 $ peut être imposé deux fois.

Par conséquent, il est impératif de s'assurer que la convention des actionnaires prévoie le mécanisme d'établissement du prix auquel les actions doivent être transférées afin que le prix soit déterminant de la JVM à l'égard de l'impôt sur le revenu.

Autrement, la convention des actionnaires pourrait comprendre une clause de rajustement du prix en vertu de laquelle le prix d'achat auquel l'opération serait enregistrée serait rajusté afin d'être égal à la JVM finalement déterminée. Ce n'est généralement pas ce que les parties à une convention souhaiteront, à moins de vouloir s'assurer que l'opération aura lieu à la JVM. Généralement, la convention des actionnaires a pour objet d'assurer que les opérations entre les actionnaires sont effectuées à un prix calculé au moyen d'une formule convenue entre les actionnaires, afin qu'ils puissent prévoir et agir en conséquence.

6.5. L'INCIDENCE DE L'ASSURANCE VIE DÉTENUE PAR LA SOCIÉTÉ SUR LA VALEUR DES ACTIONS

Souvent, la société sera titulaire d'une police d'assurance sur la vie des actionnaires. Comme il a été mentionné précédemment, en vertu du paragraphe 70(5) L.I.R., le défunt est réputé avoir disposé, immédiatement avant son décès, de ses actions à leur JVM. Quel effet a, par conséquent, une police d'assurance souscrite par la société sur la vie du défunt? Au décès de la partie assurée, la société recevra le produit de la police, lequel, en théorie, devrait augmenter la valeur de la société et de ses actions. Ainsi, la valeur des actions du défunt serait accrue.

Il est précisé dans le paragraphe 70(5.3) L.I.R. que la valeur des actions du défunt doit être établie compte tenu uniquement de la valeur de rachat (au sens de l'alinéa 148(9)b) L.I.R.) d'une police d'assurance vie stipulant que la vie du particulier donné (ou de tout autre particulier ayant un lien de dépendance avec lui à ce moment ou au moment de l'établissement de la police) était assurée. Cette disposition assure qu'il n'est pas tenu compte du produit de l'assurance vie reçu par la société dans la détermination de la valeur des actions immédiatement avant le décès de l'actionnaire. Sans cette disposition, la police d'assurance vie existant immédiatement avant le décès de l'actionnaire devrait être évaluée. Le paragraphe 70(5.3) L.I.R. fournit un allégement, et la valeur de rachat des polices d'assurance vie sera prise en compte dans le calcul de la valeur des actions du défunt, non seulement lorsque la vie du défunt était assurée, mais également lorsque les personnes avec lesquelles le défunt avait un lien de dépendance étaient des personnes dont les vies étaient assurées. Dans les autres cas, il n'y a pas d'allégement.

La position de l'ARC sur l'évaluation des polices d'assurance vie est énoncée dans la *Circulaire d'information* 89-3[161]. Les facteurs à prendre en considération pour déterminer la valeur d'une police d'assurance sur la vie du défunt comprennent les suivants :

a) la valeur de rachat de la police;

b) le montant du prêt sur police qui peut être obtenu;

---

[161] AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 151, par. 40-41. Voir également AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-416R3, « Évaluation des actions d'une corporation qui touche le produit d'une assurance-vie au décès d'un actionnaire », 10 juillet 1987.

c) la valeur nominale;

d) l'état de santé de la personne assurée et son espérance de vie;

e) les privilèges de conversion;

f) les autres modalités de la police, par exemple les avenants temporaires et les clauses de doublement de la prestation;

g) le coût de remplacement[162].

Aussi, si le décès d'un autre actionnaire est imminent et qu'il convient de considérer ce facteur pour évaluer la police, la valeur de la police pourra être supérieure à sa valeur de rachat compte tenu des éléments suivants :

a) la possibilité que la personne assurée recouvre la santé et ne meure pas;

b) les répercussions que la perte d'une personne clé entraînerait pour les activités commerciales;

c) le fait que le bloc d'actions à évaluer représente une participation majoritaire ou minoritaire au capital-actions en circulation; et

d) l'importance attachée dans les circonstances aux facteurs autres que la valeur de l'actif; par exemple, les bénéfices futurs qui sont prévus et les possibilités de versement de dividendes[163].

Aussi, la valeur de rachat d'une police d'assurance vie sera généralement prise en compte dans le calcul de la valeur des actions en ce sens qu'elle est un actif de la société. Selon les principes comptables généralement reconnus, la valeur de rachat d'une police d'assurance vie doit être incluse en tant qu'élément d'actif de la société et donc malgré le paragraphe 70(5.3) L.I.R., la valeur de rachat devrait être prise en compte dans le calcul de la valeur des actions du défunt[164].

---

[162] AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 151, par. 40.

[163] *Id*., par. 41.

[164] Paul BLEIWAS et John HUTSON, *Taxation of Private Corporations and Their Shareholders*, 4e éd., Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2010, p. 11:14.

Par conséquent, au moment d'évaluer les actions d'une personne décédée, il sera nécessaire de tenir compte de l'assurance détenue par une société sur la vie d'un actionnaire survivant qui est en mauvaise santé (autre qu'un actionnaire avec lien de dépendance visé par le paragraphe 70(5.3) L.I.R.). Aussi, il peut être préférable de rédiger les clauses de la convention des actionnaires afin d'exclure le produit des polices d'assurance souscrites sur la vie de tout actionnaire de manière à confirmer la position que la JVM des actions du défunt exclut toute réception éventuelle du produit d'une assurance sur la vie de l'une ou de l'autre des parties en cause.

SOMMAIRE DES CONCLUSIONS

L'incidence des droits et des obligations créés en vertu d'une convention des actionnaires sur l'impôt sur le revenu doit être prise en compte. Selon l'étendue des restrictions imposées au conseil d'administration en vertu d'une convention unanime des actionnaires (qui fait partie des actes constitutifs d'une société), le contrôle *de jure* de la société peut être touché, ce qui soulève à son tour un certain nombre de questions fiscales. Même si le contrôle *de jure* est contourné, une convention ordinaire des actionnaires peut avoir une incidence sur le contrôle *de facto* de la société en entraînant d'autres conséquences fiscales.

En ce qui a trait aux clauses d'une convention des actionnaires relatives à la vente et à l'achat des actions, il faut peser avec soin les droits et les obligations contractuels et leurs conséquences fiscales. Il est préférable d'utiliser une formule claire pour déterminer le prix de vente des actions, laquelle formule sera considérée comme déterminant l'équivalence du prix des actions et de leur JVM à l'égard de l'impôt sur le revenu. Il faut également tenir compte des conséquences fiscales de l'assurance détenue par une société (ou, autrement, l'assurance rachat de parts en cas d'invalidité) sur la vie d'un ou de plusieurs actionnaires.

Le choix de l'acheteur ou des acheteurs des actions d'un actionnaire qui quitte la société ou, encore, la question de savoir si cet acheteur ou ces acheteurs peuvent faire en sorte que les actions soient acquises par la société ou par les actionnaires restants est primordial. Ces décisions peuvent influer sur la détermination du prix d'achat à titre de gain en capital ou de dividende. Il en va de même si l'acheteur est en fin de compte une société coactionnaire qui a un lien de dépendance avec le vendeur et est rattachée à la société (dont les actions sont vendues).

Lorsqu'une partie du prix d'achat peut entraîner des dividendes intersociétés, les rédacteurs de la convention doivent considérer l'application

de l'impôt de la partie IV L.I.R. et tout reclassement des dividendes en tant que gains en capital selon l'article 55 L.I.R. Le choix de l'acheteur peut également influer sur la capacité du vendeur d'utiliser son exonération des gains en capital pour des actions admissibles de petite entreprise (« AAPE »). Dans les situations où un actionnaire est décédé, la vente des actions soulève des questions quant à l'application des règles sur la minimisation des pertes; et lorsque les actions sont léguées à un conjoint ou à une fiducie au profit du conjoint, les questions de dévolution sont importantes. Si la société rachète des actions, la valeur des actions des actionnaires restants peut être accrue, mais sans une augmentation correspondante du PBR des actions. Cet écart pourrait occasionner d'autres difficultés si les actionnaires souhaitaient vendre leurs actions dans l'avenir.

Utiliser l'assurance vie et l'assurance invalidité (montant forfaitaire) pour financer le paiement du prix d'achat peut avoir une incidence sur le prix d'achat lui-même et sur la valeur des actions en cas de décès. Lors de l'utilisation de l'assurance vie, il faut également porter attention au montant de la prestation de décès qui sera porté au crédit du CDC de la société et à son attribution ultérieure.

Le moment auquel la vente a lieu peut déclencher l'application de l'impôt minimum de remplacement lorsque le vendeur a l'intention d'utiliser son exonération des gains en capital pour des AAPE. Aussi, dans le cas d'une succession, la disposition des actions doit avoir lieu pendant la première année d'imposition de la succession si celle-ci veut faire le choix au paragraphe 164(6) L.I.R. de reporter rétrospectivement une perte. Lorsque les actions d'un défunt doivent être admissibles en tant qu'AAPE, mais que la réception imminente par la société du produit d'une assurance vie a une incidence sur le critère de l'actif, l'alinéa 110.6(15)a) L.I.R. exige que la société acquière les actions dans les 24 mois suivant le décès de l'actionnaire.

Il doit être tenu compte de ces questions fiscales lors de la rédaction des conventions des actionnaires, sinon des résultats non intentionnels se produiront.

ANALYSE DU PARAGRAPHE 15(2) DE LA *LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU*



Liliane Fortier
CA, LL.M. fisc.
Associée, fiscalité
Demers Beaulne, s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 3:3

1. LE PARAGRAPHE 15(2) L.I.R. 3:3

1.1. LES CONDITIONS D'APPLICATION DU PARAGRAPHE 15(2) L.I.R. 3:4
1.2. L'EXISTENCE D'UN PRÊT OU D'UNE DETTE 3:5
1.3. LA DÉDUCTION PRÉVUE À L'ALINÉA 20(1)*j*) L.I.R. 3:7
1.4. LES EXCEPTIONS 3:9
1.4.1. Les personnes non résidentes (par. 15(2.2) L.I.R.) 3:9
1.4.2. Les entreprises de prêt (par. 15(2.3) L.I.R.) 3:9
1.4.3. Les employés (par. 15(2.4) L.I.R.) 3:14
1.4.4. L'avantage imposable en vertu de l'article 80.4 L.I.R. 3:21
1.4.5. Les fiducies (par. 15(2.5) L.I.R.) 3:23
1.4.6. Le remboursement à l'intérieur d'un an (par. 15(2.6) L.I.R.) 3:23

2. L'APPLICATION DU PARAGRAPHE 15(2) L.I.R. AUX NON-RÉSIDENTS 3:25

2.1. LES NON-RÉSIDENTS ET LE PARAGRAPHE 15(2) L.I.R. 3:26
2.2. L'IMPÔT DE LA PARTIE XIII L.I.R. 3:29
2.3. LE PARAGRAPHE 227(6.1) L.I.R. 3:30
2.4. LE PARAGRAPHE 17(1) L.I.R. 3:31

3. L'APPLICATION DU PARAGRAPHE 15(2) L.I.R. AUX SOCIÉTÉS DE PERSONNES 3:33

3.1. LES PARAGRAPHES 15(2) ET 15(2.1) L.I.R. 3:33
3.2. L'AFFAIRE *GILLETTE CANADA INC.* C. *LA REINE* ET LA POSITION DE L'ARC 3:34

4. L'APPLICATION DU PARAGRAPHE 15(2) L.I.R. AUX FIDUCIES 3:35

4.1. LES PARAGRAPHES 15(2) ET 15(2.1) L.I.R. 3:35
4.2. LE PARAGRAPHE 15(2.5) L.I.R. 3:35

CONCLUSION 3:36

INTRODUCTION*

Toute sortie de fonds ou utilisation personnelle de biens d'une société par actions (« société ») risque, s'il n'y a pas eu une forme d'imposition pour l'actionnaire, des conséquences visées par l'article 15 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1]. En général, le paragraphe 15(2) L.I.R. force l'imposition d'un actionnaire pour empêcher ou décourager le retrait de liquidités d'une société sous forme de prêt ou de dette.

Le but du présent texte est de faire une analyse des paragraphes 15(2) et suivants L.I.R. par l'intermédiaire des positions et des interprétations techniques des autorités fiscales et en tenant compte de la jurisprudence récente.

Nous verrons, dans un premier temps, les conditions d'application du paragraphe 15(2) L.I.R. et ses exceptions. Dans un deuxième temps, nous approfondirons les applications du paragraphe 15(2) L.I.R. aux non-résidents, aux fiducies et aux sociétés de personnes.

1. LE PARAGRAPHE 15(2) L.I.R.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* contient des dispositions qui ont pour but d'imposer toutes les sorties de fonds d'une société par actions vers l'actionnaire. La rémunération d'un actionnaire se fait généralement par le versement d'un dividende. En principe, ce dividende est généralement imposable ou soumis à des retenues d'impôt pour l'actionnaire lorsqu'il est reçu. Pour éviter qu'une société distribue à ses actionnaires des fonds qui ne sont pas imposables, au moyen de prêts ou d'autres opérations où l'actionnaire devient débiteur de la société, le paragraphe 15(2) L.I.R. découragera les dettes qui restent impayées en obligeant l'actionnaire à s'imposer sur le montant dû.

---

* L'auteur tient à remercier MM. Benoît Malboeuf, CGA, M. Fisc., et Stéphane Hayeur, CMA, LL.M. fisc., du cabinet Demers Beaulne de leur précieuse collaboration à la rédaction du présent texte.

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

1.1. LES CONDITIONS D'APPLICATION DU PARAGRAPHE 15(2) L.I.R.

Le paragraphe 15(2) L.I.R. prévoit que la personne[2] qui, au cours d'une année d'imposition, a obtenu un prêt ou « devient la débitrice »[3] auprès d'une société donnée[4] doit inclure le montant du prêt ou de la dette dans le revenu de l'année à moins d'être expressément exclue.

Pour éviter qu'une personne interpose une société de personnes ou une fiducie entre elle et la société, il est prévu que le membre de la société de personnes ou le bénéficiaire d'une fiducie qui est actionnaire devra inclure le montant du prêt reçu.

Afin que le paragraphe 15(2) L.I.R. s'applique, les conditions suivantes doivent être réunies :

1) l'existence d'un prêt ou d'une dette entre un débiteur et un créancier;

2) le créancier est une société donnée, une société liée à la société donnée ou une société de personnes, dont la société donnée ou une société liée à celle-ci est membre;

3) le débiteur est une personne ou une société de personnes qui, selon le cas :

   – est un actionnaire de la société donnée,

---

2 Par personne, on entend un particulier, une société par actions ou une fiducie et le paragraphe 15(2) L.I.R. indique expressément qu'il vise aussi une société de personnes.

3 CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives et notes explicatives concernant l'impôt sur le revenu*, 16 juillet 2010 : l'expression « devient la débitrice » remplacera l'expression « contracte une dette » au paragraphe 15(2) L.I.R. et s'appliquera aux prêts consentis et aux dettes contractées au cours des années 1990 et suivantes. L'expression « contracte une dette » avait été insérée dans la version française par erreur en 1998 et pouvait porter à confusion sur l'application du paragraphe 15(2) L.I.R. dans le cas où une dette est contractée par une personne mais assumée par l'actionnaire de la société. Dans cette situation, il était techniquement impossible d'établir que l'actionnaire a contracté la dette; l'expression « devenir le débiteur » était plus claire et équitable.

4 Une société liée à la société donnée ou une société de personnes dont la société donnée ou une société liée à celle-ci est membre est également visée par le paragraphe 15(2) L.I.R.

- a un lien de dépendance avec un actionnaire de la société donnée (sauf une société étrangère affiliée (« SÉA ») à la société donnée ou à une personne ayant un lien de dépendance)[5],

- est un associé d'une société de personnes dont cette société de personnes est un actionnaire de la société donnée,

- est un bénéficiaire d'une fiducie qui est, elle-même, un actionnaire de la société donnée;

4) le débiteur ne doit pas être une société résidant au Canada ou une société de personnes dont chacun des associés est une société résidant au Canada.

Lorsque ces conditions sont réunies, le débiteur devra ajouter dans le calcul de son revenu, sauf si l'une des exceptions discutées plus loin s'applique, le montant du prêt ou de la dette.

1.2. L'EXISTENCE D'UN PRÊT OU D'UNE DETTE

Une des conditions pour que le paragraphe 15(2) L.I.R. s'applique est la présence d'un prêt ou d'une dette en faveur d'une société ou d'une société de personnes. Dans l'arrêt *Minister of National Revenue* v. *McCool*[6], la Cour suprême du Canada a jugé, dans le contexte de l'alinéa 5(1)b) de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, que des intérêts sur un billet à ordre garantissant le paiement du solde d'un prix d'achat n'étaient pas des intérêts sur du **capital emprunté**. La Cour a jugé qu'il ne s'agissait pas d'une relation de prêteur et d'emprunteur à l'égard de ce billet. Selon le *Black Law Dictionary*, un prêt se définit ainsi : « [TRADUCTION] Remise par une partie et réception par une autre d'une somme d'argent sur engagement explicite ou implicite de le rembourser avec ou sans intérêt ». Par ailleurs, une dette est simplement une somme d'argent due par une personne à une autre. Certes un prêt est une dette mais une dette n'est pas nécessairement un prêt.

Pour qu'une dette contractée entre le créancier et le débiteur existe, une somme doit être due. Selon l'article 2314 du *Code civil du Québec*[7], un

---

5 Cette condition fait référence à la notion de « personnes rattachées » définie au paragraphe 15(2.1) L.I.R. qui sera traitée plus en détail à la section 3. du présent texte.

6 [1950] S.C.R. 80; 49 D.T.C. 700.

7 L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »).

« simple prêt » est un contrat par lequel un prêteur remet notamment une somme d'argent à un emprunteur qui s'oblige à la lui rendre après un certain temps. La question est de savoir s'il y a ou non une obligation pour l'emprunteur de remettre cette somme. Puisqu'un contrat écrit avec des modalités de paiement ou de remboursement n'est pas exigé, pour l'application du paragraphe 15(2) L.I.R., il est possible que des fonds versés à un actionnaire d'une société ou d'un associé d'une société de personnes ne constituent pas un prêt. Si l'actionnaire ou l'associé ne peut démontrer que le montant reçu est un prêt ou une dette, qu'il a une obligation ou même une intention de rembourser cette somme à la société, il y a un risque que le paragraphe 15(1) L.I.R. s'applique comme appropriation de fonds ou même le paragraphe 56(2) L.I.R.

Un exemple de cette situation se retrouve dans une interprétation technique de l'Agence du revenu du Canada (« ARC »)[8], où Opco effectue un prêt à l'enfant majeur de son unique actionnaire pour payer ses frais de scolarité. Au moment du prêt, l'enfant majeur n'est pas un employé d'Opco et il ajoute le montant du prêt dans ses revenus en vertu du paragraphe 15(2) L.I.R. Il est prévu qu'Opco éteindra la dette qui lui est due par l'enfant lorsque ce dernier aura terminé ses études et travaillera à temps plein. Dans le cas où nous prévoyons que le prêteur éteindra la dette, l'ARC se demande s'il y a ou non une obligation pour l'emprunteur de remettre la somme. L'ARC mentionne alors qu'il y a un risque qu'il ne s'agisse pas d'un prêt véritable, étant donné que la somme versée à l'enfant est un paiement effectué versé sur les instructions de l'actionnaire d'Opco ou avec son accord à titre d'avantage que celui-ci désire voir accorder à son enfant. Les paragraphes 15(1) et 56(2) L.I.R. peuvent alors s'appliquer pour inclure les sommes versées dans le revenu de l'actionnaire et ces sommes seraient non déductibles pour Opco.

Également, dans l'affaire *Arthur Tremblay et Roland Tremblay* c. *MRN*[9], les deux actionnaires qui avaient décidé de cesser l'exploitation de la société ont reçu, la même année, des avances importantes de la société. Il a été décidé par la Commission d'appel de l'impôt qu'il ne s'agissait pas de prêts ou d'avances mais de retrait de capital avant la liquidation de la société. Il n'y avait aucune intention claire de rembourser les sommes. Les sommes, considérées comme du retrait de capital, n'étaient donc pas imposables pour les actionnaires.

---

8 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0049031E5, 23 mars 2004.

9 63 D.T.C. 136 (décision en anglais); 63 D.T.C. 145 (décision en français) (C.A.I.).

Il ne faut pas oublier que lorsqu'on est en présence d'un prêt sans intérêt, en l'absence d'un contrat écrit, l'article 2330 C.c.Q. indique que le prêt d'une somme d'argent porte intérêt à compter de la remise de la somme à l'emprunteur. Le taux utilisé est alors le taux légal[10]. Ces intérêts devront faire partie de la dette et être ajoutés au montant visé pour l'application du paragraphe 15(2) L.I.R.

Pour s'assurer de l'établissement d'une dette ou d'un prêt, il est toujours préférable de constater le tout par écrit en y précisant les modalités dont celles relatives au remboursement.

1.3. LA DÉDUCTION PRÉVUE À L'ALINÉA 20(1)J) L.I.R.

L'alinéa 20(1)j) L.I.R. permet au contribuable, y compris une société de personnes[11], qui a inclus un montant dans son revenu aux fins du paragraphe 15(2) L.I.R. dans une année d'imposition précédente, de prendre une déduction dans le calcul de son revenu dans l'année d'imposition où un remboursement partiel ou total est effectué. Par contre, si le remboursement de l'emprunt ou de la dette est effectué dans le cadre « d'une série d'emprunts ou d'autres opérations et de remboursements », la déduction sera refusée. Nous verrons à la section 1.4.6. ce que signifie cette expression.

La première condition pour avoir droit à cette déduction pour un contribuable est l'inclusion du montant visé par le paragraphe 15(2) L.I.R. dans le revenu d'une année d'imposition précédente. Le remboursement doit aussi se faire par le contribuable qui a inclus le montant dans son revenu en vertu du paragraphe 15(2) L.I.R.[12] La déduction ne sera pas applicable si l'emprunteur est une société et que le montant du prêt était déductible dans le calcul de son revenu imposable pour l'année d'imposition où le prêt a été consenti.

Dans le *Bulletin d'interprétation* IT-119R4[13], il est indiqué que puisque l'alinéa 20(1)j) L.I.R. fait mention d'un « contribuable » défini par le

---

10 Le taux d'intérêt légal, fixé par le gouvernement fédéral, est de 5 % par année – *Loi sur l'intérêt*, L.R.C. 1985, ch. I-15, art. 3.

11 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-119R4, « Dettes des actionnaires et de certaines personnes rattachées à un actionnaire », 7 août 1998, par. 33.

12 *Skinner* c. *La Reine*, 2009 CCI 269.

13 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 11, par. 32.

paragraphe 248(1) L.I.R. comme comprenant toute « personne », elle-même définie, au paragraphe 248(1) L.I.R., comme comprenant un représentant légal après le décès d'une personne, la succession peut demander la déduction pour l'année d'imposition où le remboursement a été fait pourvu que la personne décédée ait inclus, dans son revenu pour une année d'imposition précédente, le montant visé. Cependant, un bénéficiaire d'une succession ne pourra demander la déduction, et ce, même s'il est l'unique héritier[14].

Il faut également noter que l'inclusion et la déduction du montant visé par le paragraphe 15(2) L.I.R. sont prévues dans la sous-section B – Revenu ou perte d'une entreprise ou d'un bien. Il n'y a pas de mention dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* s'il doit s'agir d'un revenu d'entreprise ou de bien. L'ARC, dans une interprétation technique de 2002[15], a confirmé que pour un particulier visé par le paragraphe 15(2) L.I.R., l'inclusion doit se faire à la ligne 130 de la déclaration de revenus T1, et la déduction prévue à l'alinéa 20(1)j) L.I.R. doit se faire à la ligne 232. Il est possible que la déduction prévue à l'alinéa 201(1)j) L.I.R. crée une perte autre qu'en capital définie au paragraphe 111(8) L.I.R. Pour ce particulier, l'ARC mentionne qu'aux fins du « revenu gagné », défini au paragraphe 146(1) L.I.R. pour le calcul de la déduction pour régime enregistré d'épargne-retraite (REÉR), ainsi qu'aux fins de la « perte nette cumulative sur placement » prévue au paragraphe 110.6(1) L.I.R., le paragraphe 15(2) et l'alinéa 20(1)j) L.I.R. ne doivent pas être pris en considération.

Lorsqu'un contribuable a plusieurs prêts ou dettes auprès d'une même société et que le paragraphe 15(2) L.I.R. s'applique, les autorités fiscales appliqueront, à défaut d'un choix effectué par le contribuable, les remboursements selon le principe du premier entré, premier sorti, c'est-à-dire le plus ancien sera remboursé en premier[16]. En effet, si le contribuable préfère une autre méthode, comme dans le cas où l'inclusion dans le calcul du revenu en vertu du paragraphe 15(2) L.I.R. n'a pas été faite étant donné les montants provenant du compte d'avances à l'actionnaire, et où l'année d'imposition en cause est prescrite, l'ARC respectera le choix du

---

[14] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9918015, 12 juillet 1999.

[15] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0151905, 6 septembre 2002.

[16] AGENCE DU REVENU DU CANADA, Manuel de la vérification (2008-12), section 24.12.0 (en ligne : www.cchenligne.ca) et AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 11, par. 27.

contribuable de ne pas appliquer le remboursement sur les dettes les plus anciennes[17].

1.4. LES EXCEPTIONS

Les situations où le paragraphe 15(2) L.I.R. ne s'applique pas sont prévues principalement aux paragraphes 15(2.2) et suivants L.I.R. Ces exceptions visent l'identité du créancier, la relation entre le créancier et le débiteur, le but dans lequel le prêt a été consenti ou la dette contractée ainsi que la date ou les circonstances dans lesquelles le prêt ou la dette sera remboursé. Ces exceptions sont les suivantes :

– paragraphe 15(2.2) L.I.R. : inapplication – personnes non résidentes;

– paragraphe 15(2.3) L.I.R. : inapplication – entreprise de prêt;

– paragraphe 15(2.4) L.I.R. : inapplication – employés;

– paragraphe 15(2.5) L.I.R. : inapplication – fiducies;

– paragraphe 15(2.6) L.I.R. : inapplication – remboursement.

Les situations où les prêts et les dettes sont exclus de l'application du paragraphe 15(2) L.I.R. peuvent néanmoins faire l'objet d'un avantage réputé sous la forme d'un intérêt pour le débiteur en vertu de l'article 80.4 L.I.R. si les intérêts payés sur ces prêts ou dettes sont calculés à un taux moindre que le taux prescrit.

1.4.1. Les personnes non résidentes (par. 15(2.2) L.I.R.)

Le paragraphe 15(2.2) L.I.R. mentionne que le paragraphe 15(2) L.I.R. ne s'applique pas aux dettes entre personnes non résidentes. Nous y reviendrons à la section 3. du présent texte.

1.4.2. Les entreprises de prêt (par. 15(2.3) L.I.R.)

L'exception touchant les activités commerciales du créancier ou du prêteur est le paragraphe 15(2.3) L.I.R.

---

[17] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9902567, 31 mars 1999.

Le paragraphe 15(2.3) L.I.R. prévoit que deux conditions doivent être remplies pour que le paragraphe 15(2) L.I.R. ne s'applique pas. Premièrement, les prêts consentis ou les dettes contractées doivent faire partie de l'entreprise du créancier dans le cadre de ses activités normales et habituelles. Deuxièmement, des arrangements doivent être conclus de bonne foi en vue du remboursement dans un délai raisonnable au moment où la dette a été contractée ou le prêt accordé.

La première condition exige, s'il s'agit d'une dette, que cette dernière doive avoir été contractée dans le cours normal des activités de l'entreprise du créancier. S'il s'agit d'un prêt, celui-ci doit avoir été consenti dans le cours normal des activités habituelles de l'entreprise de prêt d'argent du prêteur.

Sur la question de savoir si l'entreprise effectue des prêts d'argent de façon habituelle, il ne suffit pas que des prêts soient effectués; ceux-ci doivent constituer une **partie intégrante de l'entreprise**[18]. Il s'agit d'une question de fait. Les critères d'analyse utilisés par l'ARC sont les suivants :

1) le revenu provenant des prêts d'argent constitue une partie intégrante de l'entreprise du contribuable;

2) l'intention du contribuable est de réaliser du revenu par l'encaissement de versements d'intérêts plutôt que par l'accroissement de valeur de l'investissement; les prêts ne constituent donc pas un investissement occasionnel de fonds excédentaires;

3) le contribuable peut démontrer les procédures établies et continues dans la façon d'accorder des prêts;

4) l'emprunt n'a pas été accordé en tant qu'aide aux amis ou aux clients;

5) les montants empruntés n'augmentent pas le capital de l'emprunteur sur des éléments comme des avances à payer ou des garanties de paiement[19].

Dans une interprétation récente de 2011 visant le cas d'une société de gestion qui se retrouve avec beaucoup de liquidités à la suite de la

---

[18] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-442R, « Mauvaises créances et provision pour créances douteuses », 6 septembre 1991.

[19] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0047891E5, 23 janvier 2004.

disposition de placements et qui désire effectuer des prêts hypothécaires à ses actionnaires au taux d'intérêt prescrit ainsi qu'à des tiers au taux d'intérêt du marché, l'ARC insiste sur le fait qu'en plus d'exploiter de façon habituelle une entreprise de prêt d'argent, il faut que cette entreprise soit en exploitation lorsque les prêts aux actionnaires sont effectués[20].

Dans l'interprétation technique 9905715[21], l'ARC indique que le prêt d'argent à des institutions financières sous forme de dépôt à terme ne constitue pas une entreprise de prêt d'argent. Dans cette même interprétation, l'ARC renvoie à la décision *George A. Orban* c. *MRN*[22] dans laquelle la Commission d'appel de l'impôt mentionne que le contribuable, qui a fait des prêts à quelques personnes qu'il connaissait (un particulier, la société qui l'employait et une autre société dont il était actionnaire), ne pouvait soutenir que son activité professionnelle consistait à effectuer des prêts d'argent puisqu'il n'en faisait nullement mention et sans aucune publicité. Il était impossible de prétendre qu'il s'agissait d'une activité soutenue et continue. L'entreprise, dont l'activité principale est le prêt d'argent, doit être facilement identifiable[23].

L'ARC considère généralement qu'une entreprise de prêt d'argent implique le prêt d'argent à des tiers[24]. Cependant, dans une interprétation technique récente, l'ARC indique que tous les faits doivent être analysés et que le fait que les prêts soient octroyés uniquement à des personnes ayant un lien de dépendance n'est pas un argument déterminant pour dire qu'il ne s'agit pas d'une entreprise de prêt d'argent[25].

---

20 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2010-0385211E5, 9 mai 2011.

21 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9905715, 22 juin 1999.

22 54 D.T.C. 148, 150 (C.A.I.).

23 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 19; *Loman Warehousing Ltd.* c. *La Reine*, 99 D.T.C. 1113 (C.C.I.); version française du jugement sur le site de la Cour canadienne de l'impôt (contexte de l'alinéa 20(1)p) L.I.R.).

24 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2000-0013135, 3 avril 2000 : dans la cause britannique *Litchfield* v. *Dreyfus* ((1906) 1 KB 584), le juge Farwell explique ainsi le *money-lending business* : « Speaking generally, a man who carries on money-lending is one who is ready and willing to lend to all and sundry, provided that they are from his point of view eligible. » C'est une question de fait dans chaque cas.

25 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2011-0393881E5, 12 juillet 2011.

Dans une autre interprétation technique[26], où les activités de financement d'un groupe de sociétés se retrouvent au sein d'une seule société canadienne (Finco) du groupe qui effectue les activités de trésorerie et les prêts aux filiales étrangères, l'ARC indique que le fait que la société (Finco) consent des prêts seulement aux sociétés avec lesquelles elle a un lien de dépendance tout en effectuant aussi des activités de trésorerie et autres peut être un facteur indiquant qu'il ne s'agit pas d'une entreprise habituelle de prêt d'argent. L'interprétation aurait-elle été différente s'il avait été précisé que la société contractait des dettes, autres que des prêts, avec ses filiales dans le cours normal de ses activités? L'ARC indique qu'il y a une nuance mais ne se prononce pas à cet effet puisque ce n'est pas la question posée.

Une société à but unique, dont la seule activité consiste à faire des prêts, sera considérée comme ayant consenti des prêts dans le cours normal des activités de l'entreprise habituelle de prêt d'argent[27].

En ce qui concerne la bonne foi de l'arrangement quant au délai raisonnable pour le remboursement du prêt ou de la dette, elle doit apparaître au moment où l'arrangement a pris naissance. Dans l'affaire *Betty J. Davidson* c. *La Reine*[28], la Cour canadienne de l'impôt a jugé que l'arrangement n'a pas besoin d'être écrit.

Pour que l'ARC puisse conclure que les modalités de remboursement soient réglées de bonne foi en vue du remboursement du prêt dans un délai raisonnable, il faut que les arrangements soient identiques à ceux qui seraient offerts au public[29]. Pour déterminer si le délai fixé pour le remboursement est raisonnable, l'ARC examine si c'est le cas selon la pratique commerciale qui a ordinairement cours dans une situation semblable. Dans le *Bulletin d'interprétation* IT-119R4[30], il est mentionné que dans le cas où il

---

[26] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0064811E5, 8 février 2006.

[27] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2007-0238971R3, 15 août 2007 et 2007-0226281R3, 7 novembre 2007.

[28] 99 D.T.C. 933 (C.C.I.); version française du jugement sur le site de la Cour canadienne de l'impôt.

[29] AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 11, par. 15 confirmé par AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9639060, 10 décembre 1996.

[30] *Id.*

s'agit d'une dette commerciale, un arrangement de bonne foi sera conclu au moment où les dettes ont été contractées, si celles-ci sont réglées dans les 12 mois.

Dans le Manuel de la vérification de l'ARC[31], il est indiqué qu'un prêt à demande n'est pas considéré comme un arrangement conclu de bonne foi en vue du remboursement, puisqu'il est non limitatif et ne précise pas le moment où le débiteur doit verser le paiement.

Il existe plusieurs décisions judiciaires relativement aux arrangements conclus de bonne foi. Voici un résumé de quelques décisions de la Commission de révision de l'impôt, puis de la Cour canadienne de l'impôt et de la Cour d'appel fédérale, traitant des arrangements conclus de bonne foi, tel qu'il est décrit dans le Manuel de la vérification de l'ARC[32] :

« Une simple résolution de l'entreprise, en soi, pour établir les obligations de remboursement convenables n'était pas considérée conclue de bonne foi.	*Deckelbaum v. MNR*, 1982 DTC 1636 (CRI)
Un accord oral visant le remboursement dans un délai de trois ou de quatre ans n'était pas considéré conclu de bonne foi.	*Hendriks v. MNR*, 1981 DTC 939 (CRI)
L'absence d'une preuve écrite n'a pas été considérée comme fatale.	*Wright v. MNR*, 1986 DTC 1415 (CCI)
Les arrangements en vue du remboursement doivent être conclus au moment où le prêt est consenti ou la dette a été engagée.	*Reekie v. MNR*, 1980 DTC 1447 (CRI)
Un prêt à demande n'est pas considéré comme un arrangement conclu de bonne foi en vue du remboursement.	*Lavoie v. MNR*, 1995 DTC 673 (CCI)
[…]	
Est-ce qu'un billet à ordre donné relativement à un prêt résidentiel est acceptable lorsque le remboursement n'est pas prévu?	*Dionne et al. v. The Queen*, 1998 DTC 1245 (CCI)
Des arrangements en vue du remboursement dans un délai raisonnable ont-ils été conclus lorsqu'un prêt résidentiel consenti à l'actionnaire qui est un employé n'est remboursable qu'à la cessation d'emploi? »	*Silden v. MNR*, 1993 DTC 5362 (CAF)

---

31 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 16.

32 *Id*.

1.4.3. Les employés (par. 15(2.4) L.I.R.)

L'exception visant l'identité du créancier et le but dans lequel la dette a été contractée ou le prêt consenti est prévue au paragraphe 15(2.4) L.I.R.

Le paragraphe 15(2.4) L.I.R. prévoit quatre situations où le paragraphe 15(2) L.I.R. ne s'applique pas. Ces situations sont les suivantes :

a) un prêt ou une dette en faveur d'un employé autre que déterminé;

b) un prêt ou une dette en faveur d'un employé ou de son conjoint pour l'acquisition d'une habitation;

c) un prêt ou une dette en faveur d'un employé pour acquérir des actions nouvellement émises de la société qui l'emploie ou d'une société liée à celle-ci;

d) un prêt ou une dette en faveur d'un employé pour acquérir un véhicule à moteur pour l'exercice de ses fonctions.

Les situations prévues aux alinéas 15(2.4)a) à 15(2.4)d) L.I.R. ne s'appliquent que lorsque les alinéas e) et f) sont respectés. L'alinéa 15(2.4)e) L.I.R. exige que le prêt obtenu ou la dette contractée l'ait été en raison de l'emploi et non en raison du nombre de parts ou d'actions qu'une personne détient. L'alinéa 15(2.4)f) L.I.R. reprend l'exigence qu'on retrouve au paragraphe 15(2.3) L.I.R. à savoir que des arrangements de bonne foi aient été conclus en vue du remboursement dans un délai raisonnable. Le fait que le remboursement se fasse lors de la disposition des actions, de la vente de l'habitation ou lors du décès ou de la cessation d'emploi n'est pas considéré comme raisonnable et de bonne foi[33].

Le paragraphe 15(2.4) L.I.R. s'applique à des prêts et des dettes qui ont des fins particulières lorsqu'ils sont contractés par des employés. À l'exception de l'alinéa 15(2.4)c) L.I.R. où les conditions doivent être respectées à tout moment pendant que le prêt existe, les conditions d'application des exceptions doivent être remplies au moment de l'échange de consentement concernant le prêt ou la dette.

---

[33] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0067007, 24 avril 2001.

La cession de la dette par une société à un autre n'entraîne pas l'établissement d'un nouveau prêt de sorte que l'exception continue de s'appliquer[34]. Au même titre que dans le cas où le débiteur n'est plus employé de la société, si la dette existe toujours et était visée par une exception au moment où elle a été contractée, le paragraphe 15(2) L.I.R. continuera de ne pas s'appliquer[35]. Cependant, dans le cas où les termes du prêt ou de la dette sont modifiés, il s'agit d'une nouvelle dette et les conditions prévues au paragraphe 15(2.4) L.I.R. devront être remplies au moment de la modification[36].

1.4.3.1. Employé autre qu'un employé déterminé (al. 15(2.4)a) L.I.R.)

Conformément au paragraphe 248(1) L.I.R., un « employé déterminé » est un employé qui est un actionnaire déterminé ou qui a un lien de dépendance avec cet actionnaire déterminé. Un actionnaire déterminé est un contribuable qui, directement ou indirectement, à un moment donné de l'année d'imposition en cause, possède au moins 10 % des actions émises d'une catégorie donnée du capital-actions de la société.

Les alinéas a) à e) de la définition d'« actionnaire déterminé » au paragraphe 248(1) L.I.R. prévoient certaines présomptions. Ainsi, un contribuable est réputé posséder les actions d'une société détenues par les personnes ayant un lien de dépendance avec lui. Par ailleurs, les bénéficiaires d'une fiducie sont réputés détenir en proportion de leur part de bénéficiaire de la fiducie les actions détenues par la fiducie sauf si la fiducie est discrétionnaire; dans ce dernier cas, ils sont réputés détenir la totalité des actions détenues par la fiducie. Le même principe s'applique pour les sociétés de personnes où l'associé est réputé détenir les actions détenues par la société de personnes dans les proportions que représente la juste valeur marchande (« JVM ») de sa participation par rapport à l'ensemble des participations dans la société de personnes.

---

[34] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0129551E5, 21 juin 2005.

[35] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0088581E5, 27 octobre 2004.

[36] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-007717I7, 1er juin 2004.

Donc, peu importe l'objet du prêt ou de la dette, lorsqu'il est effectué en faveur d'un employé autre que déterminé, le paragraphe 15(2) L.I.R. ne s'applique pas. La condition afin que cette exception s'applique doit être remplie au moment où le prêt est consenti ou la dette contractée. Si, à ce moment, l'employé n'est pas un employé déterminé mais le devient par la suite, l'exception de l'alinéa 15(2.4)a) L.I.R. continuera à s'appliquer[37].

Cependant, étant donné le passage introductif du paragraphe 15(2) L.I.R. qui vise une personne actionnaire d'une société donnée « qui, au cours d'une année d'imposition, obtient un prêt » auprès de la société, le paragraphe 15(2) L.I.R. pourrait s'appliquer même si la personne n'était pas actionnaire au moment du prêt, pourvu que le prêt lui ait été consenti au cours de l'année d'imposition où elle est devenue actionnaire[38]. L'ARC indique que si le paragraphe 15(2) L.I.R. ne s'applique pas en raison du fait qu'une personne n'était pas actionnaire dans l'année d'imposition où le prêt a été consenti, un avantage pourrait être inclus dans le revenu selon le paragraphe 15(1) L.I.R. conformément aux paragraphes 15(9) et 80.4(2) L.I.R. si aucun intérêt n'est imputé ou si un faible taux d'intérêt l'est[39]. Cette position ne semble pas être la même du côté de Revenu Québec[40].

1.4.3.2. Prêt ou dette pour l'acquisition d'une habitation (al. 15(2.4)b) L.I.R.)

L'alinéa 15(2.4)b) L.I.R. vise un prêt ou une dette à un employé pour l'achat d'une habitation destinée à son propre usage.

Dans le *Bulletin d'interprétation* IT-119R4, le terme « habitation » est défini ainsi :

> « […] comprend une maison, un appartement situé dans un duplex ou un immeuble d'appartements, un condominium, un chalet, une maison mobile, une roulotte ou une péniche, de même qu'une action du capital-actions d'une

---

37 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9705455, 26 mai 1997.

38 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2006-0172841E5, 7 septembre 2006.

39 *Id.*

40 REVENU QUÉBEC, lettre d'interprétation 06-010135, 15 mai 2006.

> coopérative d'habitation acquise dans l'unique but d'avoir le droit d'habiter une telle habitation dont la coopérative est propriétaire[41]. »

L'alinéa 15(2.4)b) L.I.R. mentionne de façon plus précise quant aux coopératives d'habitation les « parts du capital social d'une coopérative d'habitation acquise dans l'unique but d'acquérir le droit d'habiter une habitation dont la coopérative est propriétaire ». Il n'est pas nécessaire que l'habitation soit située au Canada ni qu'elle constitue la résidence principale. L'habitation doit être à l'usage du débiteur et celui-ci doit y demeurer de façon régulière ou occasionnelle. Il s'ensuit qu'une résidence secondaire pourrait être visée pourvu que cette résidence ne soit pas utilisée pour gagner des revenus[42].

Le prêt ou la dette ne peut excéder le coût d'acquisition de l'habitation utilisée comme résidence pour le débiteur. Par exemple, si l'acquisition comprend deux logements autonomes ou plus et que le débiteur en habite un, l'exception à l'alinéa 15(2.4)b) L.I.R. ne s'applique que si le montant du prêt ou de la dette n'est pas supérieur au coût du logement qu'habite l'employé, calculé proportionnellement à l'ensemble de l'habitation. De même, si le débiteur acquiert le terrain où se trouve la maison qu'il habite, le montant du prêt ou de la dette ne devra pas excéder le montant du coût de la maison elle-même et du coût, calculé proportionnellement, de la superficie de terrain qui est raisonnablement requise pour la maison[43].

Afin que l'acquisition soit admissible, il ne faut pas que le débiteur détienne déjà un intérêt dans l'habitation. Par exemple, un prêt ne serait pas visé par l'exception s'il concernait l'acquisition de la part détenue par le conjoint du débiteur[44]. Par contre, si le débiteur ne détenait pas déjà d'intérêt dans l'habitation et qu'il obtient le prêt pour l'acquisition de l'habitation appartenant à son conjoint, ce prêt pourrait être admissible[45].

---

41 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 11, par. 17.

42 *Id.*

43 *Id*.

44 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9612035, 13 juin 1996.

45 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9811025, 2 juillet 1998.

Les rénovations, les modifications ou l'agrandissement ne sont pas visés par l'exception de l'alinéa 15(2.4)b) L.I.R.[46] Le refinancement d'une dette déjà existante pour une habitation n'est pas visé par l'exception sauf si des engagements sont pris, au moment de l'acquisition, entre l'emprunteur et le prêteur pour un financement permanent. Par exemple, l'alinéa 15(2.4)b) L.I.R. s'appliquerait si l'employé :

> « […] avait écrit à son employeur pour lui demander de lui consentir un financement provisoire et à long terme pour une maison qu'il se faisait construire dans le but d'y habiter, et que l'employeur lui avait répondu par écrit qu'il lui accorderait un financement à long terme une fois qu'il aurait pris possession de sa maison et non un financement provisoire, parce que le conseil d'administration exige que tous les prêts résidentiels soient garantis par des hypothèques enregistrées[47]. »

1.4.3.3. Prêt ou dette pour l'acquisition d'actions (al. 15(2.4)c) L.I.R.)

L'alinéa 15(2.4)c) L.I.R. prévoit que le paragraphe 15(2) L.I.R. ne s'applique pas lorsque le prêteur est une société qui a consenti un prêt à l'égard d'un de ses employés, ou celui d'une société liée, pour lui permettre d'acquérir de la société, à son propre bénéfice, des actions entièrement libérées de cette société ou d'une société liée. La définition d'« actions » prévue au paragraphe 248(1) L.I.R. comprend une part du capital social d'une coopérative[48].

Les actions doivent être nouvellement émises[49] et l'employé doit les détenir à son propre bénéfice (« son propre compte » selon la *Loi sur les impôts* du Québec[50]).

Si l'employé dispose des actions avant d'avoir remboursé la totalité du prêt ou de la dette, y compris une disposition à une société dans laquelle il est actionnaire, l'ARC considère que l'employé ne détient pas les actions à

---

46 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9608607, 8 mai 1996 et AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 11, par. 19.

47 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 11, par. 18.

48 Confirmé par AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9902745, 15 juin 1999.

49 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0066455, 4 mai 2001.

50 L.R.Q., c. I-3 et mod. (« L.I. »).

son propre bénéfice[51]. Dans un tel cas, le montant du prêt ou de la dette devra être ajouté au revenu du débiteur. Cette position de l'ARC, exigeant que les actions soient détenues au bénéfice de l'employé en tout temps, est contraire aux autres exceptions qui exigent que les conditions soient remplies au moment de la naissance du prêt ou de la dette seulement. L'ARC considère que la société créancière doit avoir suffisamment de garanties pour assurer le remboursement du prêt.

Dans une autre interprétation technique[52] concernant un transfert des actions et de la dette dans une société de portefeuille, l'ARC indique que le transfert ne donne pas naissance à une nouvelle dette. Le même principe s'applique à une restructuration dans le cadre de laquelle la dette se retrouve dans une société de personnes : la dette continue à exister, il n'y a donc pas de nouvelle dette[53].

1.4.3.4. Prêt ou dette pour l'acquisition d'un véhicule à moteur (al. 15(2.4)d) L.I.R.)

La dernière situation visée par le paragraphe 15(2.4) L.I.R. est l'alinéa d) qui permet à un employé de recevoir un prêt ou de contracter une dette auprès de son employeur pour l'acquisition d'un véhicule à moteur pour son usage dans l'exercice des fonctions de sa charge ou de son emploi. La définition de « véhicule à moteur » est prévue au paragraphe 248(1) L.I.R. Il s'agit d'un « véhicule mû par un moteur, conçu ou aménagé pour circuler sur les voies publiques et dans les rues, à l'exclusion des trolleybus et des véhicules conçus ou aménagés pour fonctionner exclusivement sur rails ».

Le conjoint d'un employé, à moins d'être employé également, ne peut profiter de cette mesure contrairement à la situation prévue à l'alinéa 15(2.4)b) L.I.R. (acquisition d'une habitation). De plus, pour profiter de cette mesure, le prêt ne peut pas être accordé par une société liée à celle qui a embauché l'employé, contrairement à l'alinéa 15(2.4)c) L.I.R. (acquisition d'actions).

Le pourcentage d'utilisation du véhicule aux fins d'affaires n'est pas pertinent pour l'application de l'alinéa 15(2.4)d) L.I.R. La fréquence de

---

51 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 11, par. 20.

52 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 36.

53 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0115475, 5 février 2002.

l'usage, dans le cadre des fonctions de l'employé, n'est pas précisée, il ne s'agit pas d'un critère à prendre en considération[54].

Il convient de noter qu'au Québec, le paragraphe a) du deuxième alinéa de l'article 114 L.I. mentionne que le prêt doit être consenti ou la dette doit survenir pour permettre ou faciliter à un employé l'acquisition d'un véhicule à moteur « devant lui servir dans l'accomplissement de ses fonctions » plutôt que « pour son usage dans l'exercice des fonctions de sa charge ou de son emploi » tel qu'il est indiqué à l'alinéa 15(2.4)d) L.I.R. La condition prévue dans la loi québécoise semble plus facile à remplir que celle prévue dans la loi fédérale puisque la disposition de la loi québécoise ne précise pas qui doit utiliser le véhicule à moteur, mais seulement que celui-ci doit servir à l'employé dans l'accomplissement de ses fonctions.

1.4.3.5. Employé *versus* actionnaire (al. 15(2.4)e) L.I.R.)

En ce qui concerne l'alinéa 15(2.4)e) L.I.R., qui s'applique après le 25 avril 1995, il prévoit que le prêt doit être consenti ou la dette contractée en raison de l'emploi de l'employé et non en raison du nombre d'actions ou de parts que ce dernier détient. L'accomplissement de cette condition est une question de fait et c'est un des aspects du paragraphe 15(2.4) L.I.R. les plus débattus.

Le fait que le même privilège soit accordé à des employés d'une société qui n'en sont pas actionnaires et à des employés-actionnaires constitue un facteur important à prendre en considération même s'il n'est pas le seul[55]. Dans le *Bulletin d'interprétation* IT-119R4, il est mentionné ce qui suit :

> « Lorsqu'une société publique consent un prêt à un actionnaire selon les mêmes modalités qu'à d'autres employés qui ne sont pas actionnaires, le prêt est habituellement considéré comme ayant été reçu en raison de la charge ou de l'emploi du particulier plutôt qu'en raison du nombre d'actions que le particulier détient. Toutefois, lorsque seuls les actionnaires peuvent emprunter des fonds ou que les modalités liées aux prêts consentis aux employés-actionnaires sont plus favorables que celles liées aux prêts consentis à d'autres employés, le prêt est considéré comme ayant été consenti à l'employé-

---

[54] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9617195, 11 septembre 1996.

[55] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9809597, 19 octobre 1998.

> actionnaire en sa qualité d'actionnaire, sauf si les faits indiquent clairement le contraire[56]. »

Une interprétation de 2008 de l'ARC[57] confirme que s'il n'y a qu'un seul employé qui est également l'unique actionnaire, il n'est pas raisonnable de considérer que le prêt lui est accordé en sa qualité d'employé puisqu'il n'y a qu'un seul employé. Il en irait différemment si l'employé peut démontrer que d'autres employés avec les mêmes tâches et responsabilités dans une entreprise similaire pourraient recevoir un prêt ou contracter une dette pour un montant et des conditions semblables.

Étant donné l'expression « en raison du nombre de parts ou d'actions qu'une personne détient » à l'alinéa 15(2.4)e) L.I.R., il semble clair qu'un employé sans lien de la dépendance avec la société, qui reçoit un prêt ou contracte une dette selon les instructions de l'actionnaire qui contrôle la société sera visé par cet alinéa puisque l'employé reçoit le prêt ou contracte la dette avec l'accord d'une personne qui, elle, est un actionnaire déterminé au sens du paragraphe 248(1) L.I.R.[58] Le fait qu'un intérêt au taux prescrit soit payé sur la créance n'annule pas l'avantage imposable selon le paragraphe 15(2) L.I.R., mais pourra néanmoins annuler l'avantage réputé par l'article 80.4 L.I.R.[59]

1.4.4. L'avantage imposable en vertu de l'article 80.4 L.I.R.

Un contribuable débiteur peut être assujetti à un avantage imposable d'intérêts, calculé à l'aide des taux prescrits[60] en vertu de l'article 80.4 L.I.R., relativement à tout prêt ou dette qui n'a pas été inclus dans son revenu conformément au paragraphe 15(2) L.I.R., et ce, tant qu'il existe un montant impayé.

Il n'est pas nécessaire qu'un prêt ou une dette soit impayé à la fin de l'année d'imposition du débiteur pour qu'un avantage soit réputé avoir été

---

56 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 11, par. 11.

57 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-0270201E5, 16 décembre 2008.

58 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0118495, 19 février 2002.

59 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0159061E5, 20 février 2006.

60 *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945 et mod., art. 4300 et 4301.

reçu. Les prêts ou les dettes qui ne sont en souffrance que durant une partie de l'année d'imposition du contribuable peuvent donner lieu à un avantage en vertu de l'article 80.4 L.I.R. pour la partie de l'année où la dette ou le prêt était resté impayé.

Lorsque le montant du prêt ou de la dette ne porte pas intérêt et qu'un avantage est calculé en vertu du paragraphe 80.4(1) L.I.R., l'avantage ainsi calculé est inclus dans le revenu du particulier en vertu du paragraphe 6(9) L.I.R. Si l'avantage est calculé en vertu du paragraphe 80.4(2) L.I.R., celui-ci est ajouté dans le revenu du particulier en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R. compte tenu de l'application du paragraphe 15(9) L.I.R.

L'avantage imposable est égal à la différence entre les intérêts calculés au taux prescrit et les intérêts effectivement payés. En vertu de l'article 80.5 L.I.R., cet avantage est réputé représenter des intérêts versés par le débiteur dans l'année d'imposition en cause pour l'application de l'alinéa 20(1)c) ou du sous-alinéa 8(1)j)(i) L.I.R. En conséquence, le débiteur peut déduire le montant de cet avantage d'intérêts si l'argent emprunté lui sert à tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien[61].

Le paragraphe 15(2) L.I.R. a priorité sur l'article 80.4 L.I.R. Dans le cas où le paragraphe 15(2) L.I.R. s'applique, il est prévu que les paragraphes 80.4(1) et 80.4(2) L.I.R. ne s'appliquent pas[62]. Il n'est cependant pas exclu qu'une cotisation soit établie à l'égard du contribuable en vertu du paragraphe 15(2) L.I.R., même si le contribuable a volontairement déclaré un avantage en vertu de l'article 80.4 L.I.R.

Si, en vertu des actions qu'il détient dans une société donnée, un actionnaire reçoit un prêt d'une société liée à la société donnée ou contracte une dette envers elle, et que la société donnée verse des intérêts au taux prescrit à la société qui lui est liée, il n'existe aucun avantage imposable en vertu du paragraphe 80.4(2) L.I.R. Cependant, dans un tel cas, il existe un avantage en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R., parce que la société donnée a payé une dette au nom de l'actionnaire.

---

[61] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-421R2, « Avantages consentis aux particuliers, aux corporations et aux actionnaires sous forme de prêts ou de dettes », 9 septembre 1992, par. 24.

[62] Par. 80.4(3) L.I.R. et confirmé par AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0045471E5, 26 février 2004.

1.4.5. Les fiducies (par. 15(2.5) L.I.R.)

Le paragraphe 15(2.5) L.I.R. prévoit que le paragraphe 15(2) L.I.R. ne s'applique pas à un prêt consenti, ou à une dette contractée, relativement à une fiducie dans le cas où certaines conditions sont réunies. Nous y reviendrons à la section 4. du présent texte.

1.4.6. Le remboursement à l'intérieur d'un an (par. 15(2.6) L.I.R.)

La dernière et la plus simple façon d'éviter l'application du paragraphe 15(2) L.I.R. est de respecter les conditions du paragraphe 15(2.6) L.I.R., c'est-à-dire de s'assurer que le prêt ou la dette soit remboursé dans un délai d'un an suivant la fin de l'année d'imposition du prêteur ou du créancier au cours de laquelle le prêt a été consenti ou la dette contractée.

L'application de cette exception ne dépend ni de l'objet du prêt ou de la dette, ni du statut du débiteur (employé ou actionnaire). Ce qui compte, c'est la date du remboursement. Le délai d'un an indique une période de 12 mois et non la fin de l'année d'imposition suivante. Il faut donc que le remboursement soit effectué dans un délai de 12 mois après l'année d'imposition du prêteur ou créancier au cours de laquelle il y a eu un prêt ou une dette, peu importe si l'année d'imposition qui suit a moins de 12 mois[63].

Un actionnaire peut donc bénéficier d'une période maximale de presque 24 mois pour rembourser un prêt ou une dette sans être visé par le paragraphe 15(2) L.I.R. Prenons par exemple le cas d'une société ayant une année d'imposition se terminant le 31 janvier 2011 qui consent un prêt à son actionnaire (un particulier) le 1er février 2011. Pour s'assurer que les exigences du paragraphe 15(2.6) L.I.R. s'appliquent, l'actionnaire aura jusqu'au 31 janvier 2013 pour rembourser le prêt qui lui a été consenti au cours de l'année d'imposition 2012 de la société. Si le 30 janvier 2013, la société verse à l'actionnaire un dividende pour rembourser le prêt, l'impôt sur ce dividende ne sera exigible qu'en avril 2014.

Une interprétation intéressante de l'ARC[64] indique qu'une société, ayant un exercice débutant le 31 décembre 1996 et se terminant le 3 janvier 1998, a

---

63 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9307045, 25 août 1993.

64 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0131701E5, 29 mai 2006.

effectué un prêt à son actionnaire le dernier jour de son exercice, c'est-à-dire le 3 janvier 1998. Selon cette interprétation, pour éviter que le montant du prêt soit inclus dans le calcul du revenu de l'actionnaire pour 1998, la dette devra être remboursée au plus tard le 31 décembre 1998 plutôt que le 3 janvier 1999. Car, en vertu du paragraphe 249(3) L.I.R., lorsque l'exercice d'une société compte plus de 365 jours et que la société n'a pas d'année d'imposition se terminant au cours d'une année civile donnée, la première année d'imposition qui se termine au cours de l'année civile suivante sera réputée se terminer le dernier jour de l'année civile donnée, soit le 31 décembre 1997. Pour l'établissement d'une cotisation en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'année d'imposition de la société se terminera le 3 janvier 1998 et l'année d'imposition suivante débutera le 4 janvier 1998. En revanche, pour l'application du paragraphe 15(2.6) L.I.R. ou pour la production de la déclaration de revenus dans les six mois, l'année d'imposition sera réputée se terminer le 31 décembre 1997.

Les autorités fiscales précisent ce qu'il faut entendre par remboursement. Le fait qu'un emprunteur donne un billet à ordre ou qu'une autre personne prenne à sa charge le remboursement du prêt n'équivaut pas au remboursement du prêt en question. Cependant, il n'est pas nécessaire que le remboursement se fasse en argent. Les autorités fiscales considèrent que le transfert de bonne foi d'un bien meuble ou immeuble au prêteur peut être considéré comme un remboursement, seulement jusqu'à concurrence de la JVM du bien au moment du transfert. De même, si le remboursement résulte de dividendes, de salaires ou de bonis versés à l'actionnaire emprunteur, les autorités fiscales ainsi que les tribunaux accepteront le montant à titre de remboursement[65]. Cependant, il est clair qu'une simple écriture comptable dans les livres de la société ne constitue pas un versement de salaire ou un paiement de dividende pouvant rembourser le prêt. Il faut que la documentation justifiant le remboursement, comme les résolutions des administrateurs de la société et les feuillets fiscaux applicables, soit produite[66].

---

[65] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2010-0382431E5, 20 janvier 2011 et 2007-0241041R3, 2007 ainsi que les causes *Joel Attis* c. *MRN*, 92 D.T.C. 1128, [1992] 1 C.T.C. 2244 (C.C.I.) (bonis et dividendes) et *Uphill Holdings Ltd. and Nigel T. Hill* c. *MRN*, 93 D.T.C. 148, [1993] 1 C.T.C. 2021 (C.C.I.) (dividendes).

[66] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9823175, 12 novembre 1998.

Dans la mesure où le remboursement n'est pas fait dans le cadre d'une série de prêts ou d'autres opérations et de remboursements et où il est remboursé dans le délai prévu par le paragraphe 15(2.6) L.I.R., le montant du prêt ou de la dette ne sera pas inclus dans le revenu de l'actionnaire pour l'année d'imposition au cours de laquelle le prêt a été octroyé ou la dette contractée.

Tel qu'il est mentionné dans le *Bulletin d'interprétation* IT-119R4, pour déterminer si le remboursement d'un prêt fait partie d'une série de prêts, ou d'autres opérations, et de remboursements, il faut examiner les faits.

Selon le Manuel de la vérification de l'ARC[67], une série « se limite généralement au remboursement fait peu de temps avant la fin de l'exercice, et le même montant ou un montant presque équivalent est emprunté peu de temps après la fin de l'exercice ». Un tel remboursement temporaire ne sera pas considéré comme diminuant le solde des prêts en application du paragraphe 15(2) et de l'alinéa 20(1)j) L.I.R.[68] L'ARC a accepté récemment qu'un actionnaire augmente au cours de l'année le compte « avance à l'actionnaire » chaque année et le diminue par le paiement d'un dividende chaque année également sans que ce soit considéré comme une série de prêts et de remboursements[69]. À moins que l'actionnaire attende la fin du délai d'un an prévu au paragraphe 15(2.6) L.I.R., les remboursements de bonne foi de salaires, de dividendes et d'autres transferts de biens ne seront pas considérés comme faisant partie d'une série de prêts et de remboursements. Les remboursements sont considérés comme s'appliquant d'abord au prêt le plus ancien ou à la dette la plus ancienne en souffrance (méthode du premier entré, premier sorti), à moins que les faits n'indiquent clairement le contraire.

2. L'APPLICATION DU PARAGRAPHE 15(2) L.I.R. AUX NON-RÉSIDENTS

Un non-résident peut être assujetti à l'impôt de la partie I L.I.R. dans les cas où il a été employé au Canada, il a exploité une entreprise au Canada ou

---

67 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 16.

68 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 11, par. 28; voir aussi AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-0267271E5, 16 avril 2009.

69 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2010-0382431E5, 20 janvier 2011.

il a disposé d'un bien canadien imposable conformément au paragraphe 2(3) L.I.R. Pour ses revenus « passifs », tels les intérêts, les dividendes, les loyers et les redevances, le non-résident peut être assujetti à l'impôt de la partie XIII L.I.R. sous forme de retenues à la source prélevées par le payeur.

La toile de fond de l'application du paragraphe 15(2) L.I.R. aux non-résidents est prévue aux paragraphes 15(2.2), 15(7) et à l'alinéa 214(3)a) L.I.R. Selon ces dispositions, sauf dans le cas où le créancier et le débiteur sont tous deux des non-résidents, le paragraphe 15(2) L.I.R. s'appliquera que le créancier ou le débiteur soit un non-résident ou non.

2.1. LES NON-RÉSIDENTS ET LE PARAGRAPHE 15(2) L.I.R.

Le paragraphe 15(7) L.I.R. prévoit expressément que le paragraphe 15(2) L.I.R. s'applique au calcul du revenu, en vertu de la partie I L.I.R., d'un actionnaire, d'une personne ou d'une société de personnes, que la société, le prêteur ou le créancier réside ou non au Canada ou y exploite ou non une entreprise.

Cette situation peut sembler une fiction dans le cas où, par exemple, une société non résidente n'ayant aucune activité au Canada pourrait créer une dette quelconque avec ses actionnaires qui n'aurait aucun effet pour ces derniers à l'étranger, c'est-à-dire sur le territoire où la société réside et exploite son entreprise, mais qui pourrait, en vertu du paragraphe 15(2) L.I.R., créer un revenu imposable au Canada pour ses actionnaires canadiens. Les actionnaires qui subiraient cette imposition ne seraient pas des sociétés canadiennes puisque le paragraphe 15(2) L.I.R. ne s'applique pas à une société résidant au Canada.

L'ARC a d'ailleurs confirmé que dans le cas où une filiale étrangère, qui gagne du revenu d'entreprise dans un pays n'ayant pas conclu de convention fiscale avec le Canada, consent un prêt sans intérêt à sa société mère canadienne plutôt que de lui verser des dividendes, dans l'unique but de rapatrier des fonds au Canada, ni le paragraphe 15(2) L.I.R. ni le paragraphe 80.4(2) L.I.R. ne devraient s'appliquer puisqu'ils prévoient expressément qu'ils ne s'appliquent pas à une société résidant au Canada[70]. Si l'actionnaire est une personne ou une société de personnes autre qu'une société résidant au Canada, le paragraphe 15(2) L.I.R. trouvera application. Le Comité sur la disposition générale antiévitement de l'ARC a déjà étudié ce genre

[70] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2007-0243301C6, 5 octobre 2007.

d'opération qui permet de rapatrier les fonds d'une société étrangère au moyen d'un prêt sans intérêt plutôt qu'au moyen d'un dividende. Il a indiqué que la règle générale antiévitement, prévue au paragraphe 245(2) L.I.R., ne s'appliquait pas à ce genre d'opération[71].

Cependant, dans les propositions législatives concernant les SÉA annoncées par le ministre des Finances du Canada le 19 août 2011[72], de nouvelles règles ont été proposées dans le but de rendre moins attrayants les prêts de SÉA à leurs actionnaires canadiens, consentis pour éviter l'imposition de dividendes imposables.

Ces nouvelles règles sont aux paragraphes 90(4) à 90(10) L.I.R. proposés, qui s'inspirent du paragraphe 15(2) L.I.R. Ils prévoient l'inclusion dans le revenu des contribuables résidant au Canada, du montant des prêts ou des avances provenant des SÉA, sauf si le paragraphe 15(2) L.I.R. s'applique ou que le prêt ou la dette est remboursé dans les deux ans suivant la date où le prêt a été consenti ou la dette contractée. Dans les notes explicatives des modifications relatives aux SÉA, il est indiqué que les règles proposées « ont pour but d'empêcher les contribuables de faire des distributions de dividendes artificielles de sociétés étrangères affiliées »[73].

Le paragraphe 15(2.2) L.I.R., qui constitue une exception à l'application du paragraphe 15(2) L.I.R., mentionne que ce dernier ne s'applique pas aux dettes contractées entre des non-résidents[74].

Si une dette a été créée entre une société canadienne et un non-résident et que cette dette est transférée à une filiale non résidente de la société canadienne, de sorte que la dette se retrouve entre non-résidents, l'ARC considérera qu'il s'agit toujours de la même dette et qu'elle n'a pas été éteinte. Le paragraphe 15(2) L.I.R. sera donc toujours applicable[75]. Cette

---

71 *Id.*

72 CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives concernant les sociétés étrangères affiliées* et *Notes explicatives*, publiées avec le *Communiqué* 2011-070, « Le gouvernement du Canada publie un projet de règles concernant les sociétés étrangères affiliées », Ottawa, 19 août 2011.

73 *Id.*, *Notes explicatives*, p. 14; voir aussi p. 13.

74 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2010-0353141R3, 4 avril 2010 et 2010-0377581R3, 10 octobre 2010.

75 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0081095, 30 août 2001.

position est cohérente avec la position prise par l'ARC[76] selon laquelle, en supposant l'application de l'exception prévue au paragraphe 15(2.4) L.I.R., la cession de la dette par une société à une autre société n'entraînerait pas l'établissement d'une nouvelle dette de sorte que l'exception continuerait de s'appliquer.

Si une SÉA change de statut, c'est-à-dire qu'elle devient non affiliée de sorte que le paragraphe 15(2) L.I.R. pourrait s'appliquer, les conditions d'application de ce paragraphe doivent être analysées au moment du prêt seulement. Le changement de statut n'entraînera pas l'application du paragraphe 15(2) L.I.R.[77] Le contraire devrait être aussi vrai, à savoir que si le paragraphe 15(2) L.I.R. s'applique et que la société devient une SÉA, tant que le prêt n'est pas remboursé, il est raisonnable de croire que le paragraphe 15(2) L.I.R. continuerait de s'appliquer.

L'ARC a indiqué que les opérations comme le transfert d'une dette d'un non-résident à un autre non-résident pour éviter l'application du paragraphe 15(2) L.I.R. pourraient être assujetties à la règle générale antiévitement prévue à l'article 245 L.I.R.[78]

Le spectre du paragraphe 15(2) L.I.R. sera toujours important à analyser lors de l'établissement d'une structure de financement comprenant des non-résidents. Dans une interprétation technique datant de 2004[79], le cas présenté est une société étrangère qui détient une société canadienne (« Canco ») à laquelle elle fait des prêts fréquents à court terme, et qui reçoit, de temps à autre, les liquidités excédentaires de Canco sous forme d'emprunt. Aux états financiers, les emprunts de la société étrangère n'apparaissent pas au bilan de

---

[76] AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 34.

[77] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 178[A], « Loan owed by forwer foreign affiliate », 19 novembre 1990.

[78] AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 75. À l'encontre de certaines structures de financement international, la règle générale antiévitement ainsi que la règle antiévitement prévue au paragraphe 95(6) L.I.R. ont été invoquées par l'ARC. À cet égard, la Cour canadienne de l'impôt a rendu un jugement à l'encontre de la position de l'ARC dans l'affaire *Univar Canada Ltd.* c. *La Reine*, 2005 CCI 723, 2005 D.T.C. 1478 (C.C.I.). L'ARC a modifié sa position depuis quant au paragraphe 95(6) L.I.R. AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 36, 27 juillet 2007. Voir aussi *La Reine* c. *Honeywell Limitée*, 2006 CCI 325; 2006 D.T.C. 3124 (C.C.I.).

[79] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0033915, 17 février 2004.

Canco puisque le tout est compensé par les prêts, et que Canco est un emprunteur net. L'ARC considère que le paragraphe 15(2) L.I.R. s'applique puisqu'il ne requiert que l'existence d'un prêt ou d'une dette, contrairement à certaines autres dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* comme le paragraphe 15(1) L.I.R. où le terme « avantage » (*benefit*) permet d'adopter une approche « nette » en compensant l'avantage par ce que l'actionnaire a payé. Contrairement aux paiements de bonis ou de dividendes qui sont acceptés comme des paiements valides aux fins du paragraphe 15(2.6) L.I.R., la compensation aux états financiers n'éteint pas l'obligation. En conséquence, le paragraphe 15(2) L.I.R. s'applique sur la totalité du prêt ou de la dette de Canco à sa société mère non résidente.

La question de la compensation des comptes payables et recevables est abordée dans le *Bulletin d'interprétation* IT-421R2[80] qui mentionne que, de façon générale, aucune annulation ou compensation d'un compte « payable à » ou « à recevoir de » l'actionnaire ou l'employé n'est considérée ou réputée avoir eu lieu de sorte que soit supprimé le calcul d'un avantage au cours d'une période particulière. C'est seulement lorsque la dette aura réellement été annulée par un paiement ou un rajustement dans les livres comptables que ce montant ne fera plus l'objet du calcul d'un avantage en vertu de l'article 80.4 L.I.R. La Cour d'appel fédérale a indiqué cependant dans l'arrêt *Magicuts Inc*. c. *La Reine*[81] que des inscriptions figurant au bilan constituaient un commencement de preuve de l'entente de la filiale canadienne et de sa société mère non résidente en vue d'opérer compensation entre leurs créances respectives. Selon la Cour, cette preuve était suffisante pour conclure qu'il n'y avait aucune somme due par la société mère non résidente à la filiale, aucun dividende réputé et, partant, aucune obligation de payer de retenues d'impôt en vertu de la partie XIII L.I.R.

2.2. L'IMPÔT DE LA PARTIE XIII L.I.R.

Lorsque l'emprunteur est un non-résident, l'alinéa 214(3)a) L.I.R. répute, pour l'application de la partie XIII L.I.R., que le montant qui serait à inclure dans son revenu en vertu de l'article 15 L.I.R. si la partie I L.I.R. s'appliquait au non-résident, est un dividende. Ce dividende réputé versé par une société résidant au Canada à un non-résident déclenche automatiquement l'application du paragraphe 212(2) L.I.R., c'est-à-dire une retenue d'impôt de 25 % du dividende réputé, laquelle doit être versée au Receveur général par la société résidant au Canada en vertu du paragraphe 215(1) L.I.R.

---

[80] AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 61, par. 14.

[81] 2001 CAF 332; 2001 D.T.C. 5665, par. 9.

Ce montant est réputé être un dividende uniquement aux fins de la partie XIII L.I.R.[82] et ne donne pas droit à un remboursement au titre de dividendes pour la société canadienne prêteuse, mais la retenue de 25 % pourra être réduite selon les taux applicables aux dividendes dans les conventions fiscales conclues par le Canada[83]. Si le prêt est effectué par une société de personnes, l'alinéa 214(3)a) L.I.R. fait en sorte de réputer qu'il s'agit d'un dividende versé par une société aux fins de la partie XIII L.I.R.[84] Cependant, il n'y a rien de prévu dans les conventions fiscales afin de diminuer le taux de retenues d'impôt sur les dividendes lorsque le payeur est une société de personnes.

Si le montant est remboursé dans le délai d'un an suivant l'année d'imposition au cours de laquelle le prêt ou la dette a pris naissance, si bien que, conformément au paragraphe 15(2.6) L.I.R., le paragraphe 15(2) L.I.R. ne s'applique pas, un avantage d'intérêts réputés en fonction du taux prescrit sera toutefois à ajouter dans le calcul du revenu du non-résident en vertu du paragraphe 80.4(2) L.I.R. L'alinéa 214(3)a) L.I.R. répute, par interprétation, que ce montant d'intérêt est un dividende aux fins de la partie XIII L.I.R.[85] En effet, conformément au paragraphe 15(9) L.I.R., la somme à l'égard d'un prêt qui est réputé, en vertu de l'article 80.4 L.I.R., être un avantage reçu par une personne est réputée être un avantage accordé à un actionnaire aux fins du paragraphe 15(1) L.I.R.

2.3. LE PARAGRAPHE 227(6.1) L.I.R.

Dans l'éventualité où l'alinéa 214(3)a) L.I.R. s'applique et répute qu'un dividende a été versé au non-résident, ce dernier pourra se servir du paragraphe 227(6.1) L.I.R. lorsque la dette sera remboursée[86]. Le paragraphe 227(6.1) L.I.R. permet à un actionnaire non résident de demander un remboursement de l'impôt de la partie XIII L.I.R. relativement au

---

82 *Industries P.W.I. Inc.* c. *MRN*, 93 D.T.C. 848 (C.C.I.) et *Florsheim Inc.* c. *La Reine*, 95 D.T.C. 110 (C.C.I.).

83 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9203335, 3 septembre 1992 et 2008-0280041R3, 24 septembre 2008.

84 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9732345, 19 novembre 1999.

85 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-0280041R3, 24 septembre 2008.

86 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0156915, 11 octobre 2002 – Table ronde APFF – Congrès 2002, question 21.

remboursement d'un prêt ou d'une dette dont le montant avait été inclus auparavant dans le calcul de son revenu par l'effet du paragraphe 15(2) et de l'alinéa 214(3)a) L.I.R. Pour obtenir le remboursement d'impôt, l'actionnaire doit présenter une demande écrite au ministre du Revenu national dans les deux ans qui suivent la fin de l'année civile où le remboursement du prêt ou de la dette a été fait et doit démontrer par des événements ultérieurs ou autrement que le remboursement ne s'inscrit pas dans une série de prêts ou d'autres opérations et remboursements.

Pour un non-résident, le revenu tiré d'un bien n'est généralement pas assujetti à l'impôt de la partie I L.I.R., et ce, en vertu de l'article 115 L.I.R. Dans le cas où un particulier reçoit un avantage en vertu du paragraphe 15(2) L.I.R. pour une dette envers une société pendant qu'il est un résident du Canada et qu'au moment du remboursement de la dette, il est un non-résident du Canada, il ne pourra pas utiliser l'alinéa 20(1)j) L.I.R. pour réduire son revenu puisque l'article 115 L.I.R. ne permet pas cette déduction dans le calcul du revenu imposable gagné au Canada étant donné qu'il s'agit d'un revenu de bien.

2.4. LE PARAGRAPHE 17(1) L.I.R.

Le paragraphe 17(1) L.I.R. prévoit l'inclusion d'un montant d'intérêts réputés dans le calcul du revenu d'un créancier résidant au Canada lorsque celui-ci a consenti à un non-résident une créance qui demeure impayée pendant une période de plus d'un an. Le créancier résidant au Canada doit inclure dans son revenu de l'année d'imposition visée un montant équivalant à la différence entre les intérêts calculés au taux prescrit et les intérêts dus par le débiteur non résident. Toutefois, le paragraphe 17(9) L.I.R. indique que le paragraphe 17(1) L.I.R. ne s'applique pas aux sommes dues par un non-résident à une société résidant au Canada si les parties ne sont pas liées, si la dette est survenue dans le cours normal des affaires et si la dette est assujettie à des modalités qui correspondent à ce qui aurait été convenu entre des personnes sans lien de dépendance.

Les paragraphes 17(1) et 15(2) L.I.R. ne peuvent s'appliquer en même temps puisque le paragraphe 17(7) L.I.R. prévoit que le paragraphe 17(1) L.I.R. ne s'applique pas à une somme due par un non-résident dans les cas où l'impôt de la partie XIII L.I.R. a été payé à l'égard de cette somme. Cependant, le paragraphe 17(7) L.I.R. prévoit aussi que, à la suite du remboursement de la dette et conformément au paragraphe 227(6.1) L.I.R., l'impôt de la partie XIII L.I.R. remboursé est réputé ne jamais avoir été payé

par le non-résident. Par conséquent, l'ARC appliquera le paragraphe 17(1) L.I.R. à partir du moment où la dette a été initialement contractée[87]. Dans la mesure où la dette a été contractée il y a plusieurs années, les intérêts et les pénalités y afférents peuvent être élevés. L'ARC a indiqué qu'elle n'établira pas de cotisation à l'égard de la société prêteuse en vertu du paragraphe 17(1) L.I.R. lorsque le remboursement a lieu à un moment postérieur à la période normale de nouvelle cotisation.

Au Congrès 2007 de l'APFF[88], l'ARC a mentionné que dans le cas où une filiale canadienne consent un prêt sans intérêt pour un terme de 13 mois à sa société mère étrangère, le paragraphe 15(2) L.I.R. ne s'appliquera pas mais l'impôt de la partie XIII L.I.R. s'appliquerait par l'effet du paragraphe 80.4(2) L.I.R. De plus, le paragraphe 17(1) L.I.R. s'appliquerait pour réputer un intérêt à la société canadienne puisque le prêt demeure impayé pendant plus d'un an. La société canadienne sera réputée avoir reçu des intérêts au taux prescrit sur le prêt. Le paragraphe 17(7) L.I.R. ne pourrait pas s'appliquer puisque l'impôt de la partie XIII L.I.R. est sur un avantage d'intérêts réputé reçu étant donné que le prêt est sans intérêt[89].

Une interprétation récente de l'ARC mentionne que lorsqu'une société résidant au Canada réduit le capital versé (« CV ») des actions de son seul actionnaire qui est une société non résidente, et que le calcul du CV est révisé à la baisse, le paragraphe 84(4) L.I.R. répute le versement d'un dividende, lequel est assujetti aux retenues de l'impôt de la partie XIII L.I.R. Cependant, s'il s'agit d'une erreur honnête, la position administrative de l'ARC est de traiter l'excédent comme un prêt sans intérêt à la société non résidente en vertu du paragraphe 15(2) L.I.R., ce qui permet le remboursement de l'impôt de la partie XIII L.I.R. si l'excédent est remboursé par la société non résidente. L'ARC ajoute cependant qu'elle appliquera le paragraphe 17(1) L.I.R. pour inclure un montant correspondant au taux d'intérêt prescrit sur le montant de la dette dans le revenu de la société canadienne[90].

---

87 Par. 17(7) L.I.R.; CANADA, ministère des Finances, *Notes explicatives révisées concernant l'impôt sur le revenu*, mars 1999, p. 19; AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0107145, 26 novembre 2001.

88 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 70; « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 50:1-100, question 40., aux pages 50:95-96.

89 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 87.

90 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-026618I7, 28 février 2008.

3. L'APPLICATION DU PARAGRAPHE 15(2) L.I.R. AUX SOCIÉTÉS DE PERSONNES

3.1. LES PARAGRAPHES 15(2) ET 15(2.1) L.I.R.

Tel qu'il a été indiqué précédemment, les dispositions prévues au paragraphe 15(2) L.I.R. font en sorte que non seulement les personnes, mais également les sociétés de personnes, qui obtiennent un prêt ou contractent une dette auprès d'une société canadienne donnée peuvent y être assujetties. De plus, si le créancier n'est pas la société donnée mais plutôt une société de personnes dont la société donnée est membre, l'emprunteur ou le débiteur pourra également être assujetti au paragraphe 15(2) L.I.R.

Jusqu'ici, il existait une certaine incertitude quant à l'application du paragraphe 15(2.1) L.I.R. aux sociétés de personnes. En effet, nous pouvions nous demander si le paragraphe 15(2) L.I.R. pouvait s'appliquer à un prêt consenti à une société de personnes dont les membres sont également actionnaires d'une société, étant donné la définition de l'expression « personne rattachée à un actionnaire d'une société » au paragraphe 15(2.1) L.I.R.

Le libellé actuel du paragraphe 15(2.1) L.I.R. précise qu'une personne est rattachée à un actionnaire d'une société donnée, aux fins du paragraphe 15(2) L.I.R., si elle a un lien de dépendance[91] avec l'actionnaire en question. Il exclut expressément de la notion de « personne rattachée » toute SÉA de la société donnée et toute SÉA d'une personne résidant au Canada avec laquelle la société donnée a un lien de dépendance.

Comme nous pouvons le constater, contrairement au paragraphe 15(2) L.I.R., il n'y a actuellement aucune mention de société de personnes au paragraphe 15(2.1) L.I.R. Toutefois, dans le cadre des modifications techniques proposées qui ont été rendues publiques par le gouvernement du Canada le 31 octobre 2011 aux fins de consultations, il est proposé que le paragraphe 15(2.1) L.I.R. précise qu'une société de personnes peut être

---

[91] La question de savoir si une personne a un lien de dépendance avec un actionnaire d'une société est une question de fait. Dans AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-419R2, « Sens de l'expression "sans lien de dépendance" », 10 juin 2004, on expose les critères utilisés pour déterminer si des personnes ont ou non un lien de dépendance entre elles.

rattachée à un actionnaire d'une société donnée si elle a un lien de dépendance avec l'actionnaire ou lui est affiliée[92].

3.2. L'AFFAIRE *GILLETTE CANADA INC. C. LA REINE*[93] ET LA POSITION DE L'ARC

La position de longue date de l'ARC est qu'une société de personnes peut être une **personne rattachée** aux fins du paragraphe 15(2) L.I.R.[94] Selon l'ARC, il n'est pas nécessaire que le paragraphe 15(2.1) L.I.R. en fasse la mention.

Cependant, dans l'affaire *Gillette*, la Cour canadienne de l'impôt a indiqué ce qui suit :

> « Comme le paragraphe 15(2) établit clairement une distinction entre une personne et une société [de personnes] et que le paragraphe 15(2.1) définit le moment où une personne est rattachée aux fins du paragraphe 15(2), il s'ensuit qu'il est impossible de se fonder sur le paragraphe 96(1) pour qu'une société de personnes soit réputée être une personne aux fins des paragraphes 15(2) ou 15(2.1). Par conséquent, le paragraphe 15(2.1) ne s'applique pas à une société [de personnes] puisque la disposition ne fait référence qu'à une personne[95]. » (Notre soulignement)

L'ARC n'a pas eu gain de cause devant la Cour canadienne de l'impôt qui a jugé que si une personne pouvait être rattachée à un actionnaire d'une société aux termes du paragraphe 15(2.1) L.I.R., il n'en était pas de même pour une société de personnes. La Cour d'appel fédérale[96], tout en donnant raison au contribuable pour d'autres motifs, n'a pas jugé nécessaire de se prononcer sur l'interprétation du paragraphe 15(2.1) L.I.R. quant aux sociétés de personnes.

---

92 CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives relatives à l'impôt sur le revenu* et *Notes explicatives*, p. 12-13, jointes au *Communiqué* 2011-108, « Le gouvernement du Canada rend publiques, aux fins de consultations, des modifications techniques concernant l'impôt sur le revenu et la taxe de vente », 31 octobre 2011.

93 [2001] 4 C.T.C. 2884; version française du jugement sur le site de la Cour canadienne de l'impôt (« *Gillette* »).

94 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9610685, 18 novembre 1998.

95 *Gillette*, précité, note 93, par. 52.

96 *La Reine* c. *Gillette*, 2003 CAF 22, par. 15.

L'ARC a indiqué dans des interprétations techniques subséquentes qu'elle était en désaccord avec la position prise par la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Gillette*. Selon l'ARC, les paragraphes 15(2) et 15(2.1) L.I.R. pourraient être applicables à certaines situations impliquant des sociétés de personnes et cette position est en accord avec la politique fiscale sous-jacente à ces paragraphes[97]. Tout récemment, dans une interprétation technique de 2011[98], l'ARC a indiqué qu'elle maintenait toujours sa position sur cette question.

4. L'APPLICATION DU PARAGRAPHE 15(2) L.I.R. AUX FIDUCIES

4.1. LES PARAGRAPHES 15(2) ET 15(2.1) L.I.R.

Au Congrès 2004 de l'APFF[99], une question a été posée sur une structure comportant une fiducie. M^me^ A est l'unique actionnaire de Holdco (société de gestion) qui détient en totalité Opco (société opérante). Holdco est également l'unique bénéficiaire d'une fiducie dont M^me^ A et son conjoint sont fiduciaires. Si la fiducie obtient un prêt d'Opco, est-ce que le paragraphe 15(2) L.I.R. s'applique? La réponse est « oui » puisque la fiducie est rattachée à l'actionnaire selon le paragraphe 15(2.1) L.I.R., étant donné le lien de dépendance[100] qu'elle a avec Opco. La fiducie, étant une personne et réputée être un particulier, devra inclure le montant du prêt dans le calcul de son revenu en vertu du paragraphe 15(2) L.I.R.

4.2. LE PARAGRAPHE 15(2.5) L.I.R.

Le paragraphe 15(2.5) L.I.R. prévoit une autre exception aux dispositions énoncées au paragraphe 15(2) L.I.R. En effet, le prêt qu'une société privée consent à une fiducie ou la dette qu'une fiducie contracte auprès d'une société privée n'aura pas à être inclus dans le revenu de la fiducie si la société est à la fois l'auteur et l'unique bénéficiaire de la fiducie

---

97 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2003-0045851E5, 30 avril 2004 et 2004-0088411C6, 8 octobre 2004.

98 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2011-039792117, 7 juin 2011.

99 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0086931C6, 8 octobre 2004; « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 50:11-78, question 1.5., aux pages 50:18-21.

100 Al. 251(1)b) L.I.R.

et si la seule raison d'être de la fiducie est de faciliter l'achat et la vente des actions de la société ou d'une société liée à celle-ci, auprès des employés de la société ou de la société liée. L'achat et la vente des actions doivent cependant se faire à la JVM au moment de l'opération. De plus, au moment où le prêt est consenti ou la dette contractée, des arrangements doivent avoir été conclus de bonne foi en vue du remboursement du prêt ou de la dette dans un délai raisonnable.

CONCLUSION

Le paragraphe 15(2) est une disposition fondamentale de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il décourage les opérations qui permettent aux actionnaires d'une société de recevoir, directement ou indirectement, des fonds exempts d'impôt par le biais de prêts ou de dettes de la société dont ils deviennent débiteurs.

Les situations où le paragraphe 15(2) L.I.R. peut s'appliquer sont très nombreuses et touchent autant les particuliers et les sociétés que les sociétés de personnes, les non-résidents et les fiducies.

Afin d'éviter des conséquences fâcheuses, il est important de bien connaître l'ensemble des règles qui découlent de l'application du paragraphe 15(2) L.I.R.

COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL



Valérie Ménard
CA, LL.M. fisc.
Directrice, fiscalité
Hardy, Normand & Associés, s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 4:3

1. BREF RAPPEL DU FONCTIONNEMENT DU COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL 4:3

1.1. PRINCIPE D'INTÉGRATION 4:3
1.2. CONDITIONS PERMETTANT LE CHOIX EN VERTU DU PARAGRAPHE 83(2) L.I.R. 4:4
1.2.1. Sociétés admissibles 4:5
1.2.2. Dividendes admissibles 4:5
1.2.3. Modalités du choix en vertu du paragraphe 83(2) L.I.R. 4:8
1.3. ÉTABLISSEMENT DU SOLDE DU COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL 4:9

2. DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS AU SUJET DU CALCUL DU COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL 4:11

2.1. COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL DE LA SOCIÉTÉ BÉNÉFICIAIRE D'UNE FIDUCIE 4:11
2.2. DISPOSITION D'UNE IMMOBILISATION ADMISSIBLE ET CALCUL DU COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL 4:13
2.3. DIVIDENDE ENREGISTRÉ PAR ÉCRITURE COMPTABLE : LA SOMME EST-ELLE REÇUE? 4:15
2.4. ET SI LA CONTREPARTIE PRÉVUE EST UN BILLET À DEMANDE? 4:16
2.5. EFFET DES CLAUSES D'INDEXATION SUR LES BÉNÉFICES FUTURS 4:17
2.6. CALCUL DU COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL À LA SUITE DE LA RÉCEPTION DU PRODUIT D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE 4:20
2.7. MODALITÉS DE FINANCEMENT, PRODUIT NET D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE ET COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL 4:22

3. IMPÔT DE LA PARTIE III L.I.R. SUR LES CHOIX EXCÉDENTAIRES 4:25

3.1. IMPÔT PUNITIF DU PARAGRAPHE 184(2) L.I.R. ET CHOIX EN VERTU DU PARAGRAPHE 184(3) L.I.R. 4:25
3.2. RECTIFICATIONS AU COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL SUSCEPTIBLES D'ENTRAÎNER UN DIVIDENDE EXCÉDENTAIRE 4:27
3.3. NÉCESSITÉ POUR TOUS LES ACTIONNAIRES D'ACQUIESCER AU CHOIX PRÉVU AU PARAGRAPHE 184(3) L.I.R. 4:28
3.4. OPPOSITION À UN AVIS DE NOUVELLE COTISATION EN VERTU DE L'IMPÔT DE LA PARTIE III L.I.R. 4:28
3.5. OPPOSITIONS ET DÉLAIS POUR FAIRE LE CHOIX PRÉVU AU PARAGRAPHE 184(3) L.I.R. 4:30
3.6. ANNULATION D'UN DIVIDENDE EN CAPITAL EXCÉDENTAIRE 4:32
3.7. RECTIFICATIONS AU COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL ET PRESCRIPTION 4:33

CONCLUSION 4:34

INTRODUCTION

Étant donné qu'il sert à enregistrer les surplus libres d'impôt qu'une société privée accumule et surtout qu'il permet de les distribuer comme dividendes en capital libres d'impôt aux actionnaires de la société qui sont des résidents canadiens, on peut facilement imaginer l'intérêt que soulève le compte de dividendes en capital (« CDC »).

Ce qui rend les concepts de CDC et de dividende en capital si complexes, ce sont les nombreuses interprétations techniques et positions administratives prises au fil des ans. Ajoutons à cela les nombreuses précautions nécessaires pour éviter les pénalités pour choix tardifs et l'impôt punitif applicable à la société en cas de choix excédentaire et on comprend pourquoi ce sujet fait couler autant d'encre[1].

Le présent texte rappelle les grandes lignes concernant ces concepts, mais il est surtout une mise à jour des développements survenus au cours des cinq dernières années au regard du calcul du CDC afin d'éviter d'effectuer un choix excédentaire susceptible d'engendrer l'impôt de la partie III de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[2]. Et, puisque cette situation peut survenir malgré toutes les précautions prises, il sera aussi question des effets de ce choix excédentaire et des mesures à prendre à cet égard.

1. BREF RAPPEL DU FONCTIONNEMENT DU COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL

1.1. PRINCIPE D'INTÉGRATION

La logique qui sous-tend les concepts de dividende en capital et de CDC est très simple : il s'agit du principe d'intégration. Comme le rappelait l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») dans une interprétation technique récente :

> « Le système d'imposition canadien est largement fondé sur le principe d'intégration. En effet, le législateur s'efforce de structurer la Loi de façon à ce que le fardeau fiscal supporté par une personne soit identique, quelle que soit la structure utilisée pour le gagner. Ainsi que le revenu soit gagné directement par

---

1 Voir, entre autres, Marjolaine NAUD, « Démystifier le compte de dividendes en capital afin d'en optimiser l'utilisation », (2006), vol. 27, n° 2 *Revue de planification fiscale et successorale* 273-326.

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

> un particulier ou qu'il le soit via une société et ensuite redistribué sous forme de dividende aux actionnaires, il ne devrait en résulter aucun avantage ou inconvénient relativement au taux d'impôt payé[3]. »

Le CDC constitue un des concepts fondamentaux de cet équilibre recherché par la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La société qui gagne des revenus qui ne sont pas imposables, en totalité ou en partie, doit pouvoir les rendre à ses actionnaires sans impôt si ces revenus ne devaient pas être imposables pour eux non plus. Sinon, les actionnaires auraient intérêt à détenir personnellement certains biens de la société et le principe d'intégration ne serait pas respecté. Cette logique est très bien résumée par l'ARC :

> « Le compte de dividendes en capital s'inscrit donc dans le mécanisme permettant d'intégrer l'impôt sur le revenu des sociétés privées et des actionnaires de ces sociétés; il vise à préserver le caractère des rentrées non imposables (telles que le produit de certaines polices d'assurance-vie) d'une société dans les mains de ses actionnaires[4]. »

1.2. CONDITIONS PERMETTANT LE CHOIX EN VERTU DU PARAGRAPHE 83(2) L.I.R.

Le versement d'un dividende en capital par une société privée en faveur de ses actionnaires s'effectue au moyen d'un choix prévu au paragraphe 83(2) L.I.R. et à l'article 502 de la *Loi sur les impôts* du Québec[5]. Le paragraphe 83(2) L.I.R. prévoit ce qui suit :

> « (2) Lorsque, à un moment donné après 1971, un dividende devient payable par une société privée aux actionnaires d'une catégorie quelconque d'actions de son capital-actions et que la société fait un choix relativement au montant total du dividende, selon les modalités et le formulaire réglementaires, au plus tard au premier en date du moment donné et du premier jour où une partie du dividende a été payée, les règles suivantes s'appliquent :
>
> a) le dividende est réputé être un dividende en capital jusqu'à concurrence du montant du compte de dividendes en capital de la société immédiatement avant le moment donné;

---

[3] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2011-0395121E5, 9 mars 2011.

[4] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-430R3 (consolidé), « 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.

[5] L.R.Q., c. I-3 et mod. (« L.I. »).

b) aucune partie du dividende n'est incluse dans le calcul du revenu des actionnaires de la société. »

1.2.1. Sociétés admissibles

À la lecture même du paragraphe 83(2) L.I.R., on remarque qu'il s'agit d'un choix en vertu duquel plusieurs précautions seront nécessaires. D'abord, la société doit être une société privée. Selon la définition de « société privée » au paragraphe 89(1) L.I.R., il s'agit d'une société qui réside au Canada et qui n'est pas une société publique ou une société contrôlée par une ou plusieurs sociétés publiques. Il appert donc qu'une société privée contrôlée par des non-résidents pourrait faire le choix prévu au paragraphe 83(2) L.I.R., mais il ne serait fait qu'en présence d'actionnaires qui sont des résidents canadiens. Puisqu'un actionnaire non résident est assujetti à l'impôt de la partie XIII L.I.R. sur les dividendes qu'il reçoit à même le CDC de la société[6], ces dividendes n'ont pour lui aucun attrait particulier.

1.2.2. Dividendes admissibles

Le libellé du paragraphe 83(2) L.I.R. précise qu'un dividende admissible est un dividende devenu payable à un moment donné après 1971, aux actionnaires d'une catégorie quelconque d'actions du capital-actions de la société, lorsque celle-ci a fait un choix relativement au montant total du dividende.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne donne aucune définition précise du terme « dividende ». La définition prévue au paragraphe 248(1) L.I.R. indique seulement que le terme « dividende » comprend les dividendes en actions. Il convient alors de se référer au sens usuel du terme. Selon l'ARC :

> « […] toute distribution proportionnelle de revenu ou de gains en capital d'une corporation à ses actionnaires peut être considérée comme un versement de dividendes, à moins que la corporation ne puisse démontrer qu'il s'agit d'un autre genre de paiement. Le fait qu'une telle répartition ne puisse être appelée un versement de dividendes ne change rien à la nature de celle-ci[7]. »

---

6 En vertu de l'alinéa 212(2)b) L.I.R., une retenue à la source de 25 % sera effectuée sur les dividendes en capital reçus par des non-résidents. L'impôt de la partie XIII L.I.R. pourrait toutefois être réduit par l'effet d'une convention fiscale.

7 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-67R3, « Dividendes imposables reçus de corporations résidant au Canada », 15 mai 1992, par. 2.

Le choix prévu au paragraphe 83(2) L.I.R. peut être effectué à l'égard de dividendes en espèces, en nature ou en actions, mais également à l'égard des autres distributions que la *Loi de l'impôt sur le revenu* répute être des dividendes.

Ce dividende doit également être devenu payable aux actionnaires d'une catégorie quelconque du capital-actions et à cet égard, le paragraphe 84(7) L.I.R.[8] prévoit ce qui suit : « (7) Le dividende qui est réputé par le présent article ou par les articles 84.1, 128.1 ou 212.1 avoir été versé à un moment donné est réputé, pour l'application de la présente sous-section et des articles 131 et 133, être devenu payable à ce moment. »

Tous les dividendes réputés versés peuvent donc d'emblée faire l'objet du choix du paragraphe 83(2) L.I.R., sauf s'ils le sont par l'application de l'article 84.1 L.I.R. En 2006, l'auteure Marjolaine Naud expliquait que :

> « […] le libellé actuel de l'alinéa 84.1(1)b) L.I.R. ne mentionne pas que le dividende réputé versé par la société est réputé avoir été versé sur une catégorie d'actions de son capital-actions. De plus, l'article 84.1 L.I.R. ne comprend aucune présomption selon laquelle le bénéficiaire du dividende réputé soit réputé être un actionnaire détenant des actions de la société payeuse tel que l'exige le libellé du paragraphe 83(2) L.I.R., rendant ainsi impossible le choix de ce paragraphe relativement à ce dividende réputé[9]. »

Depuis, l'ARC s'est dite d'avis que le choix prévu au paragraphe 83(2) L.I.R. pouvait être exercé si le dividende réputé versé en vertu de l'article 84.1 L.I.R. devenait payable par une société privée à un actionnaire détenant déjà des actions d'une catégorie quelconque du capital-actions de la société qui est réputée avoir versé le dividende[10]. Tous les dividendes réputés versés en vertu de l'article 84.1 L.I.R. ne sont pas visés puisqu'il faudra d'abord s'assurer que l'actionnaire ayant disposé de ses actions détenait auparavant

---

8 Pour les dividendes réputés avoir été versés après le 23 février 1998, il est proposé de modifier le paragraphe 84(7) L.I.R. de façon à remplacer le renvoi au paragraphe 84(7) L.I.R. par un renvoi à l'article 84 L.I.R. Cette modification, annoncée le 5 novembre 2010 lors des *Propositions législatives concernant l'impôt sur le revenu*, n'a pas été reprise dans l'avis de motion du 6 juin 2011. Par contre, l'engagement du gouvernement d'aller de l'avant notamment avec les propositions législatives du 5 novembre 2010 est indiqué dans les renseignements supplémentaires du Plan budgétaire du 6 juin 2011 (Annexe 3, p. 364).

9 M. NAUD, précité, note 1.

10 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2006-0183851E5, 30 mai 2007.

des actions de la société acheteuse même si ces dernières ne comportaient pas de droit de participation par ailleurs.

Dans la situation soumise à l'ARC, M. X détenait des actions privilégiées d'Opco 1 et des actions avec droit de vote mais sans droit de participation d'Opco 2. Dans les deux cas, les autres actions étaient détenues par des personnes liées à M. X. M. X a transféré ses actions privilégiées d'Opco 1 dont la valeur de rachat était de 5 M$, mais dont le capital versé et le prix de base rajusté (« PBR ») étaient nuls à Opco 2 en contrepartie d'un billet d'une somme de 5 M$. Ce transfert est assujetti à l'application de l'article 84.1 L.I.R. et selon l'alinéa 84.1(1)b) L.I.R., un dividende de 5 M$ est réputé avoir été versé par Opco 2 à M. X et reçu par celui-ci[11]. Le choix du paragraphe 83(2) L.I.R. a été permis puisque M. X détenait par ailleurs des actions avec droit de vote mais sans droit de participation d'Opco 2, qui est la société réputée avoir versé le dividende réputé en vertu de l'article 84.1 L.I.R.

Une présomption selon laquelle le bénéficiaire du dividende est réputé être un actionnaire détenant des actions de la société payeuse était pourtant prévue au libellé initial[12] de l'article 84.1 L.I.R., comme le rappelait l'ARC dans une interprétation technique de septembre 2002 :

> « À cette époque, la portée de l'article 84.1 et des paragraphes 83(2) et 84(7) de la Loi était à peu près semblable à celle d'aujourd'hui, à la différence que le sous-alinéa 84.1(1)c)(iii) de la Loi prévoyait ce qui suit :
>
> ART. 84.1 Montants considérés comme dividendes en cas de remboursement d'une dette
>
> Lorsque, à toute date avant une date donnée et après le 18 novembre 1974, une corporation a contracté une dette en contrepartie de l'achat d'actions du capital-actions d'une deuxième corporation […] les règles suivantes s'appliquent :
>
> […]
>
> c) lorsque la corporation, à la date donnée, fait un paiement à valoir sur cette créance ou toute autre créance qui la remplace

---

11 *Id.*

12 Le paragraphe 84.1(1) L.I.R. a été introduit aux Statuts du Canada de 1974-75-76, chap. 26, par. 47(1), applicable à l'égard de paiements effectués après le 18 novembre 1974.

(i) un dividende est réputé avoir été versé […]

(ii) un dividende est réputé avoir été reçu […]

(iii) l'article 83 (à l'exception de l'alinéa 83(1)d)) s'applique au dividende visé au sous-alinéa (i) comme si les personnes visées au sous-alinéa (ii) étaient des actionnaires détenant des actions d'une catégorie du capital-actions de la corporation […][13]. »

À cette même occasion, l'ARC mentionnait qu'il serait logique, en vertu de la politique fiscale, de permettre qu'un dividende réputé en vertu de l'article 84.1 L.I.R. soit admissible à un choix en vertu du paragraphe 83(2) L.I.R. et qu'elle informerait le ministère des Finances du problème soulevé. Près de 10 ans plus tard, alors que le ministère des Finances n'a pas encore apporté de mesures correctives à cet égard, nous nous sommes adressés à l'ARC afin de vérifier si elle entend maintenant adopter une position administrative permissive relativement à cette situation. La demande d'interprétation technique a été soumise en juillet 2011 et est toujours en analyse.

1.2.3. Modalités du choix en vertu du paragraphe 83(2) L.I.R.

Plusieurs précautions doivent être prises au moment de la désignation d'un dividende à même le CDC. D'abord, rappelons que la société doit faire ce choix relativement au montant total du dividende. Lors d'un rachat d'actions, la société devra déterminer de façon très précise le nombre d'actions qui seront rachetées afin de ne pas engendrer un dividende réputé qui excède le solde de son CDC. Au contraire, si la société souhaite distribuer plus que le montant du solde du CDC, il sera nécessaire de procéder à plus d'un rachat d'actions afin de déclencher des dividendes distincts qui feront ou non l'objet du choix. Bien que le choix doive viser le montant total du dividende, il n'est pas nécessaire que le dividende du CDC soit payé en un seul versement.

Un choix validement produit est effectué au moyen du Formulaire T2054, « Choix concernant un dividende en capital en vertu du paragraphe 83(2) L.I.R. », dûment rempli. Doivent y être joints, une copie certifiée de la résolution des administrateurs ou de l'attestation des personnes légalement habilitées à administrer les affaires de la société, autorisant le choix ainsi que

[13] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0128955, 26 septembre 2002.

les tableaux illustrant le calcul du CDC de la société immédiatement avant le choix. Rappelons que tous ces documents doivent également être joints à chacune des deux copies du Formulaire CO-502 prévu au Québec. Il sera également nécessaire de joindre au Formulaire CO-502 une copie du Formulaire fédéral T2054 ainsi qu'une confirmation signée par les administrateurs de la société, attestant que cette dernière a fait un choix semblable au fédéral pour ce même dividende.

Le paragraphe 83(2) L.I.R. précise que le choix doit être produit au plus tard au premier en date du moment où le dividende devient payable ou du premier jour où une partie du dividende a été payée. Quant au moment où le dividende devient payable, s'il s'agit d'un dividende réputé, cela correspond au moment où le dividende est réputé avoir été versé en vertu du paragraphe 84(7) L.I.R. Dans les autres cas, il s'agit de la date figurant dans la résolution des administrateurs autorisant la déclaration du dividende, même si la date de paiement du dividende est ultérieure.

Un choix tardif peut également être produit en vertu du paragraphe 83(3) L.I.R. et fera en sorte que le choix en vertu du paragraphe 83(2) L.I.R. sera réputé avoir été effectué en temps opportun. Il doit être approuvé par les administrateurs et est assujetti à une pénalité calculée selon le paragraphe 83(4) L.I.R. Cette pénalité correspond au moindre de 1/12 de 1 % du montant du dividende ou de 41,67 $ multiplié par le nombre de mois ou de parties de mois compris entre la date limite de production du choix et la date de production effective et elle est payable au moment du choix.

1.3. ÉTABLISSEMENT DU SOLDE DU COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL

La définition du CDC est prévue au paragraphe 89(1) L.I.R.[14] Comme il a été mentionné précédemment, ce compte est conçu afin de permettre à une société privée d'accumuler, pendant une période donnée, les revenus gagnés qui ne sont pas imposables. Chaque catégorie de revenus fait l'objet d'un alinéa distinct et ne peut présenter un solde négatif. Le solde du CDC sera lui-même toujours positif ou nul. Le tableau qui suit présente sommairement les éléments qui composent le CDC.

---

[14] Au Québec, le paragraphe 570b) L.I. et l'article 570R2 du *Règlement sur les impôts*, R.R.Q., 1981, c. I-3, r.1 et mod., renvoient à la *Loi de l'impôt sur le revenu* fédérale afin de déterminer le montant du CDC.

Alinéa a)	Parties non imposables des gains en capital réalisés par la société au cours de la période de calcul, nets des portions non déductibles des pertes en capital subies au cours de cette période.
Alinéa b)	Dividendes en capital reçus par la société.
Alinéas c), c.1) et c.2)	Parties non imposables des revenus découlant de la disposition d'immobilisations admissibles.
Alinéas d) et e)	Produits de polices d'assurance vie reçus à la suite du décès d'actionnaires, déduction faite du coût de base rajusté (« CBR ») de ces polices.
Alinéa f)	Parties non imposables des gains en capital **nets** distribués à la société par une fiducie dont elle est bénéficiaire.
Alinéa g)	Dividendes en capital distribués à la société par une fiducie dont elle est bénéficiaire.

Quant à la période de calcul, elle commence au début de la première année d'imposition de la société s'étant terminée après 1971 et ayant commencé après le moment où elle est devenue pour la dernière fois une société privée, et se termine immédiatement avant le moment donné du calcul. Ainsi, le caractère cumulatif du CDC fait en sorte que les éléments qui l'auraient rendu négatif continuent d'en faire partie et d'altérer le solde de l'alinéa auquel ils appartiennent.

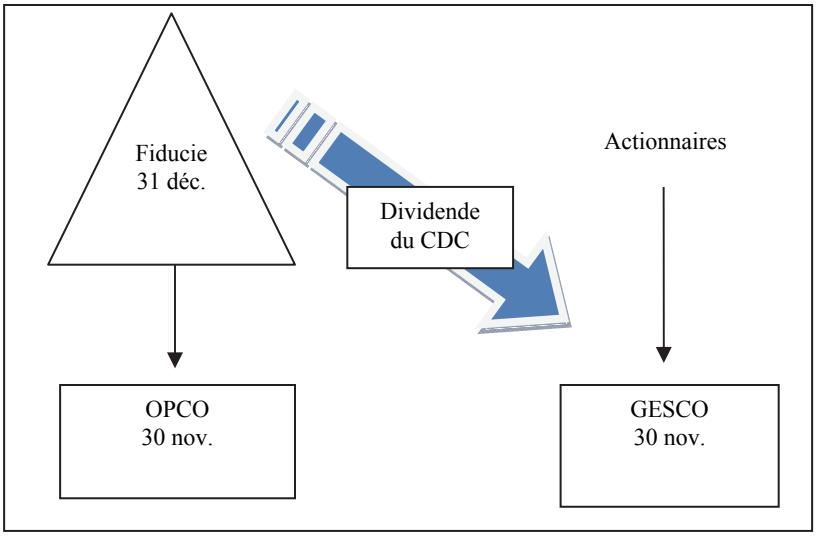
Plusieurs des questions posées aux autorités fiscales au cours des dernières années visaient à préciser le calcul du CDC dans le but d'éviter le versement de dividendes excédentaires. Très souvent, ce ne sont pas les montants à ajouter au CDC qui causent des maux de tête aux professionnels, mais bien le moment de ces ajouts. L'ajout précipité et le versement trop hâtif d'un dividende du CDC peuvent entraîner l'application de l'impôt de la partie III L.I.R. sur les choix excédentaires et c'est ce risque que les professionnels semblent vouloir circonscrire le plus souvent.

2. DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS AU SUJET DU CALCUL DU COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL

2.1. COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL DE LA SOCIÉTÉ BÉNÉFICIAIRE D'UNE FIDUCIE

À l'occasion de la Table ronde 2010 de la Society of Trust and Estate Practitioners[15], l'ARC a été appelée à commenter le moment de l'ajout d'un dividende en capital reçu par une société bénéficiaire d'une fiducie à son propre CDC. Lorsque la société bénéficiaire souhaite à son tour déclarer rapidement un dividende de son CDC au bénéfice de ses actionnaires, il s'agit d'une question importante.

Imaginons que la société Opco, dont la fin d'année d'imposition est le 30 novembre 2011, déclare et verse, en octobre 2011, un dividende de son CDC sur ses actions ordinaires détenues par une fiducie familiale discrétionnaire. Le même jour, la fiducie familiale distribue cette somme à l'un de ses bénéficiaires, à savoir la société Gesco dont la fin d'année d'imposition est également le 30 novembre 2011. L'organigramme présenté au tableau suivant illustre la structure de ce groupe.



[15] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2010-0363191C6, 8 juin 2010.

L'alinéa g) de la définition de « compte de dividendes en capital » au paragraphe 89(1) L.I.R. prévoit que la société bénéficiaire d'un dividende du CDC peut ajouter à son propre compte :

> « […] g) le total des montants représentant chacun un montant relatif à une attribution qu'une fiducie a effectuée en faveur de la société au cours de la période au titre d'un dividende (sauf un dividende imposable) qui a été versé à la fiducie au cours d'une année d'imposition de celle-ci tout au long de laquelle elle a résidé au Canada, sur une action du capital-actions d'une autre société résidant au Canada, et dont le montant est égal au moins élevé des montants suivants :
>
> (i) le montant de l'attribution,
>
> (ii) le montant que la fiducie a attribué à la société en application du paragraphe 104(20) au titre du dividende, […] » (Notre soulignement)

Le montant reçu par Gesco lui sera donc attribué par la fiducie familiale en vertu du paragraphe 104(20) L.I.R. qui prévoit ce qui suit :

> « (20) Pour l'application de la subdivision 53(2)h)(i.1)(B)(II), des alinéas 107(1)c) et *d*) et des paragraphes 112(3.1), (3.2), (3.31) et (4.2), une fiducie doit attribuer à un bénéficiaire, dans sa déclaration de revenu produite pour une année d'imposition tout au long de laquelle elle a résidé au Canada, la fraction du total des montants représentant chacun un dividende, sauf un dividende imposable, qui lui a été versé au cours de l'année sur une action du capital-actions d'une société qui réside au Canada, s'il est raisonnable de considérer que cette fraction – compte tenu des circonstances, y compris les modalités de l'acte de fiducie – fait partie d'une somme qui est devenue payable au bénéficiaire au cours de l'année dans le cadre de la fiducie. » (Notre soulignement)

De l'avis de l'ARC, il est impossible de conclure que la fiducie a été résidente du Canada tout au long de son année d'imposition avant la fin de cette période. Cela reporterait donc l'attribution en vertu du paragraphe 104(20) L.I.R. et l'ajout du montant au CDC de la société bénéficiaire, jusqu'au dernier moment de l'année d'imposition de la fiducie, soit le 31 décembre s'il s'agit d'une fiducie entre vifs[16].

Soulignons également que des distributions doivent avoir été effectuées et que si les montants sont simplement attribués à la société sans être réellement payés, aucune rectification à son CDC ne peut être effectuée.

---

[16] En vertu de l'alinéa 249(1)b) L.I.R. et de l'alinéa b) de la définition d'« année d'imposition » prévue au paragraphe 1 L.I.

Cette constatation est importante puisque la société bénéficiaire pourrait encaisser des liquidités d'un montant équivalant au dividende en capital au cours d'une année d'imposition, mais voir son propre CDC n'être majoré qu'au cours de son année d'imposition suivante. Distribuer aux actionnaires de Gesco les sommes reçues de la fiducie et produire dès le 30 novembre 2011 le choix en vertu du paragraphe 83(2) L.I.R. entraînerait donc l'application de l'impôt de la partie III L.I.R. sur des dividendes excédentaires si la société Gesco n'avait pas par ailleurs un solde suffisant à son CDC. Avant le 31 décembre 2011, Gesco ne devrait consentir que des avances à ses actionnaires[17].

2.2. DISPOSITION D'UNE IMMOBILISATION ADMISSIBLE ET CALCUL DU COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL

Un choix excédentaire peut également découler du versement précipité d'un dividende du CDC à la suite de la disposition d'une immobilisation admissible. Rappelons que l'interaction de l'alinéa 83(2)a) L.I.R. et du sous-alinéa c.2)(i) de la définition de « compte de dividendes en capital » au paragraphe 89(1) L.I.R. rendent impossible le versement du dividende en capital au cours de l'année d'imposition où la disposition d'une immobilisation admissible est survenue. Le sous-alinéa 89(1)c.2)(i) L.I.R. prévoit l'ajout au CDC de la partie non imposable des revenus découlant de la vente d'immobilisations admissibles pour une année d'imposition se terminant après le 17 octobre 2000. La partie imposable des revenus découlant d'une telle vente est incluse dans le calcul du revenu en vertu de l'alinéa 14(1)b) L.I.R. Cependant, un montant ne peut être inclus dans le calcul du revenu que lorsque, à la fin d'une année d'imposition, un « excédent » est établi conformément au paragraphe 14(1) L.I.R.[18] Ainsi, à moins d'avoir cumulé par ailleurs un solde suffisant, si la société verse un dividende en capital à l'égard du montant devant être inclus au CDC à la suite de la disposition d'une immobilisation admissible avant le début de l'année d'imposition suivant l'année de la disposition, elle aura effectué un choix excédentaire et sera assujettie à l'application de l'impôt de la partie III L.I.R.

---

[17] Ces avances seraient toutefois visées par le paragraphe 15(9) L.I.R. et l'article 119.1 L.I. Afin d'éviter l'ajout d'un montant au revenu de biens des actionnaires, elles devraient donc porter intérêt au taux prescrit et cet intérêt devrait être payé au plus tard 30 jours après la fin de l'année d'imposition de la société.

[18] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0115265, 21 mars 2002.

Dans certaines circonstances, un choix peut être fait en vertu du paragraphe 14(1.01) L.I.R. afin de modifier le moment et la nature du revenu généré par une disposition à profit d'une immobilisation admissible. Cette disposition sera, d'une part, réputée être une disposition d'immobilisation créant un gain en capital et non du revenu d'entreprise[19] et, d'autre part, elle sera réputée être réalisée à la date réelle de la disposition et non à la fin de l'année d'imposition comprenant la date de la disposition. Rappelons toutefois que ce choix ne s'applique pas à la disposition d'achalandage ou à des biens qui avaient été acquis par un transfert selon le paragraphe 85(1) ou 85(2) L.I.R.[20], et que le contribuable doit être en mesure de déterminer le coût d'acquisition de l'immobilisation admissible.

La position de longue date de l'ARC était la suivante : si la société déclare un dividende du CDC avant d'avoir produit le choix prévu au paragraphe 14(1.01) L.I.R., il est possible que ce dividende soit considéré comme un dividende excédentaire, car le gain en capital n'aura pas encore été réalisé[21]. Les modifications apportées en 2007 au libellé du paragraphe 14(1.01) L.I.R. permettent maintenant d'effectuer le choix prévu au paragraphe 14(1.01) L.I.R. avec la déclaration de revenus **ou** en même temps que le choix prévu au paragraphe 83(2) L.I.R.[22] Il était auparavant seulement possible de produire le choix en même temps que la déclaration de revenus. Il est très important de produire les deux choix ensemble, malgré le libellé du paragraphe 14(1.01) L.I.R. qui pourrait laisser croire que tant la disposition que le gain en capital sont réalisés à la date réelle de la disposition. Récemment appelée à se prononcer à ce sujet dans une situation où le choix prévu au paragraphe 83(2) L.I.R. a été produit avant celui prévu au paragraphe 14(1.01) L.I.R., l'ARC a indiqué qu'elle continuerait de

---

[19] Le choix prévu au paragraphe 14(1.01) L.I.R. s'avère intéressant, entre autres, pour un contribuable ayant un solde de pertes en capital nettes disponibles. Il permet de réputer que le gain réalisé lors de la disposition du bien est de nature capital et a pour effet d'extraire ce bien précis du solde du montant cumulatif des immobilisations admissibles qui sera conservé par ailleurs.

[20] Il s'agit de biens exclus en vertu du paragraphe 14(1.03) L.I.R. et de l'article 105.2.3 L.I.

[21] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0030245, 16 septembre 2003.

[22] Ces modifications apportées par la *Loi no 2 d'exécution du budget de 2006*, L.C. 2007, ch. 2, par. 3(1), sont applicables aux dispositions d'immobilisations admissibles effectuées au cours des années d'imposition se terminant après le 27 février 2000.

considérer qu'il s'agit d'un choix excédentaire malgré le fait que le choix en vertu du paragraphe 14(1.01) L.I.R. ait été fait en fin d'année d'imposition[23].

2.3. DIVIDENDE ENREGISTRÉ PAR ÉCRITURE COMPTABLE : LA SOMME EST-ELLE REÇUE?

Le fait qu'un dividende en capital puisse être payé par un billet n'est plus à établir. Toutefois, certaines précautions demeurent à prendre puisqu'un choix excédentaire pourrait découler d'une documentation inadéquate des opérations effectuées. Puisqu'il importe que le dividende devienne payable afin d'effectuer le choix prévu au paragraphe 83(2) L.I.R., le billet devra comporter des modalités de remboursement ou être payable à demande.

En juin 2007, l'ARC a confirmé qu'un dividende en capital reflété uniquement par la comptabilisation aux livres d'un montant à payer à l'actionnaire n'est pas suffisant pour considérer que le dividende a été reçu par l'actionnaire[24]. Cette constatation est des plus importantes lorsque l'actionnaire est une société privée qui compte déclarer à son tour un dividende à même son CDC. L'alinéa b) de la définition de « compte de dividendes en capital » au paragraphe 89(1) L.I.R. mentionne qu'il faut ajouter :

> « […] b) les sommes dont chacune constitue une somme reçue par la société au cours de la période, à titre de dividende versé sur une action du capital-actions d'une autre société, somme qui, en vertu du paragraphe 83(2), n'a pas été incluse dans le calcul du revenu de la société; […]. » (Notre soulignement)

À cette occasion, l'ARC rappelait que : « La question de savoir si une somme constitue une "somme reçue" est une question de fait qui doit être résolue en tenant compte de toutes les circonstances et particularités de chaque cas[25]. » Cette affirmation était soutenue dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Hickman Motors Ltd.* c. *Canada*[26] par les motifs rendus par la juge L'Heureux-Dubé, dans lesquels le rôle accessoire des entrées comptables était clairement énoncé :

---

[23] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2010-036441I7, 5 novembre 2010.

[24] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2007-022931I7, 14 juin 2007.

[25] *Id.*

[26] [1997] 2 R.C.S. 336.

> « […] Il est bien établi en droit que des documents comptables ou des entrées comptables servent uniquement à rapporter des opérations et que c'est la réalité des faits qui établit la nature et la substance véritables des opérations […][27]. »

Lorsqu'un dividende du CDC est déclaré par une filiale à un actionnaire qui est une société, cette société ne pourra donc tenir compte de ce dividende en capital lors de l'établissement de son propre solde avant d'avoir reçu la somme, quel que soit le type de contrepartie prévu. Procéder à l'ajout du dividende à son propre CDC au moment de l'enregistrement de l'écriture comptable dans ses livres en contrepartie d'une avance de la filiale engendrerait une surévaluation du solde. Si cette société déclare dès lors un dividende de son CDC, elle pourrait être considérée comme ayant effectué un choix excédentaire entraînant l'application de l'impôt de la partie III L.I.R. Il n'est pas nécessaire que la filiale verse le dividende pour que la société mère puisse l'ajouter à son propre compte : l'obtention d'un billet, à demande ou comportant des modalités de remboursement, en guise de paiement aurait été suffisante.

2.4. ET SI LA CONTREPARTIE PRÉVUE EST UN BILLET À DEMANDE?

La position de l'ARC à l'égard des billets à demande est présentée au *Bulletin d'interprétation* IT-109R2 et est énoncée comme suit :

> « Aux fins de l'article 78, un billet à ordre ordinaire est considéré comme une promesse de payer une dette à une date ultérieure et non comme le paiement de la dette à la date de l'émission du billet. Il en est ainsi à moins que l'accord entre les parties ne précise que le billet a été accepté comme paiement absolu[28]. »

L'une des façons de faire serait entre autres de s'assurer que la résolution par laquelle le dividende est déclaré énonce que le dividende doit être payé au moyen de l'émission d'un billet. Cette position a été établie par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Banner Pharmacaps NRO Ltd.* c. *Canada* :

> « [7] Deuxièmement, avec égards, nous ne souscrivons pas à la conclusion du juge de la Cour de l'impôt selon laquelle, en droit, un dividende ne peut pas être payé au moyen de l'émission d'un billet. L'effet juridique de l'émission d'un billet dépend de tous les faits pertinents, dont le plus important est l'intention de

---

27 *Id*., par. 87.

28 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-109R2, « Sommes impayées », 23 avril 1993, par. 15.

> la personne qui a établi le billet telle qu'elle est déterminée par la preuve. Ainsi, dans certains cas, un billet peut établir l'existence d'une dette qui doit être acquittée dans l'avenir. Dans d'autres cas, l'émission d'un billet peut en soi constituer le paiement d'une obligation particulière.
>
> [8] Dans le contexte de la présente affaire, l'élément de preuve le plus important est la résolution par laquelle le dividende est déclaré. Il faut présumer que cette résolution exprime l'intention de Banner Canada parce qu'il n'existe aucune preuve contraire. La résolution énonce en des termes forts clairs qu'un dividende d'un montant de 5 647 775 $ devait être payé à la date de la résolution, et que le dividende devait être payé au moyen de l'émission d'un billet libellé à ce montant. Étant donné que le billet a de fait été émis comme l'exigeait la résolution, il est impossible de conclure que le dividende n'a pas été payé au moment où il était censé l'être, le 15 février 1996. Il s'ensuit que Banner était tenue d'inclure le montant du dividende dans son revenu pour son année d'imposition 1996[29]. »

Il serait bon d'ajouter cette précision dans la résolution des administrateurs lorsque l'utilisation d'un billet à demande est prévue en guise de contrepartie.

2.5. EFFET DES CLAUSES D'INDEXATION SUR LES BÉNÉFICES FUTURS

D'autres situations soulèvent des questions. Par exemple, quel est l'effet d'une clause d'indexation sur les bénéfices futurs inversée (*reverse earn-out*) sur le CDC?

Prenons, par exemple, la disposition, au cours d'une année d'imposition, d'une immobilisation admissible. Imaginons un achalandage, pour une somme de 30 M$ maximum, qui peut par la suite être diminué si certains objectifs de performance ne sont pas atteints. Présumons que cette disposition a permis l'ajout d'un montant de 15 M$ au CDC en vertu de l'alinéa c.2) de la définition de « compte de dividendes en capital » au paragraphe 89(1) L.I.R. Au début de l'année d'imposition suivante, un dividende en capital de 15 M$ est déclaré et payé au grand bonheur des actionnaires. S'il s'avère que le prix de vente de cet achalandage est par la suite réduit parce que les circonstances relatives à la production ne se concrétisent pas, la société se retrouvera-t-elle en situation de choix excédentaire?

D'abord, rappelons que l'ARC reconnaît que :

---

[29] 2003 CAF 367, par. 7 et 8.

> « L'alinéa 12(1)g) L.I.R. ne s'applique pas à une telle clause d'indexation sur les bénéfices futurs inversée lorsque le prix de vente du bien est initialement fixé à un maximum équivalent à la juste valeur marchande du bien au moment de la vente, maximum qui peut par la suite être diminué si certaines circonstances relatives à la production ne se concrétisent pas. Dans un cas comme celui-là, le produit sera à valoir sur le capital et si, au moment de la disposition du bien, il est raisonnable de s'attendre à ce que les conditions se réalisent, la disposition est alors traitée de la manière habituelle et le montant maximum original est considéré comme étant le prix de vente du bien. Si, par la suite, les conditions ne se concrétisent pas, le rajustement voulu sera effectué dans l'année au cours de laquelle le montant de la réduction du prix de vente est connu avec certitude et qu'il est établi qu'il n'y aura plus de fluctuations. La question de savoir si on peut raisonnablement s'attendre à ce que les conditions stipulées se concrétisent repose sur les circonstances propres à chaque situation[30]. »

Nous en déduisons qu'un rajustement à la baisse du produit de disposition ne modifierait pas le CDC au moment de la disposition, de façon rétroactive, mais le modifierait uniquement au cours de l'année d'imposition du rajustement.

Lorsqu'une telle clause est applicable, le vendeur a tout intérêt à structurer le mode de paiement de telle sorte qu'il puisse encaisser dès la clôture de l'opération la totalité du prix de vente pour ensuite devoir potentiellement effectuer des remboursements si les conditions liées à la performance ne sont pas atteintes. Évidemment, l'acquéreur aura une préférence marquée pour la situation inverse où le prix le plus bas sera payé à la clôture sous réserve de paiements supplémentaires au cours des années d'imposition subséquentes. Les négociations entre les parties permettront d'arriver à un compromis où vraisemblablement, l'acquéreur n'aura pas à effectuer de plein paiement tant que les conditions de la clause de rajustement de prix n'auront pas été respectées. Compte tenu de la clause de rajustement de prix inversé prévue, le vendeur devra donc inclure la totalité du gain imposable dans son revenu pour l'année d'imposition au cours de laquelle a eu lieu la disposition. Puisqu'il s'agit de la disposition d'une immobilisation admissible et non de la disposition d'un bien de la nature du capital, il sera impossible pour le vendeur de réclamer une réserve relativement aux montants payables en vertu de l'alinéa 40(1)a) L.I.R. La provision prévue à l'alinéa 20(1)n) L.I.R. lui sera également refusée puisque « la vente d'une immobilisation admissible n'est pas considérée comme la

---

[30] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-462, « Paiements basés sur la production ou l'usage », 27 octobre 1980, par. 9.

vente d'un bien "dans le cadre d'une entreprise" »[31]. Bien que la totalité du prix de vente n'ait pas été encaissée et malgré le fait que, théoriquement, elle pourrait même ne jamais l'être, cette opération permettra l'ajout d'un montant de 15 M$ au CDC en vertu de l'alinéa c.2) de la définition de « compte de dividendes en capital » au paragraphe 89(1) L.I.R. dès le début de l'année d'imposition suivant l'année d'imposition où a eu lieu la disposition de l'immobilisation admissible.

Rappelons également que comme le résultat du calcul effectué selon chaque alinéa de la définition du « compte de dividendes en capital » ne peut être négatif, le rajustement à la baisse du produit de disposition de l'immobilisation admissible ne réduira pas le solde positif du calcul effectué selon les autres alinéas de la définition. L'alinéa c.2) de la définition de « compte de dividendes en capital » au paragraphe 89(1) L.I.R. prévoit effectivement que :

> « S'agissant du compte de dividendes en capital d'une société, à un moment donné, l'excédent éventuel du total des montants suivants :
>
> […]
>
> c.2) l'excédent éventuel du montant suivant :
>
> (i) le total des montants représentant chacun un montant à inclure en application de 14(1)b) dans le calcul du revenu de la société, relativement à une entreprise qu'elle exploite, pour une année d'imposition comprise dans la période et se terminant après le 17 octobre 2000,
>
> sur le montant applicable suivant :
>
> (ii) si la société a établi qu'une somme est devenue une créance irrécouvrable au cours d'une année d'imposition comprise dans la période et se terminant après le 17 octobre 2000 et a déduit un montant au titre de cette somme en application du paragraphe 20(4.2), ou si elle a une perte en capital déductible pour une telle année par l'effet du paragraphe 20(4.3), le montant obtenu par la formule suivante :
>
> X + Y
>
> où :

---

[31] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-123R6, « Transactions mettant en jeu des immobilisations admissibles », 1er juin 1997, par. 37.

> X représente la valeur de l'élément A de la formule figurant au paragraphe 20(4.2), déterminée relativement à la société pour la dernière année d'imposition semblable terminée dans la période,
>
> Y le tiers de la valeur de l'élément B de cette formule, déterminée relativement à la société pour cette dernière année d'imposition,
>
> (iii) dans les autres cas, zéro, […] »

Sous réserve du respect des conditions prévues par l'ARC[32], puisque le rajustement voulu sera effectué dans l'année d'imposition au cours de laquelle le montant de la réduction du prix de vente sera connu avec certitude et qu'il sera établi qu'il n'y aura plus de fluctuations, il semble que la société ne se retrouvera pas en situation de choix excédentaire si un dividende du CDC est versé entre-temps. Dans une telle optique, nous croyons même que la société aurait tout intérêt à déclarer et payer le dividende, au moyen d'un billet si nécessaire, et à le désigner à titre de dividende en capital dès qu'il sera disponible, avant qu'un rajustement à la baisse du produit de disposition ne survienne si les conditions relatives à la performance ne devaient pas être remplies.

2.6. CALCUL DU COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL À LA SUITE DE LA RÉCEPTION DU PRODUIT D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE

L'alinéa d) de la définition de « compte de dividendes en capital » au paragraphe 89(1) L.I.R. précise les règles selon lesquelles le produit net d'une police d'assurance vie est ajouté au CDC d'une société privée. Lorsque le produit a été reçu après le 31 mars 1977, l'expression « produit net » s'entend de l'excédent du produit de la police d'assurance vie reçu par suite du décès de la personne dont la vie était assurée sur le CBR de la police, au sens du paragraphe 148(9) L.I.R., immédiatement avant le décès de la personne assurée.

Les sociétés privées acquièrent fréquemment une police d'assurance vie afin d'obtenir des fonds lors du décès d'un actionnaire important. Il arrive qu'une société du groupe soit la bénéficiaire de la police d'assurance portant sur la vie de l'un de ses actionnaires alors qu'une autre société du groupe en est la propriétaire et en paie les primes. La position de l'ARC au sujet d'une telle structure afin d'optimiser le montant ajouté au CDC est connue depuis

---

[32] AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 30.

longtemps et a été réitérée en avril 2011[33]. Cette stratégie est jugée abusive lorsqu'elle est mise en place uniquement afin que le CBR de la police d'assurance vie, qui a une incidence sur le CDC de la société titulaire de la police, ne vienne pas réduire le produit de la police encaissé par la société bénéficiaire permettant ainsi une majoration du solde de son propre CDC[34]. L'ARC a rappelé qu'il s'agit d'une question de fait, mais que le paragraphe 245(2) L.I.R. pourrait être applicable au calcul du CDC de la société bénéficiaire du produit de la police d'assurance vie[35].

La répartition entre des sociétés du groupe des rôles de bénéficiaire du produit de l'assurance et de titulaire et payeur des primes doit donc être effectuée pour un objet véritable autre que l'obtention de l'avantage fiscal que représente le fait pour une société de pouvoir distribuer un dividende en capital d'un montant supérieur. L'un des motifs autres que fiscaux qui justifient la mise en place d'une telle stratégie est la protection contre les créanciers d'une société exploitant une entreprise. Une société de gestion est parfois propriétaire de la police d'assurance vie et en assume les primes alors qu'une société exploitant une entreprise en est la bénéficiaire. Au décès de l'actionnaire, le produit de l'assurance vie pourra être saisi par les créanciers de la société exploitante, mais au cours de sa vie, la valeur de la police est protégée. Toutefois, quelle que soit la structure retenue, il est désormais connu que l'ARC examinera toute situation qui touche un groupe de sociétés où le produit d'assurance vie inclus au CDC d'une société du groupe n'est pas réduit par le CBR de la police[36].

Mentionnons au passage que l'ARC a revu sa position[37] et est désormais d'avis qu'une filiale aurait conféré, en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R., un avantage à son actionnaire, la société mère, en payant les primes relatives à la police d'assurance vie dont elle était la bénéficiaire[38]. Cette interprétation

---

33 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, nº 44, 14 avril 2011.

34 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9824645, 15 décembre 1998.

35 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 33.

36 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2010-0371901C6, 8 octobre 2010.

37 Voir les documents AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 34 et AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0065461C6, 4 mai 2004.

38 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 33.

s'applique dès l'année 2010, mais lorsqu'il s'agit d'une police d'assurance vie déjà émise, le montant de l'avantage doit être inclus dans le revenu de la société mère à titre de revenu de biens à compter de l'année civile 2011. Dans les autres cas, par exemple lorsque la société mère paierait les primes relatives à la police d'assurance vie dont la filiale est bénéficiaire ou lorsqu'il y a répartition entre deux sociétés sœurs du rôle de bénéficiaire du produit de l'assurance et de titulaire et payeur des primes, l'ARC pourrait appliquer, selon les faits, le paragraphe 246(1), l'article 9 ou l'alinéa 12(1)x) L.I.R.[39] L'ARC n'ayant pas dévoilé les bases sur lesquelles elle fonde son interprétation, cette situation ne peut que déplaire aux professionnels soucieux de bien conseiller leurs clients. On comprend seulement que l'ARC souhaite encourager les structures où la même société est à la fois titulaire et bénéficiaire de la police d'assurance vie afin de s'assurer que c'est le produit net de la police d'assurance vie qui est ajouté au CDC.

2.7. MODALITÉS DE FINANCEMENT, PRODUIT NET D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE ET COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL

Plusieurs considérations peuvent motiver l'acquisition d'une assurance vie par une société privée, notamment pour obtenir un financement important. Lors du décès d'un assuré, un fiscaliste avisé s'abstiendra de consoler trop rapidement les actionnaires éplorés en leur annonçant le versement prochain d'un dividende non imposable puisqu'il n'est pas assuré que le produit de la police s'ajoute au CDC de la société.

L'alinéa d) de la définition de « compte de dividendes en capital » au paragraphe 89(1) L.I.R. précise les règles selon lesquelles le produit net d'une police d'assurance vie est ajouté au CDC d'une société privée. Lorsque le produit a été reçu après le 31 mars 1977, l'expression « produit net » s'entend de l'excédent du produit de la police d'assurance vie reçu par suite du décès de la personne dont la vie était assurée sur le CBR de la police, au sens du paragraphe 148(9) L.I.R., immédiatement avant le décès de la personne assurée.

Ancienne position de l'ARC

Le *Bulletin d'interprétation* IT-430R3, qui est le reflet de la position qu'avait prise l'ARC le 8 juillet 2002, se lit comme suit :

---

[39] AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 36.

> « 5. Une police d'assurance-vie peut être utilisée pour garantir les dettes d'une société privée ou d'une société de personnes, attendu qu'une partie ou la totalité du produit payable au décès de la personne dont la vie est assurée doit être versée directement au créancier comme bénéficiaire ou comme cessionnaire pour la garantie. En pareils cas, que le coût de la prime soit assumé directement ou indirectement par le débiteur, le droit d'ajouter le produit au compte de dividendes en capital (ou le droit des associés d'ajouter leur part du produit au coût de base rajusté de chacune de leurs participations dans la société de personnes) reste au créancier (ou aux associés de la société de personnes).
>
> 6. Par contre, lorsqu'une police d'assurance-vie a été donnée en nantissement pour garantir une dette (par opposition à une cession absolue de la police) ou est l'objet d'une créance hypothécaire par un créancier, et que le débiteur demeure le bénéficiaire ou le titulaire de police, le produit qui dépasse le prix de base rajusté de la police serait ajouté au compte de dividendes en capital du débiteur. Tel est le cas puisque le produit de la police d'assurance serait implicitement reçu par le débiteur à titre de bénéficiaire ou de titulaire de police, même s'il est versé directement au créancier selon les termes de la cession ou de l'hypothèque. Le créancier n'est ni le bénéficiaire ni le titulaire de police et n'aurait pas le droit d'ajouter le produit dans son propre compte de dividendes en capital parce que le montant qu'il reçoit ne serait pas considéré être le produit d'une police d'assurance-vie[40]. »

La structure d'une société et la façon dont l'offre de financement avait été ficelée avaient un effet sur la détermination du CDC à la suite du décès de l'assuré. Le fait de donner la police d'assurance vie en nantissement pour garantir la dette de sorte que le débiteur demeure le bénéficiaire ou le titulaire de la police permettait d'ajouter le produit net de la police d'assurance vie au CDC de la société privée alors qu'une cession absolue de la police transférait ce droit au créancier devenu bénéficiaire ou titulaire de la police.

Nouvelle position de l'ARC

Depuis l'arrêt *La Reine* c. *Innovative Installation Inc.*[41], la position de l'ARC a toutefois évolué, comme il a été confirmé lors de la Table ronde de l'Institute of Chartered Accountants of Alberta (ICAA) en mai 2011[42]. La question soumise à la Cour canadienne de l'impôt puis portée devant la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Innovative Installation* visait à déterminer si

---

40 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 5, par. 5 et 6.

41 2009 CCI 580 (« *Innovative Installation CCI* »); confirmé par *Canada* c. *Innovative Installation Inc*., 2010 CAF 285 (« *Innovative Installation CAF* »).

42 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2011-0401431C6, 3 mai 2011.

une société doit être titulaire ou bénéficiaire d'une police d'assurance vie ou si elle a seulement besoin d'en recevoir le produit afin de pouvoir ajouter le produit net de la police d'assurance vie à son CDC. Dans cette affaire, une société privée avait emprunté une certaine somme de la Banque Royale du Canada (« RBC ») et était également partie prenante à une police d'assurance vie collective de protection de créanciers émise par la compagnie d'assurances Sun Life en faveur de la banque, titulaire de la police. À la suite du décès de l'assuré, Sun Life a versé le produit d'assurance vie à la RBC qui était obligée d'appliquer la somme à l'encontre du solde non remboursé de l'emprunt contracté par la société. La Cour canadienne de l'impôt a jugé que la société Innovative a « reçu » le produit d'assurance versé par Sun Life à la RBC puisque le solde de sa créance envers la banque a été réduit et que son avoir net s'est ainsi accru[43]. La Cour d'appel fédérale s'est dite du même avis[44], mentionnant de plus que la RBC « était contractuellement tenue par les modalités de la police d'assurance collective de créditer le produit à Innovative en remboursant le solde du prêt »[45]. Il appert donc que la société ne devait pas obligatoirement être bénéficiaire de la police d'assurance vie et n'avait qu'à recevoir le produit de l'assurance vie par suite du décès d'une personne.

Ces changements à la position de l'ARC ont pris effet le 27 octobre 2010 et se limitent à des situations où les faits sont similaires ou identiques à ceux de cette affaire[46]. L'ARC n'entend pas ajuster de façon rétroactive le CDC d'une société ni renverser un dividende ayant fait l'objet du choix prévu au paragraphe 184(3) L.I.R. L'ARC ajustera plutôt le solde du CDC de la société de sorte que le produit net de l'assurance vie augmentera le CDC le ou après le 27 octobre 2010. Dans une interprétation technique de juillet 2011, l'ARC mentionne que le *Bulletin d'interprétation* IT-430R3 sera modifié en conséquence et précise que :

> « Dans des situations factuelles semblables à l'affaire *Innovative*, l'ARC appliquera la position adoptée par la Cour dans cette affaire. Par conséquent, dans une situation où une société peut démontrer qu'un produit d'assurance-vie qui a été payé directement à une institution financière a réduit la dette que cette société avait envers l'institution financière, le produit d'assurance-vie sera

---

43 *Innovative Installation CCI*, précité, note 41, par. 22 à 24.

44 *Innovative Installation CAF*, précité, note 41, par. 9.

45 *Id.*, par. 11.

46 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 42.

considéré "reçu" par cette société aux fins de l'application du sous-alinéa d)(ii) de la définition du CDC au paragraphe 89(1)[47]. »

L'ARC n'acceptera toutefois pas d'utiliser cette notion de reçu implicite afin que le produit de l'assurance vie reçu par une fiducie et versé à une société fermée désignée comme bénéficiaire puisse être inclus au CDC de la société privée[48].

Finalement, n'oublions pas que lorsqu'il est déterminé que le produit net de l'assurance vie doit être ajouté au CDC de la société privée, cette dernière doit encore faire preuve de patience puisque : « L'augmentation du compte de dividendes en capital ou du CBR d'une participation dans une société se fait à la date à laquelle le produit est reçu, et non à la date où on a le droit de le recevoir[49]. »

3. IMPÔT DE LA PARTIE III L.I.R. SUR LES CHOIX EXCÉDENTAIRES

3.1. IMPÔT PUNITIF DU PARAGRAPHE 184(2) L.I.R. ET CHOIX EN VERTU DU PARAGRAPHE 184(3) L.I.R.

Beaucoup de précautions doivent être prises lors de la détermination du solde du CDC puisque la production d'un choix excédentaire entraîne l'application de l'impôt punitif du paragraphe 184(3) L.I.R. pour la société. Bien que la *Loi sur les impôts* du Québec ne prévoie pas de mesure comparable, le caractère punitif de l'impôt fédéral de la partie III L.I.R. n'encourage pas les résidents du Québec à faire en sorte volontairement que cet impôt s'applique.

En vertu du paragraphe 184(2) L.I.R., la société fautive doit payer un impôt qui correspond à 75 %[50] de l'excédent du total du dividende sur la partie réputée être un dividende en capital ou un dividende sur les gains en

---

47 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2011-0401991R5, 4 juillet 2011.

48 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2011-0399771C6, 20 mai 2011.

49 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 5, par. 8.

50 Les propositions législatives annoncées le 16 juillet 2010 concernant des modifications techniques au régime de l'impôt sur le revenu et le bijuridisme réduisent ce taux à 60 % pour les dividendes versés après 1999. Ces propositions ont été reprises dans l'*Avis de motion de voies et moyens visant à modifier la* Loi de l'impôt sur le revenu *et le* Règlement de l'impôt sur le revenu du 6 juin 2011.

capital. Cet impôt est exigible dès le moment où le choix excédentaire est effectué et un intérêt au taux prescrit est calculé de la date du choix jusqu'à la date du paiement de l'impôt[51]. En vertu de l'impôt de la partie III L.I.R., aucune partie du dividende ne doit être incluse dans le revenu de l'actionnaire résidant au Canada. Si l'actionnaire est une société, elle aura reçu la totalité du montant à titre de dividende en capital et pourra ajouter ce dividende à son propre CDC. Le dividende reçu ne serait pas visé par ailleurs par l'impôt de la partie IV L.I.R. et l'actionnaire ne subirait aucune réduction du PBR de ses actions, car il ne s'agit pas d'une distribution de capital. Toutefois, il serait erroné de croire que l'assujettissement de la société à l'impôt de la partie III L.I.R. se fait sans conséquence pour les actionnaires, car toutes les personnes ayant eu droit au dividende sont solidairement responsables du paiement de cet impôt en proportion de leur quote-part du dividende[52].

Alternativement, la société peut faire le choix prévu au paragraphe 184(3) L.I.R. et considérer l'excédent ou une partie de cet excédent comme un dividende distinct devenu payable au même moment que le dividende initial faisant l'objet du choix excédentaire. Ce dividende est alors assujetti aux impôts fédéral et provincial des actionnaires selon les mêmes modalités que celles prévues pour tout autre dividende. Ce choix doit être fait au plus tard le 90e jour de la mise à la poste de l'avis de cotisation relatif à l'impôt de la partie III L.I.R. Par la suite, la société peut présenter une demande au ministre du Revenu national afin de proroger ce délai en se prévalant de la règle d'équité prévue au paragraphe 220(3.2) L.I.R., mais elle s'expose ainsi au paiement de la pénalité prévue au paragraphe 220(3.5) L.I.R.

Le paragraphe 184(4) L.I.R. précise que le choix prévu au paragraphe 184(3) L.I.R. ne sera valide que si à la fois :

> « […] *a)* il est fait avec l'assentiment de la société et de tous les actionnaires – dont la société connaissait les adresses – qui ont reçu ou qui avaient le droit de recevoir tout ou partie du dividende sur lequel un impôt serait, sans le paragraphe (3), payable en vertu de la présente partie;
>
> *b)* l'une des conditions suivantes est remplie :
>
> (i) le choix est fait au plus tard le jour qui tombe 30 mois après le jour où le dividende est devenu payable,

---

51 En vertu du paragraphe 185(2) L.I.R.

52 En vertu du paragraphe 185(4) L.I.R.

(ii) chaque actionnaire visé à l'alinéa *a*) a donné son assentiment au choix, auquel cas le ministre peut établir, malgré les paragraphes 152(4) à (5), les cotisations voulues concernant l'impôt, les intérêts et les pénalités payables par chacun de ces actionnaires pour une année d'imposition pour tenir compte du choix de la société. »

3.2. RECTIFICATIONS AU COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL SUSCEPTIBLES D'ENTRAÎNER UN DIVIDENDE EXCÉDENTAIRE

Bon nombre de situations peuvent entraîner un redressement du CDC, notamment :

- une erreur mathématique lors de l'établissement du solde du CDC;

- le fait que l'ARC ait caractérisé un montant de revenu d'entreprise alors que la société l'avait considéré comme un gain en capital;

- le choix du bien de remplacement prévu à l'article 44 L.I.R., réduisant de façon rétroactive le gain en capital déjà déclaré dans une année d'imposition antérieure[53];

- un contexte où le paragraphe 55(2) L.I.R. serait applicable lors du rachat par une société (Opco) des actions de son capital-actions détenues par une autre société (Gesco) et où le revenu protégé en main attribuable aux actions rachetées serait inférieur au dividende réputé résultant du rachat des actions; lorsqu'une désignation tardive est effectuée par la société Gesco en vertu de l'alinéa 55(5)f) L.I.R. et que celle-ci est acceptée par les autorités compétentes. Dans une interprétation technique récente, l'ARC a confirmé qu'une telle désignation aurait un effet sur le montant à inclure au CDC de Gesco et que l'inclusion au CDC de Gesco de la partie non imposable du gain en capital résultant du rachat des actions du capital-actions d'Opco aurait lieu au moment de la disposition des actions, c'est-à-dire au moment du rachat de celles-ci[54].

À cause du caractère cumulatif du CDC et des éléments qui contribuent à le réduire, les professionnels recommandent généralement à leurs clients de verser un dividende du CDC dès qu'un solde positif significatif s'en dégage.

---

53 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-66R6, « Dividendes en capital », 31 mai 1991, par. 12.

54 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2009-0310251E5, 17 septembre 2009.

Toutefois, lorsque des rajustements surviennent et font baisser rétroactivement le solde du CDC, la société se retrouvera en situation de dividende excédentaire.

3.3. NÉCESSITÉ POUR TOUS LES ACTIONNAIRES D'ACQUIESCER AU CHOIX PRÉVU AU PARAGRAPHE 184(3) L.I.R.

Rappelons que le paragraphe 184(4) L.I.R. prévoit que le choix du paragraphe 184(3) L.I.R. ne sera valide que s'il est fait avec l'assentiment de la société et de tous les actionnaires dont la société connaissait les adresses qui ont reçu ou qui avaient le droit de recevoir tout ou en partie du dividende en capital ayant fait l'objet du choix excédentaire.

En 2008, l'ARC a été consultée au sujet de la possibilité de faire le choix prévu au paragraphe 184(3) L.I.R. dans une situation où il est techniquement impossible de le faire parce qu'une des sociétés ayant reçu un dividende du CDC a été dissoute depuis[55]. Dans une telle situation, l'ARC a recommandé au contribuable de présenter au ministre du Revenu national une demande en vertu du paragraphe 220(3.2) L.I.R. afin que soit révoqué le choix fait en vertu du paragraphe 83(2) L.I.R. L'ARC n'a pas adhéré à la position du contribuable selon laquelle l'obtention de l'assentiment de tous les administrateurs en place au moment de la dissolution de la société devrait être suffisante étant donné que si l'existence juridique de la société devait être rétablie, le dividende qui serait réputé être reçu par celle-ci n'entraînerait aucun impôt payable.

3.4. OPPOSITION À UN AVIS DE NOUVELLE COTISATION EN VERTU DE L'IMPÔT DE LA PARTIE III L.I.R.

Lorsqu'une société reçoit un avis de nouvelle cotisation établie en vertu de l'impôt de la partie I L.I.R. selon lequel l'ARC a réduit le solde du CDC de la société et qu'elle a l'intention de s'y opposer, il serait bon de lui recommander de s'opposer également à la cotisation établie en vertu de l'impôt de la partie III L.I.R. qui a découlé du rajustement.

Il s'agit d'ailleurs d'une suggestion faite par l'ARC à l'occasion de la Table ronde sur la fiscalité fédérale de l'APFF en 2008[56]. Rappelons que

---

[55] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2007-0220471E5, 21 avril 2008.

[56] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-0285131C6, 10 octobre 2008.

l'ARC était alors appelée à commenter une situation hypothétique où un gain en capital déclaré aurait été caractérisé de revenu d'entreprise par l'ARC. Afin d'éviter à la société de payer l'impôt de la partie III L.I.R., l'actionnaire de la société aurait donné son assentiment à l'inclusion d'un dividende imposable dans son revenu pour que la société puisse effectuer le choix prévu au paragraphe 184(3) L.I.R. La société aurait ensuite eu gain de cause à la suite des démarches d'opposition à la nouvelle cotisation établie en vertu de l'impôt de la partie I L.I.R. : le gain était confirmé comme étant de nature capital et le solde du CDC était rétabli à un solde suffisant pour couvrir le dividende ayant initialement fait l'objet du choix du paragraphe 83(2) L.I.R.

Il a été avancé que dans cette situation, le traitement du gain à titre de revenu d'entreprise plutôt qu'à titre de gain en capital par l'ARC entraînait des conséquences fiscales non voulues pour l'actionnaire. Effectivement, le choix effectué en vertu du paragraphe 184(3) L.I.R. par la société n'aurait découlé que du rajustement à la baisse de son CDC. Les questions posées à l'ARC évoquaient la possibilité de demander, en vertu du paragraphe 220(3.2) L.I.R., selon les modalités et délais qui y sont prévus, de révoquer le choix effectué en vertu du paragraphe 184(3) L.I.R. relativement au dividende versé. En conséquence, le dividende ne serait pas réputé être un dividende distinct. Il a également été demandé à l'ARC si elle prorogerait le choix en vertu du paragraphe 83(2) L.I.R. relativement au dividende versé par la société afin que le dividende soit réputé être un dividende en capital, et ce, malgré le choix du paragraphe 184(3) L.I.R. précédemment effectué. Il a enfin été demandé à l'ARC si elle renoncerait aux pénalités et intérêts étant donné que le contribuable aurait effectué le choix en vertu du paragraphe 184(3) L.I.R. en s'appuyant sur l'interprétation inexacte de l'ARC quant à la nature du revenu.

La position de l'ARC est plutôt que l'assentiment de l'actionnaire au choix prévu au paragraphe 184(3) L.I.R. découlerait de son indifférence quant au traitement fiscal du dividende déjà reçu, étant donné qu'advenant que la société ait gain de cause, le solde du CDC serait rétabli et qu'un nouveau dividende pourrait lui être attribué. Le contribuable aurait donc dû s'opposer à la fois à la cotisation établie en vertu de l'impôt de la partie I L.I.R. et à celle reçue en vertu de l'impôt de la partie III L.I.R. L'ARC en a profité pour rappeler qu'un choix validement fait par une société en vertu du paragraphe 184(3) L.I.R. n'a pas pour effet d'annuler le choix qu'elle a fait précédemment en vertu du paragraphe 83(2) L.I.R.; l'application du paragraphe 184(3) L.I.R. entraînant seulement une variation du montant du dividende en capital et la création d'un dividende imposable réputé.

3.5. OPPOSITIONS ET DÉLAIS POUR FAIRE LE CHOIX PRÉVU AU PARAGRAPHE 184(3) L.I.R.

Le contribuable qui a reçu une nouvelle cotisation établie en vertu de l'impôt de la partie I L.I.R. qui a engendré un dividende excédentaire selon le paragraphe 83(2) L.I.R. pourrait donc retenir la suggestion de l'ARC précédemment évoquée et souhaiter s'opposer aux deux cotisations et éventuellement faire appel devant la Cour canadienne de l'impôt. Toutefois, les délais prévus pour faire un choix en vertu du paragraphe 184(3) L.I.R. font en sorte qu'il sera difficile, voire impossible pour le contribuable de se prévaloir de ce choix si le contribuable n'a gain de cause ni en opposition ni en appel devant la Cour. En effet, tel qu'il est mentionné précédemment, le choix prévu au paragraphe 184(3) L.I.R. doit être effectué au plus tard le 90e jour de la mise à la poste de l'avis de cotisation relatif à l'impôt de la partie III L.I.R. Par la suite, la société peut présenter une demande au ministre du Revenu national pour proroger ce délai selon la règle d'équité prévue au paragraphe 220(3.2) L.I.R., mais elle s'expose ainsi au paiement de la pénalité prévue au paragraphe 220(3.5) L.I.R.

En 2007, l'ARC a commenté plusieurs avenues proposées par un contribuable qui souhaitait effectivement s'opposer aux cotisations reçues tout en s'assurant d'avoir la possibilité d'effectuer le choix prévu au paragraphe 184(3) L.I.R. au cas où il n'aurait pas gain de cause[57].

Produire le choix en vertu du paragraphe 184(3) L.I.R. au moment de l'opposition par la société aux cotisations établies en vertu de l'impôt des parties I et III L.I.R. et demander à l'ARC de ne traiter le choix que si le dividende excédentaire devait être maintenu n'est pas une avenue qui a été retenue par les autorités fiscales. L'ARC souligne au passage que les agissements de la société sembleraient incohérents puisque, d'une part, elle contesterait en droit et en fait la cotisation de l'impôt de la partie III L.I.R. et, d'autre part, en accepterait le fondement en produisant le choix prévu au paragraphe 184(3) L.I.R. L'ARC ne suspendrait donc pas le traitement d'un choix valide en vertu du paragraphe 184(3) L.I.R. et y donnerait effet sans délai en annulant la cotisation établie en vertu de l'impôt de la partie III L.I.R. et en établissant une nouvelle cotisation en vertu de l'impôt de la partie I L.I.R. pour l'actionnaire de la société.

---

[57] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2007-022121117, 5 décembre 2007.

Selon une autre des possibilités soumises, la société s'opposerait uniquement à la cotisation établie en vertu de l'impôt de la partie I L.I.R. simultanément à la production du choix prévu au paragraphe 184(3) L.I.R. Ce choix aurait pour effet d'éliminer l'impôt de la partie III L.I.R. au niveau de la société et d'engendrer une cotisation en vertu de l'impôt de la partie I L.I.R. pour l'actionnaire qui s'y opposerait. À cet égard, l'ARC a mentionné qu'elle refuserait de traiter l'avis d'opposition de l'actionnaire seulement après le règlement de l'opposition présentée par la société. L'ARC a souligné également le caractère contradictoire de cette façon de procéder étant donné que l'actionnaire doit donner son assentiment à l'inclusion du dividende imposable dans son revenu afin que le choix effectué en vertu du paragraphe 184(3) L.I.R. soit valide. Le fait que l'actionnaire produise par la suite un avis d'opposition à l'égard de l'inclusion du dividende dans son revenu serait donc pour le moins surprenant. L'ARC traiterait donc sans délai l'avis d'opposition présenté par l'actionnaire de la société.

Finalement, une dernière possibilité a été présentée à l'ARC. Il s'agissait pour la société de s'opposer uniquement à la cotisation établie en vertu de l'impôt de la partie I L.I.R. simultanément à la production du choix prévu au paragraphe 184(3) L.I.R. Ce choix aurait éliminé l'impôt de la partie III L.I.R. pour la société et engendré une cotisation en vertu de l'impôt de la partie I L.I.R. pour l'actionnaire qui ne s'y opposerait pas, mais fournirait à l'ARC un formulaire de renonciation à la prescription permettant à l'ARC d'annuler l'imposition du dividende reçu lorsque la société aura eu gain de cause devant la Cour. L'ARC a indiqué que la renonciation produite par l'actionnaire serait irrecevable, car elle aurait été produite avant l'expiration de la période qui était applicable à l'actionnaire pour l'année d'imposition visée par la nouvelle cotisation et a trouvé, une fois de plus, que les agissements du contribuable étaient contradictoires.

Aucune des possibilités proposées ne peut donc être retenue comme nouvelle ligne directrice à suivre par les professionnels. L'ARC a également mentionné qu'elle n'avait pas l'intention de modifier ses pratiques ni d'accorder automatiquement en vertu du paragraphe 220(3.2) L.I.R. une prolongation de la période au cours de laquelle le choix du paragraphe 184(3) L.I.R. peut être effectué. Le contribuable demeure donc dans l'incertitude quant à la possibilité de se prévaloir du choix du paragraphe 184(3) L.I.R. Advenant une défaite devant la cour et l'impossibilité de se prévaloir du choix du paragraphe 184(3) L.I.R., le contribuable se verrait dans l'obligation d'acquitter l'impôt punitif de la partie III L.I.R. qu'il aurait pourtant pu éviter, n'eussent été les délais engendrés par les processus d'opposition et d'appel.

3.6. ANNULATION D'UN DIVIDENDE EN CAPITAL EXCÉDENTAIRE

En réaction à une cotisation établie en vertu de l'impôt de la partie III L.I.R., le choix prévu au paragraphe 184(3) L.I.R. semble bien souvent inévitable, mais pourrait ne pas être la seule solution. S'il est possible de démontrer que les actionnaires n'ont pas donné un consentement libre et éclairé à la déclaration du dividende en capital parce que ce consentement a été entaché d'une erreur sur un élément essentiel, l'annulation de la résolution de versement de dividende peut être envisagée.

Dans l'affaire *Felix & Norton International Inc.* c. *Canada (Procureur général)*[58], la Cour supérieure du Québec a jugé que le choix produit en vertu du paragraphe 184(3) L.I.R. avait été effectué dans le seul but d'atténuer les effets préjudiciables du maintien du dividende en capital et que ce choix n'empêchait pas le tribunal de déclarer la nullité de la résolution de versement du dividende, rétablissant ainsi la situation des parties comme elle était avant la déclaration du dividende en capital. Comme l'a affirmé le juge Senécal :

> « [28] De l'avis de la Cour, le paragraphe 184(3) L.I.R. offre une porte de sortie aux contribuables lorsque l'impôt punitif est applicable. Il n'affirme pas que rien d'autre ne peut être fait et, surtout, n'écarte pas le principe que le fiscal suit le civil. Il accorde certes un recours fiscal pour résoudre la situation, mais ne prétend pas par ailleurs écarter le droit civil, en l'occurrence les motifs d'annulation pouvant être invoqués devant les tribunaux pour empêcher la déclaration du dividende d'être valide[59]. » (Notre soulignement)

Dans cette affaire, un dividende en capital dépassant de 200 000 $ le solde du CDC avait été déclaré par erreur. Un changement de comptables aurait été à l'origine de l'erreur puisqu'une perte en capital importante subie lors d'une année d'imposition antérieure à leur arrivée ne leur avait pas été divulguée et n'avait pas été prise en considération dans le calcul du CDC. La Cour a déterminé que bien que les comptables n'aient pas pu confirmer le solde du CDC avec l'ARC, ils avaient effectué des vérifications raisonnables avant d'agir. Il n'en demeure pas moins que les actionnaires qui souhaitaient que le dividende soit limité au solde du CDC avaient été induits en erreur.

En droit civil, il peut découler d'une erreur excusable touchant au consentement des parties à un contrat la nullité du contrat, comme si ce

---

[58] 2009 QCCS 919 (« *Felix & Norton International* »).

[59] *Id.*, par. 28.

dernier n'avait jamais existé[60]. Le juge Senécal a d'ailleurs rappelé, dans l'affaire *Felix & Norton International*, que :

> « Les tribunaux n'ont donc jamais hésité à annuler des contrats ou résolutions d'une compagnie afin de faire respecter l'intention initiale des parties, du moment qu'il ne s'agissait pas de cas où les parties n'avaient pas tenu compte des conséquences fiscales pour ensuite tenter d'y remédier subséquemment à la cotisation[61]. »

Il appert donc que le choix prévu au paragraphe 184(3) L.I.R. peut ne pas être la seule issue lors de la désignation d'un montant excédentaire à titre de dividende du CDC. Une telle option n'est toutefois pas gagnée d'avance et peut engendrer des honoraires importants pour la société.

3.7. RECTIFICATIONS AU COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL ET PRESCRIPTION

Non seulement faut-il constater qu'un grand nombre de situations peut entraîner un redressement du CDC, mais encore faut-il se rendre à l'évidence que la nature cumulative de ce compte fait en sorte que des erreurs survenues lors du calcul du solde du CDC peuvent nous hanter durant bien des années. L'ARC rappelle, au paragraphe 6 du *Bulletin d'interprétation* IT-66R6, que :

> « Les règles qui permettent de déterminer le solde du compte de dividendes en capital sont énoncées à l'alinéa 89(1)*b*) L.I.R. Le montant de chaque composante du compte de dividendes en capital est calculé en fonction du total cumulatif pour une "période" donnée[62]. »

Lorsqu'un dividende en capital devient payable à un moment donné, l'alinéa 83(2)a) L.I.R. prévoit le calcul du CDC de la société immédiatement avant le moment donné. Dans une interprétation technique de 2007, l'ARC a confirmé que le calcul du CDC sera revu même si les composantes du solde du CDC sont antérieures à la période normale de nouvelle cotisation :

> « In other words, the Agency may adjust the amount of a capital gain, which arose in a year that is outside of the relevant normal reassessment period, for the

---

60 En vertu des articles 1400 et suivants du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

61 Précité, note 58, par. 24.

62 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 53, par. 6.

purposes of determining the CDA balance in respect of a dividend paid in a taxation year that is within the normal reassessment period for that year[63]. »

CONCLUSION

Le CDC est un outil indispensable au fonctionnement du concept de l'intégration sur lequel repose notre système fiscal. Rares sont donc les professionnels qui n'auront jamais à se poser de questions sur le calcul du CDC ou à réfléchir aux précautions à prendre afin de ne pas être assujetti à l'impôt de la partie III L.I.R. à la suite de la production d'un choix excédentaire en vertu du paragraphe 83(2) L.I.R.

Certaines des questions soulevées au fil des ans n'ont pas encore trouvé de réponse et tout porte à croire que d'autres questions seront posées par les professionnels soucieux de bien conseiller leurs clients.

[63] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2006-0185291E5, 11 juin 2007.

REVUE DES INTERPRÉTATIONS TECHNIQUES RÉCENTES



Sylvie Garon
CGA, CMA, M. Fisc., associée
Mazars Harel Drouin s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 5:3

1. LES AVANTAGES IMPOSABLES CONFÉRÉS AUX ACTIONNAIRES 5:3

1.1. LA DÉTENTION DE L'ASSURANCE VIE 5:4
1.1.1. Assurance vie 5:4
1.1.2. Les sociétés sœurs et autres structures de détention 5:6
1.1.3. Impact sur les règles transitoires prévues au paragraphe 112(3.2) L.I.R. 5:9
1.2. LES SOCIÉTÉS À BUT UNIQUE 5:10
1.3. SITUATIONS DIVERSES 5:12
1.3.1. Émission d'actions à dividende discrétionnaire 5:12
1.3.2. Dépenses de la société mère payées par la filiale 5:14

2. L'ARTICLE 55 L.I.R. 5:14

2.1. APPLICATION DU PARAGRAPHE 55(2) L.I.R. 5:15
2.1.1. Transfert de l'entreprise aux enfants 5:15
2.1.2. Problème de double imposition 5:21
2.1.3. Augmentation sensible d'une participation 5:23
2.2. CALCUL DU REVENU PROTÉGÉ 5:26
2.2.1. Répartition du revenu protégé 5:26
2.2.2. Le revenu protégé en main et les pertes en capital 5:27
2.2.3. Les sociétés de personnes 5:28
2.2.4. L'article 110.5 L.I.R. 5:29

3. SUJETS DIVERS 5:30

3.1. CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES ET JUSTE VALEUR MARCHANDE DES ACTIONS 5:30
3.2. NOUVEAU GEL À LA SUITE D'UNE BAISSE DE VALEUR DE LA SOCIÉTÉ 5:30
3.3. PLANIFICATION *POST MORTEM* 5:32

CONCLUSION 5:33

INTRODUCTION

Les interprétations techniques et les décisions anticipées émises par les autorités fiscales sont une source importante d'information pour les conseillers fiscaux. Le présent texte porte sur les principales interprétations techniques et décisions anticipées relatives à la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1] concernant la fiscalité des sociétés privées et leurs relations avec leurs actionnaires. Dans le cadre du présent texte, nous tenterons de résumer les principales interprétations techniques publiées dans les deux dernières années par l'Agence du revenu du Canada (« ARC »), à l'exception de celles se rapportant à des sujets couverts par d'autres conférenciers dans le cadre du présent congrès.

1. LES AVANTAGES IMPOSABLES CONFÉRÉS AUX ACTIONNAIRES

La législation fiscale canadienne contient des dispositions prévoyant qu'une personne doit inclure dans le calcul de son revenu la valeur de l'avantage qui lui est conféré par la société dont elle est actionnaire. L'application du paragraphe 15(1) L.I.R. est une source constante de préoccupation pour les conseillers fiscaux et les actionnaires de sociétés telles qu'en font foi les nombreuses interprétations techniques demandées auprès des autorités fiscales sur le sujet. La position des autorités fiscales concernant les situations auxquelles devrait s'appliquer ce paragraphe veut que si la transaction ou la série de transactions entraîne un appauvrissement de la société et un enrichissement de l'actionnaire, alors le paragraphe 15(1) L.I.R. est applicable. Cette position découle de la décision rendue dans l'affaire *Del Grande* c. *La Reine*[2]. Cependant :

> « [S]i une opération entre une société et un actionnaire est une opération commerciale véritable, aucun avantage n'est accordé à l'actionnaire selon le paragraphe 15(1). Normalement, une opération est considérée comme une opération véritable si les conditions sont essentiellement les mêmes qu'elles auraient été si l'opération avait été faite entre deux parties n'ayant pas de lien de dépendance[3]. »

---

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

2 93 D.T.C. 133 (C.C.I.).

3 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-432, « Avantages accordés à des actionnaires », 10 février 1995, par. 5.

Comme nous pourrons le constater à l'analyse de ces positions administratives, la position de l'ARC a beaucoup évolué au cours des deux dernières années.

1.1. LA DÉTENTION DE L'ASSURANCE VIE

Les différentes structures pour la détention de police d'assurance vie à l'intérieur d'un groupe de sociétés a depuis longtemps été source de préoccupation pour les conseillers fiscaux et leurs clients. Depuis 1998, la position des autorités fiscales voulait qu'aucun avantage ne soit conféré à la société mère, bénéficiaire d'une police d'assurance vie, lorsque sa filiale en propriété exclusive en était le preneur et le titulaire et qu'elle en payait les primes[4]. Or, dans le cadre de la Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des produits financiers au Congrès 2009 de l'Association de planification fiscale et financière (« APFF »)[5], l'ARC a modifié cette position établie de longue date. Dorénavant, la société mère devra inclure dans son revenu un montant égal à l'avantage conféré par la filiale, et ce, à compter de l'année civile 2010. Cependant, lorsqu'une police est déjà émise, la nouvelle position s'appliquera à compter de l'année 2011. Cette nouvelle position a été réitérée dans le cadre du Congrès 2009 de l'Association canadienne d'études fiscales[6]. Ce changement de cap a suscité un certain nombre de questions dans la communauté fiscale.

1.1.1. Assurance vie

La question était à l'étude depuis longtemps. En effet, le 19 novembre 2009, l'ARC émettait sa première interprétation technique depuis l'annonce de cette nouvelle position à la suite d'une demande reçue le 11 septembre 2007[7].

---

4 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2004-0065461C6, 4 mai 2004 et E9824645, 15 décembre 1998.

5 « Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des produits financiers », dans *Congrès 2009*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, pp. 47:1-58, question 15., aux pages 47:40-41.

6 « Table ronde de l'Agence du revenu du Canada », dans *2009 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2010, pp. 4:1-33, question 3, à la page 4:5.

7 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2007-0257251E5, 19 novembre 2009.

Voici les faits soumis : Mèreco est titulaire et bénéficiaire d'une police d'assurance vie dont l'assuré est son actionnaire principal. Mèreco paye les primes. Les questions adressées à l'ARC couvrent les conséquences fiscales d'un changement de bénéficiaire, les avantages conférés à l'actionnaire ainsi que le calcul du compte de dividendes en capital (« CDC »)[8].

Dans un premier cas soumis, Mèreco effectue simplement un changement de bénéficiaire. C'est dorénavant la filiale qui sera bénéficiaire de la police d'assurance vie. Nous avons demandé à l'ARC si un changement de bénéficiaire entraîne une disposition de la police.

La définition de « disposition » d'un intérêt dans une police inclut une disposition par le seul effet de la loi[9]. Cependant, le simple exercice d'une clause dans un contrat d'assurance n'entraîne pas une disposition de la police pour son titulaire[10]. Selon l'ARC, une disposition par le seul effet de la loi pourrait survenir si une modification au contrat entraînait la création d'un nouveau contrat. Cette détermination ne pourrait donc être faite qu'après l'étude de tous les faits et documents. Selon l'ARC, un changement de bénéficiaire ne constitue pas une modification au contrat qui entraînerait la disposition de la police d'assurance.

Dans la deuxième situation, Mèreco transfère la propriété de la police d'assurance à sa filiale qui paiera les primes, mais demeure bénéficiaire de la police d'assurance vie. L'ARC reprend presque mot à mot la réponse énoncée dans la cadre du Congrès 2009. Ainsi, Mèreco devra inclure la valeur de l'avantage conféré par sa filiale à titre de revenu de bien. L'ARC confirme cependant que dans le cas où Mèreco paie les primes d'une police d'assurance vie dont elle est titulaire, mais dont la filiale est bénéficiaire, il n'y aura pas d'avantage conféré en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R.

La troisième question concerne le calcul du CDC. La société, bénéficiaire de la police d'assurance vie, doit-elle tenir compte du coût de base rajusté (« CBR »)[11] de cette police dans le calcul de son CDC? La réponse à cette question est négative. Le calcul du CBR d'une police d'assurance vie n'est effectué que pour le titulaire de la police, donc le

---

8 Par. 89(1) « compte de dividendes en capital » L.I.R.

9 Al. 148(9)d) L.I.R.

10 Al. 148(10)d) L.I.R.

11 Par. 148(9) « coût de base rajusté » L.I.R.

bénéficiaire n'a pas à en tenir compte. Cela découle du libellé de la définition de CDC.

La dernière question vise l'application des paragraphes 246(1) et 245(2) L.I.R. aux situations à l'étude. Bien que l'ARC ait mentionné précédemment que le paragraphe 15(1) L.I.R. ne s'appliquerait pas à la situation où Mèreco est propriétaire de la police et de la filiale bénéficiaire, elle est d'avis que, par suite de l'appréciation de tous les faits se rapportant à la situation, le paragraphe 246(1) L.I.R. pourrait s'appliquer.

Quant à savoir si la règle générale antiévitement (« RGAÉ »)[12] pourrait s'appliquer, bien qu'il s'agisse là aussi d'une question de fait, l'ARC tient toutefois à signaler que, si les opérations décrites dans la demande d'interprétation ne sont faites que dans le but d'obtenir des avantages fiscaux, elles pourraient être considérées comme abusives[13]. Tel qu'il a été mentionné au Congrès 2009 de l'APFF, il pourrait y avoir des arguments pour appliquer le paragraphe 245(2) L.I.R. lorsque le titulaire et le bénéficiaire de la police d'assurance vie ne sont pas la même personne.

1.1.2. Les sociétés sœurs et autres structures de détention

Dans le cadre de la Table ronde présentée à la CALU en mai 2010[14], on a demandé à l'ARC de commenter certaines structures qui, bien qu'elles soient différentes de celles analysées précédemment, concernent des situations où le titulaire et le bénéficiaire de la police d'assurance vie sont des sociétés différentes faisant partie d'un même groupe.

On a soumis à l'ARC les trois situations suivantes.

- Situation A

Gestion détient une police d'assurance sur la vie de son actionnaire, paie la prime et désigne sa filiale à titre de bénéficiaire.

---

12 Par. 245(2) L.I.R.

13 Par. 245(4) L.I.R.

14 « Table ronde 2010 sur la politique fiscale », dans *Calu Report*, Conference for Advanced Life Underwriting, 4 mai 2010, question 2.

La position de l'ARC veut que le paragraphe 15(1) L.I.R. ne s'applique pas, mais que le paragraphe 246(1) L.I.R. pourrait s'appliquer. Cette disposition se lit comme suit :

> « La valeur de l'avantage qu'une personne confère à un moment donné, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit à un contribuable doit, dans la mesure où elle n'est pas par ailleurs incluse dans le calcul du revenu […] du contribuable en vertu de la partie I et dans la mesure où elle y serait incluse s'il s'agissait d'un paiement que cette personne avait fait directement au contribuable et si le contribuable résidait au Canada, être :
>
> *a*) soit incluse dans le calcul du revenu […], du contribuable en vertu de la partie I pour l'année d'imposition qui comprend ce moment;
>
> […]. »

Le libellé de cette disposition est suffisamment large pour inclure tous les bénéficiaires qui ne sont pas spécifiquement énumérés dans d'autres dispositions législatives tel l'article 15 L.I.R. qui vise expressément les actionnaires. Ainsi toutes les personnes faisant partie d'un groupe sont susceptibles d'être visées par cette disposition.

- Situation B

La structure est identique à celle décrite à la situation A, mais la filiale est désignée comme bénéficiaire irrévocable et rembourse la prime à Gestion.

Selon l'ARC, le paragraphe 15(1) L.I.R. ne s'applique pas si le remboursement est par ailleurs inclus dans le revenu de Gestion. Cependant, il serait nécessaire de déterminer si le remboursement devrait être inclus en vertu de l'article 9 ou de l'alinéa 12(1)x) L.I.R., détermination qui ne pourrait être faite qu'après une analyse de toute la documentation pertinente. De plus, le CBR de la police d'assurance vie ne serait pas réduit par le montant du remboursement puisqu'une telle réduction n'est pas prévue dans la définition de CBR.

- Situation C

La structure est différente puisqu'il s'agit de sociétés sœurs. Sœur 1 et Sœur 2 sont détenues toutes deux par le même actionnaire, M. A. Sœur 1 est propriétaire d'une police d'assurance vie de son actionnaire et paie la prime, tandis que Sœur 2, étant désignée bénéficiaire, remboursera à Sœur 1 le montant de la prime payée.

Dans cette situation, Sœur 1 ne serait pas visée par le paragraphe 15(1) L.I.R. Le remboursement serait inclus dans le revenu de Sœur 1 en vertu de l'article 9 ou de l'alinéa 12(1)x) L.I.R., le CBR de la police d'assurance vie ne serait pas réduit par le montant du remboursement. Cependant, l'ARC ne peut pas se prononcer sur l'application du paragraphe 15(1) L.I.R. à l'égard de M. A à la suite des faits soumis.

De plus, l'ARC réitère sa position selon laquelle le paragraphe 245(2) L.I.R. puisse s'appliquer pour rajuster le montant inclus dans le CDC d'une société à la suite de la réception du produit d'une police d'assurance vie lorsque le bénéficiaire de la police d'assurance n'en est pas le titulaire.

Les commentaires exprimés par l'ARC laissent toujours planer une incertitude puisque, comme il fallait s'y attendre, il s'agit « d'une question de faits » et qu'une réponse finale ne peut être donnée tant que la documentation pertinente n'a pas été analysée.

Lors de la Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers au Congrès 2010 de l'APFF, on a demandé à l'ARC de préciser sa position et son raisonnement sur certains éléments énoncés dans la réponse donnée à la CALU le printemps précédent. Cette réponse se lit comme suit :

> « L'application de l'article 9, de l'alinéa 12(1)x) ainsi que des paragraphes 15(1), 245(2) et 246(1) L.I.R. est une question de fait et chaque situation doit être examinée individuellement. De plus, nous ne pouvons pas élaborer davantage nos positions dans le cadre d'une demande d'interprétation technique, car il nous est impossible de prévoir toutes les circonstances. Toutefois, l'ARC examinera toute situation qui implique un groupe de sociétés et où le produit d'assurance vie inclus au CDC d'une société n'est pas réduit par le CBR de la police. Cela peut se produire lorsqu'une société du groupe est titulaire de la police et qu'une autre société du groupe en est bénéficiaire. L'analyse d'une telle situation se fera à lumière de la nature juridique des transactions et selon tous les faits pertinents au dossier[15]. »

Le seul élément additionnel que contient cette réponse est la certitude que l'ARC examinera plus en profondeur les situations dans lesquelles le montant du CDC résultant de la réception du produit d'une police d'assurance vie n'est pas réduit. Qu'on se le tienne pour dit et documentons nos dossiers adéquatement.

---

[15] « Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers », dans *Congrès 2010*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2011, pp. 50:1-42, question 1., aux pages 50:5-7.

1.1.3. Impact sur les règles transitoires prévues au paragraphe 112(3.2) L.I.R.

À la suite de l'annonce par l'ARC de sa nouvelle position à l'égard des polices d'assurance vie, certains contribuables pourraient vouloir modifier la structure de détention de leur police d'assurance vie. Cependant, il faut évaluer tous les impacts que peut entraîner un tel changement. Une disposition à ne pas négliger est la règle transitoire concernant les règles sur les minimisations de pertes prévues au paragraphe 112(3.2) L.I.R.

Avant le 27 avril 1995, il était possible, dans certains cas, d'éliminer complètement l'impôt à payer lors de la disposition réputée d'actions dans le cas du décès d'un actionnaire. Le scénario typique était le suivant. Au décès, l'actionnaire est réputé disposer de ses actions à leur juste valeur marchande (« JVM »), valeur qui devient le coût d'acquisition pour la succession[16]. À la suite de la réception du produit d'assurance vie par la société, cette dernière rachète les actions détenues par la succession. Un choix[17] est produit afin que le dividende réputé au rachat[18] provienne du CDC, compte qui est créé lors de la réception du produit d'assurance vie. Le dividende réputé étant exclu du produit de disposition[19] aux fins du calcul du gain ou de la perte en capital, la succession réalise une perte en capital équivalant au montant du dividende réputé. Ces transactions étant réalisées au cours de la première année d'imposition de la succession, il était alors possible de reporter la totalité de la perte en capital à l'encontre du gain en capital réalisé par l'actionnaire décédé[20] dans l'année de son décès. Dans ces circonstances, aucun impôt n'était payable sur le gain en capital accumulé sur les actions.

Le 26 avril 1995, des modifications ont été annoncées aux règles sur les minimisations de pertes prévues à l'article 112 L.I.R. Ainsi, lorsque les actions sont détenues par une fiducie qui est la succession d'un particulier et que toutes les conditions prévues sont respectées, la perte en capital réalisée lors du rachat de l'action doit être diminuée de la moitié de la perte déterminée par ailleurs ou du gain en capital réalisé par suite de la disposition présumée de l'action immédiatement avant le décès, le moindre

---

16 Par. 70(5) L.I.R.

17 Par. 83(2) L.I.R.

18 Par. 84(3) L.I.R.

19 Par. 54 « produit de disposition », al. j) L.I.R.

20 Par. 164(6) L.I.R.

de ces deux montants étant à retenir[21]. Des règles transitoires ont été introduites à ce moment pour permettre aux contribuables de continuer à bénéficier de ces règles généreuses lorsqu'ils avaient déjà planifié leurs affaires en ce sens[22].

Nous avons demandé à deux reprises à l'ARC si un changement de titulaire ou de bénéficiaire d'une police d'assurance vie pour se conformer à la nouvelle politique de l'ARC concernant les avantages imposables conférés à un actionnaire pour la détention d'une police d'assurance vie ferait perdre à l'actionnaire la possibilité de bénéficier des règles transitoires.

Dans un premier temps, la question a été posée à Table ronde présentée à la CALU[23]. La réponse mentionnait seulement qu'il s'agissait d'une question de fait et que chaque situation devait être analysée au cas par cas. Par contre, à la Table ronde de l'Association canadienne des compagnies d'assurances de personnes (ACCAP)[24], un an plus tard, la réponse était un peu plus précise. Bien que la question soit assez générale, l'ARC a cependant encadré sa réponse qui commence ainsi : (TRADUCTION LIBRE) « Il semble que la question de faits à laquelle vous référez dans votre question soit la suivante : un particulier possède des actions de Parentco. Une autre société, Subco, est une filiale en propriété exclusive de Parentco. »

Selon l'ARC, un transfert de la propriété de la police de Subco à Parentco ou un changement de bénéficiaire de Parentco à Subco dans la situation décrite dans la demande n'éliminera pas en soi la possibilité de bénéficier des règles transitoires.

1.2. LES SOCIÉTÉS À BUT UNIQUE

En vertu d'une politique administrative, l'ARC n'appliquait pas le paragraphe 15(1) L.I.R. à un actionnaire qui détenait un immeuble situé aux États-Unis par l'intermédiaire d'une société à but unique si toutes les conditions contenues dans cette politique étaient remplies. Cette politique, en vigueur depuis le début des années 1980, a été abolie, et ce, à compter du 1er janvier 2005. Elle ne s'applique plus à un nouveau bien qu'une société à

---

21 Par. 112(3.2) L.I.R.

22 L.C. 1998, ch. 19, par. 131(1).

23 « Table ronde 2010 sur la politique fiscale », précité, note 14, question 3.

24 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2011-0398401C6, 20 mai 2011.

but unique acquiert ou à toute personne qui acquiert des actions du capital-actions d'une société à but unique, sauf dans le cas où l'acquisition des actions d'une telle société est le résultat du décès du conjoint ou du conjoint de fait du particulier. Des règles transitoires ont cependant été instaurées. La politique continuera de s'appliquer aux arrangements qui étaient en vigueur le 1er janvier 2005 jusqu'à ce que survienne l'un des événements suivants soit la vente de l'immeuble par la société à but unique, soit la disposition des actions par l'actionnaire autre que le transfert résultant du décès du conjoint ou du conjoint de fait du particulier. De plus, cette politique administrative continuera de s'appliquer à toute rénovation ou addition à une habitation acquise avant le 1er janvier 2005 et à toute habitation qui était en construction le 31 décembre 2004.

Nous avons demandé à l'ARC si la règle transitoire s'appliquerait aux transferts des actions d'une société à but unique résultant d'un divorce ou de la rupture d'un mariage[25] ou au transfert de telles actions à une fiducie *alter ego*[26].

Dans le cas d'un transfert à la suite de la rupture d'une union conjugale, l'ARC refuse d'étendre la politique administrative pour y inclure une telle situation.

Dans le cas du transfert à une fiducie *alter ego*, le contribuable alléguait qu'en raison du fait que les actions puissent éventuellement lui revenir, il n'y avait pas de changement dans le *beneficial interest*. Donc, le transfert des actions à la fiducie *alter ego* ne devrait pas modifier la position administrative de l'ARC à l'égard de l'application du paragraphe 15(1) L.I.R. puisqu'il n'y aurait pas de disposition. Selon l'ARC, un tel transfert constituerait une disposition et conséquemment, les règles transitoires cesseraient de s'appliquer.

Force est de constater que l'ARC applique les règles transitoires de façon restrictive et que le contribuable qui en bénéficie doit s'y conformer à la lettre pour ne pas en perdre le bénéfice.

---

25 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2010-0386871E5, 7 juillet 2011.

26 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2011-0393401E5, 24 août 2011.

1.3. SITUATIONS DIVERSES

1.3.1. Émission d'actions à dividende discrétionnaire

La situation à l'étude est la suivante[27]. Le capital-actions d'Opco est composé de deux catégories d'actions. Les actions de catégorie A ont droit de vote et participent sur un même pied que les actions de catégorie B au reliquat des biens de la société en cas de liquidation. De plus, elles donnent droit à un dividende discrétionnaire. Les actions de catégorie B sont sans droit de vote et participent au reliquat des biens de la société sur un même pied que les actions de catégorie A. Les actions de catégorie B donnent également droit à un dividende discrétionnaire. Lors de la constitution d'Opco, M. X souscrit à 100 000 actions de catégorie A du capital-actions d'Opco pour un capital versé (« CV ») total de 1 000 $, soit 0,01 $ par action. M. X est aussi actionnaire d'une autre société, Gestco, dont il possède la totalité des actions. On a demandé à l'ARC si les cinq scénarios suivants entraîneraient des conséquences fiscales pour Opco et ses actionnaires. Dans les cinq scénarios, une autre personne souscrit des actions de catégorie B et Opco verse des dividendes discrétionnaires sur les actions de catégorie B.

Cas A

Lors de l'incorporation, Gestco souscrit à une action de catégorie B du capital-actions d'Opco pour un CV de 0,01 $. L'objectif de cette structure est de verser des dividendes à Gestco afin de mettre les liquidités excédentaires à l'abri de créanciers éventuels et de conserver le statut de société exploitant une petite entreprise[28] (« SEPE ») d'Opco.

Cas B

Dix ans après la souscription initiale de M. X, Gestco souscrit à une action de catégorie B du capital-actions d'Opco pour 5 $ au moment où les actions de catégorie A détenues par M. X ont une valeur de 500 000 $, soit 5,00 $ par action. Cette structure est également mise en place avec le même objectif, c'est-à-dire verser des dividendes à Gestco afin de mettre les liquidités excédentaires à l'abri de créanciers éventuels et de conserver le statut de SEPE d'Opco.

---

[27] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2010-0364131E5, 19 mai 2010.

[28] Par. 248(1) « société exploitant une petite entreprise » L.I.R.

Cas C

Lors de l'incorporation, l'épouse de M. X souscrit à une action de catégorie B du capital-actions d'Opco pour un CV de 0,01 $. L'objectif de cette structure est d'effectuer du fractionnement de revenu en payant des dividendes à l'épouse de M. X.

Cas D

Dix ans après la souscription initiale de M. X, l'épouse de M. X souscrit à une action de catégorie B du capital-actions d'Opco pour 5 $ au moment où les actions de catégorie A détenues par M. X valent 500 000 $, soit 5,00 $ par action. Les actions de catégorie B d'Opco prévoient un dividende qui a pour effet de réduire la valeur marchande des 100 000 actions de catégorie A détenues par M. X à un niveau inférieur à 500 000 $. L'objectif de cette structure est également d'effectuer du fractionnement de revenu en payant des dividendes à l'épouse de M. X.

Cas E

Lors de l'incorporation, un employé non lié souscrit à une action de catégorie B du capital-actions d'Opco pour un CV de 0,01 $. L'objectif de cette structure est de payer éventuellement des dividendes à l'employé non lié.

Les commentaires exprimés par l'ARC sont de nature générale. Elle ne se prononce pas sur la valeur marchande des actions de catégorie B au moment de leur émission puisqu'il s'agit d'une question de fait et que cette détermination ne relève pas de la Direction des décisions en impôt. Cependant, elle pourrait en arriver à la conclusion qu'un avantage économique a été consenti au détenteur des actions de la catégorie B à la suite de l'analyse de certains facteurs, tels les ententes entre les parties, l'objectif de la mise en place de la planification, l'intention quant aux versements de dividendes au détenteur des actions de catégorie B.

Ainsi, elle pourrait arguer qu'Opco conférerait un avantage au détenteur des actions de catégorie B lors de l'émission desdites actions par exemple, si le montant payé pour les actions de catégorie B ne représentait pas la JVM des actions de cette catégorie au moment de la souscription. Ainsi, un avantage visé par le paragraphe 15(1) L.I.R. ou par l'article 6 L.I.R. dans le cas où l'avantage est conféré en raison de l'emploi serait inclus dans le revenu du détenteur des actions de catégorie B.

Elle pourrait aussi en arriver à la conclusion que c'est M. X qui a conféré l'avantage. Dans un tel cas, c'est le paragraphe 69(1) L.I.R. qui s'applique. Ainsi, M. X disposerait d'une participation dans Opco en faveur du détenteur des actions de catégorie B. Ainsi, M. X serait réputé avoir reçu un produit de disposition égal à la JVM du bien disposé[29]. Cette position est basée sur la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *La Reine* c. *Kieboom*[30]. De plus, si la disposition survient en faveur de l'épouse de M. X (cas D), les règles d'attribution prévues au paragraphe 74.4(1) L.I.R. pourraient s'appliquer.

Évidemment, les dividendes discrétionnaires seraient imposés dans les mains des récipiendaires ou de l'auteur du transfert dans le cas D, sous réserve de l'application de la RGAÉ.

1.3.2. Dépenses de la société mère payées par la filiale

La situation à l'étude est la suivante[31] : Gestco détient 100 % des actions avec droit de vote d'Opco. Cette dernière a payé une dépense (des frais professionnels) pour le compte de Gestco et a déduit cette dépense dans le calcul de son revenu. Les questions étaient les suivantes : la dépense devrait-elle être refusée à Opco? Le montant payé par Opco pour le compte de Gestco devrait-il être inclus dans le revenu de Gestco en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R.? Finalement, est-ce que Gestco a le droit de déduire les frais professionnels dans le calcul de son revenu?

La réponse de l'ARC est que le paiement de la facture par Opco constitue un avantage pour Gestco, avantage qui doit être inclus dans son revenu. Dans ce contexte, Opco ne peut réclamer la dépense dans le calcul de son revenu. Enfin, si la dépense est engagée dans le but de gagner un revenu et si elle est raisonnable dans les circonstances, Gestco devrait pouvoir déduire la dépense dans le calcul de son revenu.

2. L'ARTICLE 55 L.I.R.

L'article 55 L.I.R. a été introduit au début des années 1980 afin d'empêcher les dépouillements de surplus de sociétés canadiennes

---

29 Al. 69(1)b) L.I.R.

30 92 D.T.C. 6382 (C.A.F.).

31 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2011-0401131E7, 30 mai 2011.

imposables. Ces règles sont peu explicites et font l'objet d'un nombre important d'interprétations de la part de l'ARC. Nous en analyserons quelques-unes qui ont pour objet l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. et le calcul du revenu protégé.

2.1. APPLICATION DU PARAGRAPHE 55(2) L.I.R.

2.1.1. Transfert de l'entreprise aux enfants

Dans cette interprétation technique[32], nous avons demandé à l'ARC si l'alinéa 55(3)a) L.I.R. s'appliquait de façon que les transactions hypothétiques suivantes ne soient pas visées par le paragraphe 55(2) L.I.R. Les faits sont les suivants :

1) Compagnie A (« Opco ») est détenue par les personnes suivantes :

   - A détient 2 000 actions privilégiées de catégorie B (« actions B ») dont le CV, le prix de base rajusté (« PBR ») et la JVM sont respectivement de 100 $, 500 000 $ et 500 000 $. Le PBR élevé de ces actions résulte d'une cristallisation de la déduction pour gains en capital (« DGC »)[33] effectuée antérieurement;

   - Gestion A (dont tout le capital-actions émis appartient à A) détient la totalité des actions privilégiées de catégorie C (« actions C ») dont le CV, le PBR et la JVM sont respectivement de 1 000 $, 1 000 $ et 4 M$;

   - Fiducie A détient 100 actions ordinaires dont le CV, le PBR et la JVM sont respectivement de 100 $, 100 $ et 3 M$.

2) Opco exploite six restaurants et A souhaite que chacun de ses deux enfants exploite trois restaurants.

3) Pour ce faire, A incorpore Nouco et souscrit à 1 000 actions privilégiées avec droit de vote de contrôle (actions de contrôle) pour 100 $. Ainsi, A a le contrôle de droit de Nouco à tout moment pertinent

---

[32] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2009-0317541E5, 2 novembre 2009.

[33] Par. 110.6(2.1) L.I.R.

et aux fins de la loi. A est le fondateur de Nouco aux fins de la loi corporative applicable.

4) Par la suite, Opco A vend les éléments d'actif de trois de ses restaurants à Nouco en contrepartie de la prise en charge les dettes reliées à ces trois restaurants et émet des actions privilégiées de roulement ayant une JVM de 3 M$. La transaction est soumise aux dispositions de roulement[34].

5) Les actionnaires d'Opco vendent une partie des actions qu'ils détiennent dans Opco en faveur de Nouco et reçoivent en contrepartie des actions du capital-actions de Nouco. Ainsi, A vend la moitié des actions B qu'il détient dans Opco et reçoit en contrepartie 1 000 actions B du capital-actions de Nouco ayant un CV, un PBR et une JVM respectifs de 50 $, 250 000 $ et 250 000 $. Gestion A vend, en utilisant les dispositions du paragraphe 85(1) L.I.R., la moitié de ses actions C en contrepartie d'actions C du capital-actions de Nouco ayant un CV, un PBR et une JVM respectifs de 500 $, 500 $ et 2 M$. Fiducie A vend, en utilisant les dispositions du paragraphe 85(1) L.I.R., le quart de ses actions ordinaires à Nouco et reçoit en contrepartie 25 actions ordinaires du capital-actions de Nouco ayant un CV et un PBR de 25 $ et une JVM de 750 000 $.

6) Par suite de ce transfert d'actions, A souscrit à 1 000 actions de contrôle d'Opco pour 100 $. Ainsi, A a le contrôle de droit d'Opco à partir de ce moment aux fins de la loi.

7) Il y a ensuite rachat croisé des actions de Nouco détenues par Opco d'une part, puis des actions d'Opco détenues par Nouco d'autre part, pour un montant de 3 M$, réciproquement, payable par l'émission d'un billet à demande sans intérêt.

8) Opco et Nouco font compensation de leur billet réciproque de 3 M$.

9) À la suite de ces transactions pour diviser les activités d'Opco entre deux sociétés, les actionnaires d'Opco vendent leurs actions, à l'exception des actions de contrôle détenues par A, en faveur de l'enfant X. Le prix de vente des actions correspond à la JVM des actions et est payé comptant, à la suite de l'obtention d'emprunts

---

[34] Par. 85(1) L.I.R.

contractés auprès d'une institution financière (4 M$) et auprès de A (500 000 $).

10) De même, les actionnaires de Nouco vendent leurs actions, à l'exception des actions de contrôle détenues par A, en faveur de l'enfant Y. Le prix de vente des actions correspond à la JVM des actions et est payé comptant à la suite de l'obtention d'emprunts contractés auprès d'une institution financière (2,5 M$) et auprès de A (500 000 $).

11) Fiducie A réalise un gain en capital d'environ 3 M$ sur la vente des actions ordinaires. Elle inclut dans le calcul de son revenu ou choisit de distribuer tout ou une partie du gain en capital imposable, ainsi que le reste du capital de la Fiducie A à A qui est l'un des bénéficiaires discrétionnaires de la Fiducie A selon l'acte de fiducie. A profite de la dernière tranche de 250 000 $ de la DGC contre le gain en capital imposable qui lui est attribué par Fiducie A.

12) À la suite de ces transactions, les enfants X et Y incorporent leur propre société de gestion (Gestco X et Gestco Y) dont ils seraient respectivement le seul actionnaire.

13) Chacun des enfants rembourse, à partir de ses propres avoirs, une partie de l'emprunt contracté auprès de l'institution financière, soit un montant de 750 000 $.

14) X et Y vendent respectivement à Gestco X et à Gestco Y la totalité des actions qu'ils détiennent dans Opco (pour X) et dans Nouco (pour Y) pour un prix de vente égal au prix payé pour acquérir ces actions, soit 4,5 M$ pour X et 3 M$ pour Y. En contrepartie, Gestco X prend en charge les emprunts de X auprès de A et de l'institution financière et émet des actions privilégiées ayant un CV légal et fiscal minime, mais rachetables pour 750 000 $. Gestco Y fait de même, en prenant en charge les emprunts de Y et en émettant des actions privilégiées comportant les mêmes caractéristiques quant au CV et à la valeur de rachat.

15) Finalement, il est possible qu'Opco soit fusionnée avec Gestco X pour former Amalco X et que Nouco soit fusionnée avec Gestco Y pour former Amalco Y.

L'intérêt de cette interprétation technique ne réside pas tant dans la position adoptée par l'ARC en réponse aux questions posées, puisque

évidemment tout est une « question de faits », mais plutôt dans les séries d'éléments que l'ARC analysera pour prendre position et dans l'interrelation entre les diverses dispositions législatives contenues à l'article 55 L.I.R.

En plus des faits décrits par le contribuable, l'ARC pose comme hypothèse que les actions ordinaires sont les seules actions avec droit de vote d'Opco au début de la série de transactions et que, par conséquent, Fiducie A contrôle Opco jusqu'à l'émission des actions de contrôle à A qui contrôlera par la suite Opco. De plus, toutes les opérations mentionnées font partie de la série d'opérations ou d'événements et celles-ci ont été divulguées.

La première question consiste à savoir si l'alinéa 55(3)a) L.I.R. s'applique. Ramené à sa plus simple expression, l'objet de l'alinéa 55(3)a) L.I.R. est d'exclure de l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. les dividendes qui font partie d'opérations ou d'événements entre personnes liées. Ainsi, lorsque les opérations ou les événements ne contiennent pas de dispositions de biens envers une personne non liée ou lorsqu'il n'y a aucune augmentation sensible de la participation dans une société d'une personne non liée, les dividendes ne seront pas visés par le paragraphe 55(2) L.I.R.

Dans un premier temps, il est bon de rappeler que l'article 55 L.I.R. fait référence à des « personnes liées » et non à des « personnes ayant entre elles un lien de dépendance ». Il s'agit donc de règles techniques énoncées au paragraphe 251(2) L.I.R. et il faut faire abstraction des liens qui résultent d'une question de fait.

Pour déterminer si des personnes non liées sont impliquées dans une opération ou une série d'opérations, il faut d'abord déterminer par rapport à quelle personne il faut établir le lien ou l'absence de lien. La réponse se retrouve au sous-alinéa 55(3.01)a)(i) L.I.R. Il s'agit du bénéficiaire du dividende. Ainsi, une personne à laquelle le bénéficiaire d'un dividende n'est pas lié est une personne non liée aux fins de l'alinéa 55(3)a) L.I.R.

Par la suite, il faut déterminer si des personnes non liées sont impliquées dans la série d'opération ou d'événements. En plus des règles prévues au paragraphe 251(2) L.I.R., la loi contient, à l'article 55 L.I.R., des dispositions spécifiques en matière de personnes liées. Ainsi, pour déterminer si des personnes sont liées, « des personnes sont réputées n'avoir entre elles aucun lien de dépendance et ne pas être liées entre elles si l'une est le frère ou la sœur de l'autre »[35]. Ensuite, une fiducie et une personne

[35] S.-al. 55(5)e)(i) L.I.R.

seront réputées être liées entre elles, entre autres situations, dans le cas où la personne est une société contrôlée par la fiducie ou dans le cas où la personne est liée, à un moment donné, à chaque bénéficiaire de la 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 et à cette fin, une personne est réputée être liée à elle-même[36]. Lors du Congrès 2004 de l'APFF, l'ARC a mentionné que l'expression « […] chaque bénéficiaire de la fiducie qui a ou peut avoir droit […] à une part du revenu ou du capital de la fiducie » ne devait pas être interprétée en fonction de l'expression « droit de bénéficiaire » à l'alinéa 248(25)a) L.I.R., et ce, bien que les droits décrits dans ces deux dispositions soient assez semblables[37].

L'ARC remarque que, dans les opérations décrites, plusieurs d'entre elles concernent des dispositions de biens ou des augmentations sensibles de participation. L'ARC conclut que, sur la base des faits soumis, dans la mesure où le paragraphe 55(4) L.I.R. ne s'appliquait pas et où chacun de A, Nouco et Opco étaient liés à tous les bénéficiaires de Fiducie A aux moments opportuns, l'exception prévue à l'alinéa 55(3)a) L.I.R. s'appliquerait à l'égard des dividendes réputés résultant des rachats croisés entre Opco et Nouco.

Évidemment, à la suite de la réponse précédente, la deuxième question qui se pose consiste à déterminer si le paragraphe 55(4) L.I.R. pourrait s'appliquer. Ce paragraphe est une règle qui établit que lorsque l'un des principaux motifs de certaines transactions consiste à faire en sorte que des personnes deviennent liées de façon à éviter l'application du paragraphe 55(2) L.I.R., le lien est réputé ne pas exister.

Le contribuable mentionne que les raisons pour lesquelles A conserve le contrôle d'Opco et de Nouco sont pour garantir le remboursement du prêt qu'il a consenti à ses deux enfants et pour assurer une saine transition entre son administration et celle de ses enfants.

L'ARC ne répond pas à cette question puisqu'elle n'a pas tous les faits pertinents. Cependant, les éléments analysés comprendraient, entre autres :

---

36 S.-al. 55(5)e)(ii) et 55(5)e)(iii) L.I.R.

37 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 50:9-78, question 1.9., aux pages 50:24-26.

> « [...] l'âge du parent et des enfants, l'implication du parent et des enfants dans les entreprises préalablement à la réorganisation et par la suite, l'expérience et la formation des enfants pour exploiter de telles entreprises, l'identité du ou des fiduciaires de Fiducie A, la durée de détention par A des actions votantes du capital-actions de Nouco et de Compagnie A, etc.[38] »

Bien que l'ARC ait rendu dans le passé des décisions selon lesquelles le paragraphe 55(4) L.I.R. ne s'applique pas, elle conclut ceci dans le présent cas :

> « [...] il n'est pas exclu que nous arrivions à la conclusion qu'un des principaux motifs correspond à celui indiqué au paragraphe 55(4) considérant un ensemble de facteurs dont, entre autres, l'identité des personnes qui contrôleraient Compagnie A préalablement à la réorganisation décrite. À cet égard, nous constatons que l'intérêt économique de A, dans les entreprises, se chiffrerait à 4,5 M$ avant la réorganisation décrite et à seulement 1 M$ après cette réorganisation. De plus, à la suite des opérations, chacun des enfants détiendrait un intérêt économique supérieur à celui de leur père dans Compagnie A ou Nouco, selon le cas[39]. »

La troisième question concerne la déductibilité des intérêts. Lors du transfert des actions d'Opco et Nouco à Gestion X et Gestion Y respectivement, ces dernières prendront en charge les emprunts dus par X et Y à l'institution financière et à A.

L'ARC confirme que les intérêts seraient déductibles[40] si les conditions qui y sont par ailleurs prévues sont remplies. Le sous-alinéa 20(1)c)(ii) L.I.R. utilise le critère « en vue d'en tirer un revenu ». Il faut donc déterminer bien par bien et non de façon globale si ce critère est rempli. Ainsi, les intérêts sur les emprunts pris en charge en contrepartie de l'acquisition des actions B et C ne seraient pas déductibles si ces catégories d'actions ne comportaient pas de dividende. À l'égard de l'acquisition des actions ordinaires, l'ARC réitère ce qui suit :

> « [...] 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

---

38 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 32.

39 *Id*.

40 S.-al. 20(1)c)(ii) L.I.R.

> dividendes. Malgré tout, chaque situation doit être traitée selon les faits particuliers en cause[41]. »

Elle ajoute que ces commentaires pourraient être modifiés advenant le dépôt de propositions législatives et « qu'il est possible que la nouvelle proposition législative, une fois adoptée, soit applicable aux années antérieures à son adoption ou à son annonce »[42].

Dans un quatrième temps, l'ARC confirme que la position énoncée au *Bulletin d'interprétation* IT-533[43], à savoir que les intérêts sur les emprunts sont déductibles après une fusion, s'applique toujours puisque les emprunts pris en charge seraient la contrepartie donnée pour l'acquisition des éléments d'actif provenant des sociétés remplacées au lieu des actions acquises avec le produit de l'emprunt. Donc, les éléments d'actif des sociétés remplacées sont acquis pour tirer un revenu d'une entreprise et si toutes les autres conditions requises pour la déductibilité des intérêts sont satisfaites, les intérêts sur les emprunts pris en charge seraient déductibles pour les nouvelles sociétés résultant des fusions.

Finalement, à la question de savoir si l'article 84.1 L.I.R. s'applique au transfert des actions à Gestco X et à Gestco Y, l'ARC répond qu'il est possible que cette disposition n'amène aucune réduction du CV ni de dividende réputé. Cette analyse doit être bien faite en fonction de la contrepartie donnée pour chacun des biens et cette information n'est pas disponible.

2.1.2. Problème de double imposition

Dans cette opinion[44], on a demandé à l'ARC quelle position elle adopterait pour éviter la double imposition lorsque le paragraphe 55(2) L.I.R. s'applique à une opération qui consiste en l'augmentation du CV des actions ou la déclaration d'un dividende en actions.

---

41 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-533, « Déductibilité de l'intérêt et questions connexes », 31 octobre 2003, par. 31.

42 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 32.

43 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 41, par. 21.

44 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2011-041515891E5, 31 août 2011.

La première situation concerne une société résidant au Canada qui procède à une augmentation du CV relativement à des actions d'une catégorie donnée détenue par une autre société résidant au Canada. Dans la seconde, des actions privilégiées sont reçues par une société résidant au Canada à titre de dividende en actions versé sur des actions ordinaires du capital-actions d'une autre société résidant au Canada. Dans les deux cas, la société recevrait un dividende imposable à l'égard duquel elle aurait droit à une déduction en vertu du paragraphe 112(1) L.I.R.

Ce questionnement survient à la suite de modifications apportées à l'alinéa 53(1)b) L.I.R. et au paragraphe 52(3) L.I.R. les 8 novembre 2006 et 16 juillet 2010 et reprises dans l'Avis de motion de voies et moyens déposé en juin 2011[45]. Auparavant, lorsqu'un dividende réputé était réalisé à la suite de l'augmentation du CV d'une catégorie d'actions du capital-actions d'une société[46], le montant complet du dividende réputé était ajouté au PBR des actions de cette catégorie. Lorsqu'une société déclarait un dividende en actions, le PBR des actions était égal au montant du dividende, lequel « est le montant correspondant à l'augmentation, découlant du dividende, du capital versé de la société qui a versé le dividende »[47].

Les modifications annoncées limitent le montant de l'augmentation du PBR à un maximum égal au revenu protégé de la société établi avant le « moment de détermination du revenu protégé »[48] lorsque le dividende est déductible en vertu du paragraphe 112(1) L.I.R. Le fait que le PBR soit inférieur au CV des actions pourrait entraîner dans certaines situations une double imposition.

Dans un premier temps, l'ARC indique que, dans le cas où il est établi que le paragraphe 55(2) L.I.R. ne s'applique pas, l'excédent du montant de l'augmentation du CV relativement aux actions détenues sur le revenu protégé en main (« RPEM ») relativement à ces actions ne serait pas imposé deux fois à titre de gain en capital. Le problème de « double imposition » n'existe donc pas.

---

45 CANADA, ministère des Finances, *Avis de motion de voies et moyens visant à modifier la* Loi de l'impôt sur le revenu *et le* Règlement de l'impôt sur le revenu, 6 juin 2011.

46 Par. 84(1) L.I.R.

47 Par. 248(1) « montant », al. c) L.I.R.

48 Par. 55(1) « moment de détermination du revenu protégé » L.I.R.

Lorsque le paragraphe 55(2) L.I.R. s'applique, il est possible qu'un montant soit susceptible d'être imposé deux fois à titre de gain en capital étant donné que le PBR des actions ne serait pas augmenté du montant qui serait réputé ne pas être un dividende en vertu de l'alinéa 55(2)a) L.I.R.

Cependant, lorsque la société a disposé des actions, l'alinéa 55(2)b) L.I.R. prévoit que ce montant « est réputé être le produit de disposition de l'action, sauf dans la mesure où il est inclus par ailleurs dans le calcul de ce produit ». Puisque cet alinéa prévoit explicitement que le produit de disposition ne peut être inclus deux fois, il n'y aurait donc pas double imposition.

Cependant, dans les cas où il n'y a pas disposition des actions, c'est l'alinéa 55(2)c) L.I.R. qui s'applique, et le montant réputé ne pas être un dividende pourrait être imposé deux fois comme gain en capital. En pareil cas, l'ARC appliquerait l'alinéa 55(2)c) L.I.R. dans l'année de l'augmentation du CV et, au moment de la disposition éventuelle des actions, le gain en capital serait calculé, déduction faite du montant inclus précédemment dans le revenu en application de l'alinéa 55(2)c) L.I.R.

Dans le cas d'un dividende en actions, bien que le mécanisme pour déterminer le produit de disposition ou le gain en capital diffère à cause de la nature de la transaction, une position similaire serait adoptée pour éviter la double imposition.

2.1.3. Augmentation sensible d'une participation

Gestion, Opco et Gestion-Tiers sont des sociétés privées sous contrôle canadien. Gestion possède 600 actions ordinaires d'Opco et Gestion-Tiers en possède 400. Toutes les actions de Gestion sont détenues par X. Gestion et Gestion-Tiers ne sont pas des personnes liées. X désire procéder à un gel au profit de son enfant. Dans le cadre du remaniement de capital[49], les 1 000 actions ordinaires du capital-actions d'Opco seront converties en 1 000 actions de catégorie B du capital-actions d'Opco, ayant un CV de 1 000 $ et une valeur de rachat de 5 M$, soit la JVM au moment du gel. Le RPEM attribuable aux 1 000 actions ordinaires d'Opco est de 2 M$ et sera réparti proportionnellement entre Gestion et Gestion-Tiers. Immédiatement après cette conversion, Opco émettra 100 nouvelles actions ordinaires de son capital-actions, soit 60 à l'enfant de X et 40 à Gestion-Tiers. À la suite de cette souscription d'actions, l'enfant de X aurait le contrôle *de jure* d'Opco.

[49] Art. 86 L.I.R.

Opco s'apprête à procéder au rachat d'actions de catégorie B de son capital-actions. Le rachat sera proportionnel. L'ARC a répondu aux quatre questions suivantes[50] :

1) L'émission d'actions ordinaires à l'enfant de X constitue-t-elle une augmentation sensible de sa participation?

2) Le paragraphe 55(2) L.I.R. s'appliquera-t-il au rachat des actions de catégorie B détenues par Gestion-Tiers?

3) Le paragraphe 55(2) L.I.R. s'appliquera-t-il au rachat des actions de catégorie B détenues par Gestion lorsque le rachat des actions se fait de façon simultanée pour les deux détenteurs?

4) Le paragraphe 55(2) L.I.R. s'appliquera-t-il au rachat des actions de catégorie B détenues par Gestion lorsque le rachat des actions se fait de façon successive pour les deux détenteurs et que le rachat des actions de Gestion survient en premier? La raison pour laquelle Opco procéderait à deux rachats successifs est que seul le dividende versé à Gestion serait désigné comme étant un dividende déterminé provenant du « compte de revenu à taux général »[51].

Dans un premier temps, l'ARC analyse les transactions pouvant causer une augmentation sensible de la participation d'une personne. Deux transactions pourraient causer une augmentation sensible de participation[52], soit l'acquisition des actions avec droit de participation dans le cadre du gel et le rachat des actions privilégiées.

Au moment de l'acquisition des actions ordinaires dans le cadre du gel, il n'y aurait pas eu d'augmentation sensible de la participation de Gestion-Tiers dans Opco. En effet, l'augmentation en dollars absolus ne serait que de 40 $ sur une valeur de 5 000 100 $ alors que le pourcentage des actions détenues par Gestion-Tiers demeurerait à 40 %. Gestion-Tiers conserverait également un pourcentage de 40 % de la valeur future d'Opco. Par contre, au moment de l'acquisition des actions ordinaires dans le cadre du gel, l'enfant de X, qui n'est pas lié à Gestion-Tiers, augmenterait sa participation directe

---

50 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2010-0359791E5, 5 mai 2010.

51 Par. 89(1) « compte de revenu à taux général » L.I.R.

52 S.-al. 55(3)a)(ii) et 55(3)a)(v) L.I.R.

dans Opco, il y aurait alors une augmentation sensible de la participation de l'enfant de X puisqu'il acquiert 60 % de la valeur future d'Opco.

Le dividende réputé versé[53] lors du rachat simultané des actions de catégorie B détenues par Gestion-Tiers serait visé par le paragraphe 55(2) L.I.R., et ce, pour plusieurs raisons. En effet, au moment de l'acquisition des actions ordinaires dans le cadre du gel par l'enfant de X, il y aura une augmentation sensible de sa participation. De même, le rachat d'actions de catégorie B détenues par Gestion et Gestion-Tiers, qui serait effectué de façon simultanée et en proportion de l'ensemble des actions de catégorie B que chacun détiendrait, pourrait entraîner une augmentation sensible de la participation directe de l'enfant de X dans Opco. Enfin, il faut également noter que le remaniement de capital effectué en vertu du paragraphe 86(1) L.I.R. entraînerait une disposition des actions ordinaires en faveur d'Opco qui n'est pas une personne liée à Gestion-Tiers.

Pour déterminer si le dividende réputé au rachat des actions de catégorie B détenues par Gestion, il faut déterminer s'il y a une augmentation sensible de la participation de Gestion-Tiers dans Opco. Le rachat des actions de catégorie B détenues par Gestion et Gestion-Tiers qui serait effectué de façon simultanée et en proportion de l'ensemble des actions de catégorie B que chacun détiendrait (soit 60 % pour Gestion et 40 % pour Gestion-Tiers) n'entraînerait aucune augmentation de la participation directe de Gestion-Tiers dans Opco. Par conséquent, dans un tel cas, le dividende réputé lors du rachat simultané des actions de catégorie B détenues par Gestion ne serait pas visé par le paragraphe 55(2) L.I.R.

Par contre, dans le cas où le rachat des actions de catégorie B des deux actionnaires est fait de façon consécutive, le résultat est différent. Ainsi, si un certain nombre d'actions de catégorie B détenues par Gestion sont rachetées, le pourcentage de la valeur des actions détenues par Gestion-Tiers par rapport à la valeur totale des actions émises et en circulation immédiatement après le rachat augmentera. Si cette augmentation est sensible, le dividende réputé versé lors du rachat des actions de catégorie B détenues par Gestion serait visé par le paragraphe 55(2) L.I.R.

---

[53] Par. 84(3) L.I.R.

2.2. CALCUL DU REVENU PROTÉGÉ

2.2.1. Répartition du revenu protégé

La situation suivante a été présentée à l'ARC[54]. Opco est une société qui compte deux actionnaires. A détient 100 actions de catégorie A qui sont des actions ordinaires comportant un dividende discrétionnaire. Leur PBR et leur CV est de 100 $. Gestco, une société détenue à 100 % par M. A, détient 900 actions de catégorie B sans droit de vote, sans droit de participation quant au reliquat des biens en cas de liquidation et comportant elles aussi un dividende discrétionnaire. Leur PBR et leur CV est de 900 $. Durant les cinq premières années, Opco a réalisé un bénéfice de 200 000 $ après impôts qu'elle a versé à titre de dividende à Gestco pour « purifier » Opco. A s'apprête à vendre ses actions à un tiers avec lequel il n'a aucun lien de dépendance. Préalablement à cette vente, Opco rachètera les actions de Gestco pour un montant de 900 $ correspondant à la valeur de rachat prévue dans les statuts de la société. L'une des questions soumises à l'ARC concerne la répartition du revenu protégé entre les actions A et les actions B. Le contribuable mentionne qu'il pourrait y avoir deux méthodes pour répartir le revenu protégé. L'une de celles-ci consisterait à attribuer le RPEM proportionnellement selon le nombre d'actions d'une société donnée détenue par un actionnaire sur le nombre total d'actions en circulation de la société alors que selon l'autre méthode, la répartition serait effectuée selon la proportion du montant cumulatif des dividendes reçus par un actionnaire d'une société donnée sur l'ensemble des dividendes versés par la société.

L'ARC indique qu'il s'agit d'une question de fait. La répartition du RPEM est fondée sur le droit des actions de différentes catégories de participer dans le revenu protégé de la société et dépend de la période de détention des actions, ce qui nécessiterait une analyse des droits, privilèges, conditions et restrictions afférents aux différentes catégories d'actions émises et en circulation, des clauses pertinentes d'une convention unanime entre actionnaires et possiblement de la législation sur les sociétés qui serait applicable. Dans la situation présente, il est possible que le RPEM soit entièrement attribuable aux actions de catégorie A. Cette position est basée sur la réponse émise par l'ARC lors d'une conférence prononcée au Congrès 1988 de l'Association canadienne d'études fiscales qui se lit comme suit :

---

[54] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2010-00388821E5, 12 janvier 2011.

> « Our view is that income will be attributable to a particular class of shares in the same proportion in which each class of shares would be entitled to earnings of the corporation if all earnings were to be distributed in the process of dissolution. Once the income earned or realized is allocated among the various classes of shares, the extent to which the income allocated to a particular share is reflected in a gain on that share must be determined. The comments in this paper on stock options, stock dividends, and stock splits should also be considered[55]. » (Notre soulignement)

2.2.2. Le revenu protégé en main et les pertes en capital

On a demandé à l'ARC des précisions sur le calcul du RPEM lorsqu'une perte en capital est réalisée à un moment postérieur de détermination du revenu protégé[56]. Les faits sont les suivants : Holdco est le seul actionnaire de Xco. Xco a une créance à recevoir qui est une immobilisation et qui a été radiée aux fins comptables. Holdco prévoit vendre les actions de Xco à une personne à laquelle elle n'est pas liée. Préalablement à la vente, certaines transactions seraient effectuées. Dans un premier temps, Xco paierait un dividende à Holdco égal au RPEM calculé avant le moment de détermination du revenu protégé. Immédiatement après, Xco paierait un dividende en nature et transférerait la créance à Holdco. Lors du paiement du dividende en nature, Xco réaliserait une perte en capital, qui serait refusée[57]. Finalement, les actions seraient vendues à un tiers.

La précision demandée à l'ARC concerne le moment auquel la perte en capital doit être prise en considération dans le calcul du RPEM. La position générale de l'ARC à l'égard des pertes est que la perte doit être reflétée dans le RPEM lorsqu'elle est subie ou soutenue par le bénéficiaire du dividende pendant la période de détention et non lorsqu'elle est déduite aux fins fiscales. De plus, selon l'ARC, le gain qui sera réalisé à la disposition doit être analysé pour en déterminer la source. La perte latente doit être reflétée dans le RPEM avant le moment de détermination du revenu protégé puisque selon l'ARC, les fonds prêtés par Xco doivent être considérés comme ayant été « dépensés ». Ils ne peuvent donc pas être en main.

---

55 Robert J.L. READ, « Section 55: A Review of Current Issues », dans *1988 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1989, pp. 18:1-28, à la page 18:27.

56 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2011-0395701E5, 5 avril 2011.

57 Al. 40(2)e.1) L.I.R.

2.2.3. Les sociétés de personnes

Une société de personnes (« SENC ») est l'unique actionnaire d'une société par actions (« Filialeco »). Dans le cadre d'une réorganisation de tous les associés, un particulier, X, transfère sa participation dans SENC à une société par actions (« Holdco ») en échange d'actions privilégiées de catégorie B du capital-actions de cette dernière (« actions de gel »). La transaction est assujettie aux dispositions de roulement prévues au paragraphe 85(1) L.I.R. et la somme convenue correspond au PBR de la participation. Simultanément, X a souscrit à des actions de catégorie A du capital-actions de Holdco et une fiducie familiale a souscrit à des actions de catégorie C du capital-actions de Holdco (« actions de participation »). X, la fiducie familiale et Holdco ne sont pas liées aux autres associés de SENC. Il est possible de démontrer que Holdco exerce une influence notable sur les opérations de Filialeco. Préalablement à la réorganisation, un montant de revenu protégé est attribuable aux actions du capital-actions de Filialeco.

Nous avons demandé à l'ARC si le revenu protégé attribuable aux actions de Filialeco devait être considéré dans le calcul du revenu protégé attribuable aux actions de gel de Holdco et si la réponse est négative, sur quelle catégorie d'actions le revenu protégé devrait-il être imputé[58].

En fonction de la terminologie employée au paragraphe 55(2) L.I.R., l'ARC applique un certain principe de consolidation dans le calcul du RPEM d'une société pourvu que le gain en capital à la disposition de l'action soit attribuable au revenu protégé par la société.

Dans la présente situation, le gain en capital qui résulterait de la vente des actions de gel pourrait raisonnablement être attribuable en partie au RPEM généré par Filialeco pendant la période de détention d'une participation dans SENC par le particulier, si la JVM de la participation lors du transfert est supérieure au PBR de la participation. Ce raisonnement de l'ARC s'explique comme suit : lorsque Filialeco gagne ou réalise un revenu, celui-ci est une composante de la valeur de la participation dans SENC et, par conséquent, il est également une composante de la valeur de rachat des actions de gel de Holdco obtenues par le particulier lors du transfert par celui-ci de la participation qu'il détient dans la société de personnes. De plus, si SENC n'a pas reçu un tel RPEM généré par Filialeco au titre de son

---

[58] « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2010*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2011, pp. 52:1-102, question 11., aux pages 52:24-29.

propre revenu, le PBR de la participation dans la société de personnes que détenait le particulier avant le roulement n'aura pas augmenté pour refléter ce RPEM généré par Filialeco. Il en sera de même en ce qui concerne le PBR des actions de gel obtenues lors du roulement de la participation dans la société de personnes si la somme convenue, lors du roulement, est égale au PBR de la participation (en supposant que la JVM soit supérieure).

Il est possible qu'une partie du RPEM de Filialeco avant le transfert de la participation à Holdco soit attribué aux actions de gel. Cependant, ce montant peut varier dans le temps et peut même être remplacé par un revenu gagné ou réalisé par Holdco. Ce serait le cas si SENC recevait un dividende de Filialeco ou si elle réalisait un gain en capital à la disposition des actions de Filialeco. Lorsque surviennent de telles situations, il faut leur porter une attention particulière afin que le RPEM ne soit pas dédoublé.

2.2.4. L'article 110.5 L.I.R.

Nous avons demandé à l'ARC si un montant ajouté au revenu imposable d'un contribuable en vertu de l'article 110.5 L.I.R. pouvait être ajouté au revenu protégé ou au RPEM d'une société[59]. Cette disposition permettrait à une société d'ajouter un montant dans le calcul de son revenu imposable, si cela l'autorisait à augmenter le montant qu'elle peut réclamer à titre de crédit pour impôt étranger[60] sans entraîner l'augmentation d'autres montants qui y sont énumérés. Le montant de l'ajout au calcul du revenu imposable est également ajouté à la perte autre qu'en capital (« PAQC ») de la société pour l'année.

Le point de départ du calcul du revenu protégé d'une société est son revenu net[61]. Par la suite, il faut tenir compte des rajustements prévus aux alinéas 55(5)b) à 55(5)d) L.I.R. Aucun de ces alinéas ne permet d'ajouter le montant de l'addition prévu à l'article 110.5 L.I.R.

Par la suite, il faut quelquefois apporter certains rajustements au revenu protégé pour obtenir le RPEM. Le RPEM est le montant disponible aux fins de distributions par une société. L'ARC est d'avis qu'aucun rajustement ne doit être apporté au RPEM tant pour le montant de l'ajout au revenu imposable que pour le montant ajouté à la PAQC de la société.

---

59 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 56.

60 Par. 126(1) et 126(2) L.I.R.

61 *454538 Ontario Limited and 454539 Ontario Limited* c. *MRN*, 93 D.T.C. 427 (C.C.I.).

3. SUJETS DIVERS

3.1. CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES ET JUSTE VALEUR MARCHANDE DES ACTIONS

Lors des Journées d'études fiscales tenues à Montréal les 9 et 10 juin 2011, nous avons demandé à l'ARC si elle pouvait donner des exemples de clauses qui diminueraient la JVM des actions de gel[62]. En effet, lorsque ces actions sont émises en contrepartie d'actions ordinaires, la préoccupation première de l'ARC est de s'assurer que la valeur totale de la contrepartie incluant les actions de gel soit égale à la JVM des actions ordinaires échangées, et ce, afin qu'il n'y ait pas d'avantage conféré par l'auteur du gel à une personne liée. Les éléments à prendre en considération dans la détermination de la JVM des actions de gel sont évidemment les caractéristiques des actions elles-mêmes prévues dans les statuts, mais aussi les conventions ayant trait aux actions.

Voici les trois exemples donnés par l'ARC :

- Le détenteur des actions privilégiées de gel s'engage à ne pas demander le rachat de toutes ses actions en même temps;

- Le détenteur des actions privilégiées de gel s'engage à ne pas demander le rachat de ses actions sans l'accord de tous les actionnaires de la société;

- Le détenteur des actions privilégiées de gel s'engage à accepter de recevoir en paiement du rachat de ses actions un billet à terme qui ne porte pas intérêt à un taux commercial raisonnable dans les circonstances.

3.2. NOUVEAU GEL À LA SUITE D'UNE BAISSE DE VALEUR DE LA SOCIÉTÉ

Dans le cas d'un nouveau gel, la position de l'ARC veut que le nouveau gel, effectué à la suite d'une baisse de la valeur des actions de la société après la mise en place d'un gel antérieur, ne conférera pas d'avantage aux autres actionnaires (ordinaires ou privilégiés) à la condition que la baisse de valeur ne soit pas attribuable à un dépouillement des actifs de la société et

---

[62] « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Journées d'études fiscales 2011*, Toronto, Fondation canadienne de fiscalité, 2011, pp. 1-16, question 1, aux pages 1 et 2.

que la JVM des nouvelles actions de gel soit égale à la JVM des anciennes actions de gel au moment du nouveau gel. On a demandé à l'ARC de préciser certains points sur ce qu'elle considère comme étant un dépouillement d'actifs[63].

À la première question, l'ARC a mentionné qu'un dépouillement d'actifs peut être fait de plusieurs manières et elle nous en donne deux exemples :

- un dividende qui serait payé par la société sur ses actions ordinaires et qui réduirait la JVM des actions de gel à un montant inférieur à leur valeur de rachat;

- le paiement d'un boni ou d'un salaire au bénéficiaire du gel à l'égard d'une transaction de vente d'actifs survenue après le gel alors que la valeur des services rendus par le bénéficiaire du gel est inférieure au montant de la rémunération payée.

On a ensuite présenté la situation suivante : à la suite d'un gel, la valeur de la société continue d'augmenter, elle paie des dividendes à ses actionnaires et sa valeur demeure supérieure à la valeur des actions de gel. Par la suite, la valeur de la société décline à un montant inférieur à la valeur du gel initial. L'ARC pourrait considérer que le paiement d'un dividende n'entacherait pas sa position pourvu que le dividende soit payé à même les bénéfices non répartis de la société et qu'il n'ait pas d'impact sur la valeur des actions de gel. Cependant, si la baisse de valeur survenait dans un court laps de temps après le paiement du dividende, l'ARC analyserait tous les faits et les circonstances entourant la baisse de valeur avant de prendre position.

À la troisième question, l'ARC mentionne que le paiement d'un boni ou d'un salaire au bénéficiaire du gel qui est encore actif ne compromettrait pas la position de l'ARC pourvu que la rémunération soit conforme à la valeur des services rendus et aux responsabilités assumées par le bénéficiaire du gel.

Finalement, à la dernière question, l'ARC répond que si l'impact pour les actionnaires d'une baisse de valeur découle d'un dépouillement d'actifs, elle examinerait la possibilité d'appliquer les paragraphes 15(1), 56(2),

---

63 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2010-0362321C6, 8 juin 2010.

69(1), 246(1) et/ou 245(2) L.I.R. De plus, si le nouveau gel n'est pas effectué à la JVM, l'ARC considérerait aussi l'application des paragraphes 51(2), 86(2) et de l'alinéa 85(1)e.2) L.I.R.

3.3. PLANIFICATION *POST MORTEM*

On a demandé à l'ARC de clarifier sa position à l'égard des alinéas 88(1)d.2) et 88(1)d.3) L.I.R.[64] Ceux-ci permettent de déterminer à quel moment une personne a acquis le contrôle d'une société pour la dernière fois. C'est à ce moment que doit être établie la JVM d'un bien aux fins de calculer le montant de l'augmentation possible du PBR d'une immobilisation autre qu'un bien amortissable lorsqu'une société mère liquide sa filiale. Les transactions présentées à l'ARC sont les suivantes :

- À la date de son décès, X possède les actions d'Immo, une société qui possède un terrain et une bâtisse commerciale;

- Immédiatement avant son décès, X est réputé disposer des actions d'Immo à leur JVM et Succession les acquiert à ce même coût[65];

- Par la suite, Succession constitue une nouvelle société, Mèreco;

- Succession transfère les actions d'Immo à Mèreco en échange d'actions ordinaires de cette dernière. La transaction sera effectuée en vertu des dispositions de roulement prévues dans la loi[66];

- Immo, qui est une filiale en propriété exclusive de Mèreco, est liquidée dans cette dernière[67];

- Mèreco veut augmenter le coût du terrain en vertu de l'alinéa 88(1)d) L.I.R. à l'intérieur des limites permises.

L'ARC réitère sa position selon laquelle, en vertu de la politique fiscale sous-jacente, elle accordera le même traitement, que l'acquisition de contrôle

---

64 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2011-0391821E5, 8 mars 2011.

65 Par. 70(5) L.I.R.

66 Par. 85(1) L.I.R.

67 Par. 88(1) L.I.R.

survienne à la suite du décès d'une personne ou qu'elle survienne lors d'une transaction entre personnes n'ayant aucun lien de dépendance entre elles. En conséquence et pourvu que l'alinéa 88(1)d.3) L.I.R. s'applique aux transactions décrites, Mèreco serait réputée avoir acquis le contrôle d'Immo immédiatement après le décès de X.

CONCLUSION

Les positions administratives des autorités fiscales évoluent parfois très rapidement. C'est pourquoi nous devons toujours être à l'affût des nouveautés pour offrir un service de qualité à nos clients.

VENTES À L'ÉTRANGER



Jean-François Poulin
Avocat, associé
Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l.

TEXTE NON REMIS

LES STRUCTURES DE SOCIÉTÉS LES PLUS POPULAIRES POUR EXPLOITER UNE ENTREPRISE PROFESSIONNELLE



Martin Bussières
Avocat, M. Fisc., associé
Welch Bussières

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 7:5

1. LA LÉGISLATION – GÉNÉRALITÉS 7:6

1.1. DÉTENTION DES ACTIONS DES SOCIÉTÉS PROFESSIONNELLES 7:7
1.1.1. Actions comportant plein droit de vote 7:7
1.1.2. Autres types d'actions 7:8
1.2. COMPOSITION DU CONSEIL D'ADMINISTRATION 7:8
1.3. NOM DE LA SOCIÉTÉ PROFESSIONNELLE 7:8
1.4. GARANTIE DE LA RESPONSABILITÉ PROFESSIONNELLE 7:9
1.5. DÉCLARATION À L'ORDRE PROFESSIONNEL 7:9

2. LA LÉGISLATION – PARTICULARITÉS 7:9

2.1. LA MULTIDISCIPLINARITÉ 7:9

2.2. LES RÈGLEMENTS PLUS RESTRICTIFS 7:10
2.2.1. Exercice exclusif 7:10
2.2.2. Détention des actions 7:10
2.2.3. Avis publics 7:10

3. LA FISCALITÉ – LES MOTIVATIONS À L'INCORPORATION 7:11

3.1. LE REPORT D'IMPÔTS 7:11
3.2. LE FRACTIONNEMENT DE REVENU 7:12
3.3. LE TRANSFERT DE POLICES D'ASSURANCE VIE 7:12
3.4. LA DÉDUCTION POUR GAINS EN CAPITAL 7:13
3.5. LA PROTECTION DES ACTIFS 7:13
3.6. LA PLANIFICATION SUCCESSORALE 7:14
3.7. LES AUTRES AVANTAGES 7:14

4. STRUCTURES CORPORATIVES – POUR UN SEUL PROFESSIONNEL OU UN COUPLE DE PROFESSIONNELS 7:14

4.1. UN PROFESSIONNEL INCORPORÉ 7:14
4.2. UN PROFESSIONNEL INCORPORÉ (ACTIONS À DIVIDENDES DISCRÉTIONNAIRES) 7:15
4.3. UN PROFESSIONNEL INCORPORÉ ET UNE FIDUCIE FAMILIALE 7:16
4.4. UN PROFESSIONNEL INCORPORÉ, UNE SOCIÉTÉ DE GESTION ET UNE FIDUCIE FAMILIALE 7:17
4.5. UN PROFESSIONNEL INCORPORÉ, UNE FIDUCIE FAMILIALE ET UNE SOCIÉTÉ DE GESTION BÉNÉFICIAIRE DE LA FIDUCIE FAMILIALE 7:18
4.6. UN PROFESSIONNEL INCORPORÉ, DEUX FIDUCIES FAMILIALES ET UNE SOCIÉTÉ DE GESTION BÉNÉFICIAIRE DE LA FIDUCIE FAMILIALE N^{O} 1 ..... 7:19
4.7. UN PROFESSIONNEL INCORPORÉ, UNE SOCIÉTÉ EN EXPLOITATION (AUTRE QUE PROFESSIONNELLE) ET UNE FIDUCIE FAMILIALE 7:20
4.8. UN PROFESSIONNEL INCORPORÉ, UNE FIDUCIE FAMILIALE ET UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES 7:21
4.9. COUPLE DE PROFESSIONNELS INCORPORÉS ET UNE FIDUCIE FAMILIALE 7:22
4.10. COUPLE DE PROFESSIONNELS INCORPORÉS EN UNE SEULE SOCIÉTÉ ET UNE FIDUCIE FAMILIALE 7:23
4.11. COUPLE DE PROFESSIONNELS INCORPORÉS ET DEUX FIDUCIES FAMILIALES 7:24

5. STRUCTURES D'ENTREPRISES – POUR UN GROUPE DE PROFESSIONNELS 7:25

5.1. DEUX PROFESSIONNELS ET UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES 7:25

5.2. DEUX PROFESSIONNELS INCORPORÉS ET UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES (UNE SEULE DPE) 7:26
5.3. DEUX PROFESSIONNELS INCORPORÉS ET UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES (CHACUN SA DPE) 7:27
5.4. UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES ET DEUX PROFESSIONNELS INCORPORÉS AYANT CHACUN UNE FIDUCIE FAMILIALE 7:28
5.5. UNE SOCIÉTÉ EN EXPLOITATION ET DEUX PROFESSIONNELS INCORPORÉS AYANT CHACUN UNE FIDUCIE FAMILIALE 7:29

CONCLUSION 7:30

INTRODUCTION*

À ce jour au Québec, quelque 350 000[1] personnes sont membres d'un ordre professionnel régi par le *Code des professions*[2]. Depuis juin 2001, les ordres professionnels profitent de la possibilité d'adopter un règlement permettant à leurs membres d'exercer leur profession par le biais d'une société en nom collectif à responsabilité limitée (« SENCRL ») ou par le biais d'une société par actions. Plusieurs de ces ordres se sont prévalus de ce privilège à ce jour, soit :

PROFESSION	TITRE DU RÈGLEMENT
Administrateur agréé	*Règlement sur l'exercice de la profession d'administrateur agréé en société*
Audioprothésiste	*Règlement sur l'exercice de la profession d'audioprothésiste en société*
Avocat	*Règlement sur l'exercice de la profession d'avocat en société et en multidisciplinarité*
Arpenteur-géomètre	*Règlement sur l'exercice de la profession d'arpenteur-géomètre en société*
Comptable agréé	*Règlement sur l'exercice de la profession de comptable agréé en société*
Comptable général accrédité	*Règlement sur l'exercice de la profession de comptable général licencié en société*
Conseiller en orientation ou psychoéducateur	*Règlement sur l'exercice en société des membres de l'Ordre des conseillers et conseillères d'orientation et psychoéducateurs et psychoéducatrices du Québec*
Dentiste	*Règlement sur l'exercice de la profession de dentiste en société*
Denturologiste	*Règlement sur l'exercice de la profession de denturologiste en société*
Huissier	*Règlement sur l'exercice de la profession d'huissier de justice en société*

* L'auteur tient à remercier M^e^ Marlène Drapeau, avocate, M. Fisc., de Welch Bussières et M^e^ Sylvie Guindon, avocate, de Welch Bussières, de leur précieuse collaboration dans la rédaction du présent texte.

1 Statistique tirée du Conseil interprofessionnel du Québec : CONSEIL INTERPROFESSIONNEL DU QUÉBEC, Ressources et statistiques (en ligne : http://www.professions-quebec.org/index.php/fr/element/listeOrdres).

2 L.R.Q., c. C-26.

Médecin	*Règlement sur l'exercice de la profession médicale en société*[3]
Médecin vétérinaire	*Règlement sur l'exercice de la profession de médecin vétérinaire en société*
Notaire	*Règlement sur l'exercice de la profession de notaire en société*
Opticien d'ordonnances	*Règlement sur l'exercice de la profession d'opticien d'ordonnances en société*
Optométriste	*Règlement sur l'exercice de la profession d'optométriste en société*[4]
Pharmacien	*Règlement sur l'exercice de la pharmacie en société*[5]
Psychologue	*Règlement sur l'exercice de la profession de psychologue en société*
Technologue en imagerie médicale ou radio-oncologie	*Règlement sur l'exercice de la profession en société de technologue en imagerie médicale ou de technologue en radio-oncologie*
Traducteur, terminologue ou interprète agréé	*Règlement sur l'exercice de la profession de traducteur, terminologue ou interprète agréé en société*

Dans le présent texte, nous aborderons, en premier lieu, la réglementation permettant aux professionnels d'exercer leurs activités dans le cadre d'une société par actions. Nous ferons un survol des raisons fiscales pour lesquelles les professionnels choisissent de pratiquer leur profession par l'intermédiaire d'une société par actions et nous terminerons par la description des structures d'entreprises les plus utilisées par les professionnels.

1. LA LÉGISLATION – GÉNÉRALITÉS

La plupart des règlements ont été rédigés suivant un modèle semblable et comportent d'importantes similarités quant aux restrictions imposées à la société professionnelle. Ces restrictions doivent être enchâssées dans les statuts constitutifs de la société professionnelle lors de leur dépôt au Registraire des entreprises du Québec.

---

3 R.R.Q., c. M-9, r.21 (« *Règlement sur l'exercice de la profession médicale* »).

4 R.R.Q., c. O-7, r.8 (« *Règlement sur l'exercice de la profession d'optométriste* »).

5 R.R.Q., c. P-10, r.16 (« *Règlement sur l'exercice de la pharmacie* »).

1.1. DÉTENTION DES ACTIONS DES SOCIÉTÉS PROFESSIONNELLES

De façon générale, les règlements comportent des restrictions concernant la détention des actions. Une distinction est généralement faite entre les actions comportant plein droit de vote en toutes circonstances et les actions ne comportant pas un tel droit.

1.1.1. Actions comportant plein droit de vote

Les actions comportant plein droit de vote doivent généralement être détenues totalement ou à tout le moins majoritairement par des membres de l'ordre professionnel. Dans le cas où l'ordre professionnel le permet, cette détention peut être directe ou indirecte, par le biais d'une société ou d'une fiducie.

Certaines restrictions concernant, entre autres, la détention d'actions comportant plein droit de vote peuvent être contenues dans des règlements spécifiques. À titre d'exemple, les laboratoires d'imagerie médicale sont régis par la *Loi sur les laboratoires médicaux, la conservation des organes, des tissus, des gamètes et des embryons et la disposition des cadavres*[6] en plus des règlements plus généraux. Suivant l'article 30.2 de la *Loi sur les laboratoires médicaux*, les actions comportant plein droit de vote d'une société exploitant un laboratoire d'imagerie médicale doivent être détenues à plus de 50 % par des médecins titulaires d'un certificat de spécialiste en radiologie diagnostique délivré par le Collège des médecins du Québec ou par des sociétés détenues par de tels médecins.

Suivant ce même article, il n'est pas possible pour les actionnaires d'une société exploitant un laboratoire d'imagerie médicale de se rapatrier les pouvoirs du conseil d'administration en signant une convention unanime d'actionnaires. L'exploitation d'un tel laboratoire nécessite l'obtention d'un permis supplémentaire[7].

De façon générale, lorsque la mise en place d'une fiducie ou d'une société de gestion est envisagée, il peut être préférable d'émettre au professionnel des actions comportant droit de vote et sans droit de participation et d'émettre des actions ne comportant aucun droit de vote mais ayant droit de participation à la fiducie ou à la société de gestion.

---

6 L.R.Q., c. L-0.2 (« *Loi sur les laboratoires médicaux* »).

7 Art. 34 et suiv. de la *Loi sur les laboratoires médicaux*.

1.1.2. Autres types d'actions

Les autres types d'actions, comme les actions avec droit de participation, doivent généralement être détenues totalement ou à tout le moins majoritairement par des membres de l'ordre professionnel, des parents ou alliés d'un membre de l'ordre professionnel. Une fois de plus, cette détention peut être directe ou indirecte, par le biais d'une société ou d'une fiducie.

Pour l'incorporation des médecins par exemple, le règlement permet expressément la détention de moins de 50 % des actions sans droit de vote par un ou plusieurs des professionnels suivants : administrateur agréé, avocat, comptable agréé, comptable général accrédité, comptable en management accrédité ou notaire[8].

1.2. COMPOSITION DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

Généralement, seuls des membres de l'ordre professionnel visé peuvent être membres du conseil d'administration de la société professionnelle.

1.3. NOM DE LA SOCIÉTÉ PROFESSIONNELLE

Plusieurs lois et règlements établissent un encadrement concernant le nom donné à la société professionnelle. Les lois et règlements généraux relatifs aux sociétés, les règlements autorisant la pratique de la profession en société sont autant de textes législatifs qui doivent être analysés avant d'effectuer un choix de nom. Pour certaines professions, le nom du professionnel doit figurer dans le nom de la société. Par exemple, pour les pharmaciens, le nom de la société ne doit comporter que le nom d'un ou plusieurs pharmaciens, précédé ou suivi respectivement des mots « pharmacie » ou « pharmacien(s) »[9].

La dénomination numérique n'est généralement pas permise[10].

---

8 Par. d) de l'article 1 (2e al.) du *Règlement sur l'exercice de la profession médicale*.

9 *Supra*, note 5.

10 À titre d'exemple, l'article 7.01 du *Code de déontologie des avocats*, R.R.Q., c. B-1, r.3.

1.4. GARANTIE DE LA RESPONSABILITÉ PROFESSIONNELLE

Le professionnel qui incorpore sa pratique doit, suivant la mise en place de la société, veiller à ce que cette dernière souscrive à une assurance responsabilité professionnelle. La société doit s'engager à souscrire et maintenir en vigueur cette garantie contre la responsabilité professionnelle. Cette assurance peut être l'assurance collective proposée ou exigée par l'ordre professionnel ou une assurance privée qui remplit les critères de l'article 86.1 du *Code des professions*. Le professionnel doit obtenir un document attestant que la société est couverte en cas de faute professionnelle avant d'effectuer la démarche auprès de l'ordre professionnel afin que le professionnel soit autorisé à exercer ses activités par le biais de sa société.

1.5. DÉCLARATION À L'ORDRE PROFESSIONNEL

Le professionnel qui souhaite exercer ses activités par l'intermédiaire d'une société doit être autorisé à le faire. À ce titre, il doit envoyer une déclaration à son ordre professionnel, indiquant les renseignements demandés concernant la société, soit, entre autres, sa forme juridique et la nature des activités exercées, l'actionnariat et un document attestant la garantie contre la responsabilité professionnelle.

Suivant l'envoi de cette déclaration à l'ordre professionnel et le paiement des droits requis, l'ordre professionnel peut soit demander des renseignements supplémentaires, soit autoriser le professionnel à exercer ses activités au sein de la société.

2. LA LÉGISLATION – PARTICULARITÉS

Certains règlements autorisant la pratique d'une profession en société sont marginaux et méritent une attention particulière.

2.1. LA MULTIDISCIPLINARITÉ

Plusieurs règlements autorisant la pratique d'une profession en société permettent que des membres appartenant à d'autres ordres professionnels détiennent des actions avec droit de vote de la société professionnelle. Ces derniers peuvent de surcroît détenir des actions avec droit de participation. Ce faisant, ces règlements autorisent le regroupement de professionnels appartenant à différents ordres dans une seule et même société professionnelle.

La plupart des règlements autorisant la multidisciplinarité ne prévoient comme seule limitation que les droits de vote rattachés aux actions doivent être détenus majoritairement par des membres de professions régies par le *Code des professions*. Toutefois, certains sont plus limitatifs. À titre d'exemple, les optométristes ne peuvent incorporer leur pratique professionnelle qu'avec des opticiens d'ordonnances, à l'exclusion des professionnels appartenant aux autres ordres professionnels, et doivent s'assurer de conserver en tout temps plus de 50 % des droits de vote[11].

2.2. LES RÈGLEMENTS PLUS RESTRICTIFS

Afin d'illustrer les exemples de restrictions plus significatives quant à la pratique d'une profession en société, nous traiterons du règlement autorisant la pratique de la pharmacie en société. Ce règlement, étant parmi les plus restrictifs, il nous permettra d'examiner particulièrement certaines exigences.

2.2.1. Exercice exclusif

Le règlement permettant aux pharmaciens d'exercer leur profession en société exige que la société soit constituée exclusivement pour l'exercice de la pharmacie[12].

Il est expressément interdit à la société d'exercer une activité secondaire autre que la pharmacie.

2.2.2. Détention des actions

Les actions de chacune des catégories d'actions émises et en circulation de ce type de société doivent être détenues exclusivement et directement par des pharmaciens. La détention par une fiducie ou par une société de gestion est expressément prohibée[13].

2.2.3. Avis publics

L'article 12 du *Règlement sur l'exercice de la pharmacie* exige que la clientèle soit avisée de l'incorporation. À cet effet, un avis doit être affiché

---

11 Art. 2, par. 1 et 3 du *Règlement sur l'exercice de la profession d'optométriste*.

12 Par. 4(1) du *Règlement sur l'exercice de la pharmacie*.

13 Par. 4(6) du *Règlement sur l'exercice de la pharmacie*.

dans la pharmacie à la vue du public pendant une période minimale de 90 jours suivant la date de la constitution de la société.

3. LA FISCALITÉ – LES MOTIVATIONS À L'INCORPORATION

Les deux principaux avantages fiscaux qui découlent de l'incorporation sont le report d'impôts et le fractionnement de revenu. Bien qu'il y ait d'autres avantages découlant de l'incorporation, lorsque le report d'impôts ou le fractionnement de revenu n'est pas envisagé, il sera peu fréquent qu'un professionnel choisisse pour des raisons fiscales de pratiquer sa profession en société.

3.1. LE REPORT D'IMPÔTS

Ce que l'on ne peut économiser en impôt, on le reporte.

Le taux corporatif applicable au revenu d'entreprise exploitée activement est de 19 % sur les premiers 500 000 $ de revenus imposables. Il va sans dire que ce taux est nettement inférieur au taux marginal d'imposition de plus de 48 % pour les particuliers qui ont un revenu imposable qui excède 130 000 $. Ce faisant, il est avantageux de payer seulement 19 % d'impôt sur les revenus excédant le train de vie et d'effectuer des placements avec les 81 % restants dans la société.

En 2007, les changements de taux d'imposition sur les revenus de placement gagnés par les sociétés ont rendu les placements corporatifs plus intéressants. Il n'est plus nécessaire de laisser les liquidités excédentaires dans la société plusieurs années afin de rentabiliser l'incorporation. Les taux d'imposition n'ayant presque pas bougé depuis 2008, outre le taux d'imposition sur les revenus actifs excédant la déduction pour petite entreprise (« DPE »), nous vous renvoyons au texte du Congrès 2008 sur le même sujet et qui effectue des simulations détaillées[14].

À titre de « règle du pouce », l'incorporation est intéressante pour un professionnel qui épargne plus de 30 000 $ par année avant impôts et dont la retraite est dans plus de six ans.

---

[14] Éric BRASSARD, Martin BUSSIÈRES et Martin GOULET, « Étude de cas 2 – L'incorporation des professionnels », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 50:1-84.

En fait, plus le niveau de vie est bas par rapport aux revenus gagnés (donc plus le montant épargné dans la société est important) et plus la retraite est loin, plus l'incorporation est intéressante.

3.2. LE FRACTIONNEMENT DE REVENU

L'autre avantage fiscal important découlant de l'incorporation est le fractionnement de revenu. Contrairement au report d'impôts, le fractionnement de revenu offre un avantage fiscal immédiat pour le professionnel. Ainsi, la situation familiale de chacun des professionnels envisageant l'incorporation doit être analysée avec intérêt. Un ou une professionnel(le) ayant des enfants majeurs ou un conjoint avec des revenus modestes représente le profil idéal pour effectuer du fractionnement de revenu.

Il est important de noter que le fractionnement de revenu est atteint par le versement de dividendes aux membres de la famille qui sont majeurs et qui ont par ailleurs de faibles revenus. Il ne s'agit pas de verser un salaire à ces personnes, ce qui signifierait qu'elles travaillent dans la société et ce qui impliquerait le paiement de charges sociales.

3.3. LE TRANSFERT DE POLICES D'ASSURANCE VIE

L'un des avantages fiscaux secondaires mais quand même très fréquent à l'incorporation d'une pratique professionnelle est le transfert d'une police d'assurance vie détenue personnellement par le professionnel à sa société. Lorsqu'un professionnel détient de façon personnelle une ou plusieurs polices d'assurance sur sa vie, il faut analyser la pertinence de transférer ces polices d'assurance à la société. Cette manœuvre peut, dans certains cas, permettre au professionnel d'encaisser la juste valeur marchande (« JVM ») de la police transférée en ne s'imposant que sur la différence entre la valeur de rachat et le coût de base rajusté de la police[15].

Par ailleurs, bien que le coût des primes ne soit pas déductible pour la société, le fait que ce soit la société qui le supporte avec des liquidités avant impôts plutôt que l'actionnaire personnellement permet également des économies. Les primes se trouvent donc à être payées avec de l'argent imposé à 19 % plutôt qu'à 48,2 %. Comme la société devient la propriétaire et la bénéficiaire du produit d'assurance sur la vie du professionnel, la prise

---

[15] *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.) et mod. (« L.I.R. »), par. 148(7) et 148(9).

en charge des primes par la société ne confère aucun avantage imposable pour l'actionnaire.

Selon la planification testamentaire du professionnel, des actions dites d'assurance vie pourraient devoir être émises au professionnel. Ces actions comportent, entre autres caractéristiques, le rachat pour un montant équivalant au produit de l'assurance vie encaissé par la société.

3.4. LA DÉDUCTION POUR GAINS EN CAPITAL[16]

Bien que cet avantage ne soit pas pertinent pour certaines sociétés professionnelles, la déduction pour gains en capital (« DGC ») peut être un avantage majeur pour d'autres. Un professionnel qui envisage la possibilité de vendre sa société dans un futur plus ou moins rapproché devrait prévoir, dès son incorporation, la mise en place d'une structure favorisant l'utilisation de sa DGC et celle des membres de sa famille, le cas échéant.

Rappelons que même s'il n'est pas intéressant pour un professionnel de s'incorporer pour reporter l'impôt ou pour fractionner ses revenus, il peut être très intéressant pour lui de s'incorporer avant de vendre sa pratique. En effet, préalablement à une vente, il s'avère intéressant pour un professionnel, comme un pharmacien ou un dentiste, de transférer sa pratique à une société pour ensuite vendre les actions de cette nouvelle société et bénéficier de la DGC.

3.5. LA PROTECTION DES ACTIFS

Bien que la société et le professionnel soient responsables des actes faits par le professionnel dans le cadre de sa profession, il est possible avec l'incorporation de mettre en place des structures d'entreprises permettant de mieux protéger les actifs des professionnels contre des poursuites éventuelles dont le montant pourrait excéder la couverture des assurances responsabilité. Il est également possible de mettre en place une structure d'entreprise permettant de protéger les actifs du professionnel contre des poursuites qui ne seraient pas en lien avec ses activités professionnelles.

---

16 Art. 110.6 L.I.R.

3.6. LA PLANIFICATION SUCCESSORALE

L'incorporation peut permettre au professionnel de prévoir une forme ou une autre de planification successorale afin de réduire ses impôts en cas de décès.

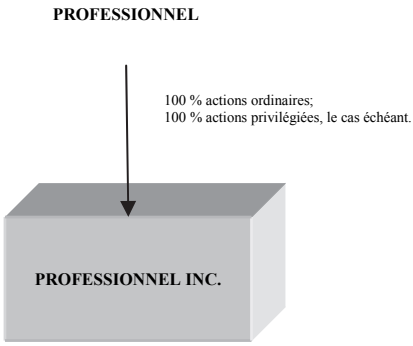
3.7. LES AUTRES AVANTAGES

Il découle de l'incorporation de la pratique professionnelle plusieurs autres avantages de moindre envergure, mais qui méritent tout de même une mention. À titre d'exemple, la location à la société d'un local commercial dans la résidence du professionnel, l'acquisition d'une voiture par la société, la prise en charge de certaines dépenses non déductibles par la société, le transfert d'actifs et des prêts à l'actionnaire.

4. STRUCTURES CORPORATIVES – POUR UN SEUL PROFESSIONNEL OU UN COUPLE DE PROFESSIONNELS

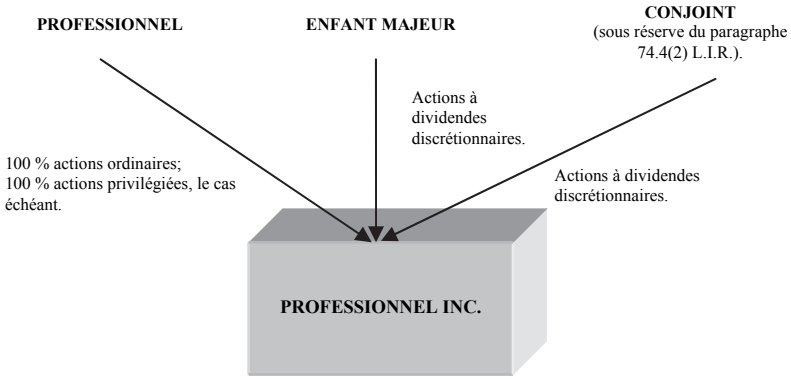
Plusieurs structures d'entreprises peuvent être utilisées par un professionnel seul ou par un couple de professionnels qui souhaitent incorporer leur pratique. Nous présenterons ici quelques-unes des plus utilisées.

4.1. UN PROFESSIONNEL INCORPORÉ



Avec cette structure, le professionnel profite de plusieurs des avantages relatifs à l'incorporation, entre autres, quant au report d'impôts. Par contre, une telle structure ne permet pas de bénéficier du fractionnement de revenu ni d'une protection optimale des actifs et ne représente en rien une planification successorale.

4.2. UN PROFESSIONNEL INCORPORÉ (ACTIONS À DIVIDENDES DISCRÉTIONNAIRES)



Cette structure permet au professionnel de profiter du report d'impôts en plus de permettre le fractionnement des revenus. Par contre, cette structure ne permet pas une protection optimale des actifs et ne représente en rien une planification successorale.

La validité des actions à dividendes discrétionnaires a été reconnue par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Neuman* c. *MRN*[17] et *McClurg* c. *Canada*[18]. Les dividendes versés sur de telles actions n'ont pas à refléter la participation du détenteur aux activités courantes de la société.

Dans les situations où il peut y avoir utilisation de la DGC, il pourrait y avoir lieu d'émettre des actions avec droit de participation à l'enfant majeur et au conjoint en plus des actions à dividendes discrétionnaires. Il faudra dans le cas du conjoint penser à l'application potentielle du paragraphe 74.4(2) L.I.R.

Comme cette structure n'offre aucune planification successorale, il y a fort à parier qu'elle sera favorisée par les professionnels qui désirent fractionner leur revenu et qui n'épargnent pas dans la société. En effet, bien que plusieurs stratégies puissent être mises en place pour liquider une société détenant des placements en cas de décès à moindre coût fiscal, il n'en

---

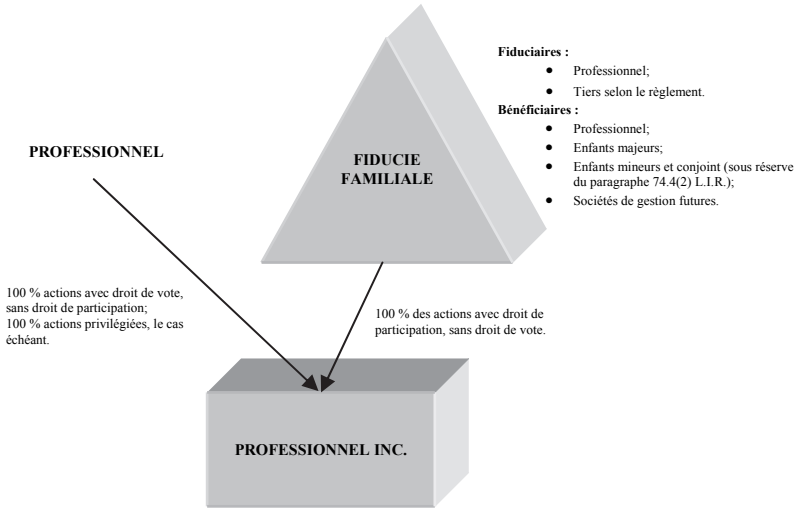
17 [1998] 1 R.C.S. 770.

18 [1990] 3 R.C.S. 1020.

demeure pas moins que si la société a des actifs importants et que les héritiers sont déjà bien nantis, la solution la moins coûteuse sur le plan fiscal et la plus flexible quant au moment de liquidation des placements sera de minimiser les impôts au décès et de liquider la société sur une plus longue période.

De plus, cette structure n'offre aucune protection d'actifs, ce qui, dans le cas d'un professionnel qui épargne dans sa société, peut être une considération importante.

4.3. UN PROFESSIONNEL INCORPORÉ ET UNE FIDUCIE FAMILIALE



Cette structure permet un maximum de souplesse sur le plan de la fiscalité. Elle permet de bénéficier de tous les avantages relatifs à l'incorporation. Il est à noter que les règlements sur l'incorporation autorisent en général la société à détenir des investissements passifs. Ainsi, lorsque les assurances professionnelles sont suffisantes, comme dans le cas des médecins, il ne sera pas nécessaire de créer une société de gestion pour y transférer les placements.

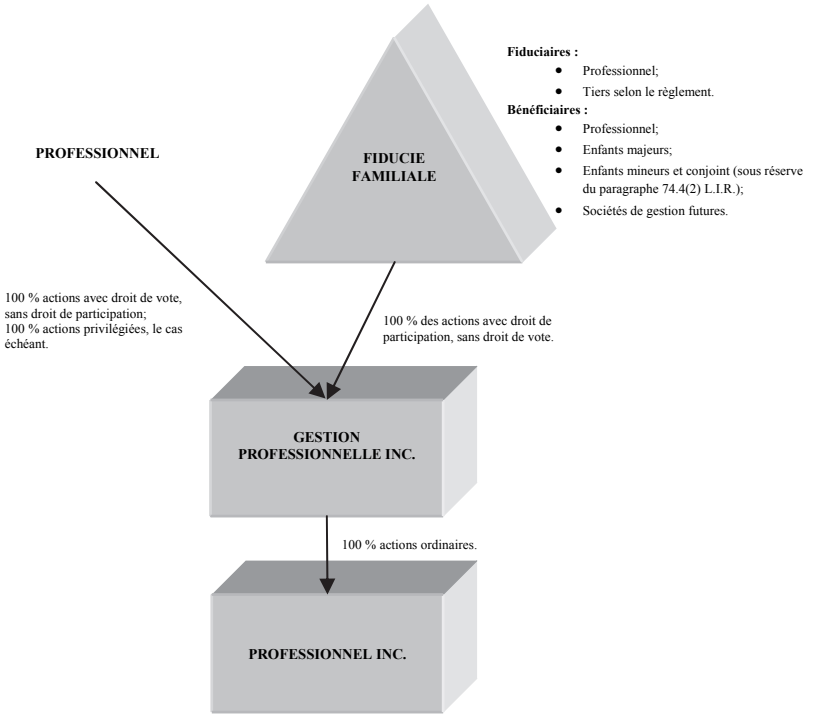
Par contre, si le besoin de protection des actifs se fait sentir, il sera possible de transférer sans impôt de la partie I L.I.R. et sans impôt de la partie IV L.I.R. de l'argent de la société professionnelle à une société de gestion nouvellement créée, détenue soit par le professionnel ou par la fiducie.

Pour certains professionnels dont l'achalandage n'a aucune valeur et qui utilisent que très peu d'actifs dans le cadre de leur pratique, la mise en place d'une telle structure peut se faire sans avoir à se préoccuper des conséquences négatives qu'entraînent généralement l'application du paragraphe 74.4(2) L.I.R.

En planification successorale, cette structure est optimale en ce qu'elle permet, entre autres dans le cas d'un décès à l'intérieur des 21 premières années suivant la mise en place de la fiducie, que l'impôt au décès du professionnel soit reporté jusqu'au moment où des dividendes seront réellement versés aux bénéficiaires de la fiducie.

Cette structure devrait être favorisée par les professionnels qui désirent mettre en place une structure d'entreprise durable permettant aussi bien une planification fiscale optimale qu'une planification de protection de ses actifs.

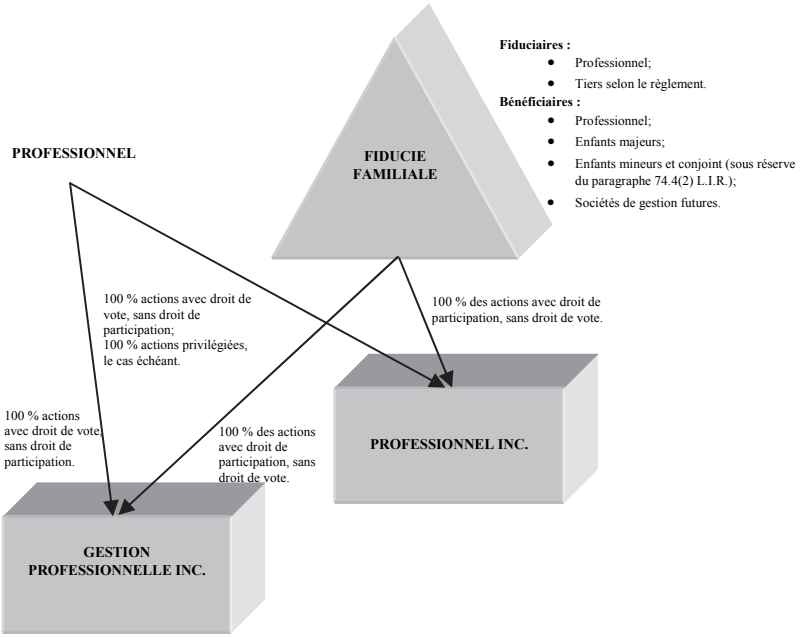
4.4. UN PROFESSIONNEL INCORPORÉ, UNE SOCIÉTÉ DE GESTION ET UNE FIDUCIE FAMILIALE



Cette structure bien qu'elle soit intéressante sur le plan de la protection des actifs peut comporter certains désavantages, par exemple la perte potentielle de la DGC dans le cas où des sommes importantes sont accumulées dans la société de gestion. Par ailleurs, si l'incorporation du professionnel a été effectuée un certain temps avant la mise en place de la fiducie, il faudra s'assurer de respecter les règles prévues au paragraphe 74.4(2) L.I.R. si l'on souhaite que des enfants mineurs et le conjoint soient bénéficiaires de la fiducie familiale.

Enfin, le coût de maintien de la société de gestion peut être un facteur déterminant pour le professionnel, particulièrement si, pendant les premières années, la structure est surtout utilisée pour fractionner les revenus.

4.5. UN PROFESSIONNEL INCORPORÉ, UNE FIDUCIE FAMILIALE ET UNE SOCIÉTÉ DE GESTION BÉNÉFICIAIRE DE LA FIDUCIE FAMILIALE



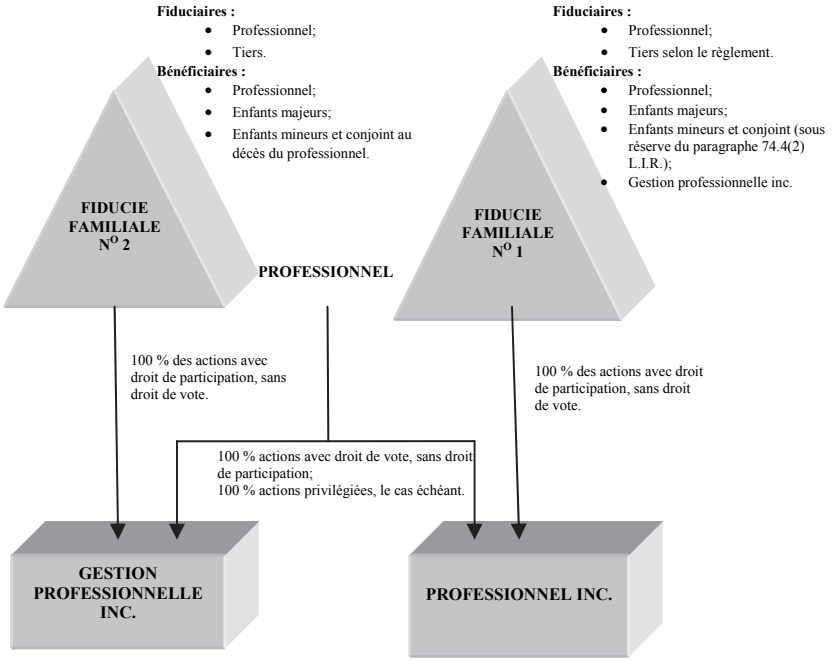
Ce scénario combine la protection des actifs et la possibilité de prendre la DGC. De plus, il permet d'ajouter la société de gestion à une date ultérieure à moindre coût. Ainsi, tant qu'elle n'est pas nécessaire, la société de gestion n'est pas mise en place et des frais récurrents sont évités. Cette structure sera également favorisée par un professionnel qui, en plus

d'exploiter sa pratique professionnelle, exploite soit une société dont l'activité principale n'est pas reliée à sa pratique professionnelle, soit une société dont les activités professionnelles ne seraient pas entièrement couvertes par les assurances professionnelles.

Cette structure sera aussi utilisée par des professionnels qui veulent investir dans l'immobilier par l'intermédiaire de la société de gestion et dans le mobilier par le biais de la société professionnelle.

Dans ces deux cas, la société professionnelle peut également servir de société de gestion dans laquelle les surplus de l'autre société pourraient être accumulés.

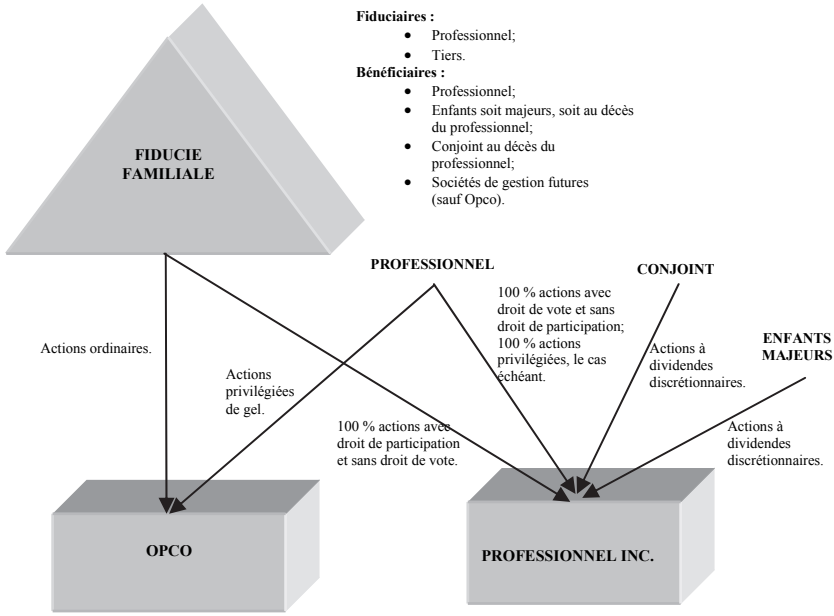
4.6. UN PROFESSIONNEL INCORPORÉ, DEUX FIDUCIES FAMILIALES ET UNE SOCIÉTÉ DE GESTION BÉNÉFICIAIRE DE LA FIDUCIE FAMILIALE N° 1



Cette structure sera favorisée par les professionnels dont la pratique a une grande valeur au moment de l'incorporation.

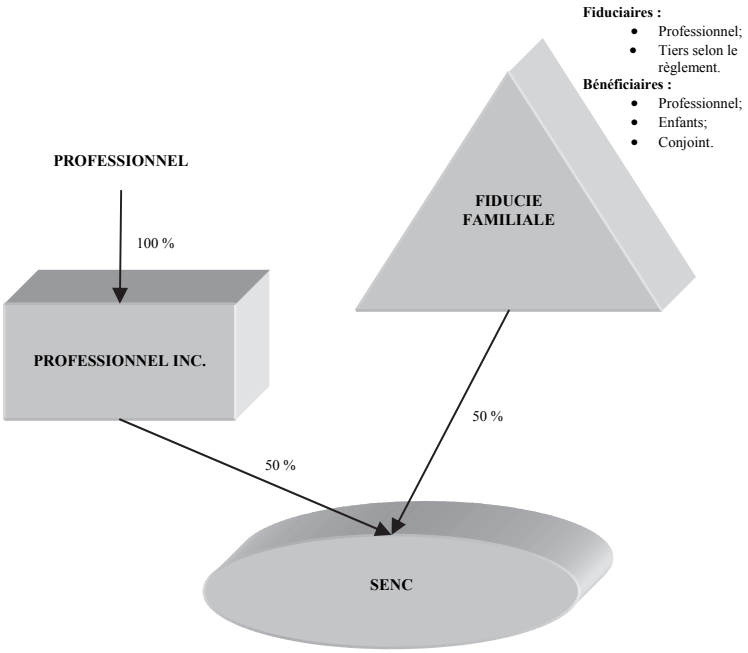
Dans de telles structures, il pourra être difficile d'éviter l'application du paragraphe 74.4(2) L.I.R. par le simple versement de dividendes sur les actions privilégiées. Cette structure offre la possibilité de purifier la société de professionnels afin de maintenir la qualification de société exploitant une petite entreprise (« SEPE ») en tout temps.

4.7. UN PROFESSIONNEL INCORPORÉ, UNE SOCIÉTÉ EN EXPLOITATION (AUTRE QUE PROFESSIONNELLE) ET UNE FIDUCIE FAMILIALE



De façon à permettre le fractionnement des revenus, des actions à dividendes discrétionnaires seront émises au conjoint et aux enfants majeurs. Cette structure sera surtout utilisée par un professionnel dont la pratique n'a aucune JVM au moment de l'incorporation et dont la JVM d'Opco est importante. Ainsi, l'application du paragraphe 74.4(2) L.I.R. au moment du gel est évitée pour Opco. L'idée est d'éviter de mettre en place deux fiducies tout en permettant le fractionnement des revenus dans Professionnel inc. et en permettant une planification successorale adéquate pour l'ensemble du groupe de sociétés.

4.8. UN PROFESSIONNEL INCORPORÉ, UNE FIDUCIE FAMILIALE ET UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES



Activités d'un seul professionnel.

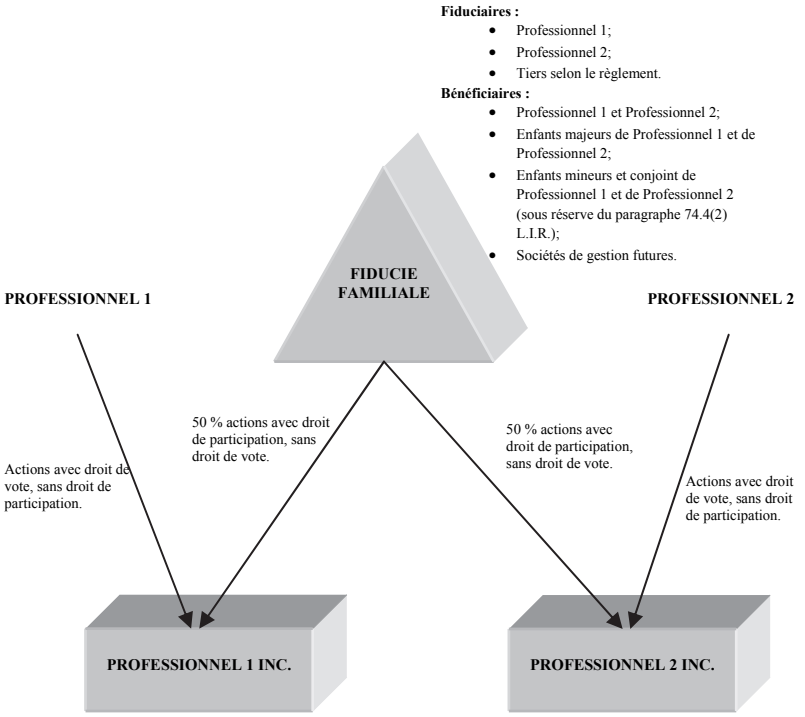
Les revenus du professionnel sont gagnés par la société en nom collectif (« SENC »). La portion épargnée est attribuée à Professionnel inc. en tant qu'associé. La portion des revenus nécessaire au train de vie de la famille est attribuée à la fiducie familiale, laquelle attribuera les revenus au professionnel, à son conjoint, à ses enfants majeurs et à ses enfants mineurs, le cas échéant.

Il apparaît que les règles prévues aux articles 120.4 et suivants L.I.R. ne trouvent pas application en l'espèce. Toutefois, une analyse de l'application possible de la règle générale antiévitement (« RGAÉ ») devrait être effectuée avant de mettre une telle structure en place. Si plusieurs professionnels exercent leur profession au sein de la SENC, les risques d'application potentielle de la RGAÉ pourraient être réduits. Il est à noter que le règlement sur l'incorporation du professionnel devrait être respecté par la SENC et par Professionnel inc.

Il pourrait être prudent d'analyser l'application des règles concernant la divulgation des planifications fiscales préalablement à la mise en place d'une telle structure.

Il s'agit d'une structure qui peut s'avérer trop sophistiquée pour certains professionnels. En effet, en plus des risques fiscaux, il existe des risques civils à attribuer des revenus à des enfants mineurs. Rappelons seulement l'obligation alimentaire des parents envers leurs enfants.

4.9. COUPLE DE PROFESSIONNELS INCORPORÉS ET UNE FIDUCIE FAMILIALE



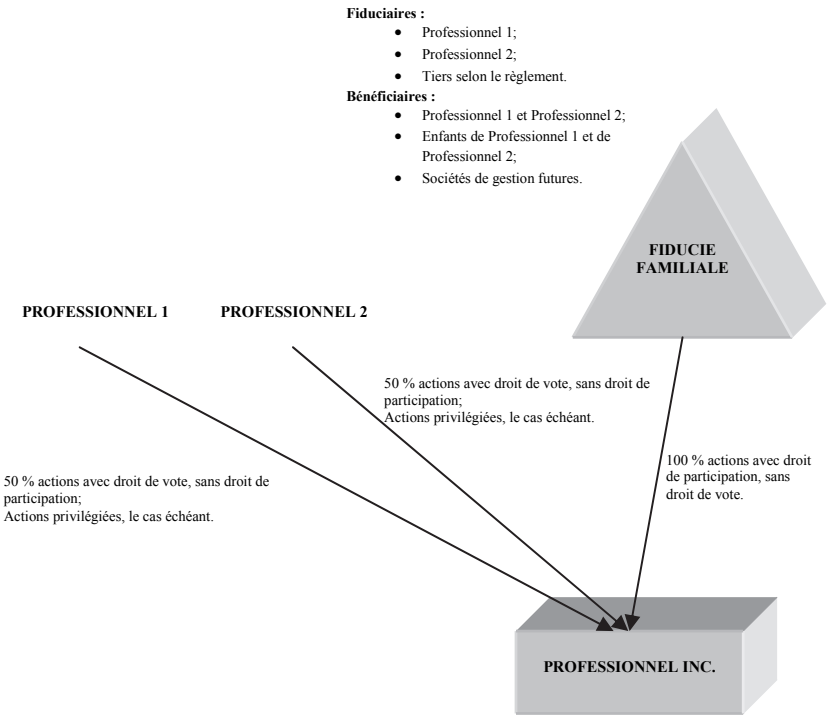
Il faut porter une attention particulière aux règles d'association avant de mettre en place une telle structure. Néanmoins, pour des professionnels ne générant pas plus de 500 000 $ de revenus imposables annuellement à deux, le fait de se partager un seul plafond des affaires peut ne pas représenter un désavantage important.

Il pourrait être intéressant de prévoir à l'acte de fiducie qu'en cas de séparation, les actions de Professionnel 1 inc. détenues par la fiducie seront remises à Professionnel 1 et que les actions de Professionnel 2 inc. seront remises à Professionnel 2.

Cette structure pourrait être difficile à mettre en place si les deux conjoints ne pratiquent pas la même profession.

Cette structure sera favorisée par les couples qui veulent gérer leurs affaires indépendamment ou pour les professionnels faisant partie d'une SENC dont le contrat ne permet pas au conjoint de faire partie de la société de l'associé.

4.10. COUPLE DE PROFESSIONNELS INCORPORÉS EN UNE SEULE SOCIÉTÉ ET UNE FIDUCIE FAMILIALE



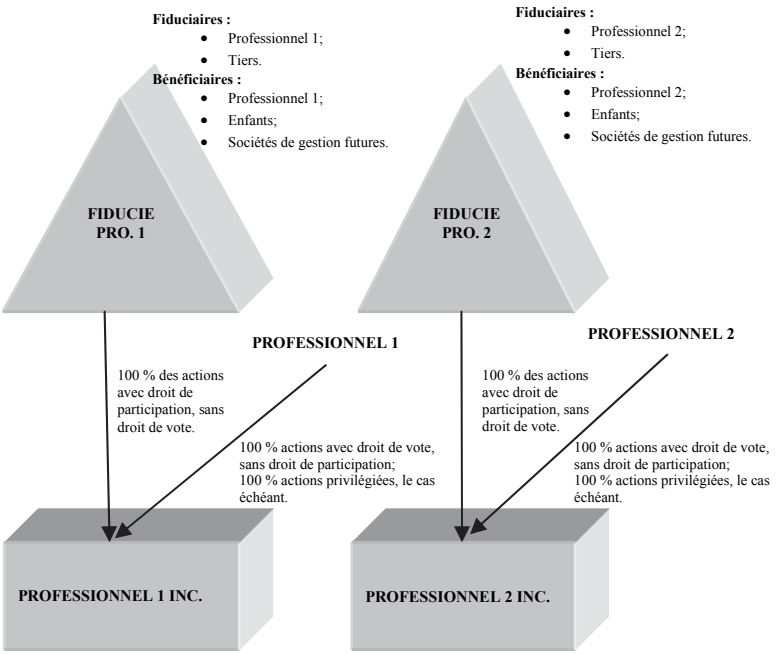
Cette structure est intéressante pour les couples qui exercent la même profession et qui gèrent leurs finances ensemble. Si l'un des conjoints exerce

en SENC, il faudra s'assurer que le contrat de la SENC permet à un conjoint non membre de la SENC de faire partie de la même société que l'associé de la SENC.

Il pourra être intéressant de prévoir dans l'acte de fiducie les modalités de séparation des actions de la société en cas de divorce ou de séparation.

Cette structure permet l'utilisation d'une seule DPE. Ainsi, pour les couples réalisant plus de 500 000 $ de revenus imposables par année, il faudra analyser la possibilité de mettre en place une structure comme celle décrite à la section 4.11. Les coûts de mise en place et de maintien de la structure décrite à la section 4.11. devront être comparés aux économies d'impôts réellement réalisées.

4.11. COUPLE DE PROFESSIONNELS INCORPORÉS ET DEUX FIDUCIES FAMILIALES



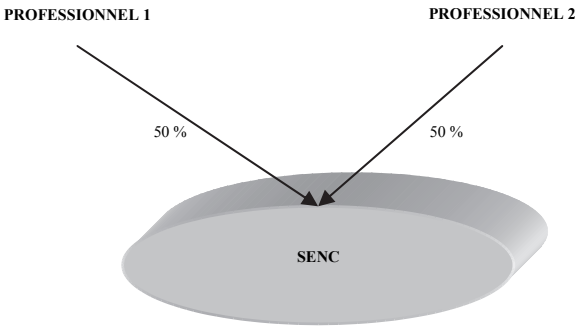
Cette structure permet d'optimiser l'épargne en ce que chacune des deux sociétés aura droit à un plein plafond des affaires. Toutefois, puisque Professionnel 1 n'est pas bénéficiaire de la fiducie de Professionnel 2 et que Professionnel 2 n'est pas bénéficiaire de la fiducie de Professionnel 1, le

décès de l'un des deux pourrait entraîner certaines difficultés. Il faut porter une attention particulière aux règles concernant les sociétés associées.

5. STRUCTURES D'ENTREPRISES – POUR UN GROUPE DE PROFESSIONNELS

Certains professionnels travaillent déjà en groupe afin de partager leurs revenus, leurs dépenses et leurs connaissances. Il peut aussi être intéressant pour eux d'incorporer leur pratique professionnelle.

5.1. DEUX PROFESSIONNELS ET UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES

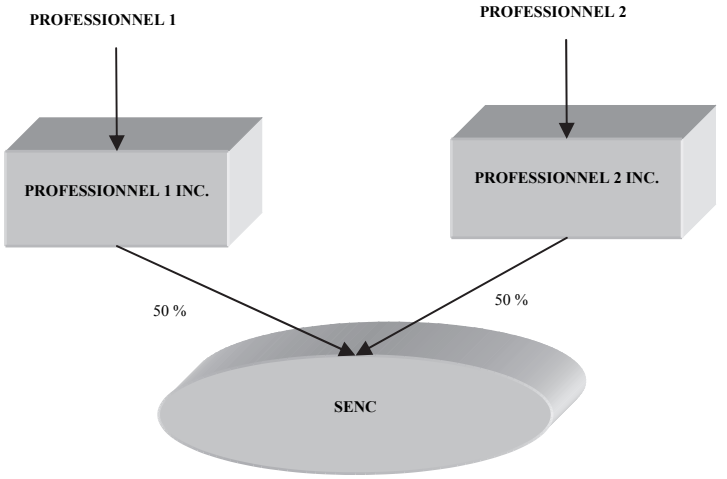


Cette structure est actuellement encore très utilisée. Comme il n'était pas possible pour les professionnels québécois de s'incorporer avant 2001, les professionnels qui voulaient se regrouper le faisaient en créant une société de personnes. Comme les professionnels ne partageaient pas que les revenus et les dépenses, mais comme ils partageaient également les risques en ce qu'ils étaient conjointement et solidairement responsables des actes de leurs associés, le législateur a jugé bon d'introduire le concept de SENCRL.

Certains professionnels exploitent leur entreprise par le biais d'une simple société de dépenses plutôt que par une SENC.

Il serait également possible pour un groupe de professionnels d'exploiter leur entreprise par l'intermédiaire d'une seule société.

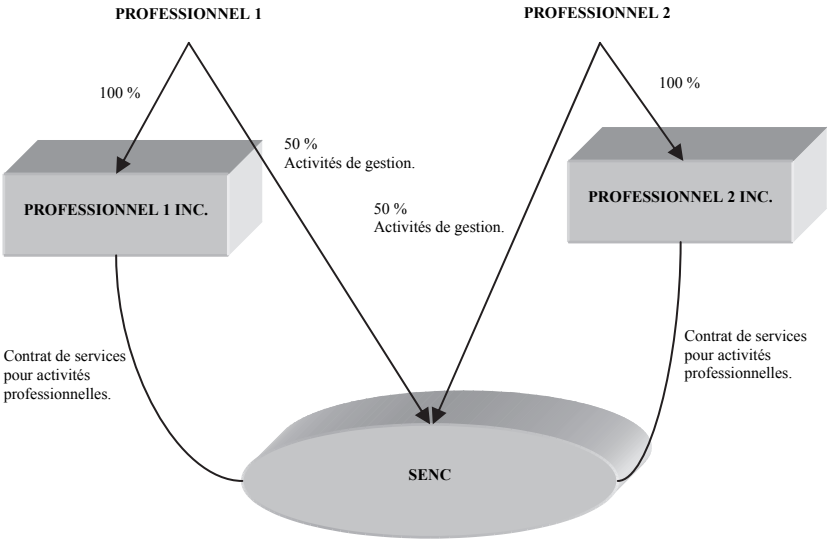
5.2. DEUX PROFESSIONNELS INCORPORÉS ET UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES (UNE SEULE DPE)



Cette structure est intéressante pour les sociétés de personnes avec peu d'associés ou avec des associés qui ne sont pas des épargnants. Rappelons que la DPE se calcule au niveau de la SENC. Ainsi, les sociétés associées devront, dans cet exemple, partager un seul plafond des affaires pour la DPE. Le traitement serait le même si un seul des associés était incorporé, il n'aurait droit dans l'exemple ci-dessus qu'à 50 % du plafond des affaires.

Cette structure peut nécessiter la vente de la part des associés dans la SENC aux sociétés professionnelles. Il faudra alors évaluer la nécessité de faire le choix prévu au paragraphe 85(1) L.I.R. Si la mise en place d'une fiducie pour détenir les actions de Professionnel 1 inc. ou de Professionnel 2 inc. est envisagée, il faudra tenir compte du paragraphe 74.4(2) L.I.R.

5.3. DEUX PROFESSIONNELS INCORPORÉS ET UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES (CHACUN SA DPE)



Plusieurs décisions anticipées favorables à la mise en place de cette structure ont été émises par l'Agence du revenu du Canada (« ARC »)[19].

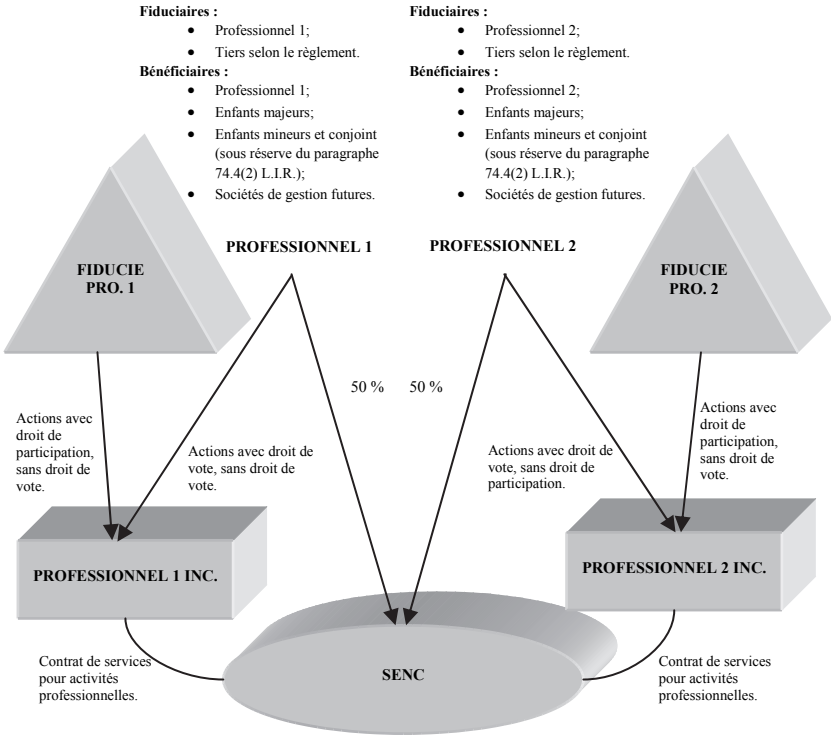
Chacune des sociétés, Professionnel 1 inc. et Professionnel 2 inc., a droit à un plein plafond des affaires de 500 000 $ aux fins de la DPE. Certaines formalités légales doivent toutefois être remplies afin que chacune des sociétés professionnelles puisse bénéficier d'un plein plafond des affaires. Ces formalités sont essentiellement des clauses qui doivent se retrouver au contrat de société de la SENC et dans les conventions de services entre la SENC et les sociétés Professionnel 1 inc. et Professionnel 2 inc.

Les participations de la SENC demeurent la propriété personnelle de Professionnel 1 et de Professionnel 2.

---

[19] À titre d'exemple, voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, décisions anticipées 2010-0364281R3, 2010; 2009-0343391R3, 2009 et 2009-0311551R3, 2009.

5.4. UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES ET DEUX PROFESSIONNELS INCORPORÉS AYANT CHACUN UNE FIDUCIE FAMILIALE



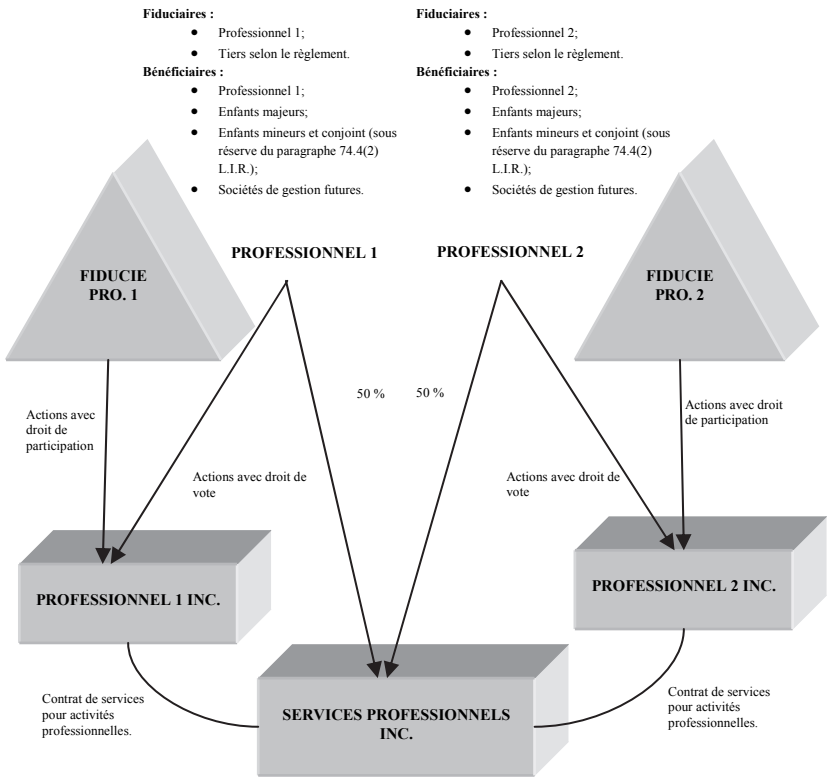
Cette structure comporte les mêmes avantages que la précédente avec, en plus, des avantages offerts par la mise en place des fiducies (voir la section 4.3.).

Il faudra porter une attention particulière aux fiduciaires qui sont nommés dans chacune des fiducies afin d'éviter les règles d'association. Il est à noter que l'ARC a, à ce jour, refusé de rendre une décision anticipée favorable à la mise en place d'une telle structure lorsqu'un des actionnaires de la société professionnelle était une fiducie[20]. Par contre, l'ARC a accepté d'émettre une décision anticipée favorable à la mise en place d'une telle

[20] Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, décisions anticipées 2008-0290721R3, 2008; 2010-0364281R3, 2010, etc.

structure lorsque la société professionnelle émet des actions à dividendes discrétionnaires aux membres de la famille du professionnel[21].

5.5. UNE SOCIÉTÉ EN EXPLOITATION ET DEUX PROFESSIONNELS INCORPORÉS AYANT CHACUN UNE FIDUCIE FAMILIALE



Cette structure sera mise en place lorsqu'on désire incorporer une SENC et qu'il est souhaité que chacun des professionnels conserve son plein plafond des affaires. Il faut toutefois s'assurer de ne pas mettre en place une structure visée par le paragraphe 256(2.1) L.I.R.

---

[21] Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, décision anticipée 2010-0364281R3, 2010.

Il faudra porter une attention particulière aux fiduciaires qui sont nommés dans chacune des fiducies afin d'éviter les règles d'association.

CONCLUSION

La mise en place d'une structure d'entreprise pour un professionnel peut sembler simple au premier abord, mais plusieurs facteurs sont à considérer.

À ce titre, trois constats sont à effectuer. D'abord, lorsqu'un professionnel souhaite incorporer sa pratique, il ne suffit pas de déposer des statuts de constitution, une analyse de la législation pertinente, de la situation et des besoins actuels et futurs du client doit être faite. Puis, il n'est jamais trop tard pour améliorer une structure d'entreprise existante. La rectification d'une structure déjà en place nécessite, par contre, une attention particulière quant à l'application des règles d'attribution entre autres. Enfin, il est plus simple et moins coûteux de mettre en place une structure adéquate dès le départ plutôt que de corriger une structure déficiente.

AFFAIRE *CANDEREL*, 15 ANS PLUS TARD





Guy Du Pont
Avocat, associé
Davies Ward Phillips & Vineberg
s.e.n.c.r.l., s.r.l.

Gil Demers
CA, M. Fisc., associé, fiscalité
Demers Beaulne, s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 8:3

1. LE CONTEXTE COMPTABLE 8:5

1.1. L'ÉLABORATION DES PCGR 8:5
1.2. L'OBJECTIF FONDAMENTAL DES PCGR 8:6
1.3. LA NOTION DE SUBSTANCE ÉCONOMIQUE 8:7
1.3.1. Proposition 1 ..... 8:8
1.3.2. Proposition 2 ..... 8:9

2. LE CONTEXTE LÉGISLATIF 8:10

3. LE CONTEXTE JUDICIAIRE 8:12

3.1. THÉORÈME I – LE CONCEPT SOUPLE ET SIMPLE 8:13
3.2. THÉORÈME II – L'IMPORTANCE DES PRINCIPES COMMERCIAUX 8:15
3.3. THÉORÈME III – LA DÉTERMINATION DU BÉNÉFICE EST UNE QUESTION DE DROIT 8:17

4. L'AFFAIRE *CANDEREL* EN COUR SUPRÊME DU CANADA 8:17

4.1. LA QUESTION EN LITIGE 8:17
4.2. HISTORIQUE JUDICIAIRE 8:18
4.2.1. La Cour canadienne de l'impôt 8:18
4.2.2. La Cour d'appel fédérale 8:19
4.2.3. La reconsidération en Cour suprême du Canada 8:21

5. LES PRINCIPES DE L'ARRÊT *CANDEREL* 8:22

5.1. LA DÉTERMINATION DU BÉNÉFICE 8:22
5.2. LA QUESTION DE DROIT 8:27
5.3. L'IMAGE FIDÈLE 8:27
5.4. L'IMPORTANCE ACCRUE DES PCGR 8:29
5.5. LE CHOIX DE LA MÉTHODE COMPTABLE 8:30
5.1. LE POUVOIR LIMITÉ DE L'ARC 8:31

6. L'APRÈS *CANDEREL* 8:31

6.1. AFFAIRE *TORONTO COLLEGE PARK LTD.* C. *CANADA* 8:32
6.2. AFFAIRE *SROUGI* C. *LA REINE* 8:33
6.3. AFFAIRE *GLUECKLER METAL INC.* C. *LA REINE* 8:34
6.4. AFFAIRE *MANN* C. *LA REINE* 8:35
6.5. AFFAIRE *CDSL CANADA LIMITED* C. *LA REINE* 8:36
6.6. AFFAIRE *SASKFERCO PRODUCTS ULC* C. *LA REINE* 8:36
6.7. AFFAIRE *SMRQ* C. *ALEX COUTURE INC.* 8:37
6.8. AFFAIRE *2187878 NOVA SCOTIA LIMITED* C. *LA REINE* 8:38
6.9. AFFAIRE *FERRO* C. *CANADA* 8:38
6.10. AFFAIRE *HERDT & CHARTON INC.* C. *SMRQ* 8:40
6.11. AFFAIRE *FÉDÉRATION DES CAISSES POPULAIRES DESJARDINS DE MONTRÉAL ET DE L'OUEST DU QUÉBEC* C. *CANADA* 8:40

CONCLUSION 8:41

INTRODUCTION*

L'enfance de la comptabilité remonte à celle de l'humanité. Les Sumériens et les Assyriens ont laissé des écrits témoignant, entre autres, de leur préoccupation de tenir et de rendre des comptes. Depuis l'invention de la comptabilité en partie double[1], les normes et les règles applicables à cette discipline n'ont cessé d'évoluer[2]. Elles sont prescrites par différentes autorités indépendantes (U.S. Securities and Exchange Commission, Financial Accounting Standards Board, Institut canadien des comptables agréés, etc.) aux fins de consultation et d'études approfondies auprès des parties intéressées.

L'ensemble de ces normes et règles est connu sous le vocable de principes comptables généralement reconnus (« PCGR »)[3]. Au Canada, leur rôle est de servir de langage commun pour permettre, entre autres, de mesurer la performance financière véritable des entreprises. Pour l'essentiel, ils tirent leur origine de la méthodologie de la comptabilité générale qui vise habituellement à fournir une image comparative du bénéfice d'une année à l'autre. Ils tendent donc à respecter une uniformité méthodologique à l'avantage de ceux à qui sont destinés les états financiers, notamment les

* Les auteurs tiennent à remercier M. Paul Beauvais, associé en certification – responsable de l'application des normes, chez Demers Beaulne s.e.n.c.r.l. ainsi que MM. Maximilien Briand-Goulet et Pascal Meilleur-Durand, étudiants au cabinet Davies Ward Phillips & Vineberg de leur aide dans la rédaction du présent texte.

1 Luca Bartolomes Pacioli, dit Luca di Borgo (v.1445 à Borgo Sansepolcro en Toscane – 1517 à Rome), est un religieux franciscain et mathématicien italien. Il est considéré comme le père du principe connu sous le nom de « Comptabilité en partie double ». (Source : Wikipédia)

2 Les scandales financiers récents et à très grande échelle, rendus possibles, en partie, par des normes comptables mal adaptées dans certains cas aux réalités économiques d'aujourd'hui et à la mondialisation des marchés, ont d'ailleurs mobilisé des ressources considérables pour faire évoluer encore plus rapidement les normes comptables et ont mené à des développements importants.

3 Le présent texte traite essentiellement des PCGR. Il convient de noter que les PCGR applicables au Canada, depuis le 1er janvier 2011, incluent, entres autres, les Normes internationales d'information financière (NIIF), aussi connues sous l'acronyme anglais IFRS, pour les entités ayant une obligation d'information du public. Quant aux entreprises à capital fermé, elles ont dorénavant le choix entre les NIIF et les nouvelles normes comptables canadiennes pour les entreprises à capital fermé (NCECF). Voir 2011, vol. 31, no 1, *Revue de planification fiscale et financière*; Canadian Tax Foundation, *International Financial Reporting Standards : Their Adoption in Canada*, 2011.

actionnaires, les investisseurs, les prêteurs et les organismes de réglementation. Les grands systèmes, l'intégration de l'économie et l'importance des marchés financiers ont fait en sorte que l'influence des PCGR est devenue de plus en plus considérable.

La profession comptable reconnaît que les PCGR produisent une information financière fidèle relativement à l'objet des états financiers et ils deviennent « généralement reconnus », soit parce qu'ils sont effectivement suivis dans un certain nombre de cas, soit parce qu'ils trouvent appui dans les déclarations faites par des organismes professionnels ou dans les écrits d'universitaires et d'autres personnes, ou encore par une combinaison de ces facteurs.

La fiscalité générale calcule les bénéfices annuellement, ce qui diffère fondamentalement de la méthode appliquée par la comptabilité générale qui entrevoit l'exploitation de l'entreprise des entités sur une période indéfinie et où les bénéfices doivent correspondre aux revenus desquels seront déduites toutes les dépenses engagées afin de générer ces revenus. Dans un sens restreint, une telle définition établirait les « bénéfices » d'une entreprise pour toute la durée de cette dernière et ne pourrait être appliquée que lorsque l'entreprise aura pris fin en y incluant tous les revenus et dépenses, y compris ceux de nature capital. Pour des raisons d'ordre pratique, aux fins fiscales, le calcul du bénéfice doit être effectué annuellement, ce qui requiert, entre autres, la capitalisation et l'amortissement des dépenses assimilables à la structure de l'entreprise et non à son exploitation.

Ce texte analysera, sous le prisme du jugement de la Cour suprême du Canada dans *Canderel Limitée* c. *La Reine*[4], les divergences de ces deux approches aux assises et objectifs différents et les efforts faits en vue de leur harmonisation. La décision *Canderel-CSC* est un arrêt phare qui a permis la mise au point des principes directeurs concernant non seulement la notion de bénéfice que les tribunaux avaient quelque peu perdue de vue, mais aussi, quant au rôle des PCGR dans la détermination de ce bénéfice. Avant de considérer cet arrêt cependant, il est important d'examiner le contexte tant fiscal que législatif ainsi que certains principes directeurs de façon à mieux en cerner les enjeux véritables. Il est à noter qu'une étude exhaustive de ce sujet dépasse largement le cadre de ce texte.

4 [1998] 1 R.C.S. 147 (« *Canderel-CSC* »).

1. LE CONTEXTE COMPTABLE

1.1. L'ÉLABORATION DES PCGR

Les normes comptables exercent une influence très réelle sur les marchés financiers. Il n'est pas surprenant de constater que des ressources importantes soient consacrées à leur élaboration. Une étude française récente a d'ailleurs même recommandé que la responsabilité de l'élaboration de ces normes soit confiée à l'État[5].

Au Canada, le Conseil des normes comptables (« CNC ») est responsable de l'établissement des normes canadiennes de comptabilité et de présentation de l'information destinées aux entreprises. Les PCGR sont élaborés par le CNC suivant une procédure officielle incluant des consultations auprès des intervenants du marché, tels que les investisseurs, les autorités de réglementation, les préparateurs et analystes d'états financiers, les universitaires et les membres des professions comptables. Ces normes sont consignées dans le Manuel de l'Institut canadien des comptables agréés (« ICCA »)[6].

Le CNC est supervisé par le Conseil de surveillance de la normalisation comptable (« CSNC »), chargé de soutenir les activités d'établissement des normes comptables au Canada et de contribuer à l'élaboration de normes comptables reconnues à l'échelle internationale. Le CSNC doit également donner au public l'occasion de formuler des commentaires sur tout aspect de la normalisation comptable et publie chaque année un rapport public sur la performance du CNC.

---

5 Didier MARTEAU et Pascal MORAND (École supérieure de commerce de Paris – (ESCP EUROPE)), *Normes comptables et crise financière – proposition pour une réforme du système de régulation comptable*, février 2010, à la page 7 (lettre de mission de M^me^ Christine Lagarde, alors ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi). M^me^ Christine Lagarde disait ceci dans sa lettre de mission : « Vous m'indiquerez également dans quelle mesure la définition des règles comptables internationales, étant donné l'ampleur de ses conséquences, doit rentrer dans le champ de responsabilité des États. »

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

1.2. L'OBJECTIF FONDAMENTAL DES PCGR

L'objectif fondamental recherché dans l'élaboration des PCGR est d'établir des normes de la mesure de la performance financière et de la richesse d'une entité et de standardiser le langage utilisé pour effectuer la reddition de comptes. Par l'application des PCGR, les entreprises sont en mesure de communiquer, par le biais de leurs états financiers, des informations nécessaires aux utilisateurs qui ont à prendre des décisions en matière d'attribution des ressources ou à apprécier la façon dont la direction s'acquitte de ses responsabilités de gestion. Les états financiers fournissent des informations sur :

a) les ressources économiques, les obligations et les capitaux propres de l'entité;

b) l'évolution des ressources économiques, des obligations et des capitaux propres de l'entité; et

c) la performance économique de l'entité.

Ces renseignements sont aussi mis à la disposition de plusieurs parties intéressées tels des investisseurs, les gouvernements, etc.

Dans une perspective macro-économique, la question de mesurer avec justesse les bénéfices des entreprises est donc fondamentale puisqu'elle favorise l'allocation efficace des ressources limitées à la production de la richesse collective. L'allocation des ressources est un concept économique qui concerne l'utilisation des ressources rares et notamment les facteurs de production (travail, capital, matières premières) pour satisfaire, à court et à long terme, aux besoins de consommation de la population.

Cette allocation est effectuée à la fois par des agents économiques privés, notamment par le biais de leurs décisions relatives aux investissements des entreprises, par celles des fournisseurs de capitaux, des pouvoirs publics qui effectuent des dépenses et prélèvent des impôts pour financer des services « non marchands » comme la justice, la police, certaines infrastructures communes (voirie, etc.) indispensables au fonctionnement de la société.

Pour s'acquitter de cette tâche, les parties concernées doivent disposer d'informations pertinentes, fiables, compréhensibles, et standardisées pour comparer la performance des différents consommateurs de ressources, d'où

la nécessité d'élaborer des standards stricts en matière de comptabilisation des opérations financières.

1.3. LA NOTION DE SUBSTANCE ÉCONOMIQUE

En compilant les informations nécessaires pour effectuer cette reddition de comptes, les PGCR sont davantage préoccupés par la réalité économique des relations entre parties à une opération plutôt que de celles découlant strictement de la réalité légale. Ainsi, les états financiers d'une entité doivent donner une image fidèle de sa situation financière et de ses résultats d'exploitation. Cette image fidèle doit faire référence à la substance économique plutôt que seulement juridique. Il s'agit du concept de la primauté de la substance sur la forme.

Le *Manuel de l'ICCA* stipule d'ailleurs ce qui suit :

> « L'image que donnent les états financiers est fidèle lorsque la présentation qu'on y trouve des opérations et des faits qui influent sur la marche de l'entité concorde avec les opérations et faits réels sous-jacents. Ainsi, les opérations et les faits sont comptabilisés et présentés d'une manière qui exprime leur substance et non obligatoirement leur forme juridique ou autre. La substance des opérations et des faits ne correspond pas toujours à ce qu'elle paraît être si l'on s'en tient à leur forme juridique ou autre.
>
> […] Pour déterminer la substance d'une opération ou d'un fait, il peut être nécessaire d'examiner un ensemble d'opérations et de faits connexes pris collectivement. La détermination de la substance d'une opération ou d'un fait est, dans chaque cas d'espèce, affaire de jugement professionnel[7]. » (Notre soulignement)

L'exemple suivant illustre, du point de vue de la comptabilité, l'application de ce concept de la primauté de la substance sur la forme.

Un contribuable désire acquérir un immeuble ayant une juste valeur (« JV ») de 800 000 $ dans un contexte économique où le taux d'intérêt usuel du contribuable pour ce type d'opération est de 5 %. Deux possibilités s'offrent à lui :

---

[7] *Id*., *Partie V : Normes comptables en vigueur avant le basculement*, chapitre 1000, « Fondements conceptuels des états financiers », par. 1000.21. Pour les exercices ouverts à compter du 1er janvier 2011, le principe d'image fidèle est mentionné dans le *Manuel de l'ICCA* à la *Partie I : Normes internationales d'information financière,* Norme comptable internationale 1 (IAS1), par. 15 à 24, ainsi qu'à la *Partie II : Normes comptables pour les entreprises à capital fermé*, par. 1400.03 à 1400.06.

a) l'achat de l'immeuble est effectué en contrepartie d'un billet à payer de 1 M$, sans intérêt, remboursable dans 5 ans;

b) l'achat de l'immeuble est effectué en contrepartie d'un billet à payer de 600 000 $, portant intérêt au taux de 13 %, capital et intérêts remboursables dans 5 ans.

Bien que contractuellement les deux propositions soient passablement différentes, sur le plan économique, elles sont identiques. Les normes comptables requièrent alors que les deux opérations soient comptabilisées, aux fins des états financiers, de la même manière afin d'en refléter la substance réelle, soit l'achat d'un immeuble ayant une JV de 800 000 $.

1.3.1. Proposition 1

Graduellement, le billet à payer initial de 800 000 $ sera majoré de 40 000 $ par année afin d'obtenir 1 M$ à son échéance, dans 5 ans.

Du point de vue de la comptabilité, il faudra actualiser le billet à payer afin de déterminer la JV de cette contrepartie au moment de l'achat. L'actualisation se fera au taux du marché (5 %) de façon à obtenir la JV du billet à payer, soit 800 000 $, ce qui correspond, dans les faits, à la JV de l'immeuble. Une dépense d'intérêts « virtuelle » de 40 000 $ (800 000 $ × 5 %) sera donc comptabilisée aux états financiers afin de refléter la substance de l'opération.

	Comptable	Fiscal
État des résultats – An 1		
Revenus	0	0
Dépense d'intérêts	(800 000 $ × 5 %) = 40 000	(1 000 000 $ × 0 %) = 0
Déficit	40 000	0
Bilan – An 1		
Encaisse	100	100
Immeuble	800 000	1 000 000
	800 100	1 000 100
Dette	840 000	1 000 000
Déficit	(40 000)	-
Capital-actions	100	100
	800 100	1 000 100

1.3.2. Proposition 2

Graduellement, le billet à payer initial de 800 000 $ est diminué de 40 000 $ par année afin d'obtenir 600 000 $ à son échéance, dans 5 ans.

Du point de vue de la comptabilité, il faudra actualiser le billet à payer (ainsi que les intérêts y afférents) afin de déterminer la JV de cette contrepartie au moment de l'achat. L'actualisation se fera au taux du marché (5 %) et la JV du billet à payer sera déterminée à 800 000 $. Une dépense d'intérêts « virtuelle » de 40 000 $ (800 000 $ × 5 %) est donc comptabilisée

aux états financiers afin de refléter la substance de l'opération, ce qui correspond, dans les faits, à la JV de l'immeuble.

	Comptable	Fiscal
État des résultats – An 1		
	0	0
Revenus		
Dépense d'intérêts	(800 000 $ × 5 %) = 40 000	(600 000 $ × 13 %) = 80 000
Déficit	40 000	80 000
Bilan – An 1		
Encaisse	(79 900)	(79 900)
Immeuble	800 000	600 000
	720 100	520 100
Dette intérêt de 13 %	760 000	600 000
Déficit	(40 000)	(80 000)
Capital-actions	100	100
	720 100	520 100

2. LE CONTEXTE LÉGISLATIF

L'élaboration des PCGR étant, entres autres, consacrée à la mesure des bénéfices et à la communication de renseignements à leur sujet, il serait tentant de conclure que les PCGR devraient faire autorité lorsque vient le temps de calculer les bénéfices à des fins fiscales, et ce, pour, entre autres, les raisons suivantes :

a) l'élaboration des PCGR fait l'objet d'une procédure officielle au sein d'un conseil indépendant en matière de normalisation;

b) les PCGR reposent sur le principe d'image fidèle;

c) les PCGR sont conçus pour répondre aux besoins communs d'information financière d'un large éventail d'utilisateurs;

d) les PCGR requièrent l'application du concept de la primauté de la substance sur la forme.

Pourtant, il n'en est rien. La règle générale concernant l'établissement du bénéfice est énoncée au paragraphe 9(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[8], et se lit ainsi : « Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, le revenu qu'un contribuable tire d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition est le bénéfice qu'il en tire pour cette année. »

Le législateur a délibérément choisi de ne pas attribuer de définition au terme bénéfice. Le paragraphe 9(1) L.I.R. a son antécédent au paragraphe 4(1) L.I.R.-1949[9], en vigueur pour les années 1949 et suivantes, et sa formulation a été reprise dans les refontes de 1952[10] et 1985 de façon pratiquement inchangée.

Il est très révélateur de constater que la première ébauche datant de 1949 du texte du paragraphe 9(1) L.I.R. proposait d'effectuer le calcul du bénéfice pour une année d'imposition d'une entreprise « conformément aux principes de comptabilité généralement acceptés ». À la suite de nombreux commentaires, il fut décidé d'y substituer le libellé actuel.

Un facteur important dans cette décision fut probablement le point de vue de la profession comptable de cette époque parce que les PCGR n'étaient pas suffisamment élaborés pour être susceptibles d'avoir une définition précise qui serait satisfaisante eu égard aux contraintes imposées par l'application d'une loi comme la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Presque 20 ans plus tard, le *rapport Carter*[11] de 1966 réexamina la question. Mais la

---

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

9 S.C. 1949, ch. 25 (« L.I.R.-1949 »).

10 L.R.C. 1952, ch. 148.

11 *Rapport de la commission royale d'enquête sur la fiscalité (Rapport Carter)*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1966-1967, (président : Kenneth LeMesurier Carter (« rapport

(à suivre…)

commission Carter décida de ne pas recommander l'adoption des PCGR comme référence législative pour mesurer les bénéfices, et ce, sur la recommandation même de la profession comptable et cette fois pour plusieurs raisons, dont les suivantes :

a) les PCGR sont ambulatoires et les facteurs motivant cette évolution n'ont souvent rien à voir avec ceux qui préoccupent la fiscalité;

b) les PCGR reposent sur l'exercice de jugement et discrétion professionnels du comptable et leur application ne donne pas des résultats constants;

c) il est impossible au législateur de déléguer le pouvoir de détermination à un corps politique non élu (en l'occurrence, au Canada, l'ICCA).

Ne pas définir le mot « bénéfice » dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* par référence aux PCGR a donc été un choix législatif délibéré reflétant la non-adéquation de ces derniers avec le respect des objectifs et des contraintes propres à la *Loi de l'impôt sur le revenu* et à l'impossibilité pratique de trouver une définition appropriée pour toutes les circonstances possibles en remplacement des PCGR. Devant cette difficulté, le législateur a donc choisi de s'en remettre pour la notion de « bénéfice » à l'interprétation et à l'expérience judiciaires et non par recours à des normes, parfois imprécises, établies par la profession comptable.

Mais l'attrait envers les PCGR demeure marqué et le législateur s'est permis d'y faire référence directement dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, laissant ainsi entrevoir que les problèmes d'harmonisation de ces deux réalités comptable et fiscale n'étaient pas insurmontables. Ainsi, le législateur fit référence aux PCGR à l'article 181 L.I.R. (qui vise l'impôt des grandes sociétés) et à la notion de substance économique chère aux PCGR à l'article 245 L.I.R. (« RGAÉ »).

3. LE CONTEXTE JUDICIAIRE

Le contexte judiciaire jouit, quant à la question de la détermination des bénéfices, non seulement d'une expérience presque centenaire au Canada,

(…suite)
Carter »). Une copie numérisée des volumes 1 à 7 de ce rapport est disponible sur le site de Bibliothèque et Archives Canada à l'adresse suivante : http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/carter1966fra/carter1966-fra.htm.

mais d'une sagesse accumulée encore plus considérable provenant du Royaume-Uni. Le juge en chef Wilbur R. Jackett est sans doute, et certainement en droit fiscal, l'un des grands juges canadiens du XX^e^ siècle. Il a à son actif plusieurs décisions qui sont encore d'actualité où il a énoncé plusieurs principes régissant, entre autres, le concept de bénéfice[12]. Au nombre de ces principes se trouvent trois théorèmes qui encapsulent les principaux constats qui ont, jusqu'à l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Canderel*, façonné la notion de bénéfice et sa relation avec les PCGR. Ils sont commodément rassemblés dans l'extrait suivant du célèbre jugement *Associated Investors of Canada Ltd.* c. *MRN*[13] :

> « Under the *Income Tax Act*, in determining the income tax payable by the appellant for a year, the first step is to determine the "income" from the appellant's business for the year (section 3). Subject to any special provision that may be applicable, the "income" from a "business" for a year is the "profit" therefrom for the year (section 4). [Théorème I]
>
> Profit from a business, subject to any special directions in the statute, must be determined in accordance with ordinary commercial principles. [Théorème II] (*Canadian General Electric Co. Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1962] S.C.R**.** 3 [61 D.T.C. 1300], per Martland J. at page 12.) The question is ultimately "one of law for the court" [Théorème III]. It must be answered having regard to the facts of the particular case and the weight which must be given to a particular circumstance must depend upon practical considerations. As it is a question of law, the evidence of experts is not conclusive. (See *Oxford Motors Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1959] S.C.R. 548 [59 D.T.C. 1119], per Abbott J. at page 553, and *Strick* c. *Regent Oil Co. Ltd*., [1965] 3 W.L.R. 636 per Reid J., at pages 645-6. See also *Minister of National Revenue v. Anaconda American Brass Ltd*., [1956] A.C. 85, at page 102 [55 D.T.C. 1220])[14]. » (Notre soulignement)

3.1. THÉORÈME I – LE CONCEPT SOUPLE ET SIMPLE

Le Théorème I est simple et vise la définition même du bénéfice. Il stipule ce qui suit :

> « Ordinary commercial principles dictate, according to the decisions, that the annual profit from a business must be ascertained by
>
> [TRADUCTION] « Les principes commerciaux ordinaires prescrivent, suivant les décisions, qu'il faut déterminer le profit annuel d'une

---

12 Wilbur R. JACKETT, « Computation of Business Profits For Tax Purposes », dans *Corporate Management Tax Conference 1981*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1982, p. 285 (« Notes Jackett »), pp. 285-294.

13 [1967] 2 R.C. de l'É. 96, 67 D.T.C. 5096, 5099 (C. de l'É.) (« *Associated* »).

14 *Id*., 101-102.

> setting against the revenues from the business for the year, the expenses incurred in earning such revenues. »

> entreprise en défalquant des revenus de cette dernière pour l'année les dépenses engagées en vue de tirer lesdits revenus[15]. »

Un premier corollaire important découlant de ce Théorème I est notamment celui de la nécessité de souplesse et de flexibilité :

> « The word "profit" or "bénéfice" is used in income tax legislation as an ordinary word in the English or French language of which there is no special statutory definition at least in our *Income Tax Act.* I might add that I think that it is very important that there should be *no* such definition because there is an infinite variety of situations to which the word "profit" or "bénéfice" may have to be applied and it is, in my view, beyond the wit of any legislative draughtsman to frame a definition that would make sense with regard to all of them. I might further add that, where there is a perfectly good word such as profit that is sufficiently flexible to be applied to all situations, in my view, it is bad legislative policy, to give it a rigid meaning, by statutory definition, that may well produce bizarre results in unforeseen cases[16]. »

Le second corollaire est plus subtil. Quelle que soit la méthode retenue, celle-ci devait s'harmoniser avec la règle de base établie il y a plus de 120 ans par la Chambre des Lords dans l'affaire *Russel* c. *Aberdeen Town and County Bank*[17], selon laquelle, peu importe les modalités comptables, le tribunal prendra en considération l'enrichissement ou l'appauvrissement réel du patrimoine du contribuable afin de préférer une méthode à une autre aux fins de la détermination du bénéfice. Autrement dit, le tribunal doit tenir compte du fait qu'à la fin d'une année d'imposition donnée, il y a eu ou non enrichissement ou appauvrissement réel du patrimoine du contribuable visé et déterminera si la méthode comptable reflète cette réalité[18].

---

15 *Associated Investors of Canada Ltd.* c. *MRN*, [1967] 2 R.C. de l'É., 96, 102, cité dans l'arrêt *Canderel-CSC*, précité, note 4, par. 30.

16 Extraits de W.R. JACKETT, précité, note 12, tels que cités dans l'annexe B des motifs de la décision *Metropolitan Properties Co. Limited* c. *MRN*, 82 D.T.C. 1258, 1272 (C.R.I.) (« *Metropolitan Properties* »).

17 (1888) 2 T.C. 321, 331 (C.L.).

18 Ce principe a été repris, entre autres, dans les affaires *Naval Colliery Co.* c. *Commissioners of Inland Revenue*, (1928), 12 T.C. 1017, 1047 (C.L.) (« *Naval Colliery* »); *Sherrit Gordon Mines Limited* c. *MRN*, [1968] 2 R.C. de l'É. 459, qui a résumé la jurisprudence applicable sur cette question; *Anaconda American Brass Ltd.* c. *MRN*, [1956] A.C. 85 (« *Anaconda American* »), le dernier arrêt canadien à être décidé par le Conseil Privé; *Canada General Electric Co.* c. *MRN*, [1962] R.C.S. 3; *Lowry (Inspector of Taxes)* c. *Consolidated African Selection Trust, Ltd*., [1940] A.C. 648, 661; [1940] 2 All E.R. 545 (H.L.); *Dominion Taxicab Association* c. *MRN*,

(à suivre…)

3.2. THÉORÈME II – L'IMPORTANCE DES PRINCIPES COMMERCIAUX

Le Théorème II consacre l'importance, dans le calcul du bénéfice, non pas des PCGR mais de la perspective d'affaires :

> « The great judges of the past, without, as far as I know, taking evidence from businessmen, attempted to determine the meaning of the word "profit" in income tax legislation in the sense in which that word is understood by businessmen, or as has been frequently said "in accordance with business or commercial principles", which, in my view, is merely a metaphorical way of saying the same thing[19]. » (Notre soulignement)

Dans les Notes Jackett, l'orthodoxie se rapportant à la dynamique juridique entre les PCGR et la fiscalité judiciaire est résumée ainsi :

> « It follows from the jurisprudence that establishes that profit is used in a tax act in the businessman's sense of that word, that profit is *not* determined in accordance with any accounting principle, if such there be, that has been formulated, not merely so as to ensure that the facts of business life be reflected in the business records, but so as to change the substantive result from that obtained by applying the ordinary business concept of profit as established by the Courts[20]. » (Notre soulignement)

Dans l'affaire *Symes* c. *Canada*, la Cour suprême du Canada expliqua à son tour la réticence judiciaire à accepter d'emblée les PCGR :

« Thus, in a deductibility analysis, one's first recourse is to s. 9(1), a section which embodies, as the trial judge suggested, a form of "business test" for taxable profit.	« En conséquence, dans l'analyse des déductions, il faut commencer par le par. 9(1), disposition qui englobe, comme l'a précisé le juge de première instance, un "critère des affaires" aux fins du calcul du bénéfice imposable.
This is a test which has been variously phrased. As the trial judge rightly noted, the determination of	C'est un critère qui a été formulé de bien des façons. Comme le juge de première instance l'a bien fait ressortir,

(…suite)
[1954] R.C.S. 82 et *British Columbia Electric Railway Company Limited* c. *MRN*, [1958] R.C.S. 133, 137.

19 Extraits de W.R. JACKETT, précité, note 12, tels que cités dans l'annexe B des motifs de l'affaire *Metropolitan Properties*, précité, note 16, 1273.

20 Le rôle accordé au Canada aux PCGR peut être contrasté avec la place que leur a réservée le juge Bingham, tel qu'il était alors, dans l'affaire *Gallagher* c. *Jones*, [1993] S.T.C. 537 (C.A.R.-U.), qui affirmait que les PCGR avaient primauté sur les règles de common law.

profit under s. 9(1) is a question of law: *Neonex International Ltd. v. The Queen*, [1978] C.T.C. 485 (F.C.A.). Perhaps for this reason, and as *Neonex* itself impliedly suggests, courts have been reluctant to posit a s. 9(1) test based upon "generally accepted accounting principles" (G.A.A.P.): see also "Business Income and Taxable Income" (1953 Conference Report: Canadian Tax Foundation) cited in B. J. Arnold and T. W. Edgar, eds., *Materials on Canadian Income Tax* (9th ed. 1990), at p. 336. Any reference to G.A.A.P. connotes a degree of control by professional accountants which is inconsistent with a legal test for "profit" under s. 9(1). Further, whereas an accountant questioning the propriety of a deduction may be motivated by a desire to present an appropriately conservative picture of current profitability, the Act is motivated by a different purpose: the raising of public revenues. For these reasons, it is more appropriate in considering the s. 9(1) business test to speak of "well accepted principles of business (or accounting) practice" or "well accepted principles of commercial trading". » (Notre soulignement)

la détermination du bénéfice en vertu du par. 9(1) est une question de droit : *Neonex International Ltd.* c. *The Queen*, [1978] C.T.C. 485 (C.A.F.). C'est peut-être pour ce motif (comme le laisse entendre implicitement *Neonex*) que les tribunaux ont hésité à énoncer, relativement au par. 9(1), un critère fondé "sur les principes comptables généralement reconnus" (P.C.G.R.) : voir aussi "Business Income and Taxable Income" (1953 Conference Report : Association canadienne d'études fiscales) cité dans B. J. Arnold et T. W. Edgar, dir., *Materials on Canadian Income Tax* (9e éd. 1990), à la p. 336. Toute mention des P.C.G.R. comporte l'idée d'un degré de contrôle exercé par des comptables professionnels, ce qui est incompatible avec un critère juridique du "bénéfice" en vertu du par. 9(1). Alors qu'un comptable s'interrogeant sur l'opportunité d'une déduction peut être motivé par le désir de présenter un tableau plutôt conservateur du niveau des profits courants, la Loi vise une fin différente : la perception de revenus publics. Pour ces motifs, dans l'examen du par. 9(1), il convient davantage de parler de "principes bien reconnus de la pratique courante des affaires (ou comptable)" ou de "principes bien reconnus des affaires commerciales"[21]. » (Notre soulignement)

Pendant plusieurs années, ce rôle mitigé des PCGR n'a jamais été remis en question. Il avait été préconisé d'ailleurs par le président Thorson de la Cour de l'Échiquier dans l'affaire *Consolidated Textiles Limited* c. *MRN* :

> « [A]t best such apportionment could only be an approximation dependent on the auditor's opinion. I am unable to believe that Parliament could have intended that the deductibility of expenses should depend on such an indefinite factor[22]. »

---

21 [1993] 4 R.C.S. 695, 723 (« *Symes* »).

22 [1947] R.C. de l'É. 77, 80 (« *Consolidated Textiles* »).

Néanmoins, le juge en chef Jackett ne ferme pas complètement la porte :

> « This does not mean that a Court will not accept, in a suitable case, what assistance it can obtain from evidence of an accountant. What it does mean is that the meaning of the word "profit" in an income tax act does not vary from case to case, or from decade to decade, according to the evidence of "expert" accountants as to current "accounting principles" when the applicable legislative language is the same for all cases and remains unchanged over the decades. As I have already said, generally speaking, the meaning of the word "profit" in tax legislation is a question of law. Clearly, in my view, it is not a question of fact to be determined on expert evidence given in particular cases[23]. » (Notre soulignement)

3.3. THÉORÈME III – LA DÉTERMINATION DU BÉNÉFICE EST UNE QUESTION DE DROIT

Enfin, le juge en chef Jackett réitéra le contrôle ultime des tribunaux quant à la détermination des bénéfices de par son statut de question de droit :

> « Generally speaking, the meaning of a word such as "profit" in a statute is regarded by the Courts as a question of law; and there is a wealth of income tax jurisprudence as to what the word "profit" means, and as to how it should be applied, in particular circumstances[24]. »

4. L'AFFAIRE *CANDEREL* EN COUR SUPRÊME DU CANADA[25]

4.1. LA QUESTION EN LITIGE

Le pourvoi devant la Cour suprême du Canada ne soulevait qu'une seule question : comment la contribuable devrait-elle traiter un paiement versé à un locataire éventuel dans le but de l'inciter à louer des locaux dans son immeuble? Plus précisément, une telle dépense, communément appelée paiement d'incitation à la location (« PIL »), devrait-elle être déduite en entier dans l'année d'imposition où elle a été engagée ou payée, ou encore doit-elle être étalée sur la durée du bail auquel elle a trait et rapprochée des revenus ainsi générés?

---

[23] *Metropolitan Properties*, précité, note 16, 1273. La décision rendue dans l'affaire *Neonex International Ltd.* c. *La Reine*, 78 D.T.C. 6339; [1978] C.T.C. 485 (C.A.F.), illustre bien l'importance que pouvaient avoir les PCGR quant à la question de la détermination des bénéfices à des fins fiscales.

[24] W. R. JACKETT, précité, note 12, pp. 285-294; voir aussi l'affaire *Steer* c. *MRN*, 65 D.T.C. 5115, 5119 (C. de l'É.).

[25] *Canderel-CSC*, précité, note 4.

4.2. HISTORIQUE JUDICIAIRE

4.2.1. La Cour canadienne de l'impôt[26]

La Cour canadienne de l'impôt décida ceci :

> « […] the expenses deducted by the Appellant were running expenses, that matching is not in this case the appropriate method for tax purposes, and that the Appellant should be allowed to adopt the expensing method. »
>
> « […] les dépenses déduites par l'appelante étaient des dépenses courantes, que la méthode du rapprochement ne s'appliquait pas en l'espèce pour des fins fiscales et que l'appelante devrait être autorisée à utiliser la méthode la passation par pertes et profits[27]. »

Se fondant sur les arrêts *Naval Colliery*[28] et *Oxford Shopping Centres Ltd.* c. *La Reine*[29], la Cour canadienne de l'impôt décida que les PIL étaient des dépenses courantes et que les dépenses courantes ne pouvaient pas être liées directement à un poste de revenu particulier. Par conséquent, les PIL étaient déductibles dans l'année où ils avaient été engagés ou faits.

La Cour canadienne de l'impôt s'appuya notamment sur le fait que les PIL permettaient une prévention du « trou dans le revenu » occasionné par le maintien d'un immeuble vacant, le respect des exigences de son financement provisoire et l'obtention d'un financement permanent, la capacité de préserver sa position et sa réputation sur le marché, la capacité de gagner des revenus au moyen de loyers, d'honoraires de gestion et d'aménagement[30].

Enfin, la Cour souligna l'importance relative des PCGR :

> « There is no requirement in law for this Court to follow GAAP. In fact, if this Court was to follow GAAP without question, the Canadian Institute of Chartered Accountants
>
> [TRADUCTION] « Le droit n'exige pas que la présente Cour se conforme aux PCGR. En fait, s'il fallait que la Cour applique ces derniers les yeux fermés, l'Institut canadien des

---

[26] [1994] A.C.I. n° 7 (Quicklaw), [1994] 1 C.T.C. 2336, 94 D.T.C. 1133 (C.C.I.) (« *Canderel-CCI* »).

[27] *Id.*, par. 68; 94 D.T.C. 1133, 1142.

[28] *Naval Colliery*, précité, note 18.

[29] [1980] 2 C.F. 89 (S.P.I.); conf. par [1982] 1 C.F. 97 (C.A.F.).

[30] *Canderel-CCI*, précité, note 26, par. 17 et 18.

would be *de facto* legislating the development of tax law through the C.I.C.A. Handbook. However GAAP may still be a useful tool to analyze. »

comptables agréés se trouverait à légiférer de fait l'élaboration du droit fiscal par l'entremise de son Manuel. Il n'en reste pas moins que les PCGR demeurent un outil d'analyse utile[31]. »

4.2.2. La Cour d'appel fédérale

La Cour d'appel fédérale accueillit l'appel de l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») et cassa le jugement de la Cour canadienne de l'impôt à l'unanimité[32].

4.2.2.1. Les motifs du juge d'appel Stone pour la majorité

La pierre angulaire de la décision du juge d'appel Stone (à laquelle souscrivit le juge d'appel Robertson) était que « le principe du rattachement avait été élevé au niveau de principe juridique ». Dans sa décision, le juge d'appel Stone appuya sa position sur le passage suivant de l'arrêt *West Kootenay Power and Light Co.* c. *Canada*, rendu par la Cour d'appel fédérale :

« […] The approved principle is that whichever method presents the "truer picture" of a taxpayer's revenue, which more fairly and accurately portrays income, and which "matches" revenue and expenditure, if one method does, is the one that must be followed. »

« […] la méthode applicable est celle qui donne l'image la plus fidèle du revenu du contribuable, qui le représente le plus fidèlement et proprement et qui permet le meilleur "rattachement" des charges et des produits[33]. »

Selon le juge d'appel Stone, le principe comptable de rapprochement était devenu une règle de droit :

« […] the matching principle of accounting has, at least in this Court, been elevated to the status of a legal principle. […]. »

« […] le principe comptable du rattachement a été élevé, du moins par la Cour, au statut de principe juridique […][34]. »

---

31 *Id*., par. 69.

32 *Canada* c. *Canderel*, [1995] 2 C.F. 232, 95 D.T.C. 5101 (C.A.F.) (« *Canderel-CAF* »).

33 [1992] 1 C.F. 732, 745 (C.A.) (« *West Kootenay* »), cité dans *Canderel-CAF*, précité, note 32, 236.

34 *Canderel-CAF*, précité, note 32, 236.

Par ailleurs, le juge d'appel Stone établit que les PIL n'étaient pas des « dépenses courantes » au sens de l'affaire *Naval Colliery*[35] et qu'il s'agissait de frais liés à l'exploitation d'une entreprise et que si Canderel n'avait pas effectué ces paiements, elle aurait été nettement désavantagée sur le plan financier[36]. Le juge d'appel Stone décida que les dépenses avaient été engagées dans le but de produire des revenus durant toute la durée des baux et donc que, selon le principe du rattachement, ces dépenses devaient être rapprochées des revenus durant la période de ces baux[37].

4.2.2.2. Les motifs concordants de la juge d'appel Desjardins

La juge d'appel Desjardins étudia les décisions invoquées par l'ARC[38] selon lesquelles, en présence de deux méthodes acceptables, tant en vertu des PCGR qu'aux fins fiscales, le tribunal doit préférer celle qui donne une « image plus fidèle » des bénéfices. Ainsi, la juge d'appel Desjardins écrivit que la question principale était d'établir quelle méthode indiquait le plus fidèlement le bénéfice réalisé par Canderel Ltée. Parce qu'elle permettait un rattachement entre les revenus et les charges, la méthode de la prise en charge par rapprochement était la méthode présentant les revenus avec le plus de fidélité et d'exactitude possible.

Puisque le principe de rapprochement s'appliquait aux dépenses afférentes à certains postes de revenus, la juge d'appel Desjardins mentionna qu'il importait de déterminer si les PIL étaient reliés à des postes de revenus particuliers ou s'ils constituaient des dépenses courantes. Elle conclut ainsi : « [...], there is a direct contractual relationship between the T.I.P. and the stream of revenues gained over the period of the lease [...][39] ». (Notre soulignement)

Selon elle, les PIL devaient être reliés à des postes de revenu particuliers parce qu'ils étaient « directement liés au flux de revenus gagnés au cours de la période du bail ». Les PIL devaient donc être déduits au fur et à mesure

---

35 *Naval Colliery*, précité, note 18, cité dans *Canderel-CAF*, précité, note 32, 237.

36 *Canderel-CAF*, précité, note 32, 237-238.

37 *Id.*, 239.

38 *Id.*, 251-252 et 255. La juge d'appel Desjardins se fonda notamment sur les arrêts *West Kootenay*, précité, note 33, *Maintenance Telegraph and Telephone Co.* c. *Canada*, [1992] 1 C.F. 732 (C.A.F.) et *Friedberg* c. *Canada,* [1993] 4 R.C.S. 285 (« *Friedberg* »).

39 *Canderel-CAF*, précité, note 32, 264.

que les services étaient rendus. Il n'était donc pas au gré de Canderel de déduire le montant en entier ou de l'amortir.

Il est intéressant de noter que la juge d'appel Desjardins conclut que les deux méthodes étaient acceptables selon les PCGR et donc que la contribuable avait le choix d'étaler ou de ne pas étaler les dépenses de manière que les dépenses ne puissent être valablement rattachées à un poste de revenu. Pourtant, elle ajouta que l'ARC pouvait contraindre le contribuable à adopter l'une de ces méthodes afin d'obtenir une image fidèle du revenu et elle jugea finalement que la « méthode de prise en charge par amortissement était la seule méthode acceptable aux fins de l'impôt sur le revenu »[40].

4.2.3. La reconsidération en Cour suprême du Canada

Dans un premier temps, la Cour suprême du Canada va refuser d'entendre l'appel de Canderel[41]. Subséquemment, certaines incohérences paraîtront en raison de l'application des principes énoncés par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Canderel-CAF* et dans deux arrêts subséquents *Toronto College Park* c. *Canada*[42] et *Ikea Ltd.* c. *La Reine*[43].

En combinant les arrêts *Canderel-CAF*, *TCP-CAF*[44] et *Ikea-CAF*[45] (« *Trilogie Canderel-CAF* »), la Cour d'appel fédérale imposa une approche paradoxale voulant que le contribuable établisse un lien rattachant ses dépenses et ses revenus (courants et anticipés) tout en refusant que le même rattachement soit appliqué pour le récipiendaire du revenu généré par la dépense dans l'arrêt *Ikea-CAF*. Concrètement, les PIL devaient, selon les principes des arrêts *Canderel-CAF* et *TCP-CAF*, être amortis sur la durée des

---

40 *Id.*, 270.

41 *Canderel Ltée* c. *La Reine*, [1995] 3 R.C.S. v.

42 [1996] 3 C.F. 858, 96 D.T.C. 6407 (« *TCP-CAF* »).

43 96 D.T.C. 6526 (« *Ikea-CAF* »).

44 *TCP-CAF*, précité, note 42, par. 16, où la Cour d'appel fédérale interpréta l'arrêt *Canderel-CAF* de sorte que le principe de rapprochement était applicable sans égard aux principes comptables. La Cour détermina qu'en tant que principe de droit, le principe de rapprochement exigeait que si une dépense pouvait être rapprochée, elle devait être amortie.

45 *Ikea-CAF*, précité, note 43, où il fut jugé que le principe de rapprochement s'appliquait aux dépenses et non aux revenus et que le locataire devait déduire les PIL dans l'année de la réception.

baux, tandis que, selon l'arrêt *Ikea-CAF*, le locataire, recevant les PIL, ne pouvait amortir le paiement sur la durée du bail.

De plus, l'élévation du principe du rapprochement au niveau de principe juridique avait fait en sorte que les contribuables se devaient de lier toutes leurs dépenses aux revenus, et ce, dans l'année d'imposition en cours ou subséquente. La *Trilogie Canderel-CAF* avait donc pour effet d'imposer un lourd fardeau fiscal aux contribuables qui se voyaient contraints de payer leurs impôts avant même que les bénéfices reliés aux dépenses n'eussent été générés.

Devant l'élévation du rapprochement comme nouveau « principe juridique », la Cour suprême du Canada reconsidéra sa décision de refuser la demande d'autorisation de pourvoi à l'encontre de l'arrêt *Canderel-CAF*. Ce faisant, elle accepta non seulement la demande d'autorisation de pourvoi de cette dernière, mais aussi celles des arrêts *TCP-CAF* et *Ikea-CAF*.

5. LES PRINCIPES DE L'ARRÊT *CANDEREL*

En 1998, sous la plume du juge Iacobucci, la Cour suprême du Canada accueillit à l'unanimité les appels des arrêts *Canderel-CAF* et de *TCP-CAF*, mais elle rejeta celui de l'arrêt *Ikea-CAF*[46]. Dans cet arrêt phare, la Cour suprême du Canada jeta de nouvelles assises juridiques applicables à la détermination du bénéfice et énonça six principes régissant le calcul de bénéfice d'un contribuable à des fins fiscales, principes largement inspirés des trois Théorèmes de Jackett.

5.1. LA DÉTERMINATION DU BÉNÉFICE

L'arrêt *Canderel-CSC* n'offrit aucune définition précise du « bénéfice » et reprendra celle du Théorème I de Jackett :

---

[46] *Canderel-CSC*, précité, note 4; *Toronto College Park Ltd.* c. *Canada*, [1998] 1 R.C.S. 183 (« *TCP-CSC* »); *Ikea Ltd.* c. *Canada*, [1998] 1 R.C.S. 196 (« *Ikea-CSC* »).

« […]

(2) The profit of a business for a taxation year is to be determined by setting against the revenues from the business for that year the expenses incurred in earning said income: […]. »

« […]

(2) Le bénéfice tiré d'une entreprise pour une année d'imposition est déterminé en déduisant des revenus tirés de l'entreprise pour l'année en question les dépenses engagées pour gagner ces revenus : […][47]. »

La Cour suprême du Canada mentionna que puisque les critères juridiques applicables à la détermination du bénéfice n'avaient pas été établis de façon précise, il importait néanmoins d'en fixer la grille analytique applicable qu'elle définit comme suit :

« The great difficulty which seems to have plagued the courts in the assessment of profit for income tax purposes bespeaks the need for as much clarity as possible in formulating a legal test therefor. The starting proposition, of course, must be that the determination of profit under s. 9(1) is a question of law, not of fact. Its legal determinants are two in number: first, any express provision of the Income Tax Act which dictates some specific treatment to be given to particular types of expenditures or receipts, including the general limitation expressed in s. 18(1)(a), and second, established rules of law resulting from judicial interpretation over the years of these various provisions. » (Notre soulignement)

« La grande difficulté qui semble avoir affligé les tribunaux dans la détermination du bénéfice aux fins de l'impôt sur le revenu fait ressortir la nécessité de formuler le plus clairement possible le critère juridique applicable à cet égard. Le postulat de départ est évidemment que la détermination du bénéfice visé au par. 9(1) est une question de droit, non de fait. Les facteurs juridiques déterminants sont au nombre de deux : premièrement, l'existence d'une disposition expresse de la *Loi de l'impôt sur le revenu* commandant l'application d'un traitement précis à l'égard de certaines dépenses ou recettes, notamment la limite générale formulée à l'al. 18(1)*a*), et, deuxièmement, l'existence de règles de droit établies découlant de l'interprétation que les tribunaux ont donnée de ces diverses dispositions au fil des ans[48]. » (Notre soulignement)

---

47 *Canderel-CSC*, précité, note 4, par. 53.

48 *Id.*, par. 32.

Il y a donc deux facteurs juridiques déterminants, soit :

a) l'existence d'une disposition expresse de la *Loi de l'impôt sur le revenu* imposant un traitement précis à l'égard de certaines dépenses ou recettes (par exemple, le paragraphe 18(9) L.I.R.);

b) l'existence des règles ou pratiques établies découlant de l'interprétation que les tribunaux ont reconnues au fil des ans (par exemple, l'affaire *MRN* c. *Shofar Investment Corp.*[49] et les règles du calcul de l'inventaire).

En route, la Cour suprême du Canada rejeta l'idée voulant que le principe de rapprochement soit une règle de droit contraignante. Par conséquent, elle rétablit le principe qu'une dépense est déductible dans l'année d'imposition où elle a été payée ou engagée[50] ou même dans une année d'imposition subséquente dans la mesure où elle a été engagée dans le but de gagner ou produire un revenu et n'est pas de nature capital[51]. C'est d'ailleurs ce que le président Thorson, dans l'affaire *Consolidated Textiles*, avait exposé :

> « […] It is not a condition of the deductibility of a disbursement or expense that it should result in any particular income or that any income should be traceable to it. It is never necessary to show a causal connection between an expenditure and a receipt. An item of expenditure may be deductible in the year in which it is made although no profit results from it in such year: *Vallambrosa Rubber Company, Limited v. Inland Revenue*, (1910) 47 Sc. L.R. 488; […][52]. »

D'ailleurs, dans l'affaire *Imperial Oil Ltd.* c. *MRN*[53], le président Thorson avait décidé qu'il n'existait aucune exigence qu'une dépense génère du revenu pour qu'elle soit déductible :

> « […] while the section by implication prescribes that the expenditure should be made for the purpose of earning the income it is not a condition of its deductibility that it should actually earn any income. The view that an item of expenditure is not deductible unless it can be shown that it earned some income is quite erroneous. It is never necessary to show a causal connection between an expenditure and a receipt. An item of expenditure may properly be deductible

---

49 [1980] 1 R.C.S. 350.

50 *Consolidated Textiles*, précité, note 22.

51 Voir l'affaire *Associated*, précité, note 15, et sa « célèbre » note de bas de page.

52 *Consolidated Textiles*, précité, note 22, 81.

53 [1947] C.T.C. 353 (C. de l'É.).

> even if it is not productive of any income at all and even if it results in a loss: *Commissioners of Inland Revenue v. The Falkirk Iron Co., Ltd.* (1933) 17 T.C. 625[54]. »

Par la suite, dans l'arrêt *Mattabi Mines Limited* c. *Ontario (Ministre du revenu)* rendu par la Cour suprême du Canada[55], la juge Wilson cita le président Thorson dans l'affaire *Royal Trust Co.* c. *MRN*, qui avait énoncé la règle en termes clairs[56] :

> « It is not necessary that the outlay or expense should have resulted in income. In *Consolidated Textiles Limited v. M.N.R.*, [1947] Ex. C.R. 77 at 81; [1947] C.T.C. 63, I expressed the opinion that it was not a condition of the deductibility of a disbursement or expense that it should result in any particular income or that any income should be traceable to it and that it was never necessary to show a causal connection between an expenditure and a receipt. And I referred to *Vallambrosa Rubber Co. v. C.I.R.* (1910), 47 S.C.L.R. 488 as authority for saying that an item of expenditure may be deductible in the year in which it is made although no profit results from it in such year and to *C.I.R. v. The Falkirk Iron Co. Ltd.* (1933), 17 T.C. 625, as authority for saying that it may be deductible even if it is not productive of any profit at all [...]
>
> The essential limitation in the exception expressed in Section 12(1)(a) is that the outlay or expense
>
> [TRADUCTION] « Il n'est pas nécessaire que le débours ou la dépense ait produit un revenu. Dans la décision *Consolidated Textiles Limited* v. *M.N.R.*, [1947] R.C. de l'É. 77, à la p. 81, [1947] C.T.C. 63, j'ai exprimé l'avis qu'il n'était pas nécessaire qu'un débours ou une dépense donne lieu à un revenu particulier pour être déductible ou qu'un rapport puisse être établi avec un revenu et qu'il n'était jamais nécessaire d'établir un rapport de cause à effet entre une dépense et une recette. J'ai mentionné la décision *Vallambrosa Rubber Co.* v. *C.I.R.* (1910), 47 S.C.L.R. 488, à titre de fondement pour affirmer qu'une dépense peut être déduite dans l'année au cours de laquelle elle a été faite bien qu'il n'en ait résulté aucun profit au cours de cette année, et la décision *C.I.R.* v. *The Falkirk Iron Co. Ltd.*(1933), 17 T.C. 625, à titre de fondement pour affirmer qu'elle peut être déduite même si elle n'a généré absolument aucun profit [...]

---

54 *Id.*, 373. Voir aussi les affaires *Wilson & Wilson Ltd.* c. *MRN*, [1960] C. de l'É. 205, 217-218 (j. Cameron); *Royal Trust* c. *MRN*, [1957] C.T.C. 32 (C. de l'É.); *Algoma Centre Railway* c. *MRN*, [1967] 2 Ex. C.R. 88, [1967] C.T.C. 130, 67 D.T.C. 5091; *Premium Iron Ores Ltd.* c. *MRN*, [1966] R.C.S. 685, 712, 721-722 et *J.L. Guay Ltée* c. *MRN*, [1971] C.F. 237, 71 D.T.C. 5423 (C.F.S.P.I.); conf. par [1972] C.F. 1441, 73 D.T.C. 5373 (C.A.F.) et 75 D.T.C. 5094 (C.S.C.).

55 [1988] 2 R.C.S. 175 (« *Mattabi Mines* »).

56 [1957] C.T.C. 32, 43-44 (C. de l'É.).

should have been made by the taxpayer "for the purpose" of gaining or producing income "from the business". It is the purpose of the outlay or expense that is emphasized but the purpose must be that of gaining or producing income "from the business" in which the taxpayer is engaged. If these conditions are met the fact that there may be no resulting income does not prevent the deductibility of the amount of the outlay or expense. Thus, in a case under the Income Tax Act if an outlay or expense is made or incurred by a taxpayer in accordance with the principles of commercial trading or accepted business practice and it is made or incurred for the purpose of gaining or producing income from his business its amount is deductible for income tax purposes. » [Emphasis added]

La restriction essentielle apportée à l'exception prévue à l'al. 12(1)a) est que le contribuable doit avoir fait la dépense ou le débours "en vue" de tirer un revenu "de l'entreprise" ou de lui faire produire un revenu. C'est le but de la dépense ou du débours qui est important et ce but doit être de tirer un revenu "de l'entreprise" à laquelle le contribuable se consacre ou de lui faire produire un revenu. Si ces conditions sont remplies, le fait qu'il puisse n'en résulter aucun revenu n'empêche pas la déduction du débours ou de la dépense. Ainsi, dans une affaire relevant de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, si le contribuable effectue un débours ou engage une dépense en conformité avec les principes applicables aux opérations commerciales ou la pratique commerciale reconnue, et ce, dans le but de tirer un revenu de son entreprise ou de lui faire produire un revenu, son montant est déductible aux fins de l'impôt sur le revenu[57]. » [Je souligne]

En bref, à moins de dispositions expresses à l'effet contraire, les dépenses courantes effectuées dans le but de générer des revenus sont déductibles dans le calcul du revenu pour l'année d'imposition au cours de laquelle elles ont été engagées par le contribuable en vue de tirer un revenu de l'entreprise ou d'un bien. La Cour suprême du Canada confirme qu'aucune règle de droit n'indique qu'un contribuable doit soumettre la déduction de certaines dépenses engagées afin de générer un revenu, aux revenus prétendument générés par celles-ci[58].

---

[57] *Mattabi Mines*, précité, note 55, par. 15. Dans l'affaire *Symes*, précité, note 21, 729, la Cour suprême du Canada a traité de la même problématique et a réaffirmé le principe de l'affaire *Mattabi Mines*, précité, note 55, par. 15. Les juges minoritaires n'ont pas exprimé une opinion différente sur cette question d'interprétation des lois.

[58] Voir les affaires *MRN* c. *Tower Inv. Inc*., [1972] C.F. 454; 72 D.T.C. 6161 (C.F.S.P.I.) (« *Tower* »); *MRN* c. *Canadian Glassine Co. Ltd.*, 76 D.T.C. 6083 (C.A.F.); *La Reine* c. *Oxford Shopping Centres Ltd.*, 81 D.T.C. 5065 (C.A.F.) (« *Oxford-CAF* »); et *Tobias* c. *La Reine*, 78 D.T.C. 6028 (C.F.S.P.I.).

5.2. LA QUESTION DE DROIT

Ayant écarté l'idée d'élever le principe du rattachement au niveau de la règle de droit[59], la Cour suprême du Canada jugea qu'il était préférable d'employer le critère juridique du « bénéfice » ayant pour objet de déterminer la méthode comptable produisant une image fidèle du revenu pour l'année d'imposition[60].

Aussi le postulat demeure que la détermination du bénéfice visé au paragraphe 9(1) L.I.R. est une question de droit et non de fait. Ce principe assure que les tribunaux auront le dernier mot quant à la détermination des bénéfices.

5.3. L'IMAGE FIDÈLE

Le juge Iacobucci décida aussi que si la détermination des bénéfices est d'abord une question de droit, elle doit néanmoins « être tranchée selon le critère des principes reconnus de la pratique des affaires »[61]. Selon la Cour suprême du Canada, l'objectif principal est d'obtenir une « image fidèle » du bénéfice du contribuable durant l'année d'imposition, mais la Cour n'exige pas celle de la « plus fidèle ». La distinction est importante parce qu'elle laisse place à plus d'une méthode et évite aux tribunaux d'avoir à faire un choix définitif de la « meilleure » méthode, une sélection qui peut parfois s'avérer difficile.

La Cour suprême du Canada décida également que le contribuable peut employer toute méthode n'étant pas incompatible avec la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les principes et les règles jurisprudentielles, les principes commerciaux généralement reconnus, notamment ceux codifiés dans les PCGR, qui, sans être des règles de droit, sont des outils d'interprétation ou des guides, appliqués au cas par cas selon les faits relatifs à la situation factuelle du contribuable[62].

---

59 Le rapprochement est à la discrétion du contribuable et assujetti à la grille analytique de l'arrêt *Canderel-CSC*. Voir aussi les affaires *Tower*, précité, note 58 et *Oxford-CAF*, précité, note 58.

60 *Canderel-CSC*, précité, note 4, par. 44.

61 *Id*., par. 34.

62 *Id*., par. 56.

Cette doctrine de l'« image véritable » ou « fidèle » a été discutée pour la première fois dans une cause canadienne dans l'affaire *MRN* c. *Publishers Guild of Canada Limited (No. 90 c. M.R.N.)*[63], et reprise, entre autres, dans l'affaire *West Kootenay*[64]. À l'origine, cette notion de l'« image fidèle » ne servait qu'à décider des situations où les faits permettant le calcul des bénéfices d'un contribuable ou la déduction de dépenses ne pouvaient pas être établis précisément[65] et ne constituait pas une règle d'application générale. Le Lord Chancelier Loreburn en décida ainsi dans l'affaire *The Sun Insurance Office* c. *Clark* :

> « I am equally anxious that your Lordships should not be supposed to have laid down that the method applied by the Commissioners in the present case has universal application. If the Crown wishes in any future instance to dispute if they can do so by evidence, and it is not to be presumed that it is either right or wrong. A rule of thumb may be very desirable, but cannot be substituted for the Rule of law that I know of, viz.: that the true gains are to be ascertained as near as can be done[66]. » (Notre soulignement)

Cependant, la Cour fédérale, dans une série d'arrêts culminant avec la *Trilogie Canderel-CAF*[67], élargit le concept et décida que le contribuable devait toujours utiliser la méthode donnant l'« image véritable » de ses revenus pour l'année.

La Cour suprême du Canada reprit à son compte le concept de l'« image fidèle » et lui accorda maintenant ses lettres de noblesse en l'élevant au stade de concept que les tribunaux doivent considérer dans tous les cas et non seulement dans les cas où les faits sont flous. Il est à noter cependant que l'« image fidèle » de la Cour suprême du Canada n'est pas celle de la Cour d'appel fédérale qui, elle, était ancrée sur le rapprochement et sur le choix de l'image la « plus fidèle » :

« The approved principle is that whichever method presents the "truer	« [L]a méthode applicable est celle qui donne l'image la plus fidèle du

---

63 57 D.T.C. 1017 (C. de l'É.).

64 *West Kootenay*, précité, note 33.

65 *Anaconda American*, précité, note 18.

66 (1912) 6 T.C. 59, 77 (C.L.) (« *Sun Insurance* »). Voir aussi l'affaire *Sun Insurance* et *MRN* c. *Publishers Guild of Canada Limited. (No. 90 c. M.R.N.)*, 57 D.T.C. 1017 (C. de l'É.).

67 Voir, entre autres, le jugement *Maritime Telegraph and Telephone Company Limited* c. *La Reine*, 91 D.T.C. 5038 (C.F.S.P.I.).

> picture" of a taxpayer's revenue, which more fairly and accurately portrays income, and which "matches" revenue and expenditure, if one method does, is the one that must be followed. »
>
> revenu du contribuable, qui le représente le plus fidèlement et proprement et qui permet le meilleur "rattachement" des charges et des produits[68]. »

5.4. L'IMPORTANCE ACCRUE DES PCGR

Au lendemain de l'arrêt *Canderel-CSC*, le rôle des PCGR est accru. En effet, les moyens d'analyse retenus par la Cour suprême du Canada et susceptibles d'aider les tribunaux à déterminer le profit ou bénéfice comprennent maintenant :

a) les « principes bien reconnus de la pratique courante des affaires (ou comptable) », également appelés « principes commerciaux ordinaires » ou « principes ordinaires des affaires commerciales »[69]; et

b) « ces principes ont été formellement codifiés dans les "principes comptables généralement reconnus" ("PCGR") établis par la profession comptable pour la préparation des états financiers »[70].

La Cour suprême du Canada semble bien avoir balayé la distinction que les tribunaux d'antan faisaient entre les principes commerciaux, fruit de l'expérience des entreprises et des tribunaux et les PCGR :

> « […] In fact, the better view is that GAAP will generally form the very foundation of the "well-accepted business principles" applicable in computing profit. […] »
>
> « […] De fait, la meilleure façon de voir les choses est de dire que les PCGR forment généralement la base même des "principes commerciaux reconnus" applicables au calcul du bénéfice […][71]. »

Malgré le rôle plus central donné aux PCGR dans la détermination de l'image fidèle du revenu, la Cour suprême du Canada a imposé certaines limites quant à leur utilisation en soulignant qu'il fallait faire preuve de

---

68 Voir *West Kootenay*, précité, note 32, 745, cité dans *Canderel-CAF*, précité, note 32, 236. Voir aussi *Maritime Telegraph and Telephone Company Limited* c. *La Reine*, 92 D.T.C. 6191 (C.A.F.).

69 *Canderel-CSC*, précité, note 4, par. 33.

70 *Id*.

71 *Id*., par. 37.

prudence dans l'application intégrale de principes comptables à ce qui, en dernier ressort, est une question de droit :

> « Well-accepted business principles, which include but are not limited to the formal codification found in GAAP, are not rules of law but interpretive aids. To the extent that they may influence the calculation of income, they will do so only on a case-by-case basis, depending on the facts of the taxpayer's financial situation. »
>
> « Les principes commerciaux reconnus, notamment ceux codifiés formellement dans les PCGR, ne sont pas des règles de droit mais des outils d'interprétation. Dans la mesure où ils peuvent influencer le calcul du revenu, ils ne le feront qu'au cas par cas, selon les faits relatifs à la situation financière du contribuable[72]. »

Adhérant à cette position et à l'arrêt *Friedberg*, qui mentionne que les règles de droit doivent avoir préséance sur les principes commerciaux[73], la juge McLachlin, telle qu'elle était alors, déclarait dans l'arrêt *Shell Canada ltée* c. *Canada*[74], que les méthodes comptables ne sauraient établir les règles de droit en matière de fiscalité.

5.5. LE CHOIX DE LA MÉTHODE COMPTABLE

Dans la détermination du bénéfice, le contribuable est donc libre d'adopter toute méthode qui n'est pas incompatible avec :

a) les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

b) les principes dégagés de la jurisprudence ou les « règles de droit » établies; et

c) les principes commerciaux reconnus.

Il s'ensuit que la concordance entre les états financiers et la déclaration fiscale ne peut être requise en tout temps :

> « First, the manner in which Shell recorded the net foreign exchange gain for its non-tax financial accounting is not determinative of
>
> « Premièrement, la façon dont Shell a inscrit le gain de change net dans sa comptabilité générale établie à des fins non fiscales n'est pas

---

72 *Id*., par. 53.

73 *Friedberg*, précité, note 38.

74 [1999] 3 R.C.S. 622 (« *Shell Canada* »), par. 73.

> the proper tax treatment. This Court has frequently held that accounting practices, by themselves, do not establish rules of income tax law: Canderel [...]. At any rate, non-tax financial accounting is generally designed to reflect the overall economic position of the entire corporation. Section 20(1)(c)(i) of the Act, in contrast, applies to the tax treatment of specific transactions […]. »
>
> déterminante quant à son traitement sur le plan fiscal. Notre Cour a souvent statué que les méthodes comptables n'établissaient pas, en elles-mêmes, de règles de droit en matière d'impôt sur le revenu: *Canderel* […]. De toute façon, la comptabilité générale établie à des fins non fiscales reflète généralement la situation financière globale de l'entreprise en entier. Or, le sous-al. 20(1)*c*)(i) de la Loi s'applique au traitement fiscal d'opérations précises […][75]. »

5.1. LE POUVOIR LIMITÉ DE L'ARC

Enfin, le sixième principe est le pouvoir limité de l'ARC d'imposer sa méthode comptable. En l'absence de dispositions législatives ou de principes juridiques déterminants à l'effet contraire, l'ARC n'a pas le droit d'insister sur l'application d'une méthode particulière de calcul du bénéfice :

> « (6) On reassessment, once the taxpayer has shown that he has provided an accurate picture of income for the year, which is consistent with the Act, the case law, and well-accepted business principles, the onus shifts to the Minister to show either that the figure provided does not represent an accurate picture, or that another method of computation would provide a more accurate picture. »
>
> « (6) En cas de nouvelle cotisation, une fois que le contribuable a prouvé qu'il a donné une image fidèle de son revenu pour l'année, image qui est compatible avec la Loi, la jurisprudence et les principes commerciaux reconnus, il incombe alors au ministre de prouver que le chiffre fourni ne donne pas une image fidèle ou qu'une autre méthode de calcul fournirait une image plus fidèle[76]. »

6. L'APRÈS *CANDEREL*

Malgré les difficultés relatives à l'établissement de lignes directrices claires quant au rôle des PCGR, les principes établis par l'arrêt *Canderel-CSC* ont servi d'assise aux positions prises par les tribunaux dans l'évaluation des bénéfices des contribuables. De plus, l'évolution de la

---

75 *Id*.

76 *Canderel-CSC*, précité, note 4, par. 53 (soulignés dans l'original) reproduit par le juge Iacobucci dans l'arrêt *TCP-CSC*, précité, note 46, par. 18; voir aussi l'arrêt *Ikea-CSC*, précité, note 46.

jurisprudence dans les 13 années suivant l'arrêt *Canderel-CSC* dénote une augmentation du rôle joué par les PCGR, et ce, sans trop d'égards à l'orthodoxie judiciaire d'avant l'arrêt *Canderel-CSC*. À défaut d'adopter une ligne de conduite précise, les tribunaux se sont réfugiés derrière la notion de l'« image fidèle du revenu » cherchant à appliquer la méthode de calcul la plus juste possible selon les cas d'espèce. Ce faisant, les tribunaux se sont tournés vers l'expertise comptable, tout en conservant par le biais de la question de droit la mainmise ultime sur la question. Il s'ensuivra une certaine confusion.

6.1. AFFAIRE *TORONTO COLLEGE PARK LTD. C. CANADA*

La Cour suprême du Canada a rendu jugement, simultanément avec l'arrêt *Canderel-CSC*, dans les affaires *TCP-CSC* et *Ikea-CSC*, permettant une application immédiate des principes énoncés dans l'arrêt *Canderel-CSC*. Dans l'arrêt *TCP-CSC,* la Cour s'est penchée sur une question relative à la méthode de calcul des PIL. Dans cette affaire, le juge Iacobucci établit que la déduction des PIL à l'intérieur d'une seule année d'imposition était compatible avec les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour a appliqué les principes de l'arrêt *Canderel-CSC* voulant que le contribuable doive adopter une méthode conforme à l'« image fidèle du revenu »[77]. L'arrêt *TCP-CSC* illustre l'importance accrue du rôle des PCGR au lendemain de l'arrêt *Canderel-CSC* :

> « While accounting evidence is not determinative of the legal question of profit, it is certainly relevant and may in many cases be highly persuasive. The approach taken by the Court of Appeal is, in my view, unsupported by any previous authority other than its own decision in *Canderel*, which has now been set aside. » (Notre soulignement)
>
> « Même si la preuve comptable n'est pas déterminante pour ce qui est de la question juridique du bénéfice, elle est certainement pertinente et elle peut, dans bien des cas, se révéler éminemment convaincante. À mon avis, l'approche adoptée par la Cour d'appel n'est étayée par aucun précédent si ce n'est sa propre décision dans l'affaire *Canderel*, décision qui a maintenant été annulée[78]. » (Notre soulignement)

Par ailleurs, conformément aux principes établis par l'arrêt *Canderel-CSC*, la Cour a conclu que l'ARC ne s'était pas acquittée du fardeau de démontrer que le rapprochement des PIL donnerait une image

---

77 *TCP-CSC*, précité, note 46, par. 22-25.

78 *Id.*, par. 24.

plus fidèle du revenu[79]. Dans l'arrêt *TCP-CSC*, bien que la preuve comptable ne soit pas déterminante en soi, elle se révéla « éminemment convaincante ». Ainsi, la Cour a appliqué l'arrêt *Canderel-CSC* de manière à donner un rôle prépondérant aux PCGR et à imposer au fardeau de la preuve de l'ARC de démontrer que la méthode qu'il propose offre une image plus fidèle du revenu.

6.2. AFFAIRE *SROUGI* C. *LA REINE*[80]

Après *Canderel-CSC*, les tribunaux ont suivi le principe que la détermination de l'« image fidèle du revenu » est une question de droit qui ne saurait être déléguée aux PCGR[81]. Toutefois, pour établir l'« image fidèle du revenu », les tribunaux ont recherché la méthode comptable qui s'applique aux faits en litige que l'affaire *Srougi* va illustrer.

La Cour canadienne de l'impôt devait décider si la comptabilité de caisse ou d'exercice devait être employée dans le calcul du revenu de l'appelant (un avocat). Il fut jugé qu'un avocat ayant utilisé la comptabilité de caisse dans le calcul de ses revenus se devait d'employer la méthode de la comptabilité d'exercice s'appuyant sur le principe de l'image la plus fidèle :

> « Ainsi, en vertu de cette disposition législative, l'appelant doit inclure dans son revenu de l'année les sommes à recevoir par lui au titre de la fourniture de services au cours de l'année, dans le cours des activités d'une entreprise (ici reliées à sa profession d'avocat), même si les sommes, en tout ou en partie, ne sont dues qu'au cours d'une année postérieure. Cette règle ne s'applique pas si la méthode adoptée par le contribuable pour le calcul du revenu tiré de son entreprise et acceptée pour l'application de la partie I de la *Loi*, ne l'oblige pas à inclure dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition les sommes à recevoir qui n'ont pas été effectivement reçues au cours de l'année. Or, une méthode acceptable pour l'application de la partie I de la *Loi* "[...] est celle qui donne l'image la plus fidèle du revenu du contribuable, qui le représente le plus fidèlement et proprement et qui permet le meilleur 'rattachement' des charges et des produits." (*West Kootenay Power & Light Co. c. La Reine*, [1992] 1 C.F. 732 (C.A.), p. 745, dont le passage a été repris dans *Canderel Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147, au para. 43).

---

79 *Id*., par. 22-25.

80 2007 CCI 186, 2007 D.T.C. 658 (« *Srougi* »).

81 Voir notamment à cet effet : les affaires *Glueckler Metal Inc.* c. *La Reine*, 2003 CCI 256; 2003 D.T.C. 431 (« *Glueckler* »), par. 6 et *Raegele* c. *La Reine*, [2002] 2 C.T.C. 2955 (C.C.I.).

> Les membres des professions libérales doivent calculer leur revenu selon la comptabilité d'exercice. (Voir: *Les principes de l'imposition au Canada*, Lord, Sasseville [et al.], 13e édition, Wilson & Lafleur, 2002, p. 180, para. 4.2.9.2, cité par l'appelant lui-même)[82]. » (Notre soulignement)

6.3. AFFAIRE *GLUECKLER METAL INC.* C. *LA REINE*[83]

Dans l'affaire *Glueckler*, la Cour canadienne de l'impôt confirme le rôle prépondérant joué par les principes comptables. La majorité des actions de Glueckler Metal Inc. (« GMI ») étaient détenues par la société Bailey-Hunt Limited (« Bailey »). GMI déduisit de ses revenus d'entreprise la somme de 502 738 $, alléguant qu'il s'agissait de frais professionnels qui avaient été engagés pour payer des services financiers et administratifs que lui avait fournis Bailey. De la somme de 502 738 $, 294 738 $ consistaient en intérêts sur les prêts que la contribuable devait à Bailey pour la période du 30 novembre 1989 au 30 novembre 1994.

GMI présenta une compilation des dépenses qui avaient été engagées dans le cadre des activités de l'entreprise pour les années d'imposition 1989 à 1993, mais elle soutenait qu'aucune dépense n'était déductible avant que l'on ne convienne d'une obligation de payer conformément à l'entente conclue en novembre 1994. GMI et Bailey avaient accepté de mettre en application une méthode proposée par la firme comptable les conseillant.

L'analyse de la Cour canadienne de l'impôt fut la suivante :

> « [12] I accept that the question of whether the Appellant is entitled to deduct the payment is one of law. Specifically, the question is "which accounting treatment provides the most accurate picture of the Appellant's 1994 financial position"? The Appellant attempted to deduct the full amount in the 1994 taxation year and it was taken into income by Bailey in 1994. Both counsel relied on *Canderel* and presented that it provides the applicable test with respect to the accounting treatment of the payment.
>
> « [12] J'admets que la question de savoir si l'appelante a le droit de déduire le paiement est une question de droit[4]. En particulier, la question que la Cour doit poser est la suivante : "Quel traitement comptable donne l'image la plus fidèle de la situation financière de l'appelante pour l'année 1994?" L'appelante a tenté de déduire la totalité de la somme pour l'année d'imposition 1994, et Bailey a considéré cette même somme au titre d'un revenu pour cette même année. Les deux avocats se sont appuyés sur l'affaire *Canderel* et ont fait valoir qu'elle énonçait le critère applicable à

---

82 *Srougi*, précité, note 80, par. 7 et 8.

83 *Glueckler*, précité, note 81.

[…]

[15] [...] The Appellant's procedure was consistent with the rule of the law that running expenses which relate to an operating business as a whole, may be taken as a full deduction in the year paid. This rule of law is affirmed in *Canderel*. The present income picture is complicated and unusual. The Supreme Court of Canada in *Canderel* added at page 6109: [98 DTC 6100]

"However, where the income picture is more complicated, as is frequently the case, the taxpayer is free to employ whichever well-accepted business principles will be most useful in depicting profit, provided again that the method adopted is not inconsistent with the law." »

l'égard du traitement comptable du paiement.

[…]

[15] […] La procédure de l'appelante était conforme à la règle de droit qui stipule que les dépenses courantes relatives à l'exploitation d'une entreprise, dans son ensemble, peuvent être déduites en totalité pour l'année pendant laquelle elles ont été engagées. Cette règle de droit est d'ailleurs confirmée dans l'affaire *Canderel*. L'image fidèle du revenu en l'espèce est toutefois compliquée et inhabituelle. […] À cet égard, la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Canderel*, a ajouté ce qui suit à la page 6109 (DTC) : [98 DTC 6100]

"Toutefois, lorsque la présentation de l'image du revenu est plus compliquée, comme cela se produit fréquemment, le contribuable est libre d'utiliser les principes commerciaux reconnus qui seront le plus utiles pour décrire le bénéfice, pourvu encore une fois que la méthode adoptée ne soit pas incompatible avec le droit applicable."[84] »

6.4. AFFAIRE *MANN* C. *LA REINE*[85]

Dans l'affaire *Mann*, la Cour canadienne de l'impôt réaffirme que le droit n'impose aucune obligation de suivre les PCGR ni même une méthode comptable précise. Toutefois, il faut que la méthode comptable donne une image fidèle du revenu.

---

84 *Id*., par. 12 et 15.

85 2007 CCI 732, [2008] 4 C.T.C. 2183 (« *Mann* »).

6.5. AFFAIRE *CDSL CANADA LIMITED* C. *LA REINE*[86]

Dans l'affaire *CDSL*, le juge d'appel Noël rendit, pour la Cour d'appel fédérale, un jugement qui en disait long sur la place des PCGR. La question était de savoir si la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et plus particulièrement le paragraphe 10(1) L.I.R., autorisait les contribuables, deux entreprises, à calculer leurs revenus de façon non conforme aux PCGR[87]. De fait, les parties avaient convenu que le débat se limitait à la question de savoir « si l'article 9 et les PCGR qu'il incorpore ont préséance sur l'article 10 ». Dans cette affaire, la Cour d'appel fédérale mentionna que la détermination du bénéfice en vertu du paragraphe 9(1) L.I.R. était une question de droit et que cette détermination devait s'effectuer en conformité avec les PCGR, sauf lorsque ceux-ci sont incompatibles avec une ou plusieurs dispositions de la loi (la Cour a cité l'arrêt *Canderel*)[88]. Pour conclure, la Cour s'est fondée sur l'arrêt *Friesen* c. *Canada*, rendu par la Cour suprême du Canada[89], en affirmant que le paragraphe 10(1) L.I.R. est une disposition impérative et avait donc préséance sur les PCGR[90].

6.6. AFFAIRE *SASKFERCO PRODUCTS ULC* C. *LA REINE*[91]

Dans l'affaire *Saskferco*, un producteur de fertilisants émettait des billets à ordre en devises américaines de façon à profiter d'un taux d'intérêt plus bas. Toutefois, à la suite d'un changement significatif du taux de change en faveur du dollar américain, la société enregistra des pertes pour le remboursement des prêts. Pour compenser, la société employa la méthode de la comptabilité de couverture (*hedge*). La Cour d'appel fédérale jugea que l'utilisation de la comptabilité de couverture ne permettait pas d'établir une image fidèle du profit et rejeta l'idée que les PCGR, par préférence aux règles de droit, devaient être appliqués dans l'évaluation des bénéfices :

> « Whether courts have accepted hedge accounting as a taxation principle at the level of generality urged upon us by Saskferco seems to me highly questionable. The attribution of foreign exchange gains or losses on income account for tax

---

86 2008 CAF 400 (« *CDSL* »).

87 *Id*., par. 2.

88 *Id*., par. 4, 26.

89 [1995] 3 R.C.S. 10.

90 *CDSL*, précité, note 86, par. 25.

91 2007 CCI 462, 2007 D.T.C. 1183; appel à la Cour d'appel fédérale rejeté, 2008 FCA 297, [2009] 1 C.T.C. 302 (« *Saskferco* »).

> purposes when income transactions are hedged by derivative contracts is an inadequate basis for extending them to commercially independent transactions and thereby departing from the well-accepted principle that foreign exchange losses on the repayment of a loan take their character from that of the loan itself[92]. »

6.7. AFFAIRE *SMRQ C. ALEX COUTURE INC.*[93]

La position voulant qu'une méthode de calcul doive être choisie judicieusement et selon la trame factuelle particulière au cas est conforme à la position de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Alex Couture*, qui confirme les principes du calcul du revenu imposable énoncés par l'arrêt *Canderel-CSC*, notamment celui voulant qu'une méthode de calcul doive être choisie méticuleusement et selon la trame factuelle propre à chaque cas. La Cour, citant l'arrêt *Canderel-CSC*, affirma ceci :

> « Considérant qu'en matière d'impôts sur le revenu, il faut procéder au cas par cas et qu'en outre, les conclusions de faits du juge de première instance doivent être respectées, comme l'a confirmé le juge Iaccobucci [sic] dans *Canderel Ltd. v. Canada*, (C.S.C. 24663, 12 février 1998) qui, par ailleurs confirme également les principes du calcul du revenu imposable en l'espèce :
>
> > "[...] dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition donnée, le contribuable doit adopter une méthode de calcul qui ne soit pas incompatible avec la Loi ou les autres règles de droit établies, qui soit conforme avec les principes commerciaux reconnus et qui produise une image fidèle de son revenu pour l'année en question. Dans les cas les plus simples, il ne sera même pas nécessaire de recourir formellement aux divers principes commerciaux reconnus, [...]
> >
> > Toutefois, lorsque la présentation de l'image du revenu est plus compliquée, comme cela se produit fréquemment, le contribuable est libre d'utiliser les principes commerciaux reconnus qui seront le plus utiles pour décrire le bénéfice, pourvu encore une fois que la méthode adoptée n'est pas incompatible avec le droit applicable. En règle générale, comme je l'ai dit plus tôt, le ministre n'est pas en mesure d'insister sur l'application d'un principe ou d'un autre, en l'absence de règle juridique qui l'exige, sauf dans les cas où, comme je vais l'examiner ci-après, l'application d'une autre règle produirait une image plus fidèle du revenu que celle obtenue par le contribuable"[94]. »

---

92 *Id.*, par. 34.

93 [1998] R.D.F.Q. 30 (C.A.) (« *Alex Couture* »).

94 *Id.*, 32-33.

6.8. AFFAIRE *2187878 NOVA SCOTIA LIMITED* C. *LA REINE*[95]

Dans les jugements récents de la Cour canadienne de l'impôt, l'approche établie par la Cour suprême du Canada limitant l'importance du principe de rapprochement est appliquée. Cela fut notamment exposé de façon claire dans l'affaire *2187878*. Dans cette affaire, la Cour canadienne de l'impôt établit que l'appelante, une entreprise de vente et de location d'automobiles, était en droit de déduire un montant du revenu fictif que son contrôleur avait déclaré dans le cadre d'une fraude commise à l'endroit de la compagnie[96]. De fait, le contrôleur avait surévalué les stocks de véhicules et d'autres comptes d'actifs du revenu tout en sous-évaluant les salaires et les dépenses relatives à des prêts bancaires[97]. La Cour canadienne de l'impôt jugea que les PCGR, bien qu'ils constituent des outils comptables utiles, doivent être appliqués selon les faits et elle se rallia à la position de l'appelante qui invoquait « que les irrégularités ne pouvant être rattachées de façon concluante à des années d'imposition extérieures, la dépense extraordinaire totale devrait être déductible dans l'année d'imposition 2000 »[98].

Dans l'affaire *2187878*, la Cour rappelle que les PCGR, bien qu'ils constituent des outils comptables utiles, doivent être appliqués selon les faits. Cela corrobore le corollaire du Théorème I de Jackett voulant une notion flexible du concept de bénéfice ou profit afin de s'appliquer judicieusement à chaque situation factuelle. Ainsi, la méthode de calcul doit être soigneusement choisie selon la trame factuelle particulière de chaque cas puisqu'il faut procéder au cas par cas[99].

6.9. AFFAIRE *FERRO* C. *CANADA*[100]

Dans l'affaire *Ferro*, le juge Teskey de la Cour canadienne de l'impôt a indiqué clairement que le principe de rapprochement n'était plus un facteur déterminant. Dans cette affaire, un avocat pratiquant exclusivement pour une

---

95 2007 CCI 249 (« *2187878* »).

96 *Id*., par. 1 et 12.

97 *Id*., par 12.

98 *Id*., par. 19.

99 Voir aussi l'affaire *Alex Couture*, précité, note 93.

100 2003 D.T.C. 491, [2003] 2 C.T.C. 2461 (C.C.I.), traduction officielle en français sur le site de la Cour canadienne de l'impôt (« *Ferro* »).

clientèle d'accidentés de la route et qui facturait en fonction de son résultat s'est vu permettre de déduire les dépenses se rapportant aux dossiers en litige en dépit du fait que les revenus ne seraient réalisés que dans les années subséquentes[101]. Le juge Teskey cite le juge McGuigan dans l'affaire *West Kootenay* :

« [36] MacGuigan J.A., in *West Kootenay Power and Light Company Limited and The Queen*, […] said […] :	[TRADUCTION] « [36] Dans l'affaire *West Kootenay Power and Light Company, Limited c. Sa Majesté la Reine*, […], le juge MacGuigan a dit :
"In my view, it would be undesirable to establish an absolute requirement that there must always be conformity between financial statements and tax returns, and I am satisfied that the cases do not do so. The approved principle is that whichever method present the "truer picture" of a taxpayer's revenue, which more fairly and accurately portrays income, and which "matches" revenue and expenditure, if one method does, is the one that must be followed".	"Il n'est pas souhaitable, à mon avis, d'ériger la conformité entre les états financiers et les déclarations de revenus en exigence absolue, et j'ai la conviction que ce n'est pas ce que font les décisions précitées. Elles établissent plutôt que la méthode applicable est celle qui donne l'image la plus fidèle du revenu du contribuable, qui le représente le plus fidèlement et proprement et qui permet le meilleur « rattachement » des charges et des produits".
[…]	[…]
[38] It appears in light of recent decisions that the "matching" principle is no longer a determinating factor. »	[38] À la lumière de récentes décisions, il semble que le principe de rapprochement ne soit plus un facteur déterminant[102]. »

Il est intéressant de constater que la position prise par le juge Teskey était conforme à la position exprimée presque 100 ans plus tôt dans l'affaire *Vallambrosa Rubber Co., Ltd*. c. *Farmer*[103], laquelle établissait qu'une dépense ne devait pas nécessairement générer du revenu pour être déductible.

---

[101] *Id*., par. 4-14.

[102] *Id*., par. 36 et 38.

[103] (1910) 5 T.C. 529.

6.10. AFFAIRE *HERDT & CHARTON INC.* C. *SMRQ*[104]

Comme la Cour d'appel fédérale, la Cour du Québec semble d'avis que le principe du rattachement ne peut être utilisé à toutes les sauces selon le bon plaisir des parties. Dans l'affaire *Herdt & Charton*, la Cour du Québec se demandait si l'entreprise devait être exploitée au moment où la contribuable recevait des remboursements de TPS et de TVQ. C'est-à-dire la contribuable devrait-elle inclure dans son revenu de tels remboursements reçus dans une année durant laquelle cette dernière n'exploitait pas une entreprise? Établissant un parallèle avec le principe du rapprochement, la société soutenait que puisqu'elle n'exploitait plus une entreprise, il n'était pas nécessaire d'inclure les remboursements de TPS et de TVQ dans ses revenus[105]. Reconnaissant qu'un contribuable ne peut déduire une dépense s'il n'exploite pas une entreprise et n'en tire donc aucun revenu, la Cour du Québec précisa que « le principe de l'appariement du revenu et de la dépense s'applique lorsque le contribuable veut déduire une dépense et non l'inverse, lorsqu'il est question d'ajouter un revenu »[106]. La Cour du Québec conclut que l'interprétation textuelle, contextuelle et téléologique du texte de la disposition pertinente de la *Loi sur les impôts*[107] ne permettait pas de conclure que le remboursement ne serait inclus dans le revenu qu'à la seule condition que l'entreprise soit toujours exploitée. Plutôt, le remboursement devrait « résulter d'une circonstance qui s'arrime à l'exploitation de l'entreprise, sans nécessairement qu'il y ait concomitance de temps »[108]. Le pourvoi devant la Cour du Québec fut rejeté.

6.11. AFFAIRE *FÉDÉRATION DES CAISSES POPULAIRES DESJARDINS DE MONTRÉAL ET DE L'OUEST DU QUÉBEC* C. *CANADA*[109]

Cependant, le principe de rapprochement n'a pas pour autant disparu. L'affaire *Fédération des Caisses populaires* illustre la survivance de ce dernier principe. Dans cette affaire, la Cour d'appel fédérale accueillit l'appel relatif aux droits de l'appelante de déduire, pour l'année 1992, des contributions patronales afférentes aux indemnités de vacances gagnées par

---

104 [2008] R.D.F.Q. 205 (« *Herdt & Charton* »).

105 *Id*., par. 10 et 11.

106 *Id*., par. 14 à 17.

107 L.R.Q., c. I-3 et mod.

108 *Herdt & Charton*, précité, note 104, par. 38.

109 2001 CAF 27, [2002] 2 C.T.C. 1 (« *Fédération des Caisses populaires* »).

les employés[110]. Afin de déterminer à quel moment les dépenses avaient été engagées sur le plan fiscal, la Cour d'appel fédérale se questionna sur le moment de la naissance de l'obligation des contribuables de payer la somme d'argent à ses employés. Selon la Cour, une telle obligation naissait des services rendus par les employés, soit en 1992[111]. En l'espèce, le raisonnement de la Cour correspondait à la position de l'appelante, notamment fondée sur le principe comptable de rapprochement des revenus et des dépenses.

CONCLUSION

Les constats suivants font la synthèse de l'état actuel du droit se rapportant au calcul des bénéfices : la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne précise pas que les états financiers doivent être préparés selon un type particulier de principe ou de norme comptable afin de déterminer les bénéfices; la détermination des bénéfices est une question de droit; les normes comptables n'ont pas force de loi mais ont un rôle important à jouer dans la détermination du bénéfice, l'objectif étant d'obtenir une image fidèle des bénéfices du contribuable aux fins du paragraphe 9(1) L.I.R. pour une année d'imposition donnée; et le contribuable est libre de choisir la méthode de son choix dans la mesure où elle donne une image fidèle, et pas nécessairement la plus fidèle, de ses bénéfices.

Il incombera aux tribunaux de recevoir, d'évaluer et de tirer des conclusions à partir des faits pertinents concernant la détermination des bénéfices de l'entreprise en question. À cette fin, le tribunal devra décider, sur la foi de la preuve soumise par les parties, quels principes pertinents ayant été appliqués par l'entreprise et acceptés par la communauté des affaires pourraient l'assister à comprendre les subtilités des méthodologies utilisées dans le processus de la mesure du bénéfice. Il déterminera les principes juridiques applicables et établira le bénéfice aux fins de l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le témoignage d'experts comptables sera évidemment pertinent pour, minimalement, fournir des pistes utiles au juge en vue d'arriver à sa conclusion. La Cour devra déterminer si la norme comptable appliquée est conforme avec les principes de droit fiscal applicables à la lumière des faits et décider d'accepter ou de rejeter l'« éclairage » fourni par la science comptable ou y substituer un autre, à son avis plus conforme à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et ce, tout

---

[110] *Id*., 1 et 2.

[111] *Id*., 16.

en poursuivant l'objectif attendu, soit l'image fidèle (*accurate picture*) des bénéfices :

> « To my mind, the significance of this statement is to confirm a much sounder proposition: that the goal of the legal test of "profit" should be to determine which method of accounting best depicts the reality of the financial situation of the particular taxpayer. » (Notre soulignement)
>
> « À mon avis, l'intérêt de cet énoncé est qu'il confirme une proposition beaucoup plus juste: le critère juridique du "bénéfice" devrait viser à déterminer quelle méthode comptable dépeint le mieux la situation financière du contribuable concerné[112]. » (Notre soulignement)

Certains se sont demandés si les tribunaux devaient exercer ce rôle, préconisant que les contribuables devraient pouvoir être libres de choisir entre les méthodes comptables qui sont acceptables selon les PCGR plutôt que de demander à la Cour de faire ce choix. La critique sous-jacente est que les tribunaux ne sont pas le forum approprié pour trancher des questions qui relèvent essentiellement de la comptabilité. Toutefois, en cette matière comme en bien d'autres, le tribunal devrait, avec l'aide d'experts comptables si nécessaires, pouvoir se décharger de ce devoir qui lui incombera. La question plus difficile consiste à savoir ce que signifie l'expression *reality of the financial situation*. Est-il possible de rapprocher ce commentaire de la Cour suprême du Canada avec le principe comptable de la primauté de la substance sur la forme (mentionné en début de texte) et de l'élever au rang de règle de droit pour la détermination du bénéfice en matière fiscale? La réaction des tribunaux sur cette question est à suivre.

La véritable difficulté consiste à voir comment le tribunal pourra harmoniser les PCGR et les principes fiscaux. À cet égard, les auteurs Hogg et Magee ont noté que, dans un contexte où les objectifs de la comptabilité financière sont d'assister les utilisateurs d'états financiers dans la prédiction des revenus et des flux monétaires, la comptabilité privilégiera une approche conservatrice où la prudence vise à assurer qu'en cas d'incertitude, les actifs des entités de même que les revenus et les gains ne soient pas surévalués et qu'inversement, ses passifs, dépenses et pertes ne soient pas sous-estimés. Selon ces auteurs, le système fiscal comporte des objectifs et des préoccupations qui sont incompatibles avec la comptabilité fiscale :

> « [T]ax system has objectives and concerns that are not relevant to financial accounting and vice versa. [t]he income statement is one of three statements that financial accountants produce (the other two are the balance sheet and the cash

[112] *Canderel-CSC*, précité, note 4, par. 44.

> flow statement) and the objectives of these three statements (along with the required note disclosures) are to assist users in predicting an entity's future earnings and cash flows. After the crash of 1929 (and in response to the crash), the focus in financial accounting was getting the income statement right. Accounting standards have evolved since then, and the focus is now on getting the balance sheet right. The measurement of income does not have the primacy of financial accounting[113]. »

Enfin, la voie employée par les tribunaux pour l'incorporation des PCGR dans l'évaluation des revenus balisera le poids qui sera accordé aux nouvelles Normes internationales d'information financière (« NIIF »). L'analyse des effets du changement vers les NIIF se profilera au fur et à mesure de leur utilisation[114]. Il sera ainsi intéressant de savoir si le principe de la « juste valeur » guidant les NIIF trouvera sa place en matière de calcul du bénéfice[115].

L'ARC, quant à elle, a déjà indiqué qu'elle interprètera toute référence aux PCGR dans ses documents ou dans la législation comme susceptible de viser les NIIF[116]. Selon l'ARC :

> « En outre, lorsqu'une entité particulière utilise les NIIF, nous sommes d'avis que les renvois aux PCGR dans la Loi peuvent être considérés comme des renvois aux NIIF et que tous les renvois aux PCGR dans toute publication de l'ARC peuvent également être considérés comme des renvois aux NIIF pour les entités qui produisent leur déclaration en vertu des NIIF[117]. »

---

113 Peter W. HOGG et Joanne E. MAGEE, « Principles of Canadian Income Tax Law: Concept of profit » (2011), en ligne : http://www.taxnetpro.com.

114 Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 42, « Normes internationales d'information financière », 31 mai 2010 (« ITNews-42 »).

115 FRANCE, ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, « Nouvelles normes comptables et PME », en ligne : (2006) 17 PME/TPE en bref p. 3, en ligne : http://www.pme.gouv.fr/informations/editions/etudes/bref-ent17.pdf.

116 Voir ITNews-42, précité, note 114.

117 *Id*.

IMPLICATION DES ENFANTS MINEURS AUX AFFAIRES



Normand Royal
Avocat, M. Fisc., associé
Miller Thomson Pouliot s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 9:3

PARTIE 1 – LES CONSÉQUENCES LÉGALES 9:4

1. LES BIENS ATTRIBUÉS DIRECTEMENT AU MINEUR 9:4

1.1. LA TUTELLE AUX BIENS DU MINEUR 9:5
1.1.1. La charge tutélaire 9:5
1.2. LE DIRECTEUR DE LA PROTECTION DE LA JEUNESSE ET LE CURATEUR PUBLIC 9:9
1.3. L'ADMINISTRATION TUTÉLAIRE 9:9
1.3.1. Constitution d'un conseil de tutelle 9:9
1.3.2. Produire l'inventaire 9:11
1.3.3. Fournir une sûreté 9:11
1.3.4. Administrer le patrimoine 9:12
1.3.5. Produire un rapport annuel 9:15
1.3.6. Produire un compte définitif 9:16

2. LES BIENS ATTRIBUÉS AU MINEUR PAR FIDUCIE 9:16

PARTIE 2 – LES CONSÉQUENCES FISCALES 9:17

1. IMPÔT AUX MINEURS – ARTICLE 120.4 L.I.R. 9:19

2. LES MÉTHODES DE FRACTIONNEMENT DU REVENU 9:20

2.1. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES 9:20
2.2. TRANSFERT OU PRÊT À UN MINEUR – PARAGRAPHE 74.1(2) L.I.R. 9:21
2.3. TRANSFERT OU PRÊT À UNE FIDUCIE – PARAGRAPHE 74.3 L.I.R. 9:22
2.4. TRANSFERT OU PRÊT À UNE SOCIÉTÉ – ARTICLE 74.4 L.I.R. 9:24
2.5. TRANSFERT AVEC CONTREPARTIE À LA JUSTE VALEUR MARCHANDE – ARTICLE 74.5 L.I.R. 9:27
2.6. PRÊTS ET TRANSFERTS MULTIPLES – PARAGRAPHE 74.5(6) L.I.R. 9:27

3. SOMMES À INCLURE DANS LE REVENU ANNUEL – ARTICLE 56 L.I.R. 9:28

4. SOMME VERSÉE À DES TIERS AU PROFIT DE BÉNÉFICIAIRES D'ÂGE MINEUR 9:29

CONCLUSION 9:30

INTRODUCTION*

L'élaboration d'une structure commerciale dans le but d'exploiter des entreprises ou de détenir des placements est une entreprise à aiguiller avec précision dans la mesure où l'impact fiscal de chaque décision se doit d'être judicieusement évalué. Dans ce cadre, il peut arriver que des parents engagés dans l'élaboration d'une structure commerciale désirent attribuer des biens à leurs enfants mineurs soit directement, soit par le biais d'une fiducie. Un tel processus aurait notamment comme avantage de réduire le fardeau fiscal du parent qui aura adroitement attribué des biens à son enfant mineur.

Évidemment, les autorités fiscales étant bien au fait de ce stratège, elles n'auront pas tardé à adapter les lois en conséquence, de manière à freiner les tentatives de fractionnement du revenu. Conséquemment, nous nous proposons de définir les conséquences légales de l'attribution de biens à un enfant mineur, ainsi que de déterminer les limites de l'impôt fractionné afin d'en amoindrir les effets.

Dans un premier temps, nous analyserons le régime légal applicable à l'enfant mineur. Nous verrons que, selon sa situation familiale et la valeur de son patrimoine, l'enfant sera soumis à un certain régime de tutelle et que son tuteur sera assujetti à une série d'obligations plus ou moins étendues. À cet effet, nous passerons en revue les différents régimes de tutelle, le processus de nomination des tuteurs, ainsi que l'étendue des pouvoirs de ces derniers.

Dans un second temps, nous décortiquerons les impacts fiscaux de l'attribution de biens à un enfant mineur. Nous expliciterons la notion de « kiddie tax » et analyserons diverses méthodes de fractionnement du revenu, soit l'attribution directe au mineur, l'attribution par l'intermédiaire d'une fiducie et l'attribution par l'entremise d'une société. Nous en évaluerons également les différents effets sur le fardeau fiscal du mineur et de l'auteur du fractionnement.

* L'auteur désire remercier M^me^ Tamila Ziani et M. Guillaume Synnott de leur précieuse et très appréciée collaboration à la rédaction de ce texte.

PARTIE 1 – LES CONSÉQUENCES LÉGALES

1. LES BIENS ATTRIBUÉS DIRECTEMENT AU MINEUR

Au Québec, l'âge de la majorité est établi à 18 ans depuis 1972[1], de sorte que l'individu de moins de 18 ans ne peut exercer ses droits civils que dans la seule mesure prévue par la loi[2]. Mais qu'en est-il exactement de ces droits?

Lors de la réforme du *Code civil du Québec*, le législateur a voulu reconnaître une autonomie graduelle au mineur. Ainsi, le mineur doué de discernement pourra notamment contracter seul pour satisfaire ses besoins ordinaires et usuels[3].

Néanmoins, il demeure des actes où le mineur ne pourra agir seul, sous peine de nullité absolue de ses actes[4]. Dans ces cas de figure, le mineur devra être représenté par son tuteur pour l'exercice de ses droits civils[5].

Dans la présente partie, nous procéderons à une revue générale du régime de la tutelle au mineur en distinguant les régimes de tutelle et les droits qui en découlent, ainsi qu'en rappelant les principes de l'administration tutélaire.

Il conviendra de conserver ces principes à l'esprit lors de l'élaboration d'une structure commerciale afin de conseiller le tuteur de l'enfant mineur quant aux droits et obligations qui lui échoiront à la suite d'une attribution de biens.

Il est à noter que nos commentaires se limiteront essentiellement à la tutelle aux biens du mineur.

---

1 *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »), art. 153.

2 Art. 155 C.c.Q.

3 Art. 157 C.c.Q.

4 Art. 161 C.c.Q.

5 Art. 158 C.c.Q.

1.1. LA TUTELLE AUX BIENS DU MINEUR

1.1.1. La charge tutélaire

La tutelle est établie dans l'intérêt du mineur; elle est destinée à assurer la protection de sa personne, l'administration de son patrimoine et, en général, l'exercice de ses droits civils[6].

Il existe deux régimes de tutelle au mineur, soit la tutelle légale et la tutelle dative. La tutelle légale résulte de la loi, tandis que la tutelle dative est celle qui est déférée par les parents ou par le tribunal[7].

En principe, la tutelle s'étend à la personne et aux biens du mineur. Cependant, il est possible de diviser la tutelle entre la tutelle à la personne et la tutelle aux biens du mineur[8]. Dans ce dernier cas, le tuteur aux biens n'est responsable que de l'administration des biens du mineur[9].

Lors d'une division de la tutelle, un seul tuteur à la personne peut être nommé, alors que la tutelle aux biens peut être répartie entre plusieurs personnes[10]. Lorsque plusieurs tuteurs aux biens sont nommés, chacun d'eux est responsable de la gestion des biens qui lui ont été confiés[11].

La tutelle est une charge personnelle, accessible à toute personne physique capable du plein exercice de ses droits civils et apte à exercer la charge[12]. Une personne morale peut également agir comme tuteur aux biens si elle y est autorisée par la loi[13].

---

6 Art. 177 C.c.Q.

7 Art. 178 C.c.Q.

8 Art. 185 C.c.Q.

9 Art. 188, al. 1 C.c.Q.

10 Art. 187 C.c.Q.

11 Art. 188, al. 2 C.c.Q.

12 Art. 179 C.c.Q.

13 Art. 189 C.c.Q.

Nul ne peut être contraint d'accepter une tutelle dative, sauf, à défaut d'une autre personne, le Directeur de la protection de la jeunesse ou, pour une tutelle aux biens, le Curateur public[14].

La tutelle légale

La nomination du tuteur légal

La tutelle légale est celle de la mère et du père majeurs ou émancipés à l'égard de leur enfant mineur afin d'assurer sa représentation dans l'exercice de ses droits civils et dans l'administration de son patrimoine[15]. C'est l'acte de naissance qui détermine la filiation aussi bien paternelle que maternelle. L'adoption confère également à un enfant adopté une filiation et remplace sa filiation d'origine. Nous verrons que sur le plan fiscal, le mot « enfant » est défini beaucoup plus largement.

Les père et mère exercent ensemble la tutelle, à moins que l'un d'eux ne soit décédé ou ne se trouve empêché de manifester sa volonté ou de le faire en temps utile[16].

L'un des parents peut également donner à l'autre mandat de le représenter dans des actes relatifs à l'exercice de la tutelle. Ce mandat est alors présumé à l'égard des tiers de bonne foi[17]. Toutefois, un parent ne pourrait déléguer généralement ses pouvoirs, puisque, contrairement à la tutelle dative, la tutelle légale ne peut faire l'objet d'une renonciation[18].

En cas de désaccord relativement à l'exercice de la tutelle entre les pères et mères, l'un ou l'autre peut saisir le tribunal du différend. Le tribunal statue

---

14 Art. 180 C.c.Q.

15 Art. 192 C.c.Q.

16 Art. 193 C.c.Q.

17 Art. 194 C.c.Q.

18 Une lecture combinée des articles 180 et 192 C.c.Q. nous enseigne que nul ne peut être contraint d'accepter la tutelle dative, alors que la tutelle légale échoit de plein droit aux parents majeurs ou émancipés. Néanmoins, il a été exceptionnellement reconnu en jurisprudence qu'une mère puisse démissionner de sa charge de tutrice aux biens tout en demeurant tutrice à la personne de ses enfants; voir par exemple *Curateur public* c. *Nahmias*, C.S. Montréal, n° 500-14-014269-005, 17 octobre 2000, j. Tellier.

dans l'intérêt du mineur, après avoir favorisé la conciliation des parties et avoir obtenu, au besoin, l'avis du conseil de tutelle[19].

Les droits et obligations du tuteur légal

En ce qui a trait à la portion de la tutelle relative aux biens, l'un des objectifs du régime de tutelle est d'administrer le patrimoine du mineur. Or, compte tenu du lien particulier qui unit le tuteur légal à son enfant et de la généralement faible valeur du patrimoine du mineur, le législateur a prévu un régime propre aux tuteurs légaux.

En effet, ces derniers sont dispensés de certaines obligations qui échoient au tuteur datif aux biens. Ainsi, les pères et mères ne sont pas tenus, dans l'administration des biens de leur enfant mineur, de faire l'inventaire des biens, de fournir une sûreté garantissant leur administration, de rendre un compte de gestion annuel, ou d'obtenir du conseil de tutelle ou du tribunal des avis ou autorisations[20].

Néanmoins, les tuteurs légaux ne pourront bénéficier de ce régime particulier advenant que le tribunal n'en ordonne autrement ou que la valeur des biens du mineur ne soit supérieure à 25 000 $.

Dans ce contexte, il sera important de porter une attention particulière à la valeur des biens attribués directement au mineur afin d'éviter qu'un parent attribuant des biens à son enfant ne se voie assujetti à des obligations supplémentaires.

Dans tous les cas, les parents assument la simple administration des biens de leur enfant en conformité avec les principes particuliers de l'administration tutélaire[21] et les principes plus généraux de l'administration du bien d'autrui[22].

Mentionnons finalement que la charge tutélaire des père et mère est accomplie à titre gratuit, à moins que l'administration des biens de leur enfant soit d'une complexité telle qu'elle constitue pour eux une occupation

---

19 Art. 196 C.c.Q.

20 Art. 209 C.c.Q.

21 Art. 208 à 221 C.c.Q.

22 Art. 1299 à 1370 C.c.Q.

principale. Dans ce cas, les parents pourront recevoir une rémunération fixée par le tribunal sur l'avis du conseil de tutelle[23].

La tutelle dative

La nomination du tuteur datif

La tutelle dative s'entend de la tutelle qui n'est pas prévue par la loi, c'est-à-dire toute tutelle autre que la tutelle légale des parents, celle du Directeur de la protection de la jeunesse (« DPJ ») ou celle du Curateur public.

En principe, le tuteur datif est désigné par le dernier mourant des père et mère ou, selon le cas, au dernier des deux apte à assumer l'exercice de la tutelle[24]. Cette désignation d'un tuteur à l'enfant mineur est faite par testament, par un mandat donné en prévision de son inaptitude ou par une déclaration en ce sens transmise au Curateur public[25].

En l'absence d'une telle désignation, la nomination d'un tuteur datif est déférée par le tribunal sur avis du conseil de tutelle, à moins qu'elle ne soit demandée par le DPJ[26]. La nomination d'un tuteur à la personne et d'un ou de plusieurs tuteurs aux biens devra également être déférée au tribunal advenant division de la tutelle.

Les droits et obligations du tuteur aux biens

Quoique les droits du tuteur datif soient sensiblement similaires à ceux du tuteur légal, ses obligations sont d'autant plus onéreuses que le tuteur datif ne bénéficie pas des exemptions particulières du père et de la mère dans la gestion du patrimoine de leur enfant mineur.

Conséquemment, le tuteur datif est tenu à toutes les obligations de la personne chargée de la simple administration du bien d'autrui, incluant les obligations de l'article 209 C.c.Q. Il devra notamment procéder à un inventaire, fournir une sûreté garantissant l'administration des biens,

---

23 Art. 183 C.c.Q.

24 Art. 201 C.c.Q.

25 Art. 200 C.c.Q.

26 Art. 205 C.c.Q.

produire un rapport de gestion annuel, constituer un conseil de tutelle, et obtenir des avis et des autorisations dans tous les cas prévus par la loi.

1.2. LE DIRECTEUR DE LA PROTECTION DE LA JEUNESSE ET LE CURATEUR PUBLIC

Le rôle de tuteur peut également échoir au DPJ advenant que les deux parents soient déchus de l'autorité parentale. Le DPJ exercera alors la tutelle légale de l'enfant jusqu'à la nomination d'un tuteur datif à l'enfant.

Le Curateur public, quant à lui, agira à titre de tuteur aux biens[27], notamment lorsque le DPJ assumera la tutelle d'un mineur dont la valeur du patrimoine excède 25 000 $[28]. Il jouit alors des droits et obligations du tuteur datif. Le Curateur public possède également des pouvoirs étendus[29] et est en droit d'exiger des honoraires pour l'exercice de sa tutelle[30].

1.3. L'ADMINISTRATION TUTÉLAIRE

Compte tenu de l'objectif général de protection des intérêts du mineur, le législateur a prévu certains mécanismes de surveillance de la tutelle au mineur.

Selon qu'il administre un patrimoine d'une valeur inférieure ou supérieure à 25 000 $, le tuteur pourra être tenu de constituer un conseil de tutelle, produire un inventaire, fournir une sûreté, produire un rapport annuel et de produire un compte définitif à la fin de son administration.

1.3.1. Constitution d'un conseil de tutelle

1.3.1.1. Le rôle et la désignation du conseil

Le conseil de tutelle a pour rôle de surveiller la tutelle. Il est constitué soit qu'il y ait tutelle dative, soit qu'il y ait tutelle légale, mais en ce dernier

---

27 Art. 180 C.c.Q. et *Loi sur le Curateur public*, L.R.Q., c. C-81 (« L.C.P. »), art. 12 (2°) et 12 (3°).

28 Art. 221 C.c.Q.

29 Art. 29, 30, 34 à 39 L.C.P.

30 Art. 55 L.C.P.

cas, uniquement si la valeur des biens du mineur est supérieure à 25 000 $ ou si le tribunal ne l'ordonne[31].

Toutefois, le conseil de tutelle n'est pas constitué lorsque la tutelle est exercée par le DPJ ou une personne qu'il recommande comme tuteur, ou par le Curateur public.

Advenant sa constitution, le conseil de tutelle est formé de trois personnes désignées par une assemblée de parents, d'alliés ou d'amis ou, si le tribunal le décide, d'une seule personne[32].

Cette assemblée de parents, d'alliés ou d'amis désigne les trois membres du conseil, deux suppléants et également un secrétaire, membre ou non du conseil, chargé de rédiger et de conserver les procès-verbaux des délibérations. Le tuteur ne peut être membre du conseil de tutelle[33].

À l'exception du DPJ et du Curateur public, nul ne peut être contraint d'accepter une charge au conseil de tutelle. Celui qui a accepté cette charge peut toujours en être relevé, pourvu que cela ne soit pas fait à contretemps. La charge est personnelle et gratuite[34].

1.3.1.2. Les droits et obligations du conseil

Lorsqu'il est formé de trois personnes, le conseil de tutelle se réunit au moins une fois l'an[35], afin de donner les avis et prendre les décisions dans tous les cas prévus par la loi[36].

En outre, lorsque les règles de l'administration du bien d'autrui prévoient que le bénéficiaire doit ou peut consentir à un acte, recevoir un avis ou être consulté, le conseil agit au nom du mineur[37].

---

31 Art. 209 et 223 C.c.Q.

32 Art. 222 C.c.Q.

33 Art. 228 C.c.Q.

34 Art. 229 C.c.Q.

35 Art. 234 C.c.Q.

36 Art. 233, al. 1 C.c.Q.

37 Art. 233, al. 2 C.c.Q.

Le conseil s'assure que le tuteur fait l'inventaire des biens du mineur et qu'il fournit et maintient une sûreté. Il reçoit également le compte annuel de gestion du tuteur et a le droit de consulter tous les documents et pièces à l'appui du compte, et de s'en faire remettre une copie[38].

Il a finalement la responsabilité d'assurer la conservation des archives et, à la fin de la tutelle, de les remettre au mineur ou à ses héritiers[39].

1.3.2. Produire l'inventaire

Le tuteur datif doit faire l'inventaire des biens à administrer dans les 60 jours de l'ouverture de la tutelle. Il doit faire de même à l'égard des biens échus au mineur après l'ouverture de la tutelle[40].

Le tuteur légal n'est tenu à l'obligation de produire un inventaire que si la valeur des biens du mineur est supérieure à 25 000 $ ou si le tribunal ne l'ordonne[41].

Dans tous les cas où la loi l'exige, l'inventaire doit être produit pour chaque patrimoine administré, c'est-à-dire pour chaque mineur sous la charge du tuteur, et une copie de l'inventaire est transmise au curateur public et au conseil de tutelle.

1.3.3. Fournir une sûreté

Lorsque la valeur des biens à administrer excède 25 000 $ ou si le tribunal ne l'ordonne, le tuteur est tenu de souscrire une assurance ou de fournir une autre sûreté pour garantir l'exécution de ses obligations. Le conseil de tutelle détermine la nature et l'objet de la sûreté, ainsi que le délai pour la fournir. Les frais de la sûreté sont à la charge de la tutelle[42].

Néanmoins, la personne morale qui exerce la tutelle aux biens est dispensée de fournir une sûreté[43].

---

38 Art. 236 C.c.Q.

39 Art. 239 C.c.Q.

40 Art. 240 C.c.Q.

41 Art. 209 C.c.Q.

42 Art. 242, al. 1 C.c.Q.

43 Art. 244 C.c.Q.

Trois types de sûretés sont généralement reconnus en pratique : la garantie hypothécaire, le contrat de cautionnement et le gel de fonds en vertu duquel l'institution financière qui est dépositaire des fonds du mineur s'engage à les conserver jusqu'à la fin de l'administration du tuteur actuel, sauf avis contraire du conseil de tutelle[44].

1.3.4. Administrer le patrimoine

Le tuteur au mineur étant chargé de la simple administration du bien d'autrui[45], il est tenu à une certaine norme de prudence et de diligence.

Ce faisant, le tueur doit agir avec honnêteté et loyauté, dans le meilleur intérêt du mineur ou de la fin poursuivie[46]. Il doit accomplir tous les actes nécessaires à la conservation du bien ou ceux qui sont utiles pour maintenir l'usage auquel le bien est normalement destiné[47].

Le tuteur ne peut également exercer ses pouvoirs dans son propre intérêt ni dans celui d'un tiers ou se placer dans une situation de conflit entre son intérêt personnel et ses obligations d'administrateur[48].

Compte tenu de ces normes de conduite, le régime de tutelle est assorti de certaines restrictions aux pouvoirs du tuteur.

1.3.4.1. Les actes devant être autorisés

Le tuteur aux biens du mineur devra obtenir l'autorisation du conseil de tutelle ou du tribunal afin de passer les actes suivants :

- Accepter une donation avec charge[49];
- Contracter un emprunt important eu égard au patrimoine du mineur[50];

---

44 CURATEUR PUBLIC DU QUÉBEC, *Guide à l'usage du tuteur datif à un mineur*, juin 2008, p. 13 (en ligne : http://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/pdf/guide-tuteur-datif-mineur.pdf (site consulté le 25 juillet 2010)).

45 Art. 208 C.c.Q.

46 Art. 1309 C.c.Q.

47 Art. 1301 C.c.Q.

48 Art. 1310 C.c.Q.

49 Art. 211 C.c.Q.

50 Art. 213 C.c.Q.

- Grever un bien d'une sûreté[51];
- Aliéner un bien important à caractère familial[52];
- Aliéner un immeuble[53];
- Aliéner une entreprise[54];
- Provoquer le partage définitif des immeubles d'un mineur indivisaire[55];
- Renoncer à une succession[56];
- Fixer les sommes dont le mineur conserve la gestion lorsque les revenus du mineur sont considérables[57];
- Changer la destination d'un bien qui produit des fruits et des revenus[58].

1.3.4.2. Les actes interdits au tuteur

Il est par ailleurs interdit au tuteur aux biens du mineur de passer les actes suivants dans le cadre de son administration :

- Aliéner un bien dont la valeur excède 25 000 $ sans avoir obtenu l'évaluation d'un expert, sauf s'il s'agit de valeurs cotées et négociées à une Bourse reconnue suivant les dispositions relatives aux placements présumés sûrs[59];

---

51 Art. 213, 214 et 1305, al. 1 C.c.Q.

52 *Id*.

53 *Id*.

54 *Id*.

55 Art. 213 C.c.Q.

56 Art. 638 (1°) C.c.Q.

57 Art. 200, al. 2 C.c.Q.

58 Art. 233, al. 2 et 1303 C.c.Q.

59 Art. 214, al. 1 C.c.Q.

- Se porter partie à un contrat qui touche les biens administrés, ni acquérir autrement que par succession des droits sur ces biens ou contre le mineur[60];

- Confondre les biens administrés avec ses propres biens[61];

- Utiliser à son profit le bien qu'il administre ou l'information qu'il obtient en raison même de son administration, à moins que le conseil de tutelle n'ait consenti à un tel usage ou qu'il ne résulte de la loi ou de l'acte constitutif de l'administration[62];

- Disposer à titre gratuit des biens qui lui sont confiés, à moins qu'il ne soit de la nature de son administration de pouvoir le faire ou qu'il ne s'agisse de biens de peu de valeur et que la disposition est faite dans l'intérêt du mineur ou de la fin poursuivie[63];

- Renoncer, sans contrepartie valable, à un droit qui appartient au mineur ou qui fait partie du patrimoine administré[64].

1.3.4.3. Les placements présumés sûrs

Dans le cadre de l'administration du patrimoine du mineur, le tuteur devra se limiter à des placements présumés sûrs au sens des articles 1339 et suivants C.c.Q.[65]

En effet, le tuteur qui procédera à de tels placements sera présumé agir prudemment, alors que le tuteur qui effectue un autre type de placement sera, par ce seul fait et sans autre preuve de faute, responsable des pertes qui en résulteront[66].

---

60 Art. 1312 C.c.Q.

61 Art. 1313 C.c.Q.

62 Art. 1314 C.c.Q.

63 Art. 1315, al. 1 C.c.Q.

64 Art. 1315, al. 2 C.c.Q.

65 Art. 1304 C.c.Q.

66 Art. 1343 C.c.Q.

Il sera par exemple loisible au tuteur de déposer les sommes d'argent qu'il administre dans une institution financière si le dépôt est remboursable à vue ou sur un avis d'au plus 30 jours. Le terme pourra être plus long si le remboursement du dépôt est pleinement garanti par l'Autorité des marchés financiers. Autrement, le dépôt devra être autorisé par le tribunal[67].

Le tuteur pourra aussi acheter des obligations du Québec, d'une autre province canadienne, du Canada, des États-Unis ou d'un État de ce pays, d'une municipalité ou d'une commission scolaire[68] ou encore investir dans des actions ordinaires, émises par une société qui satisfait depuis trois ans aux obligations d'information continue définies par la *Loi sur les valeurs mobilières*[69], dans la mesure où elles sont inscrites à la cote d'une Bourse canadienne reconnue, lesquelles sont aussi des placements présumés sûrs[70].

Les titres de propriété sur un immeuble sont également considérés comme un placement sûr[71].

Finalement, il convient de noter que les placements effectués au cours de l'administration doivent être faits au nom du tuteur agissant *ès qualités*[72].

1.3.5. Produire un rapport annuel

Le tuteur est tenu de transmettre un rapport annuel de sa gestion au conseil de tutelle, au Curateur public et au mineur de 14 ans et plus[73]. Advenant la division de la tutelle, le tuteur aux biens rend compte annuellement au tuteur à la personne[74].

Le Curateur public accorde un délai d'environ quatre mois pour la production du rapport annuel.

---

67 Art. 1341 C.c.Q.

68 Art. 1339 (2°) C.c.Q.

69 L.R.Q., c. V-1.1.

70 Art. 1339 (9°) C.c.Q.

71 Art. 1339 (1°) C.c.Q.

72 Art. 1344, al. 1 C.c.Q.

73 Art. 246, al. 1 C.c.Q.

74 Art. 246, al. 2 C.c.Q.

Par ailleurs, lorsque le patrimoine administré est d'une valeur de 100 000 $ ou plus, le Curateur public peut exiger que le rapport annuel soit vérifié par un comptable agréé[75].

1.3.6. Produire un compte définitif

À la fin de son administration, le tuteur rend un compte définitif au mineur devenu majeur[76]. Il doit aussi rendre compte au tuteur qui le remplace et au mineur de 14 ans et plus ou, le cas échéant, au liquidateur de la succession du mineur.

Il est également tenu de transmettre une copie du compte définitif au conseil de tutelle et au Curateur public.

2. LES BIENS ATTRIBUÉS AU MINEUR PAR FIDUCIE

Au Québec, il est fréquent d'avoir recours aux fiducies familiales dans l'élaboration d'une structure commerciale. Aussi, advenant que le bénéficiaire d'une telle fiducie soit un mineur, la question se pose à l'effet de savoir si l'administration des biens en fiducie sera régie par les règles de l'administration tutélaire ou bien les règles de l'administration fiduciaire.

Suivant le premier alinéa de l'article 210 C.c.Q., les biens donnés ou légués à un mineur à la condition qu'ils soient administrés par un tiers sont soustraits à l'administration du tuteur. Le second alinéa du même article stipule que si l'acte n'indique pas le régime d'administration de ces biens, la personne qui les administre a les droits et obligations d'un tuteur aux biens.

Ainsi, force est de conclure que, lorsque des biens sont attribués à un mineur par le biais d'une fiducie, ces biens sont soustraits à l'administration du tuteur au mineur et seront plutôt administrés par le fiduciaire. Le premier alinéa de l'article 1278 C.c.Q. précise d'ailleurs que le fiduciaire a la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire.

Par ailleurs, bien que le second alinéa de l'article 210 C.c.Q. exige que l'acte de donation indique le régime d'administration de ces biens, nous sommes d'avis qu'une telle spécification n'est pas requise dans le cas d'une fiducie. En effet, le second alinéa de l'article 1278 C.c.Q. établit d'ores et

---

75 CURATEUR PUBLIC DU QUÉBEC, précité, note 44, p. 21.

76 Art. 247 C.c.Q.

déjà que le fiduciaire agit à titre d'administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration.

Néanmoins, advenant que le fiduciaire soit également le tuteur du bénéficiaire mineur, il conviendra de distinguer l'administration tutélaire de l'administration fiduciaire. Ainsi, le patrimoine fiduciaire devra être administré selon les règles de l'administration fiduciaire et les règles de la pleine administration.

Ces règles nous enseignent notamment que celui qui est chargé de la pleine administration doit conserver et faire fructifier le bien, accroître le patrimoine ou en réaliser l'affectation, lorsque l'intérêt du bénéficiaire ou la poursuite du but de la fiducie l'exigent[77].

Pour exécuter ses obligations, le fiduciaire pourra aliéner le bien à titre onéreux, le grever d'un droit réel ou en changer la destination et faire tout autre acte nécessaire ou utile, y compris toutes espèces de placements.

Il convient de noter qu'en vertu de l'article 1287 C.c.Q., l'administration de la fiducie est soumise à la surveillance du constituant et aux bénéficiaires même éventuels. Si l'un des bénéficiaires est mineur, il agira par son tuteur.

Le fiduciaire peut être tenu d'établir un inventaire, de souscrire une assurance ou de fournir une autre sûreté, même si l'acte constitutif l'en dispensait[78]. De plus, le Code civil impose au fiduciaire l'obligation de rendre compte, sans prévoir la possibilité d'une dispense.

Quant au patrimoine du mineur, qui sera composé en tout ou en partie des fruits et revenus de la fiducie dont il est bénéficiaire, il devra être administré selon les règles de l'administration tutélaire et les règles de la simple administration dont nous avons discuté précédemment.

PARTIE 2 – LES CONSÉQUENCES FISCALES

Ayant passé en revue les conséquences légales de l'attribution de biens aux mineurs dans le cadre de l'élaboration d'une structure commerciale, il convient maintenant d'étudier les conséquences fiscales d'une telle attribution de biens.

---

77 Art. 1306 C.c.Q.

78 Art. 1324 C.c.Q.

En effet, non seulement l'auteur d'une telle attribution pourra-t-il être soumis à une série d'obligations en sa qualité de tuteur de l'enfant mineur, mais encore pourra-t-il être soumis à des règles fiscales visant à contrer le fractionnement du revenu.

Dans la présente partie, nous rappellerons d'abord les règles d'imposition du mineur, puis nous étudierons les nombreuses stratégies de fractionnement du revenu en faveur d'un mineur, soit le transfert ou le prêt directement au mineur ou par l'intermédiaire d'une fiducie ou d'une société.

Nous verrons qu'importe la stratégie adoptée, de nombreuses règles antiévitement ont été mises en place afin d'éviter que le contribuable puisse, à sa guise, fractionner son revenu annuel. Nous tenterons néanmoins d'indiquer quelques issues aux règles d'attribution.

Aux fins des lois fiscales et de l'application des règles d'attribution, est considéré comme un enfant d'un contribuable[79] :

a) une personne dont le contribuable est légalement le père ou la mère;

b) une personne qui est entièrement à la charge du contribuable et dont celui-ci a la garde et la surveillance, en droit ou de fait, ou les avait juste avant que cette personne ait atteint l'âge de 19 ans;

c) un enfant du conjoint de fait ou de l'époux du contribuable;

d) l'époux ou le conjoint de fait d'un enfant du contribuable.

Aux fins de la définition de participation dans une société agricole ou de pêche, l'enfant d'un contribuable comprend les petits-enfants et arrière-petits-enfants.

Tout transfert d'un bien par un parent à son enfant doit s'assujettir à la juste valeur marchande (« JVM »), toutefois la loi prévoit des règles particulières pour les transferts de biens agricoles, des actions d'une société agricole ou d'une participation dans une société de personnes agricole familiale.

---

[79] *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.) et mod. (« L.I.R. »), par. 259(1).

1. IMPÔT AUX MINEURS – ARTICLE 120.4 L.I.R.

Les règles relatives à l'impôt des enfants mineurs, mieux connu sous le nom de « kiddie tax », ont été adoptées dans le Budget de 1999[80].

Elles visent essentiellement l'assujettissement du revenu fractionné des enfants mineurs au taux marginal maximum applicable aux contribuables à revenu élevé. Au fédéral, ce taux d'imposition personnel maximum est actuellement de 29 %[81].

Les mesures relatives à l'impôt des enfants mineurs ont principalement été adoptées dans l'objectif de contrer deux techniques de planification fiscale de l'époque.

Selon la première de ces techniques, un membre d'une famille assujetti à un faible taux d'imposition acquérait à faible coût les actions d'une compagnie privée dont la structure permettait aux administrateurs de déclarer un dividende discrétionnaire.

La seconde technique impliquait la mise sur pied d'une société de personnes, fiducie ou société par actions qui rendait des services de gestion à une autre entreprise qui exploitait une entreprise active. Ici encore, les membres de la société de personnes, les bénéficiaires de la fiducie ou les actionnaires de la compagnie étaient des membres de la famille qui étaient assujettis à un faible taux d'imposition. Ces personnes recevaient alors un revenu sous la forme de frais de gestion d'un montant raisonnable et sur lequel ils étaient imposés à plus faible taux.

Afin de contrer ce phénomène, le législateur a amendé les règles de la *Loi de l'impôt sur le revenu* afin que l'impôt au mineur s'applique à un particulier déterminé au sens du paragraphe 120.4(1) L.I.R., c'est-à-dire un particulier qui n'avait pas atteint l'âge de 17 ans avant l'année d'imposition, qui n'a été non-résident du Canada à aucun moment durant l'année d'imposition, et dont le père ou la mère a résidé au Canada à un moment durant l'année d'imposition.

---

80 CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 1999*, 16 février 1999.

81 Al. 117(2)d) L.I.R.

Advenant que ces conditions d'application soient remplies, les règles d'imposition du mineur s'appliqueront au revenu[82] :

i) provenant de dividendes versés et d'attributions effectuées par des sociétés privées à leurs actionnaires;

ii) gagné par l'entremise d'une fiducie ou d'une société de personnes et qui peut être considéré comme se rapportant au revenu provenant de la fourniture de biens ou de services par celles-ci à une entreprise exploitée par une personne liée ou à l'appui d'une telle entreprise.

Par ailleurs, certains montants sont expressément exclus du calcul du revenu fractionné. Il s'agit de montants qui représentent le revenu tiré d'un bien acquis par le particulier, ou pour son compte, par suite d'un décès dans les circonstances prévues au paragraphe 120.4(1) L.I.R.

Néanmoins, il convient de noter que les gains en capital sur une société privée ne sont pas assujettis à l'impôt des enfants mineurs, de sorte qu'une structure générant des gains en capital plutôt que des dividendes permettrait de ne pas être assujetti à cet impôt.

À titre d'exemple, nous pourrions procéder au gel successoral des actions d'une société se qualifiant à titre de société exploitant une petite entreprise (« SEPE »). Cette SEPE émettrait des actions à une fiducie dont le bénéficiaire est un enfant mineur. Par la suite, aucun dividende ne serait versé à la fiducie, mais le gain en capital serait tout de même transféré aux actions de la fiducie.

Mentionnons finalement que le paragraphe 160(1.2) L.I.R. prévoit certaines circonstances aux termes desquelles le père et la mère de la personne déterminée seront solidairement responsables du paiement de l'impôt des enfants mineurs.

2. LES MÉTHODES DE FRACTIONNEMENT DU REVENU

2.1. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

Généralement, lorsqu'un contribuable a transféré ou prêté un bien à une personne de moins de 18 ans à son bénéfice et avec qui il a un lien de dépendance, ou qui est sa nièce ou son neveu, directement ou indirectement,

---

[82] Par. 120.4(1) « revenu fractionné » L.I.R.

par acte de fiducie ou autrement, le revenu ou la perte tiré de ce bien ou tout bien qui y est substitué demeure le revenu ou la perte de l'auteur du transfert du prêt.

Ces règles cessent de s'appliquer si l'un ou l'autre des événements suivants surviennent :

a) l'auteur du transfert décède;

b) l'auteur du transfert ne réside plus au Canada; ou

c) le bénéficiaire du transfert atteint l'âge de 18 ans avant la fin de l'année d'imposition.

Les règles d'attribution ne s'appliquent pas à l'égard d'un revenu d'entreprise par opposition à un revenu de bien. Ainsi, les projets générés par un prêt dans le but d'acquérir un bien aux fins de revente ne seraient pas assujettis aux règles d'attribution si le produit de la vente est considéré comme un revenu d'entreprise pour les autorités fiscales.

Également, les règles d'attribution ne s'appliquent pas si le prêt à la fiducie ou aux enfants porte intérêt au moins au taux d'intérêt prescrit ou selon le taux du marché.

Finalement, les revenus sur les revenus ayant fait une attribution ne sont pas assujettis aux règles d'attribution.

Nous étudierons plus spécifiquement les diverses règles d'attribution prévues à la législation fiscale.

2.2. TRANSFERT OU PRÊT À UN MINEUR – PARAGRAPHE 74.1(2) L.I.R.

En ce qui concerne le transfert ou le prêt de biens à un mineur, le paragraphe 74.1(2) L.I.R. établit ceci :

> « Lorsqu'un particulier transfère ou prête un bien, directement ou indirectement, par le biais d'une fiducie ou par tout autre moyen, à une personne de moins de 18 ans qui a un lien de dépendance avec le particulier ou qui est le neveu ou la nièce du particulier ou au profit de cette personne […] le revenu ou la perte de cette personne pour une année d'imposition provenant du bien est considéré comme un revenu ou une perte du particulier et non de cette personne. »

Ainsi, le revenu ou la perte provenant du bien transféré ou prêté sera attribué à l'auteur du transfert ou du prêt si i) la transaction est réalisée au bénéfice d'une personne de moins de 18 ans qui a un lien de dépendance avec l'auteur de la transaction; ou ii) qui est le neveu ou la nièce de ce dernier.

Néanmoins, le paragraphe 74.1(2) L.I.R. demeure muet quant à l'attribution des gains en capital. Ce faisant, il serait notamment loisible au contribuable de transférer aux mineurs des actions de croissance et des participations dans les fiducies de fonds commun de placement afin de bénéficier d'un fractionnement du revenu ainsi que de la déduction pour gains en capital du paragraphe 110.6(2.1) L.I.R.[83]

Par ailleurs, il convient de noter que, compte tenu de l'alinéa 74.3(1)a) L.I.R., la règle d'attribution du paragraphe 74.1(2) L.I.R. ne s'applique pas aux paiements d'aide aux études versés par un régime enregistré d'épargne-études (REÉÉ) dans la mesure où ces paiements ne sont pas imposables en vertu de l'alinéa 12(1)m) L.I.R., mais plutôt selon le paragraphe 146.1(17) L.I.R.

2.3. TRANSFERT OU PRÊT À UNE FIDUCIE – PARAGRAPHE 74.3 L.I.R.

L'article 74.3 L.I.R. trouve application lorsqu'un particulier prête ou transfère un bien, directement ou indirectement, par le biais d'une fiducie ou par tout autre moyen, à une fiducie dans laquelle un autre particulier, qui est une personne désignée, a un droit de bénéficiaire.

Aux termes des paragraphes 74.3(2) et 74.5(5) L.I.R., la personne désignée s'entend notamment, en ce qui concerne un particulier, d'une personne de moins de 18 ans qui a un lien de dépendance avec le particulier ou qui est son neveu ou sa nièce.

Ainsi, les dispositions de l'article 74.3 L.I.R. s'appliqueront advenant qu'un particulier prête ou transfère un bien à une fiducie dont le bénéficiaire est un mineur ayant un lien de dépendance avec le particulier ou est le neveu ou la nièce mineure de ce dernier.

Pour l'application de l'article 74.1 L.I.R. dont nous avons traité précédemment, lorsque les critères de l'article 74.3 L.I.R. sont respectés, la personne désignée est réputée avoir tiré un revenu du bien reçu ou transféré.

---

[83] Notes de David Sherman, par. 74.1(2).

Ce revenu réputé est ensuite attribué à l'auteur du prêt ou du transfert du bien.

Selon le calcul défini à l'article 74.3 L.I.R., la personne désignée est réputée avoir tiré le moindre des revenus suivants :

i) le revenu qui lui est effectivement attribué par la fiducie;

ii) le revenu résultant du calcul suivant :

$$\frac{\text{(le revenu tiré du bien transféré} \times \text{le revenu effectivement attribué)}}{\text{le total des revenus attribués aux personnes désignées}}$$

Il convient de noter que le droit de bénéficiaire dans une fiducie est défini au paragraphe 248(25) L.I.R. comme étant 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 la totalité ou une partie du revenu ou du capital de la fiducie donnée, soit directement de celle-ci, soit indirectement par l'entremise d'une ou de plusieurs fiducies ou sociétés de personnes.

Le droit de bénéficiaire est toutefois assorti de certaines restrictions énumérées au paragraphe 104(1.1) L.I.R. Ainsi, il n'y a pas de droit de droits de bénéficiaire, si ce droit résulte :

i) d'un droit pouvant découler des dispositions du testament ou d'un autre instrument testamentaire d'un particulier qui est bénéficiaire de la fiducie à ce moment;

ii) d'un droit pouvant découler de la loi régissant le décès *ab intestat* d'un particulier qui est bénéficiaire de la fiducie à ce moment;

iii) d'un droit à titre d'actionnaire, prévu par les modalités des actions du capital-actions d'une société qui est bénéficiaire de la fiducie à ce moment;

iv) d'un droit à titre d'associé d'une société de personnes, prévu par les modalités du contrat de société, si la société de personnes est bénéficiaire de la fiducie à ce moment;

v) de plusieurs des droits visés aux alinéas a) à d).

On pourrait prétendre que cette règle ne s'applique pas si le bien transféré ne génère pas d'argent telle une pièce d'argent et que des fonds requis pour la souscription des actions sont empruntés auprès d'une institution financière. Toutefois, le paragraphe 74.5(6) L.I.R., qui vise les prêts et transferts multiples, et le paragraphe 75.5(7) L.I.R., qui vise les garanties, pourraient recevoir application.

2.4. TRANSFERT OU PRÊT À UNE SOCIÉTÉ – ARTICLE 74.4 L.I.R.

Le paragraphe 74.4(2) L.I.R. établit une règle antiévitement spécifique dont l'objectif est de limiter l'implication des enfants mineurs dans le cadre d'un transfert de biens en faveur d'une société canadienne ou non.

De manière succincte, les conditions générales d'application de la règle antiévitement spécifique sont les suivantes :

i) Il y a transfert ou prêt d'un bien effectué directement ou indirectement, au moyen d'une fiducie ou autrement, par un particulier en faveur d'une société;

ii) L'un des principaux objectifs de ce transfert ou de ce prêt consiste à réduire le revenu du particulier, ou d'avantager une personne désignée;

iii) La personne désignée est une personne de moins de 18 ans qui a un lien de dépendance avec le particulier ou est le neveu ou la nièce du particulier;

iv) La personne désignée est un actionnaire déterminé de la société;

v) Le particulier est résident canadien;

vi) La société n'est pas une SEPE.

Il convient donc de noter que ce paragraphe comporte une question d'intention. Ainsi, les règles d'attribution ne s'appliquent que dans le cas où il est raisonnable de considérer que l'un des principaux objets du transfert ou du prêt consistait à réaliser un fractionnement du revenu.

Conséquemment, lorsque les conditions d'application de l'article 74.4 L.I.R. sont remplies, le particulier qui a transféré ou prêté le bien à la société sera chaque année réputé avoir reçu un intérêt sur la valeur impayée du transfert, ou du montant non remboursé, s'il s'agit d'un prêt.

Le montant d'intérêt est calculé au taux prescrit, qui est actuellement de 1 %. Ce montant est réduit de certains montants de dividendes et d'intérêts que le particulier aura reçus pendant l'année.

En ce sens, dans une situation où un particulier effectue un gel successoral par le biais d'un transfert de biens dans une société dont l'un de ses enfants de moins de 18 ans possède des intérêts à titre d'actionnaire déterminé, ce particulier sera réputé avoir reçu un intérêt équivalent au taux prescrit sur le solde impayé du transfert ou du prêt diminué des intérêts et dividendes imposables qu'il aura reçus.

Cette règle de l'intérêt réputé vise le transfert de biens à une société de gestion ainsi que la conversion d'actions dans le cadre d'un remaniement du capital-actions ou de tout autre transfert. Aux fins de l'application de la règle de l'intérêt réputé, bien que la conversion fiscale en vertu de l'article 51 L.I.R. n'entraîne pas de disposition fiscale pour l'auteur, cette conversion est réputée être un transfert au sens de l'alinéa 51(1)c) L.I.R.

Il en découle donc, lorsqu'un particulier négocie ses actions de quelque manière que ce soit dans le cadre d'un gel successoral, que cette opération sera considérée comme un transfert soumis à la règle d'attribution de l'article 74.4 L.I.R.

Il s'agit d'une des règles d'attribution les plus sévères. Contrairement aux autres règles d'attribution qui imposent à l'auteur les montants qu'il désirait imposer dans les mains d'une autre personne, la règle d'attribution relative aux entreprises inclut dans le revenu de l'auteur le montant des intérêts, que des revenus de biens aient été générés ou non durant la période donnée et qu'il y ait eu ou non distribution en faveur des personnes désignées.

Ce faisant, il est primordial que les conditions d'application de la règle de l'intérêt réputé ne soient pas remplies, et ce, de manière continue. Cela peut notamment se réaliser en faisant en sorte que la société se qualifie à titre de SEPE en effectuant une sortie des fonds excédentaires et en utilisant les fonds aux fins de l'entreprise ou encore par l'usage d'une fiducie pour la souscription des enfants mineurs. Dans ce dernier cas, l'enfant mineur ne doit pas recevoir un revenu avant d'avoir atteint la majorité.

Par ailleurs, la règle d'attribution du paragraphe 74.4(2) L.I.R. ne trouve application que lorsque la personne désignée se qualifie à titre d'actionnaire déterminé défini au paragraphe 248(1) L.I.R.

La notion d'actionnaire déterminé désigne l'actionnaire d'une société qui, à un moment dans l'année d'imposition, détient 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-ci.

Suivant l'alinéa e) de cette définition, 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.

Il ressort de cet alinéa qu'une attention particulière doit être accordée à la notion d'actionnaire déterminé lorsqu'une ou plusieurs fiducies discrétionnaires sont utilisées dans l'élaboration d'une structure commerciale. En effet, advenant qu'une fiducie soit discrétionnaire, chaque bénéficiaire de la fiducie sera réputé détenir la totalité des actions que possède la fiducie et donc être un actionnaire déterminé de la société si la fiducie possédait au moins 10 % des actions de l'une des catégories d'actions de la société.

À l'inverse, advenant qu'une fiducie possède les actions d'une société, si le nombre de bénéficiaires fait en sorte que chaque bénéficiaire possède moins de 10 % d'une catégorie d'actions et que le droit de chaque enfant mineur dans la fiducie ne relève pas de la discrétion du fiduciaire ou d'un tiers, chaque bénéficiaire sera réputé recevoir le pourcentage des actions attribué à ses droits. En outre, il ne sera pas un actionnaire déterminé de la société et, par le fait même, l'auteur du prêt ou d'un transfert sera exonéré de la règle du paragraphe 74.4(2) L.I.R.

Le paragraphe 74.4(4) L.I.R. indique que le paragraphe 74.4(2) L.I.R. ne s'appliquera pas si l'acte de fiducie prévoit :

a) que le conjoint ou l'enfant mineur ne peut recevoir aucun revenu ou recevoir aucune partie du capital de la fiducie, ni en obtenir d'utilisation :

   i) dans le cas des conjoints, tant qu'il est conjoint du particulier,

   ou

   ii) dans le cas d'un enfant mineur, avant qu'il n'atteigne l'âge de 18 ans;

b) pendant la période visée à l'élément a), le conjoint ou l'enfant mineur n'ont reçu ou autrement obtenu l'usage du revenu ou du capital de la

fiducie, et la fiducie n'a demandé aucune déduction dans le calcul de son revenu à titre du montant payé ou payable à ces personnes ou à titre de choix de bénéficiaire privilégié effectué en faveur de ces bénéficiaires.

On recommande l'ajout d'une telle clause aux actes de fiducie et également d'interdire de faire un choix de bénéficiaires privilégiés ou de demander une déduction en vertu du paragraphe 104(6) L.I.R. à l'égard du conjoint ou des enfants mineurs pour éviter toute attribution si la société perd son statut de SEPE.

2.5. TRANSFERT AVEC CONTREPARTIE À LA JUSTE VALEUR MARCHANDE – ARTICLE 74.5 L.I.R.

Aux termes de l'article 74.5 L.I.R., les règles d'attribution du revenu des articles 74.1 et 74.2 L.I.R. ne trouveront pas application lorsque les conditions suivantes sont réunies :

i) Le bien a été transféré au mineur pour une contrepartie au moins égale à sa JVM;

ii) Si la contrepartie reçue comprend une créance portant intérêt au moindre du taux prescrit ou du taux du marché, ces intérêts sont effectivement payés au plus tard 30 jours après la fin de l'année d'imposition donnée.

Il convient de noter que, lorsque des intérêts sont en jeu, le fait pour le cessionnaire de ne pas payer lesdits intérêts dans la période de 30 jours après la fin de l'année d'imposition donnée aura pour effet de faire perdre au cédant le bénéfice d'exclusion des règles d'attribution pour le reste du paiement du solde de la créance.

2.6. PRÊTS ET TRANSFERTS MULTIPLES – PARAGRAPHE 74.5(6) L.I.R.

En complément aux prescriptions des articles 73 à 74.4 L.I.R., le législateur a prévu une règle antiévitement contenue au paragraphe 74.5(6) L.I.R.[84] Cette dernière précise ce qui suit :

---

[84] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-510, « Transferts et prêts de biens faits après le 22 mai 1985 à un mineur lié », 30 décembre 1987.

« Dans le cas où un particulier prête ou transfère un bien :

a) à une autre personne et où une personne – appelée « tiers » au présent paragraphe – prête ou transfère ce bien ou un bien y substitué, directement ou indirectement, à une personne déterminée, en ce qui concerne le particulier, ou au profit de cette personne;

b) à une autre personne à la condition qu'une personne – appelée « tiers » au présent paragraphe – prête ou transfère ce bien, directement ou indirectement, à une personne déterminée, en ce qui concerne le particulier, ou au profit de cette personne,

les règles suivantes s'appliquent :

c) pour l'application des articles 74.1, 74.2, 74.3 et 74.4, le bien que le tiers prête ou transfère est réputé prêté ou transféré, selon le cas, par le particulier à la personne déterminée ou à son profit;

d) pour l'application du paragraphe (1), la contrepartie que le tiers reçoit pour le transfert du bien est réputée reçue par le particulier. »

Cette règle antiévitement vient donc prévenir les transferts indirects de biens à une personne non liée qui, à son tour, verra à transférer ces biens à une personne liée à l'auteur du transfert initial. C'est donc dire qu'un contribuable ne pourra faire indirectement ce qu'il ne peut pas faire directement.

En effet, si un contribuable X transfère directement une somme à un mineur lié, cette somme serait attribuée à X aux fins fiscales. Dans le même ordre d'idées, si X transfère un bien à une personne tierce non liée, en exigeant de cette personne qu'elle transfère à son tour le bien à un mineur lié à X, alors l'étape intermédiaire sera ignorée aux fins fiscales et la somme transférée au mineur sera attribuée à X.

3. SOMMES À INCLURE DANS LE REVENU ANNUEL – ARTICLE 56 L.I.R.

Aux termes du paragraphe 56(2) L.I.R., lorsqu'un paiement ou le transfert d'un bien est effectué d'un contribuable à une autre personne, suivant les instructions du contribuable, et qu'il en résulte un avantage pour le contribuable ou pour l'autre personne à qui le contribuable désirait accorder un avantage, le montant de cet avantage doit être inclus dans le revenu du contribuable.

Également, le paragraphe 56(4.1) L.I.R. prévoit que le revenu généré relativement aux biens prêtés sans intérêt ou à intérêt faible sont imposables dans les mains du prêteur s'ils sont par ailleurs payés à un bénéficiaire de la fiducie, sans égard à son âge, s'il existe un lien de dépendance entre le bénéficiaire et le prêteur et s'il est raisonnable de considérer que l'un des

principaux motifs du prêt consiste à réduire ou à éviter l'impôt qui serait autrement payable par le prêteur.

Toutefois, le paragraphe 56(5) L.I.R. prévoit une exception, à savoir que le paragraphe 56(2) L.I.R. ne s'applique pas aux montants inclus en vertu de l'article 120.4 L.I.R. dans le calcul du revenu fractionné d'un particulier pour une année d'imposition. Ainsi, le paragraphe 56(2) L.I.R. fait en sorte que le montant assujetti à l'impôt à titre de revenu fractionné d'un enfant mineur ne soit pas aussi attribué à une autre personne[85].

4. SOMME VERSÉE À DES TIERS AU PROFIT DE BÉNÉFICIAIRES D'ÂGE MINEUR

Dans certaines éventualités, il se peut que des paiements soient faits provenant du revenu d'une fiducie par le fiduciaire, soit au parent ou au tuteur légal de l'enfant en vue de rembourser au parent les sommes engagées pour l'enfant ou à une tierce partie qui a fourni ou fournira des produits ou des services pour l'enfant.

Dans cette éventualité, la question peut se poser quant à l'identité de la personne qui devra inclure les sommes ainsi payées, soit le gardien, l'enfant ou la tierce partie.

Lorsqu'une somme est versée à une tierce partie au profit d'un enfant à sa demande ou avec son assentiment, le montant est inclus dans le revenu de l'enfant.

Normalement, le tuteur qui est la personne autorisée par la loi à donner le consentement pour l'enfant est habituellement la personne qui a légalement la garde des biens de l'enfant tel qu'il a été mentionné dans la première partie du présent texte.

Pour que l'enfant soit imposé et non pas le parent, l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») indique que les circonstances suivantes doivent être établies pour que l'imposition s'effectue au niveau de l'enfant :

a) Le fiduciaire a exercé son pouvoir discrétionnaire comme le prévoit l'acte de fiducie ou le testament et a dicté qu'une somme prélevée sur le

---

[85] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-335R2, « Paiements indirects », 12 juillet 2004.

revenu de la fiducie serait payable à l'enfant dans l'année avant de faire le versement (une résolution du fiduciaire est donc requise à cet égard);

b) Le fiduciaire a pris des dispositions pour effectuer le versement, il a informé le parent qu'il a exercé son pouvoir discrétionnaire et le parent (le tuteur) a donné des directives au fiduciaire afin de remettre la somme à la bonne personne avant que le versement ne soit fait; ou le versement est effectué à la demande ou selon les directives du parent (tuteur), le parent (tuteur) a été informé de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du fiduciaire et du versement de la somme soit avant, soit après que le versement ait été fait;

c) Il est raisonnable de considérer que la somme versée sera portée à une dépense engagée pour l'enfant, par exemple : frais de subsistance, pension alimentaire, frais de garde, frais de scolarité ainsi que toute somme engagée pour l'agrément et le développement de l'enfant, y compris les dépenses de première nécessité.

L'ARC indique que le fiduciaire et le parent (tuteur) doivent être prêts à donner, sous une forme satisfaisante, la preuve qu'ils ont respecté toutes les exigences mentionnées ci-dessus. Le dossier dans lequel le fiduciaire consigne les sommes versées pour l'enfant doit comprendre le reçu établi par la tierce partie ou encore, s'il s'agit d'une somme versée au parent (tuteur) en remboursement d'une dépense, le reçu remis au parent attestant que la somme a été payée. Si ces exigences ne sont pas respectées, l'ARC considère que la somme ou une partie de celle-ci que la fiducie a à verser n'a pas été engagée par l'enfant. Par conséquent, la somme n'est pas déductible du revenu de la fiducie et n'a pas à être incluse dans le calcul du revenu de l'enfant.

Il est donc extrêmement important de bien documenter tous ces paiements et démarches en faisant adopter par les fiduciaires les bonnes résolutions et en recevant les bonnes directives écrites du tuteur, entrepreneur au tiers pour respecter les exigences de l'ARC.

CONCLUSION

Compte tenu des règles dont nous avons fait état ci-dessus, force est de constater que l'attribution de biens à un enfant mineur dans le cadre de l'élaboration d'une structure commerciale est une entreprise risquée dont les conséquences peuvent s'avérer fort onéreuses.

Selon qu'il soit le tuteur légal ou le tuteur datif de l'enfant mineur, l'auteur de l'attribution de biens au mineur pourra être soumis à des obligations telles que faire l'inventaire des biens, fournir une sûreté garantissant leur administration, rendre un compte de gestion annuel ou obtenir du conseil de tutelle ou du tribunal des avis ou autorisations.

Il pourra finalement être pénalisé d'un point de vue fiscal advenant qu'il ne se pourvoie pas d'une structure commerciale lui permettant d'éluder les prescriptions des lois fiscales en matière de fractionnement du revenu.

LA SIMULATION EN DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS ET LE FISC



Annick Provencher
Avocate, LL.M. fisc.
Professeure adjointe
HEC Montréal

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 10:3

1. LA « SIMULATION » 10:4

1.1. DÉFINITION EN DROIT CIVIL 10:4
1.2. LES TIERS DE BONNE FOI 10:8

2. LES CONTRATS DE PRÊTE-NOM ET LES AUTORITÉS FISCALES 10:11

2.1. LA RÈGLE GÉNÉRALE ET LE RÔLE DU FISC D'ÉTABLIR L'IMPÔT PAYABLE 10:11
2.2. LE RÔLE DES AUTORITÉS FISCALES À TITRE DE PERCEPTEUR : DANS QUELLES SITUATIONS? 10:22
2.3. LES PARTICULARITÉS LIÉES AUX TAXES À LA CONSOMMATION 10:26
2.4. DROIT DE MUTATION 10:29

CONCLUSION 10:31

INTRODUCTION

Au cours de la dernière décennie, les tribunaux ont exprimé une plus grande préoccupation en regard de l'interaction entre le droit civil et la fiscalité. L'adoption de l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation* fédérale[1] a peut-être catalysé la sensibilisation à la réalité juridique canadienne en confirmant que le droit civil et la common law font pareillement autorité, s'il est nécessaire de recourir à ces règles. Malgré cet effort, les concepts fiscaux et ceux de droit civil étant parfois définis différemment, la transposition des règles de droit civil en matière fiscale ne sera pas toujours limpide.

Une illustration de cette difficulté est certes l'application de la « simulation » dans les litiges fiscaux. La simulation survient lorsque des cocontractants concluent une entente véritable, qui demeure cachée, alors qu'ils font aussi un acte apparent qui lui est simulé et donc faux, en totalité ou en partie. Il existe donc une certaine opposition théorique entre les concepts de simulation, où le contrat véritable demeurera secret alors que l'acte ostensible sera simulé, et le principe d'autocotisation en droit fiscal canadien qui s'appuie sur la bonne foi des contribuables pour divulguer la véritable nature de leur situation fiscale au cours d'une année d'imposition.

Il importe de savoir qu'en droit civil, les tiers de bonne foi pourront se prévaloir soit de l'acte simulé, soit de l'acte apparent, selon leur intérêt[2]. Les tribunaux jugeant de questions fiscales ont, au fil des ans, eu à interpréter les règles de droit civil en matière de simulation en relation avec le fisc. Celui-ci doit-il donner effet à la véritable entente entre les parties même si elle est cachée? Peut-il se prévaloir de l'acte apparent, à titre de tiers de bonne foi? Nous constaterons, tout au long de ce texte, que les tribunaux ont cherché un compromis entre la liberté de contracter et la préservation du régime d'autocotisation. En première partie, nous exposerons les principes applicables en droit civil lorsqu'on traite de simulation. Dans cette section, nous étudierons les différents types de simulation ainsi que l'opposabilité de telles contre-lettres aux tiers de bonne foi. En deuxième partie, nous transposerons ces concepts à l'analyse fiscale afin de déterminer comment la simulation doit être interprétée par les autorités fiscales. Nous verrons que, selon le rôle de percepteur de l'impôt ou « cotiseur » de l'impôt payable, les autorités fiscales seront considérées différemment aux fins d'opposabilité de

---

1 L.R.C. (1985), ch. I-21 et mod.

2 *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »).

la contre-lettre[3]. Nous exposerons alors la règle générale et étudierons des situations relatives à l'établissement de l'impôt payable, au recouvrement de l'impôt, aux taxes à la consommation et au droit de mutation. Notre texte traitera toutefois davantage des questions d'impôt, mais nous exposerons néanmoins brièvement les positions administratives liées aux taxes à la consommation.

1. LA « SIMULATION »

Préalablement à l'analyse fiscale de la simulation, il importe d'en définir les paramètres d'application en droit civil. Nous commencerons donc ce texte en définissant ce type de contrat pour ensuite nous attarder à la définition de « tiers de bonne foi », à l'égard de qui l'acte secret ne sera pas opposable.

1.1. DÉFINITION EN DROIT CIVIL

Malgré l'opinion préconçue qui associe ce type de contrat à des actes frauduleux, il faut savoir que la simulation est une forme contractuelle licite, prévue aux articles 1451 et 1452 C.c.Q. :

> « **Art. 1451**. Il y a simulation lorsque les parties conviennent d'exprimer leur volonté réelle non point dans un contrat apparent, mais dans un contrat secret, aussi appelé contre-lettre.
>
> Entre les parties, la contre-lettre l'emporte sur le contrat apparent.
>
> **Art. 1452**. Les tiers de bonne foi peuvent, selon leur intérêt, se prévaloir du contrat apparent ou de la contre-lettre, mais s'il survient entre eux un conflit d'intérêts, celui qui se prévaut du contrat apparent est préféré. »

L'article 1451 C.c.Q. indique qu'il y a simulation lorsque des parties à un contrat conviennent d'exprimer leur volonté réelle dans un contrat secret,

---

[3] L'auteure tient à mentionner, d'entrée de jeu, qu'un article fort complet sur le sujet a été publié dans la *Revue de planification fiscale et successorale* en 2006 : David CHAMPAGNE, « L'opposition des transactions simulées aux autorités fiscales », (2006), vol. 27, n° 4 *Revue de planification fiscale et successorale* 625-692. Nous tenions à souligner cette contribution et même si certaines sections de notre texte recouperont celui de M^e^ Champagne, nous insisterons sur des questions différentes au cours du présent texte.

la contre-lettre, alors qu'un acte ostensible, lui simulé, sera apparent aux yeux des tiers[4]. Vincent Karim a illustré la simulation en ces termes simples :

> « Il y a simulation lorsque l'acte juridique vise à cacher aux tiers la nature véritable du contrat que les cocontractants entendent conclure. Ils laissent croire aux tiers, à l'aide d'un contrat apparent, que des droits et obligations ont été créés entre eux, alors qu'en fait, leur volonté réelle est cachée dans un autre acte qui demeure secret, appelé la contre-lettre[5]. »

La simulation a donc pour objectif de « tromper »[6] et elle présuppose l'existence de deux actes : le contrat apparent et la contre-lettre[7] :

> « La simulation se caractérise en effet par la présence de deux éléments : un élément psychologique, l'intention de tromper ou de cacher, c'est-à-dire l'absence de volonté réelle de passer l'acte apparent et un élément matériel, la contradiction entre cet acte apparent et l'acte caché réellement voulu par les parties[8]. »

Pour qu'il y ait simulation, ces deux éléments doivent être présents au moment de conclure l'acte apparent[9]. Sauf pour les contrats pour lesquels existent des exigences de forme, une contre-lettre pourra être autant écrite que verbale. Ainsi, il n'est pas nécessaire d'avoir signé deux actes écrits distincts au moment de conclure l'acte apparent, mais il faut à tout le moins que les parties aient eu l'intention de tromper et de contracter selon des termes différents de ceux de l'acte ostensible. Conséquemment, la contre-lettre pourra être une entente verbale entre les parties[10].

---

4 *Droit de la famille – 1851*, [1995] R.D.F.Q. 173 (C.A.) (« *Droit de la famille – 1851* »); *Ami du consommateur M.L. inc. (syndic de L')*, [1990] R.D.J. 302 (C.A.) (« *Ami du consommateur M.L. inc. (syndic de L')* »).

5 Vincent KARIM, *Les obligations*, vol. I, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 764.

6 Dans Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, par. 511, les auteurs parlent de « tromperie ».

7 Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, no 475; J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, précité, note 6, par. 512.

8 M. TANCELIN, précité, note 7, no 476.

9 *Droit de la famille – 1851*, précité, note 4.

10 *MRN* c. *Gadbois*, [1999] A.C.F. no 1659 (C.A.F.) (« *Gadbois* »), par. 15 et 16; *Lethuilier* c. *Plantard*, 2006 QCCS 2711 (« *Lethuilier* »), par. 37.

Bien entendu, pour respecter la volonté des parties, l'acte qui s'appliquera entre elles sera l'acte simulé, soit celui sur lequel le consentement des deux parties s'est arrêté. C'est pour cette raison que l'article 1451 C.c.Q. prévoit que la contre-lettre l'emporte sur le contrat apparent. Les parties à un acte simulé ne peuvent donc refuser de lui donner effet[11]. Toutefois, il importe aussi de protéger les tiers qui pourraient être lésés par la tromperie mise en place par les contractants. Le *Code civil du Québec* prévoit ainsi que le tiers de bonne foi pourra se prévaloir soit du contrat apparent, soit de la contre-lettre, selon son intérêt. La Cour d'appel fédérale traite de cette possibilité qu'un tiers soit trompé :

> « De fait, au terme de l'article 1452, le tiers de bonne foi a le choix de se prévaloir de l'acte ostensible ou de la contre-lettre, selon son meilleur intérêt. Il s'agit là de la sanction de la simulation par contre-lettre car, comme le mentionnent les auteurs Mazeaud, précité, à la page 925, même si les contractants n'ont pas cherché à tromper le fisc ou leurs créanciers par leur simulation, il ne faut pas "oublier que les parties ne se contentent pas de ne point révéler le contrat; elles font plus : pour assurer le secret de l'acte, elles créent une apparence mensongère, elles passent un acte ostensible, qui est faux; elles trompent toutes les personnes qui auront connaissance de cet acte simulé". Le législateur a voulu protéger le tiers qui se prévaut de l'acte ostensible après "avoir accordé aux apparences une confiance qui ne mérite pas d'être trompée"[12]. » (Références omises)

Le choix de se prévaloir de l'un ou l'autre des actes reposera donc entre les mains du tiers de bonne foi. Par ailleurs, un tiers qui souhaite se prévaloir d'une contre-lettre qui lui est favorable (ou une partie à la simulation qui veut faire appliquer la contre-lettre) pourra introduire une action en déclaration de simulation :

> « Elle a pour but de prouver la véritable convention des parties, de faire constater la simulation par le tribunal et reste le plus souvent utilisée par le créancier qui veut établir contre son débiteur l'existence d'une contre-lettre à son avantage[13]. »

Ainsi, l'action en simulation visera à démontrer que l'acte apparent est fictif alors qu'existe un véritable contrat que les parties ont dissimulé. Il

---

11 *Lethuilier*, précité, note 10.

12 *Gadbois*, précité, note 10, par. 29.

13 J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, précité, note 6, par. 522.

importe de distinguer ce recours de l'action en inopposabilité qui rend inopposable aux créanciers un véritable contrat intervenu entre les parties[14].

Les auteurs s'entendent pour diviser les contrats simulés en trois catégories :

- **L'acte fictif :** l'acte sera fictif lorsque l'acte caché annule en totalité l'acte ostensible, qui est purement fictif. En fait, les parties n'avaient aucune volonté de contracter mais elles ont voulu faire croire le contraire aux tiers[15].

- **L'acte déguisé :** sous cette forme, la simulation modifiera une disposition ou un élément du contrat apparent, par exemple, le prix de vente[16].

- **L'interposition de personnes (ou contrat de prête-nom) :** plutôt que de contracter directement avec une personne, « le contractant passe un contrat avec un tiers qui, par contre-lettre, s'engage à lui remettre le bénéfice du contrat à intervenir »[17]. Ce genre de convention est certes celui qui se présente le plus souvent aux autorités fiscales. Le contrat de prête-nom est une simulation par interposition de personnes. Cependant, dans le cas d'une telle convention, le cocontractant ignore aussi l'existence de la contre-lettre[18].

Le contrat de prête-nom est une forme licite du mandat. En fait, le prête-nom agira à titre de mandataire pour le mandant, soit la personne pour qui il contracte[19]. En droit civil, le mandat est le contrat par lequel une personne (le mandant) donne à une autre personne (le mandataire et dans notre cas le prête-nom) le pouvoir de la représenter dans l'accomplissement

---

14 *Leblanc-Mansuy* c. *Noël*, 2006 QCCA 628 (« *Leblanc-Mansuy* »), par. 44.

15 J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, précité, note 6, par. 513; M. TANCELIN, précité, note 7; V. KARIM, précité, note 5, p. 765; *Reid* c. *St-Georges*, [1977] C.A. 166 (« *Reid* »).

16 J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, précité, note 6, par. 514; M. TANCELIN, précité, note 7, n° 475; V. KARIM, précité, note 5, pp. 765 et 766; *Reid*, précité, note 15.

17 J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, précité, note 6, par. 515; M. TANCELIN, précité, note 7, n° 475; V. KARIM, précité, note 5, pp. 766 et 767.

18 V. KARIM, précité, note 5, pp. 766 et 767.

19 M. TANCELIN, précité, note 7, n° 477.

d'un acte juridique[20]. Le *Code civil du Québec* prévoit expressément que le mandataire ne peut utiliser à son profit le bien qu'il est chargé de recevoir ou d'administrer, à moins d'avoir le consentement du mandant, au risque de devoir le dédommager[21]. Ainsi, en matière de simulation, le prête-nom n'a pas obtenu de droit sur la chose qu'il administre. Il ne fait qu'agir pour le compte du mandant, mais sa qualité de prête-nom fait que son rôle de mandataire demeure secret aux yeux de l'autre partie au contrat, qui croit contracter directement avec lui.

Habituellement, le mandataire s'oblige pour le nom et pour le compte du mandant et non pas personnellement[22]. Il s'engage néanmoins personnellement dans certaines situations énumérées au *Code civil du Québec*, par exemple s'il outrepasse ses fonctions, s'il convient avec le tiers qu'il révélera l'identité de son mandant dans un délai fixe et qu'il ne le fait pas et s'il est tenu de taire le nom du mandant[23]. Dans le cas d'un mandat découlant d'une convention de prête-nom, où l'existence d'un autre véritable cocontractant demeure dissimulée tant aux yeux des tiers que des parties au contrat, le prête-nom devra garder en tête les risques découlant de l'acceptation d'un tel mandat en regard de sa responsabilité.

1.2. LES TIERS DE BONNE FOI

L'article 1452 C.c.Q. prévoit que la contre-lettre ne sera pas opposable aux « tiers de bonne foi », qui pourront se prévaloir soit de l'acte apparent ou de l'acte dissimulé selon leur intérêt. En effet, les tiers de bonne foi n'auront pas à établir qu'ils ont subi un préjudice découlant de la simulation pour se prévaloir de l'acte ostensible. Il suffira qu'ils aient un intérêt à s'en prévaloir.

Quelle définition les tribunaux de droit civil ont-ils donnée à cette expression? Nécessairement, pour être qualifié de tiers au contrat, il ne faut pas y avoir été une des parties contractantes. Les tiers sont donc définis ainsi :

> « Dans la doctrine et la jurisprudence, il est constant qu'en matière de contre-lettre et de simulation les tiers sont "tous ceux qui, n'ayant pas figuré dans la

[20] Art. 2130 C.c.Q.

[21] Art. 2146 C.c.Q.

[22] Art. 2157 C.c.Q.

[23] Art. 2158 et 2159 C.c.Q.

> contre-lettre, ont intérêt à invoquer les dispositions de l'acte ostensible et simulé, pour sauvegarder les droits qu'ils tiennent des parties contractantes"[24]. » (Notre soulignement)

On remarque que cette définition implique que le tiers ait un intérêt dans l'acte apparent, même si ce contrat est simulé. Les ayants cause particuliers et les créanciers chirographaires seront donc des tiers contrairement aux ayants cause à titre universel qui ne sont pas des tiers « car ils continuent la personnalité juridique de leur auteur »[25]. La Cour d'appel fédérale ajoute que les *penitus extranei*, qui sont des personnes étrangères au contrat et aux parties, qui ne sont généralement pas touchées par le contrat pourraient avoir droit de choisir entre l'acte apparent et l'acte simulé, conformément à l'article 1452 C.c.Q., dans la situation où l'on voudrait leur opposer la contre-lettre[26].

Une deuxième condition s'ajoute pour que la contre-lettre ne soit pas opposable au tiers : celui-ci doit être de bonne foi. L'article 2805 C.c.Q. prévoit que la bonne foi se présume toujours. Néanmoins, un tiers qui aurait eu connaissance en temps opportun de la contre-lettre ne pourrait pas être considéré comme un tiers de bonne foi. Conséquemment, le tiers pourra se prévaloir de la contre-lettre ou de l'acte apparent en l'absence d'une preuve qu'il avait connaissance de la contre-lettre[27]. Donnant effet à ce principe, la Cour supérieure a décidé, dans l'affaire *Douville*, que les autorités municipales ne pouvaient plus être considérées comme un tiers de bonne foi puisque les parties à la simulation avaient choisi de divulguer à la municipalité le contrat réel intervenu entre elles dès le moment de la conclusion du contrat[28]. Il faut toutefois que la connaissance de l'acte simulé ait lieu au moment pertinent[29]. Selon la Cour supérieure, cette exigence de

---

[24] *Gilbert* c. *Lefaivre*, [1927] B.R. 557; infirmé par la Cour suprême du Canada pour d'autres motifs dans [1928] R.C.S. 333. Voir aussi *Caplan* c. *SMRQ*, 2006 QCCA 1322 (« *Caplan* »), par. 33. Voir enfin *Ami du consommateur M.L. inc. (syndic de L')*, précité, note 4.

[25] V. KARIM, précité, note 6, p. 770. Voir aussi M. TANCELIN, précité, note 8, n° 484; *Ami du consommateur M.L. inc. (syndic de L')*, précité, note 4.

[26] *Gadbois*, précité, note 10, par. 18.

[27] *Douville* c. *Québec (Ville de)*, [2005] R.D.I. 504 (« *Douville* »), par. 34; J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, précité, note 6, par. 520; V. KARIM, précité, note 5, p. 769.

[28] *Douville*, précité, note 27.

[29] V. KARIM, précité, note 5, p. 777; *Gadbois*, précité, note 10.

l'ignorance de la contre-lettre est en lien étroit avec l'intention du législateur concernant la simulation :

> « Ceci cadre parfaitement avec les objectifs de la contre-lettre. Il ne saurait y avoir contre-lettre en l'absence d'information voilée ou camouflée. La réalité est alors opposable à tous. La Cour d'appel dit d'ailleurs ceci : "Nécessité donc de la volonté de simuler un acte pour en cacher un autre, le véritable. Il n'y aura donc contre-lettre que si le tiers ignore l'existence de l'acte réel qu'on a cherché à voiler ou à camoufler"[30]. »

Évidemment, les parties à l'acte simulé pourront subir un préjudice économique si un tiers de bonne foi décide de faire appliquer les dispositions de l'acte apparent. Or, cet éventuel préjudice pour une des parties à la simulation n'attendrit pas particulièrement les tribunaux, comme le démontre cet extrait d'une décision de la Cour d'appel fédérale :

> « Je crois utile d'ajouter que, dans l'affaire en litige, l'appelante est mal venue de se plaindre du préjudice monétaire qu'elle subira comme conséquence du jugement. Ayant été non seulement partie à la simulation mais complice dans la fausse déclaration qui a conduit l'organisme fédéral à verser une subvention supérieure à celle à laquelle elle avait droit, Headway ne pouvait soupçonner que l'usage qu'éventuellement M.L. ferait de la convention simulée pourrait résulter à son égard une implication financière préjudiciable[31]. »

La simulation est donc un acte licite, pour lequel le législateur a fixé un cadre de protection des tiers qui pourraient être lésés par la tromperie des cocontractants. Or, cette protection offerte aux tiers peut avoir de fâcheuses conséquences pour les parties au contrat simulé. Tout d'abord, les règles relatives au mandat pourraient entraîner la responsabilité du mandataire, particulièrement s'il agit à titre de prête-nom. Ensuite, la simulation pourra entraîner des conséquences financières non envisagées par les parties si un tiers tire un avantage en utilisant l'acte apparent.

Nous regarderons maintenant l'effet de ces règles sur les autorités fiscales. Peuvent-elles se prévaloir de l'article 1452 C.c.Q. rendant inopposable l'acte dissimulé aux tiers de bonne foi?

---

30 *Douville*, précité, note 27, par. 33.

31 *Ami du consommateur M.L. inc. (syndic de L')*, précité, note 4.

2. LES CONTRATS DE PRÊTE-NOM ET LES AUTORITÉS FISCALES

Les principes de droit civil établis, il faut maintenant se questionner sur leur application en matière fiscale. Étant donné le rôle particulier des autorités fiscales, les tribunaux ont à de nombreuses reprises refusé de leur donner le qualificatif de « tiers » lorsqu'elles agissent dans leur rôle d'établissement d'une cotisation. Comme nous le verrons, ce refus de caractériser les autorités fiscales comme étant des tiers a un impact considérable sur les vérifications fiscales.

2.1. LA RÈGLE GÉNÉRALE ET LE RÔLE DU FISC D'ÉTABLIR L'IMPÔT PAYABLE

En vertu des règles d'interprétation des lois fiscales, les autorités fiscales doivent établir l'impôt payable en fonction de la réalité juridique applicable entre les parties. À cet effet, les tribunaux ont régulièrement réitéré l'importance de la forme des actes juridiques dans la détermination des conséquences fiscales[32]. Par la suite, l'arrêt *Shell Canada ltée* c. *Canada*[33] de la Cour suprême du Canada précise que pour déterminer les incidences fiscales d'une transaction, seuls les rapports juridiques véritables existant entre les parties doivent être considérés, à moins d'être devant une situation de trompe-l'œil :

> « [39] Notre Cour a statué à maintes reprises que les tribunaux doivent tenir compte de la réalité économique qui sous-tend l'opération et ne pas se sentir liés par la forme juridique apparente de celle-ci : *Bronfman Trust*, précité, aux pp. 52 et 53, le juge en chef Dickson; *Tennant*, précité, au par. 26, le juge Iacobucci. Cependant, deux précisions à tout 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 : *Continental Bank Leasing Corp.* c. *Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298, au par. 21, le juge Bastarache[34]. »

---

32 *Friedberg* c. *Canada*, 92 D.T.C. 6031, 6032 (C.A.F.). Cette décision a été confirmée par la Cour suprême du Canada dans [1993] 4 R.C.S. 285.

33 [1999] 3 R.C.S. 622 (« *Shell* »).

34 *Id.*, par. 39.

La Cour suprême du Canada a exprimé la même position dans l'arrêt *Singleton* c. *Canada*[35]. Il semble qu'à la lecture des passages que nous venons de citer, les tribunaux sont contraints d'établir la réalité des rapports juridiques entre les parties. Ainsi, les tribunaux devraient donner effet à l'acte caché en matière de simulation, puisqu'il constitue le véritable lien juridique unissant les parties. Cela serait conforme à l'article 1451 C.c.Q. qui prévoit qu'entre les parties, la contre-lettre l'emporte.

C'est dans un pareil contexte, où les autorités fiscales ont une obligation d'établir l'impôt payable en se fondant sur la réalité juridique, que les tribunaux ont refusé d'attribuer aux autorités fiscales le rôle de « tiers » ou de personne ayant un intérêt à se prévaloir de l'acte apparent. Se prononçant sur une tout autre question, la Cour d'appel du Québec a récemment conclu que les autorités fiscales ne subissaient pas de préjudice de la modification d'un acte juridique entre des parties, même si cette modification avait pour conséquence d'annuler les cotisations établies à l'encontre des contribuables :

> « Cette demande ne cause préjudice à personne et n'affecte pas non plus les droits des intimés [les autorités fiscales]. Ces derniers, en l'espèce, n'ont pas de "droit" à faire valoir à l'encontre des appelants et n'ont pas de "droit" aux conséquences fiscales des erreurs qui ont été commises[36]. »

Conformément à ce qui a été exposé précédemment, lorsqu'ils ont été appelés à se questionner sur les effets de la simulation à l'égard des autorités fiscales, les tribunaux ont retenu que ces dernières devaient donner effet à la véritable relation juridique entre les parties lorsqu'il s'agit d'établir l'impôt dû[37]. Ainsi, généralement, les autorités fiscales devront donner effet à la contre-lettre lorsqu'elles agiront dans leur rôle de « cotiseur ». Or, dans un système d'autocotisation, les autorités fiscales doivent en tout premier lieu se fier à l'information rendue disponible par le contribuable. Le contribuable est habituellement celui qui a le contrôle sur son information fiscale. Ainsi, puisqu'en matière de contre-lettre l'information est souvent cachée au fisc (avec intention de le frauder ou non), les tribunaux ont élargi quelque peu cette règle stricte afin de pallier les situations où les contribuables utilisent ce mécanisme pour éluder le paiement de l'impôt et, dans une certaine mesure, de préserver l'intégrité du régime fiscal.

---

35 [2001] 2 R.C.S. 1046, 1058.

36 *Riopel* c. *Agence du revenu du Canada*, 2011 QCCA 954, par. 25.

37 *Caplan*, précité, note 24, par. 35.

L'arrêt de principe sur la simulation, *Victuni Aktiengeselischaft* c. *Québec (ministre du Revenu)*[38], nous vient de la Cour suprême du Canada. Dans cette affaire, une société avait acquis un terrain pour le compte de deux autres sociétés. Le terrain était montré à l'actif de Victuni, *in trust*, et le ministère du Revenu a ajouté la valeur du passif lié à ce terrain au capital versé de la société. La Cour suprême se pose donc la question suivante : Victuni avait-elle une « dette ou obligation », conformément à la définition de « capital versé »? La Cour conclut que le contrat de prête-nom est une forme du mandat et elle lui accorde les conséquences suivantes[39] :

> « [9] En vertu des principes généraux du mandat il est clair que l'obligation d'un mandataire envers son mandant n'est pas une dette. Celui qui a acheté un immeuble pour le compte d'un tiers qui veut rester inconnu, n'est pas plus débiteur du prix payé qu'il n'est propriétaire de l'immeuble. Le vrai propriétaire c'est le mandant et l'obligation du mandataire prête-nom c'est de rendre compte au mandant et de lui remettre ce qu'il perçoit pour lui (C.c. art. 1713). Ce qu'il reçoit, même si c'est de l'argent, ne lui appartient pas, il est obligé de le tenir à part de ses biens. C'est un crime pour lui de s'en emparer de façon à se constituer débiteur au lieu de mandataire […].
>
> [10] Quant au caractère de la taxe dont il s'agit, un autre arrêt du Conseil privé portant sur la première loi du Québec à ce sujet, a bien fait ressortir qu'il s'agit d'une taxe imposée à la personne et non sur les biens […]. Il ne s'agit donc pas ici d'une taxe de même nature que l'impôt foncier prélevé par les municipalités qui est évidemment exigible du propriétaire apparent, puisqu'il s'agit d'une charge immobilière qui grève l'immeuble. La taxe sur le capital versé des compagnies, tout comme l'impôt sur le revenu, est au contraire une contribution imposée à la personne exactement comme l'impôt sur le revenu des particuliers. Le mandataire apparent ou occulte qui possède un bien pour le compte d'autrui est tenu de faire connaître au fisc qu'il perçoit pour le compte de son mandant, mais il n'est pas débiteur de l'impôt[40]. »

Ainsi, le principe de base découlant de cette décision est que les autorités fiscales doivent donner effet à la convention de prête-nom entre les parties. Cet arrêt reconnaît aussi, par ailleurs, l'obligation qu'a le mandataire de faire connaître son rôle au fisc.

La Cour canadienne de l'impôt reprendra ce principe dans l'affaire *Transport Desgagnés inc*. c. *MRN*[41] et confirmera que pour établir l'impôt

---

38 [1980] 1 R.C.S. 580 (« *Victuni* »).

39 *Id.*, 583 et 584.

40 *Id.*, 584 et 585.

41 [1990] CarswellNat 535 (C.C.I.).

payable par un contribuable, les autorités fiscales doivent déterminer la véritable relation juridique entre les parties. Dans ces circonstances, elle nous indique qu'un contrat de prête-nom sera opposable au fisc dans son rôle de « cotiseur », même si le motif derrière le contrat de prête-nom était de bénéficier d'avantages fiscaux :

> « L'intimé a cependant affaire avec l'appelante en tant que Ministre du revenu. Dans un système d'autocotisation, il vérifie si le contribuable a correctement établi ses déclarations d'impôt. Il prend en compte les droits et obligations du contribuable tels qu'ils existent lors du gain du revenu. Il est, à mon avis, en quelque sorte un vérificateur *ex officio*. Il n'est pas, ici, dans la position de celui qui tire ses seuls droits de la convention apparente et pour la protection duquel l'article 1212 C.C. existe[42]. »

Toutefois, quelques années plus tard, devant une tentative d'un contribuable de « jouer sur deux tableaux », les tribunaux ont légèrement assoupli la règle, dans l'arrêt *Dussault-Zaidi* c. *SMRQ*[43]. Dans cette affaire, l'appelante avait déclaré la totalité des revenus locatifs provenant d'un immeuble entre 1979 et 1986. En 1987, lors de la disposition, l'appelante a déclaré la moitié du gain en capital de 95 000 $ et son conjoint l'autre moitié. Ils ont fait de même relativement à la perte locative subie au cours de cette année d'imposition. Or, en 1987, l'exemption pour gain en capital était d'un maximum de 50 000 $, permettant aux appelants de se prévaloir chacun d'une déduction de 47 500 $. La Cour d'appel du Québec réitère alors l'enseignement provenant de l'arrêt *Victuni* voulant que les autorités fiscales doivent donner effet à la véritable relation juridique des parties, même en cas de simulation. Néanmoins, la Cour accepte l'argument que l'appelante est irrecevable à faire valoir qu'elle était conjointement propriétaire de l'immeuble avec son conjoint puisque cette version entrait en contradiction avec la situation dénoncée aux autorités fiscales dans les années qui précédaient. Les deux juges majoritaires de la Cour d'appel concluent donc que l'appelante et son conjoint ont voulu « jouer sur deux tableaux » :

> « […] les intimés jouaient sur les deux tableaux, une situation que nous ne devons ni encourager, ni tolérer. Les intimés sont donc irrecevables à soutenir soudainement, en 1987, que la situation décrite aux actes publics auxquels ils ont été parties de 1979 à 1986 et dénoncée au fisc dans leurs déclarations fiscales annuelles de la même période ne représente pas la réalité.
>
> […] cette attitude va bien au-delà du manquement à l'obligation de divulguer et de la condamnation pénale qui peut en résulter; il s'agissait véritablement de

---

42 *Id.*, par. 31.

43 [1996] A.Q. n° 2969 (C.A.) (« *Dussault-Zaidi* »).

> jouer sur deux tableaux de façon à garder toutes les options ouvertes. Cette attitude rend la position qu'ils adoptent maintenant insoutenable[44]. » (Notre soulignement)

Remarquons ici que la Cour d'appel du Québec ne fait pas intervenir les règles d'opposabilité de la contre-lettre mais semble davantage s'appuyer sur des règles se rapprochant de la fin de non-recevoir pour refuser l'argument des intimés.

La Cour du Québec, dans l'affaire *Haeck* c. *SMRQ*[45], confirme que lorsqu'il vient le temps d'établir l'impôt dû, « le rôle du sous-ministre n'est pas d'invoquer les contrats susceptibles de lui permettre de percevoir le plus d'impôt possible mais bien d'établir l'impôt réellement dû en fonction des transactions faites de bonne foi et prouvées selon les exigences légales »[46]. Elle donne effet à la contre-lettre modifiant le prix de vente de l'immeuble aux fins de l'établissement de l'impôt, mais introduit tout de même en *obiter* l'existence d'un deuxième rôle du fisc, soit celui de percevoir l'impôt :

> « Par ailleurs, une fois l'impôt dû établi, il est normal que le contribuable ne puisse opposer au sous-ministre une contre-lettre ayant pour effet de l'empêcher de percevoir cet impôt. Le sous-ministre est alors un tiers ayant l'intérêt à invoquer l'acte apparent pour sauvegarder les droits qu'il détient contre le contribuable à savoir : le droit d'obtenir, à même le patrimoine de ce dernier, le paiement de l'impôt réellement dû[47]. »

En conclusion, lorsque le ministre doit établir l'impôt dû par un contribuable, il n'est pas un tiers à son égard. Il doit accepter les effets juridiques de la contre-lettre. Un contribuable qui aura tenté de jouer sur les deux tableaux, profitant aux fins fiscales tant de la contre-lettre que de l'acte apparent selon ce qui est le plus avantageux, pourra être empêché de faire valoir la contre-lettre. Néanmoins, les autorités fiscales seront considérées comme un tiers lorsqu'il vient le temps de recouvrer l'impôt et, si elles ont agi de bonne foi, pourront se prévaloir de l'acte apparent ou de la contre-lettre.

---

44 *Id.*, par. 32 et 33.

45 [2001] CarwellQue 3331 (C.Q.) (« *Haeck* »).

46 *Id.*, par. 29.

47 *Id.*, par. 33.

Finalement, l'arrêt de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Caplan*[48] reprend l'ensemble des conclusions exposées précédemment par la jurisprudence. Dans cette affaire, un père soutenait que son fils avait acquis, pour lui, un immeuble dans la région de Toronto afin de faciliter l'administration de l'immeuble. Selon l'appelant, bien que l'immeuble ait été enregistré au nom de son fils, celui-ci n'était pas le réel propriétaire puisqu'il l'avait acquis à titre de mandataire de son père. La preuve révélait effectivement que les paiements liés à l'immeuble avaient été faits par le père et que ce dernier avait également déclaré à son revenu les revenus de location relatifs à l'immeuble. La Cour a semblé convaincue de l'existence d'une contre-lettre entre les parties indiquant que le véritable propriétaire était le père plutôt que le fils. Dans ces circonstances, elle conclut que pour établir la cotisation, les autorités fiscales devaient tenir compte de cet état juridique et accorder la perte réclamée par le père relativement à la disposition de la propriété[49]. Cette conclusion de la Cour d'appel du Québec est appuyée sur l'absence d'intérêt du sous-ministre du Revenu du Québec d'invoquer l'acte apparent :

> « Il est difficile, dans les circonstances, de soutenir que l'intimé possède l'intérêt requis pour invoquer le contrat apparent, alors qu'il ne résulte aucun préjudice pour celui-ci au traitement fiscal choisi par l'appelant qui se fonde sur la contre-lettre. L'intimé a tout simplement choisi la situation qui était la plus avantageuse pour lui[50]. » (Notre soulignement)

Le manque d'intérêt des autorités fiscales à se prévaloir de l'acte apparent pour établir l'impôt payable était aussi la prémisse de la juge Côté, dans l'affaire *Haeck*, lorsqu'elle a conclu que le sous-ministre du Revenu devait donner effet à l'acte juridique applicable entre les parties, soit celui contenu dans la contre-lettre. Dans l'arrêt *Caplan*, le fils n'avait jamais réclamé d'avantages fiscaux et le père s'était toujours considéré, dans ses déclarations de revenus, comme étant l'unique propriétaire de l'immeuble. Néanmoins, la Cour nous dit que sa conclusion aurait été différente si l'opération n'avait été qu'un trompe-l'œil ou si le contribuable avait tenté de jouer sur les deux tableaux, donc s'il avait tenté de tirer un avantage à la fois de la contre-lettre et du contrat apparent. La Cour utilise ces termes :

---

48 Précité, note 24.

49 *Id.*, par. 35 et 36.

50 *Id.*, par. 48.

> « Il en aurait été tout autrement si la preuve avait démontré que l'opération n'était qu'un trompe-l'œil ou que le contribuable avait cherché à tirer avantage tantôt du contrat apparent, tantôt de la contre-lettre.
>
> Si la preuve avait révélé la moindre contradiction dans le traitement fiscal par le contribuable, la conclusion du pourvoi aurait été tout autre, mais ici la preuve de l'appelant est demeurée non contredite à cet égard.
>
> En somme, en l'absence de trompe-l'œil ou de tentative démontrée de la part du contribuable pour jouer sur deux tableaux, l'intimé doit, conformément à *Shell*, cotiser en fonction de la situation juridique réelle entre les parties, quel que soit le contenu du contrat apparent ou de la contre-lettre[51]. »

Le contribuable devra tout de même dévoiler la contre-lettre aux autorités fiscales. À quel moment la contre-lettre doit-elle être divulguée pour être faite en temps opportun? Bien entendu, si comme dans l'arrêt *Dussault-Zaidi* la situation a des conséquences annuellement à la déclaration de revenus, les parties devront, dès le départ, agir en conformité avec la contre-lettre à l'égard du fisc sinon elles risquent de ne pas pouvoir lui opposer cette preuve. Cependant, qu'en est-il d'une situation qui n'est pas récurrente, comme la disposition d'un immeuble qui ne serait pas loué? La Cour supérieure, dans l'affaire *Clément* c. *SMRQ*[52], a eu l'occasion de se pencher sur cette problématique alors que la société du requérant avait acquis à titre de prête-nom pour lui la résidence dans laquelle il habitait. Voulant régulariser la situation quelques années plus tard, la société lui a transféré l'immeuble. La Cour a conclu que « [j]usqu'à la détermination finale de la cotisation, le sous-ministre n'est pas dans un rôle de perception ». Ainsi, selon la Cour, la contre-lettre pouvait toujours être opposée au sous-ministre du Revenu à l'étape de la révision ou de l'appel. Cependant, plus le contribuable tardera à dévoiler la situation réelle, plus cela risque de porter atteinte à la crédibilité de son argument.

En situation de « cotiseur », les questions de prête-nom surviennent assez régulièrement dans le cadre de cotisation par la méthode de l'avoir net. Soit les contribuables cherchent à cacher l'augmentation de l'actif en transférant des biens à d'autres personnes, soit ils ont agi comme prête-nom dans d'autres circonstances et doivent maintenant en faire la preuve auprès des autorités fiscales. Dans l'affaire *Pariseau* c. *Canada*[53], l'appelante a fait l'objet d'une cotisation par la méthode de l'avoir net. Elle était, sur papier, la

---

[51] *Id.*, par. 49 à 51.

[52] [2003] R.D.F.Q. 256 (C.S.) (« *Clément* »).

[53] [2002] A.C.I. n^{o} 297 (C.C.I.).

propriétaire d'un bar mais en réalité, elle soutenait avoir agi à titre de prête-nom pour son conjoint qui avait un dossier criminel et qui n'aurait pu avoir les permis nécessaires à l'exploitation de son entreprise. Elle tirait en fait ses revenus de contrats de suppléance dans les écoles primaires. Dans l'établissement de l'avoir net de l'appelante, l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») avait considéré les biens et les revenus provenant du bar comme appartenant à l'appelante et non à son conjoint. Le juge Tardif a accepté la preuve testimoniale pour établir la preuve du contrat de prête-nom. Il a par ailleurs décidé que la règle générale doit s'appliquer et que la réelle nature des relations juridiques entre les parties doit servir à établir l'impôt payable. L'appelante n'avait jamais bénéficié ni touché à des revenus susceptibles d'enrichir son patrimoine et la propriété du commerce, sur papier, n'était pas suffisante pour conclure qu'elle avait reçu ou caché des revenus. Récemment, la Cour canadienne de l'impôt a refusé d'invalider la cotisation établie par la méthode de l'avoir net[54]. L'appelant contestait la cotisation au motif que les actifs dans le calcul de l'écart par avoir net incluaient des comptes bancaires et des voitures qui appartenaient aux parents du contribuable et à sa conjointe. La preuve révélait toutefois que l'appelant utilisait les comptes bancaires à ses propres fins et que les voitures avaient été transférées au nom de la mère de l'appelant, sans aucune contrepartie. La Cour canadienne de l'impôt a jugé que l'ARC était justifiée de considérer ces biens afin de calculer l'augmentation de l'avoir net de l'appelant dans l'année. Ainsi, il a été possible d'utiliser certains actifs en vue de cotiser les revenus non déclarés de l'appelant malgré sa tentative de les dissimuler en utilisant des personnes liées.

Les parties qui participent à une simulation le font souvent dans l'espoir que l'acte réel demeure secret et qu'il ne soit pas divulgué aux tiers à celle-ci. Pour cette raison, l'acte caché sera souvent verbal, ce qui causera des difficultés à en faire la preuve alors que l'acte ostensible lui sera écrit. En appel de cotisation, un contribuable aura le fardeau d'établir l'existence de l'acte réel, ce qui pourra parfois s'avérer un obstacle insurmontable. Qu'en est-il des règles de preuve devant les tribunaux jugeant les appels de cotisation fiscale?

En droit civil, les règles de preuve de la contre-lettre seront différentes selon que la personne qui l'invoque sera partie à la simulation ou un tiers. L'article 2863 C.c.Q. prévoit qu'en l'absence d'un commencement de preuve, les parties à un acte juridique constaté par écrit ne peuvent le contredire par témoignage ou en changer les termes. Un écrit, un aveu de

---

[54] *Sprio* c. *Canada*, 2009 CCI 275.

l'autre partie ou la présentation d'un élément matériel peut constituer un commencement de preuve[55]. Ainsi, dans la situation où une des parties à la contre-lettre verbale refuserait d'y donner effet, la partie qui l'invoquera devra en faire la preuve mais ne pourra utiliser son témoignage pour le faire que s'il existe un commencement de preuve.

Les tiers, quant à eux, n'étant pas des parties au contrat, pourront faire la preuve de l'existence du véritable contrat entre les parties, par tous les moyens disponibles :

> « La contre-lettre étant par définition, cachée aux tiers, il leur sera difficile de la produire ou d'en faire une preuve directe. Ils auront cependant accès à tous les moyens de preuve, notamment aux présomptions de fait pour en établir l'existence. Ces présomptions devront être graves, précises et concordantes comme l'exige l'article 2849 C.c.Q.[56] »

Il sera toutefois possible de faire la preuve de la contre-lettre par témoignage, même entre les parties, lorsque la simulation est considérée comme frauduleuse[57].

Celui qui prétend qu'il y a simulation doit en faire la preuve. La preuve de la simulation doit être établie par la prépondérance de preuve par présomptions graves, précises et concordantes[58]. Toutefois, quelques décisions émanant de la Cour canadienne de l'impôt semblent vouloir assouplir légèrement la règle de preuve lorsqu'il s'agit de faire la preuve de la simulation à l'encontre des autorités fiscales. Citons, à titre d'exemple, ce passage de la décision *Dubois* c. *Canada*[59] :

> « Ainsi, si en règle générale, les parties à un acte juridique au Québec ne peuvent avoir recours à la preuve testimoniale pour contredire ou changer les termes de l'écrit qui le constate, il semble qu'elles pourraient y avoir recours

---

55 Art. 2865 C.c.Q.

56 *Ouellette* c. *Tardif et Perreault*, C.S. Arthabaska, n° 415-05-000458-975, 2 octobre 2000, telle qu'elle est citée dans *Karakouzian (syndic de)*, 2006 QCCS 2958, par. 76; V. KARIM, précité, note 5, p. 769. Voir aussi M. TANCELIN, précité, note 7, n° 486; J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, précité, note 6, par. 523.

57 V. KARIM, précité, note 5, p. 771; J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, précité, note 6, par. 523.

58 *La Reine* c. *Avard*, 2009 CF 315 (Protonotaire), par. 27.

59 [2003] A.C.I. n° 80 (C.C.I.) (« *Dubois* »).

> face aux tiers au moins en matière fiscale, ou de toute façon lorsqu'il y a un commencement de preuve[60]. » (Notre soulignement)

Cette décision n'est pas une décision isolée[61] et il semble que les tribunaux aient jugé ainsi par souci d'équité; l'ARC pouvant faire la preuve de la simulation par tous les moyens, les contribuables devraient pouvoir faire la même chose. Malgré ce possible assouplissement des règles de preuve devant la Cour canadienne de l'impôt, il reste que la preuve d'une contre-lettre verbale constitue toujours un obstacle lors d'un litige devant les tribunaux ou même lors de représentations auprès des autorités fiscales. La crédibilité des témoins sera alors parcimonieusement étudiée. Si le contribuable n'a pas divulgué d'entrée de jeu son rôle de mandataire ou la simulation, des difficultés liées à la crédibilité pourront survenir. En effet, en l'absence d'un écrit contredisant l'acte apparent, la preuve nécessaire pour qu'un contribuable se décharge de son fardeau de preuve devant les tribunaux (ou auprès des autorités fiscales) pourrait ne pas être disponible ou être considérée comme peu probante. La décision *Gabrini* c. *Canada*[62] est une excellente illustration de la difficulté reliée à la preuve d'une contre-lettre verbale. L'appelant qui avait acheté une propriété en France soutenait, au moment de la disposition, avoir acquis une portion de cette propriété à titre de prête-nom pour son père. La contre-lettre étant verbale et le père âgé et résident de la France, l'appelant n'a pu se décharger de son fardeau d'établir l'existence d'une telle entente. De plus, la Cour a retenu contre l'appelant que malgré ses prétentions relativement à sa participation de 12 % dans la résidence, il n'a pas déclaré sa part du gain en capital dans sa déclaration de revenus. Ainsi, soulever un argument de simulation après avoir failli à ses obligations fiscales pourra miner la crédibilité du contribuable et donc son argument.

Bien que cela dépasse quelque peu les paramètres de notre texte, nous ne pouvons passer sous silence les récentes décisions sur la question de « frime » (*sham*) puisque la définition de ce concept reconnu en fiscalité est étroitement liée à celui de simulation. Dans l'arrêt *Faraggi* c. *La Reine*[63], la Cour d'appel fédérale a repris les définitions « classiques » des tribunaux :

---

60 *Id.*, par. 33.

61 Voir entre autres : *Lim* c. *La Reine*, 2004 CCI 802 (« *Lim* »), par. 16 à 19; *Transport Touchette inc*. c. *La Reine*, [2000] G.S.T.C. 61 (C.C.I.); *Tanguay* c. *La Reine*, [1997] A.C.I. n° 16 (C.C.I.).

62 2011 CCI 188.

63 2008 CAF 398 (« *Faraggi* »).

> « […] cette expression [frime] nous vient de décisions du Royaume-Uni et signifie, de façon générale (non sans ambiguïté), une opération assortie d'un élément de tromperie de manière à créer une illusion destinée à cacher au percepteur le contribuable ou la nature réelle de l'opération, ou un faux-semblant par lequel le contribuable crée une apparence différente de la réalité qu'elle sert à masquer[64]. »

Le prochain passage rappelle certainement l'exigence qu'en matière de simulation, il existe un acte apparent et un acte caché mais l'exigence aussi que l'intention de tromper soit présente :

> « L'existence d'une frime en droit canadien exige donc en vue des définitions qui précèdent un élément de déception qui se manifeste règle générale par une fausse représentation par les parties de la transaction réelle intervenue entre elles. Dans ces circonstances, les tribunaux retiendront la transaction réelle et mettront de côté celle qui fut représentée comme étant la vraie[65]. »

Dans cette affaire où un stratagème avait été mis en place pour créer des prétendus gains en capital qui augmenteraient le compte de dividendes en capital, la Cour d'appel fédérale a décidé que :

> « Les choix initiaux constituaient des frimes puisqu'ils représentaient faussement les transactions intervenues entre les filiales comme étant des transactions de nature capitale. Les choix subséquents étaient aussi des frimes puisqu'ils représentaient que des dividendes qui furent payés à même un CDC alors qu'aucun CDC n'avait été créé et aucun CDC ne pouvait dès lors être transmis. C'est à bon droit, selon moi, que le juge de la CCI s'en est tenu aux vraies transactions, lesquelles n'ont produit aucun gain en capital, pour conclure que les dividendes ultimement reçus par les concepteurs n'étaient pas des dividendes en capital et étaient par conséquent imposables[66]. »

La frime dans cette affaire reposait, selon la Cour d'appel, sur les fausses représentations concernant la nature des transactions intervenues entre les parties au stratagème et à l'égard des tiers. Il n'est pas certain que, dans la situation à l'examen dans l'arrêt *Faraggi*, les principes de simulation auraient pu être invoqués.

---

64 *Id.*, par. 57, citant *Stubart Investments Ltd.* c. *La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, 545. Ce passage est aussi cité dans *Continental Bank of Canada* c. *La Reine*, [1998] 2 R.C.S. 298, par. 20. Au sujet de la doctrine de la frime, voir aussi *Antle* c. *La Reine*, 2009 CCI 465.

65 *Faraggi*, précité, note 63, par. 59.

66 *Id.*, par. 79.

2.2. LE RÔLE DES AUTORITÉS FISCALES À TITRE DE PERCEPTEUR : DANS QUELLES SITUATIONS?

En matière de recouvrement d'impôt, les autorités fiscales sont considérées comme des tiers, ainsi la contre-lettre ne leur est pas opposable en vertu de l'article 1452 C.c.Q. Bien sûr, si les autorités fiscales ont utilisé la contre-lettre pour établir l'impôt payable, elles ne pourraient plus invoquer l'acte apparent au moment de recouvrer le solde de l'impôt. À ce moment, elles ne seraient plus des tiers de bonne foi puisqu'elles auraient eu connaissance de la simulation avant d'entreprendre les mesures de recouvrement. L'inverse n'est cependant pas vrai :

> « Il est erroné de prétendre ou de croire dans le présent litige que l'intimée ne peut se prévaloir de l'acte ostensible que s'il lui a servi à déterminer et fixer le montant de la cotisation de l'impôt dû par son débiteur[67]. »

La décision *Gadbois* illustre assez bien les risques liés à la simulation. Dans cette affaire, l'acte d'hypothèque enregistré indiquait que Transport H. Cordeau inc. devait à M. Gadbois un montant de 325 000 $ alors que, selon une entente verbale intervenue entre les parties, la véritable somme due était de 225 000 $. M. Gadbois, au moment où les transactions ont pris place, était lui-même endetté envers le fisc. Se sentant pressé par le fisc, M. Gadbois a cédé sa créance à J.L. Michon Transport pour un prix de 225 000 $. Ce montant lui est entièrement remboursé quelques semaines plus tard par Transport H. Cordeau. Se fondant sur l'acte d'hypothèque enregistré de 325 000 $, les autorités fiscales ont obtenu une ordonnance provisoire de saisie-arrêt contre Transport H. Cordeau et J.L. Michon Transport pour le montant 100 000 $ qui serait toujours dû à M. Gadbois. Ici, la Cour d'appel fédérale confirme que le fisc est un tiers et qu'il peut se prévaloir de l'acte apparent ou de la contre-lettre, conformément à l'article 1452 C.c.Q. Lorsque les autorités ont entrepris leur mesure de recouvrement, elles n'avaient pas connaissance de la contre-lettre. La saisie-arrêt était donc bien fondée[68].

Dans une autre affaire plus récente, un contribuable qui utilisait les comptes bancaires de sa société pour dissimuler ses revenus personnels a vu sa société faire l'objet d'une demande formelle de paiement. La Cour confirme que l'ARC est un tiers dans cette situation :

---

67 *Gadbois*, précité, note 10.

68 *Id.*, par. 22.

> « Lorsque Thomas Lavin a décidé de déposer tous ses revenus personnels dans le compte bancaire de l'appelante, il a accepté le fait qu'aux yeux de tous, comme l'ADRC en l'espèce, les sommes déposées dans ce compte étaient en la possession d'Abacus, qui, légalement en avait l'usage[69]. »

Abacus détenait donc les sommes au nom de M. Lavin et ces sommes lui étaient par conséquent dues. En ne se conformant pas à la demande formelle de paiement, Abacus devenait responsable du versement à l'intimée des sommes qu'elle avait payées à M. Lavin.

Les tribunaux ont décidé, dans les affaires *Gadbois* et *3087-8847 Québec inc.*, que la contre-lettre était inopposable au ministre lorsqu'il entreprend des mesures de perception de l'impôt. À l'inverse, il arrivera des situations où les autorités fiscales invoqueront l'existence d'une simulation. Effectivement, le simple fait qu'un contribuable soit inscrit comme propriétaire de l'immeuble n'empêchera pas les tribunaux de percer cette fiction dans les circonstances appropriées s'il appert que le véritable propriétaire n'est pas celui inscrit sur les actes juridiques. Un tribunal pourra alors déclarer qu'une autre personne est le propriétaire du bien ou de l'entreprise[70]. Dans deux décisions récentes, les tribunaux ont remis en question des transactions entre conjoints dans un contexte de prête-noms. Dans l'arrêt *Leblanc-Mansuy*, un contribuable demandait la permission d'exécuter un jugement sur les biens de Samir Katcho et de l'appelante au soutien qu'ils agissaient tous deux comme prête-noms de l'époux de l'appelante, M. Mansuy. Pour le tiers qui souhaitait exécuter le jugement, tous les moyens de preuve étaient permis pour démontrer l'existence d'un acte simulé[71]. La Cour de première instance avait conclu que l'appelante agissait à titre de prête-nom pour son conjoint. La Cour d'appel du Québec confirme ce constat et répond ainsi à l'argument de l'appelante voulant que le juge de première instance lui ait nié le droit à un patrimoine distinct de son conjoint :

> « Dans les circonstances, le troisième argument de l'appelante selon lequel le juge de première instance lui aurait nié le droit à un patrimoine distinct de celui de son mari commettant ainsi une erreur de droit ne peut non plus être retenu. En effet, par les conventions de prête-nom non écrites qu'elle a conclues avec

---

69 *3087-8847 Québec inc.* c. *La Reine*, 2007 CCI 302 (« *3087-8847 Québec inc.* »), par. 30.

70 *Corporation prêts hypothécaires ACE* c. *9081-9897 Québec inc.*, 2008 QCCS 6498, par. 13.

71 *Leblanc-Mansuy*, précité, note 14, par. 47.

> Harry Mansuy, l'appelante n'a créé que l'illusion que les biens en litige garnissaient son patrimoine alors qu'ils n'y sont réellement jamais entrés[72]. »

Dans des circonstances semblables, mais cette fois dans une affaire impliquant le fisc, l'ARC, dans l'affaire *Garas* c. *Procureur général du Canada*[73], avait enregistré une hypothèque légale sur un immeuble en garantie d'une dette fiscale due par M. Chamas. La conjointe de M. Chamas, M^me^ Garas, demande la radiation de l'hypothèque au motif que l'immeuble lui appartient. Il revenait alors au ministre de faire la preuve de la simulation puisque M^me^ Garas avait fait la preuve *prima facie* de son droit par la production de l'acte de vente portant son nom[74]. Selon l'avis de la Cour, le ministre s'est déchargé de ce fardeau en établissant que M. Chamas a agi comme propriétaire dans ses relations avec les assurances lors de la construction d'une piscine et par le paiement de l'hypothèque. Durant la période à l'examen, M. Chamas a payé l'ensemble des dépenses liées à l'immeuble. M^me^ Garas a bien tenté de prouver qu'elle a acquitté la mise de fonds relative à l'acquisition de l'immeuble, mais le juge a considéré sa version des faits peu crédible.

Bien que la règle semble plutôt claire, la distinction entre le rôle de cotisation et de perception n'est pas nécessairement une évidence. Les tribunaux ont décidé que le rôle de perception se terminait lorsque les étapes qui servent à fixer l'impôt dû sont terminées[75]. L'application de l'article 160 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[76] est une de ces dispositions problématiques. Cette disposition de la loi prévoit que dans le cadre d'un transfert d'un bien à une personne liée pour une contrepartie moindre que la juste valeur marchande (« JVM ») du bien, alors que l'auteur du transfert a une dette fiscale, le bénéficiaire du transfert sera solidairement responsable de l'impôt dû par l'auteur du transfert. Le bénéficiaire sera responsable jusqu'à concurrence de la différence entre la contrepartie qu'il a fournie pour le bien et la JVM du bien.

Dans la décision *Bolduc* de la Cour canadienne de l'impôt, le juge Archambault a étudié les décisions créant la distinction entre les rôles de percepteur et de « cotiseur » des autorités fiscales. Dans le contexte d'une

---

72 *Id.*, par. 52.

73 2009 QCCS 2838.

74 *Id.*, par. 10.

75 *Clément*, précité, note 52.

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

cotisation établie conformément à l'article 160 L.I.R., il a conclu que cette disposition était une mesure de perception[77]. Sur l'opposabilité de la contre-lettre, il souligne :

> « En vertu de l'acte apparent, la Jeep wagon a été transférée par Paulin à son frère Gaston et ces derniers ne peuvent opposer les effets de l'acte secret au ministre, qui a agi comme percepteur. Par conséquent, il y a eu transfert et toutes les conditions d'application de l'article 160 de la Loi sont réunies[78]. »

Ainsi, après avoir décidé que l'appelant avait agi comme prête-nom pour son frère en acceptant qu'il lui transfère une automobile, la Cour décide que cet acte secret n'est pas opposable au fisc dans le cadre de la perception. Le fisc peut donc se fonder sur l'acte apparent pour établir sa cotisation en vertu de l'article 160 L.I.R. et conclure qu'il y a effectivement eu un transfert. Récemment, la Cour canadienne de l'impôt décrivait ainsi l'esprit de cette disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui appuie le raisonnement du juge Archambault dans l'affaire *Bolduc* :

> « [31] Il importe également de rappeler l'objet du paragraphe 160(1). Dans l'arrêt *Medland* c. *Canada*, 98 DTC 6358 (C.A.F.) (*Medland*), la Cour d'appel a conclu que l'objet et l'esprit de ce paragraphe "consistent à empêcher un contribuable de transférer ses biens à son conjoint [ou encore à un mineur ou à une personne avec qui il a un lien de dépendance] afin de faire échec aux efforts déployés par le ministre pour percevoir l'argent qui lui est dû"[79]. »

Peu de temps après la décision *Bolduc*, la Cour canadienne de l'impôt a eu une deuxième occasion de se prononcer sur l'opposabilité d'une contre-lettre au ministre alors que le ministre a établi une cotisation en vertu de l'article 160 L.I.R. La juge Lamarre, dans l'affaire *Dubois*[80], commence par réaffirmer que le ministre était fondé, en vertu des articles 1451 et 1452 C.c.Q., de se prévaloir de l'acte apparent pour établir qu'il y avait eu un transfert du droit de propriété et que la contrepartie à ce transfert était égale à celle inscrite au contrat :

---

77 *Bolduc* c. *Canada*, [2002] A.C.I. n° 664 (Quicklaw) (C.C.I.) (« *Bolduc* »), par. 14. La Cour était également arrivée à cette conclusion dans la décision *Martel* c. *Canada*, [1998] A.C.I. n° 595 (C.C.I.) (« *Martel* »).

78 *Bolduc*, précité, note 77, par. 18.

79 *Lacroix* c. *La Reine*, 2011 CCI 111, par. 31; citant *Medland* c. *Canada*, 98 D.T.C. 6358 (C.A.F.).

80 *Dubois*, précité, note 59.

> « À mon avis, il est exact que le Ministre, en tant que tiers, est en droit de se fonder sur le contrat écrit pour établir d'une part qu'il y a eu transfert de propriété et d'autre part qu'il y a eu une contrepartie, aux termes des articles 1451 et 1452 du C.C.Q.[81] » (Notre soulignement)

Nous comprenons de cette conclusion que la Cour est d'accord qu'une simulation est intervenue entre les parties et que dans le cadre de l'application de l'article 160 L.I.R., le ministre a l'intérêt requis pour se prévaloir de l'acte apparent. Néanmoins, la juge poursuit son raisonnement et répond à l'argument de l'intimée voulant qu'il soit impossible pour un contribuable de contredire un écrit valablement fait par un témoignage. Se fondant sur l'article 2863 C.c.Q., elle conclut que l'appelant peut contredire l'écrit par témoignage et elle est satisfaite qu'il ait réussi à faire la preuve d'une contrepartie différente de celle au contrat apparent. Selon elle, pour établir la JVM de la contrepartie aux fins de l'article 160 L.I.R., il faut tenir compte de cette preuve sur la contrepartie. Malheureusement, le raisonnement semble confondre les moyens de preuve possible pour établir l'existence de la contre-lettre et l'opposabilité de celle-ci à une tierce partie. Dans cette affaire, aucune des parties ne niait l'existence de la contre-lettre, le litige portait sur l'opposabilité de cette contre-lettre au ministre. Or, la Cour répond à cette question en établissant qu'il est possible de contredire un écrit valablement fait par un témoignage pour établir une contrepartie différente de celle inscrite à l'acte apparent.

La décision dans l'affaire *Dubois* ne remet toutefois pas en question la qualification de l'article 160 L.I.R. à titre de disposition de perception et semble donc suivre le courant jurisprudentiel lancé par les causes *Jennewein* c. *MRN*[82], *Martel* et *Bolduc*.

2.3. LES PARTICULARITÉS LIÉES AUX TAXES À LA CONSOMMATION

La question de l'usage des prête-noms en matière de taxes à la consommation a suscité suffisamment d'intérêt au Québec pour que les autorités fiscales y consacrent un bulletin d'interprétation. Le matériel sur le sujet est important et aurait pu faire l'objet d'un article en soi. Nous avons donc choisi de limiter notre apport à cette section à une revue de la position des autorités fiscales sur la question.

---

81 *Id.*, par. 29.

82 91 D.T.C. 594 (C.C.I.).

Ainsi, le 29 septembre 2006, Revenu Québec publiait son bulletin sur les taxes à la consommation portant sur les contrats de prête-nom[83]. Ce bulletin, à son premier paragraphe, définit le contrat de prête-nom : « Le contrat de prête-nom est un mandat par lequel le mandataire agit avec le tiers en son propre nom, en cachant sa qualité de mandataire. Ce contrat constitue une forme légale et licite du contrat de mandat[84]. »

Conformément à la jurisprudence étudiée précédemment, Revenu Québec confirme que pour reconnaître le mandat, elle doit connaître le statut du prête-nom : « le Ministère ne reconnaîtra le mandat que si les preuves à cet effet lui sont fournies à sa satisfaction et que l'identité du mandant lui est dévoilée »[85].

Acquisition d'un immeuble par un prête-nom

Normalement, lorsqu'une personne effectue la fourniture taxable d'un immeuble par vente, elle ne sera pas tenue de percevoir la taxe de vente du Québec (« TVQ ») payable par l'acquéreur si ce dernier est un inscrit (et s'il n'est pas un particulier qui acquiert un immeuble d'habitation)[86]. C'est l'acquéreur qui devra alors percevoir et remettre la taxe[87]. Habituellement, lorsqu'une personne fait affaire avec un prête-nom, cette information lui sera cachée et dans ce contexte, le *Bulletin d'interprétation* TVQ. 16-30 indique que « lorsqu'une personne acquiert la fourniture taxable d'un immeuble par l'entremise d'un prête-nom, le fournisseur de l'immeuble est justifié d'agir en fonction des déclarations du prête-nom »[88]. Donc, si le prête-nom déclare être inscrit, le vendeur n'aura pas à percevoir les taxes relativement à cette transaction. Conformément aux articles du *Code civil du Québec* que nous avons analysés au début de ce texte, Revenu Québec fait aussi une mise en garde : en ne divulguant pas son mandat, le prête-nom agit en son propre nom et peut s'engager personnellement envers le vendeur pour la contrepartie de la fourniture. Le bulletin indique alors : « Il devient donc

---

83 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* TVQ. 16-30, « Contrat de prête-nom », 29 septembre 2006.

84 *Id.*, par. 2.

85 *Id.*, par. 3.

86 *Loi sur la taxe de vente du Québec*, L.R.Q., c. T-0.1 et mod. (« L.T.V.Q. »), art. 423.

87 Art. 438 L.T.V.Q.

88 REVENU QUÉBEC, précité, note 83, par. 6.

l'acquéreur de la fourniture au sens de l'article 1 de la LTVQ, au même titre que le mandant (article 2160 du CCQ)[89]. »

Dans l'éventualité où le prête-nom déclare qu'il est inscrit à la TVQ et fournit son numéro au fournisseur de l'immeuble, il sera alors responsable pour le paiement de la TVQ pour cet immeuble, à moins qu'il ne divulgue son mandat au Ministère. À la suite de cette divulgation, le mandant sera le seul tenu au paiement de la TVQ. Dans tous les cas, cependant, seul le mandant peut réclamer un remboursement de la taxe sur les intrants.

Revenu Québec confirme sa position dans une interprétation technique touchant à la taxe fédérale[90]. Les faits de cette interprétation concernaient un exportateur d'automobiles qui assurait l'acquisition des voitures chez les concessionnaires par l'intermédiaire de prête-noms. Relativement aux conséquences en matière de taxes, Revenu Québec reprend les principes de droit civil et indique que le mandataire qui ne dévoile pas son mandat au concessionnaire s'oblige sous son nom personnel, conformément à l'article 2157 C.c.Q. : « Puisqu'il agit en son propre nom, le prête-nom est tenu personnellement envers le concessionnaire au paiement de la contrepartie de la fourniture du véhicule. » Aux fins de la *Loi sur la taxe d'accise*, l'« acquéreur » est la personne qui est tenue de payer la contrepartie de la fourniture[91]. Ainsi, le prête-nom devient « acquéreur » en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise* et devient responsable du paiement de la taxe sur les produits et services (TPS)[92]. Par conséquent, selon Revenu Québec, tant le mandant que le prête-nom seraient acquéreurs au sens de la loi. Finalement, seul le mandant aura droit de réclamer des CTI puisqu'il « n'acquiert pas le véhicule dans le cadre de ses activités commerciales »[93].

Gestion d'un immeuble par un prête-nom

Lorsqu'un propriétaire d'immeuble confie la gestion de son immeuble à un prête-nom, les fournitures d'immeuble par bail seront considérées comme étant effectuées par le propriétaire de l'immeuble. Les règles générales du mandat, en droit civil, s'appliquent donc à cette situation. Le prête-nom

---

89 *Id.*, par. 7.

90 REVENU QUÉBEC, interprétation technique 02-0100400, « Interprétation relative à la TPS – Acquisition d'un véhicule par un prête-nom », 3 mai 2002.

91 *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15 et mod. (« L.T.A. »).

92 Art. 165 L.T.A.

93 Par. 169(1) L.T.A.

devra donc percevoir la taxe, mais le propriétaire devra l'inclure dans le calcul de sa taxe nette. Toutefois, le propriétaire de l'immeuble peut exercer un choix en vertu de l'article 41.0.1 L.T.V.Q., conjointement avec le prête-nom, pour que la taxe soit incluse dans la taxe nette du prête-nom, « comme si la taxe était percevable par ce dernier ». Le propriétaire et le prête-nom seront alors solidairement responsables de la taxe due.

Dans un contexte de fourniture de services taxable non liés à la gestion de l'immeuble, la Cour canadienne de l'impôt met les contribuables en garde. Un contribuable qui a prétendu être le fournisseur de services ne peut ensuite invoquer sa propre turpitude pour se dégager de ses responsabilités en matière de taxes :

> « En conclusion, une personne qui se présente par écrit comme ayant accompli une fourniture qui a des effets à l'égard de la Loi, ne peut pas quand elle est taxée à l'égard de cette fourniture, invoquer sa propre turpitude pour contredire cet écrit et s'épargner les conséquences attachées à l'acte apparemment posé[94]. »

Dans cette affaire, le contribuable avait signé des factures à la demande d'un ami et prétendait n'avoir jamais rendu les services. Son témoignage contradictoire a aussi beaucoup joué contre lui.

Vente de l'immeuble par un prête-nom

Enfin, lors de la vente d'un immeuble par un prête-nom, conformément aux règles générales du mandat, le prête-nom devra percevoir la taxe et le propriétaire conserve son obligation de l'inclure dans le calcul de sa taxe nette. Il est également possible de faire le choix de l'article 41.0.1 L.T.V.Q.

2.4. DROIT DE MUTATION

Rappelons immédiatement que la jurisprudence avait déjà fait un lien entre les taxes applicables aux personnes et celles qui sont liées aux biens eux-mêmes. La Cour suprême, dans l'arrêt *Victuni*, était d'avis qu'un impôt foncier était « évidemment exigible du propriétaire apparent, puisqu'il s'agit d'une charge immobilière qui grève l'immeuble » par opposition à l'impôt sur le revenu, qui s'applique aux personnes[95]. C'est peut-être dans cette

---

94 *Lim*, précité, note 61, par. 23.

95 *Victuni*, précité, note 38, 584 et 585.

optique que Revenu Québec a rendu l'interprétation sur le droit supplétif et les prête-noms[96].

Les faits dans cette demande d'interprétation sont plutôt simples. La Société 1 avait transféré un immeuble à la Société 2. Les deux sociétés étaient liées puisque contrôlées par la même personne. L'acte de vente mentionne que la vente est exonérée du droit de mutation en vertu du paragraphe 19d) de la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*[97]. Le jour de la vente, un contrat sous seing privé a été conclu entre les sociétés et deux fiducies prévoyant que la Société 2 agira à titre de mandataire pour les fiducies relativement à l'acquisition de l'immeuble. Dans la même année, le contrôle de la Société 2 a changé. Le droit supplétif est prévu par l'article 1129.29 de la *Loi sur les impôts*[98] et prévoit le paiement d'un droit équivalant à 125 % du droit de mutation qui aurait normalement été exigible. Ce droit est payable lors d'une acquisition de contrôle dans les 24 mois suivant le transfert d'un immeuble à une société, lorsque ce transfert a fait l'objet d'une exonération du paiement du droit de mutation. Étant donné que Société 2 n'était pas véritablement propriétaire de l'immeuble mais bien mandataire pour les fiducies, elle se demandait si elle serait assujettie au droit supplétif. Revenu Québec a répondu :

> « Dans ce contexte, les conditions de l'article 1129.29 de la LI doivent être appliquées en fonction de la situation déclarée par les parties dans la réquisition d'inscription prévue par la LDMI et servant à l'établissement du droit de mutation. Tenir compte d'une situation autre que celle déclarée par les parties au transfert de l'immeuble aux fins d'appliquer l'article 1129.29 de la LI équivaudrait à faire fi de la complémentarité qui existe entre le régime du droit de mutation et celui du droit supplétif et à priver cet article de son effet utile, puisque le cessionnaire pourrait alors éluder à la fois le paiement du droit de mutation et le paiement du droit supplétif[99]. »

Si les parties à l'acte de vente avaient divulgué leur rôle de mandataire, les conclusions de Revenu Québec auraient possiblement pu être différentes si on se fie au raisonnement dans l'affaire *Douville*. La Cour avait décidé qu'une société qui avait divulgué aux autorités municipales dès la conclusion du contrat qu'elle agissait à titre de mandataire n'était pas tenue de payer les

---

96 REVENU QUÉBEC, interprétation technique 09-008138-001, « Droit supplétif et prête-nom », 13 septembre 2010.

97 L.R.Q., c. D-15.1.

98 L.R.Q., c. I-3 et mod.

99 REVENU QUÉBEC, précité, note 96.

droits de mutation. Les autorités municipales ne pouvaient plus se servir de l'acte apparent puisqu'elles avaient été informées de la réalité juridique liant les parties.

CONCLUSION

La simulation et le contrat de prête-nom sont des contrats licites, expressément prévus par le *Code civil du Québec*. Tel qu'il a été exposé par la jurisprudence, il existe de nombreux motifs pouvant pousser un contribuable à procéder par voie de simulation ou par voie de contre-lettre. Que ce soit pour mettre des biens à l'abri des créanciers, cacher son identité dans le cadre d'un don anonyme ou pour faciliter l'obtention d'un financement, il est évident que ce type de contrat pourra aider le contribuable à atteindre ses fins. Toutefois, il existe des risques à agir de la sorte. Un prête-nom pourra engager sa responsabilité auprès du cocontractant, mais il pourra aussi être aux prises avec des problèmes fiscaux.

En effet, déjà la participation à une simulation peut entraîner des conséquences fâcheuses lorsqu'un tiers de bonne foi décide de se prévaloir de l'acte apparent. Ce peut être le cas des autorités fiscales, comme dans l'affaire *Gadbois*, où l'hypothèque enregistrée excédait le montant véritablement dû par les parties, selon la contre-lettre. La responsabilité de l'emprunteur a donc été engagée au-delà de son emprunt réel, pour la dette fiscale d'un tiers. Les conséquences sont encore plus grandes dans les cas de prête-noms étant donné les règles du mandat. Il faudra que celui-ci soit informé de la possibilité pour les autorités fiscales de se prévaloir de l'acte apparent lorsqu'il exerce des mesures de recouvrement[100]. Également, en matière de taxes à la consommation, le prête-nom engagera sa responsabilité solidairement pour la remise de taxe lorsqu'il acquiert un immeuble pour le mandataire. L'important sera donc de s'assurer que le prête-nom est informé des enjeux découlant de l'acceptation de son mandat.

---

[100] Voir les conclusions pratiques exposées par M[e] Richard Corbeil dans Richard CORBEIL, Jean GROLEAU et Paul RYAN, « Jurisprudence administrative récente », dans *Congrès 2000*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 32:1-102, aux pages 32:17-18.

CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES ET ASSURANCES DE PERSONNES : UNE APPROCHE INTÉGRÉE



Martin Goulet
CA, Pl. Fin., associé
Brassard Goulet Yargeau,
Services financiers intégrés



Avec la collaboration d'**Éric Brassard**
CA, Pl. Fin., associé
Brassard Goulet Yargeau,
Services financiers intégrés

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 11:3

1. VUE D'ENSEMBLE 11:3

2. NOTIONS FISCALES PRÉLIMINAIRES 11:7

2.1. RÉFÉRENCES À D'AUTRES TEXTES 11:7
2.2. PLANIFICATION FISCALE *POST MORTEM* 11:7

3. ASSURANCE VIE : DÉTENTION PERSONNELLE OU PAR UNE SOCIÉTÉ? 11:11

4. QUELQUES PRODUITS PARTICULIERS 11:13

4.1. LA GARANTIE D'ASSURABILITÉ FINANCIÈRE EN ASSURANCE VIE 11:13

4.2. POLICE TEMPORAIRE OU POLICE PERMANENTE 11:14
4.3. LE CONCEPT DU « CONJOINT DORMEUR » 11:15
4.4. POLICE RACHAT DE PARTS EN CAS D'INVALIDITÉ 11:16
4.5. ASSURANCE CONTRE LES MALADIES GRAVES 11:18

5. MODALITÉS DES CONTRATS D'ASSURANCE VIE 11:19

5.1. SEPT OBJECTIFS 11:19
5.2. AVANTAGE IMPOSABLE ET AUTRES INCLUSIONS AUX REVENUS 11:24
5.2.1. Avantage à un actionnaire en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R. 11:24
5.2.2. Avantage conféré à un contribuable en vertu du paragraphe 246(1) L.I.R. 11:25
5.2.3. Inclusion aux revenus en vertu de l'article 9 ou de l'alinéa 12(1)x) L.I.R. 11:27
5.3. DIX SITUATIONS PRATIQUES 11:29
5.4. POLICE PERMANENTE ET CEA 11:42
5.5. LES ACTIONS D'ASSURANCE VIE 11:44

6. CEA ET RETRAITE 11:48

7. ACTIONNAIRE NON ASSURABLE 11:49

8. ACTIONNAIRE FORTEMENT MAJORITAIRE 11:50

9. SOCIÉTÉS DE PERSONNES 11:50

10. CLAUSES IMPORTANTES D'UNE CEA 11:50

INTRODUCTION

Une bonne convention entre actionnaires (« CEA ») définit ce qu'il advient des actions d'une entreprise lorsqu'un actionnaire prend sa retraite, devient invalide ou décède. Elle peut également prévoir ce qui se produira dans l'éventualité d'autres événements comme un différend, un méfait, une faillite ou une rupture de mariage. Une CEA dûment provisionnée garantit aux actionnaires d'une société privée que le vendeur bénéficie d'un marché pour ses actions et que l'acquéreur dispose d'une source de financement fiable pour en faire l'acquisition.

La CEA est un élément essentiel de toute planification pour une entreprise qui compte plus d'un propriétaire (ou plus d'un successeur éventuel). Soigneusement préparée et structurée, elle permet de protéger les intérêts de l'actionnaire de la société et de sa famille, ainsi que ceux des autres actionnaires et de l'entreprise elle-même.

Il est accepté par la plupart des conseillers que l'assurance vie est un instrument efficace de prévoyance en cas de décès d'un actionnaire. Toutefois, la grande négligée, l'invalidité possible d'un actionnaire, peut aussi être couverte à l'aide de produits de prestation du vivant de plus en plus flexibles. De même, dans certains cas plus rares, l'assurance vie peut aussi être utile pour prévoir les cas de départ à la retraite.

Le cœur du présent texte sur les CEA est la section 5., « Modalités des contrats d'assurance vie », qui constitue notre véritable contribution au thème des CEA. L'intérêt principal de cette section concerne deux aspects souvent sous-estimés par des conseillers : l'établissement des paramètres de base d'une police d'assurance vie (notamment son titulaire, son payeur et son bénéficiaire) et le positionnement des polices dans l'organigramme du groupe. La section 5. couvre en détail ce thème en soulevant sept défis principaux à relever dans cette décision.

D'autres sujets connexes seront abordés, notamment les actions d'assurance vie, le cas d'un actionnaire non assurable ou fortement majoritaire, les sociétés de personnes et les principales clauses à intégrer dans une convention entre actionnaires ayant trait au décès, à l'invalidité et aux produits d'assurance.

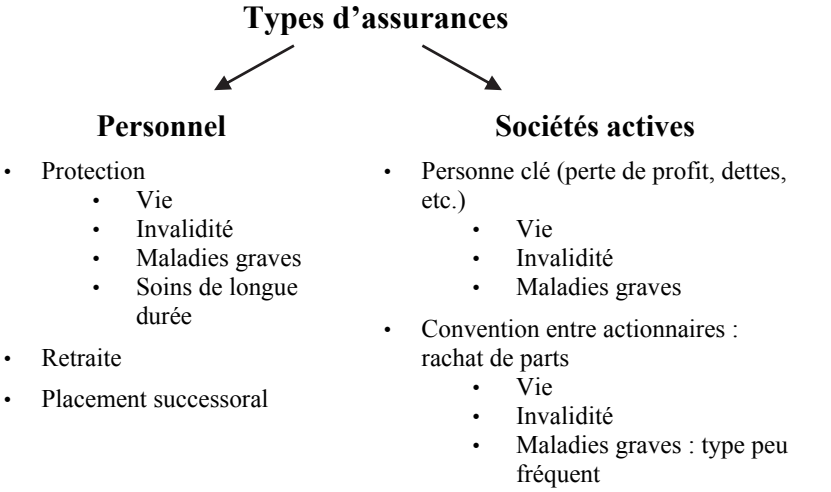
1. VUE D'ENSEMBLE

L'assurance de personne est utile dans différents contextes. La figure 1 présente un sommaire des utilisations possibles de cet outil.

L'assurance de personnes est évidemment utile dans le contexte d'un particulier ou d'une famille. Il est alors question de besoins de protection, mais aussi des stratégies d'assurance dans un contexte de maximisation du patrimoine pour les clients fortunés (lorsqu'il est question d'un objectif successoral). Il faut aussi tenir compte de la présence de sociétés de gestion lorsque cela était pertinent. Certains proposent aussi l'assurance pour maximiser les revenus de retraite, mais nos analyses tendent à croire qu'il n'est pas souhaitable d'utiliser l'assurance pour atteindre cet objectif.

La présence d'une société active entraîne des besoins particuliers qui donnent lieu à un vaste champ d'étude. L'assurance servira aussi de protection. La société voudra se protéger contre les contrecoups financiers résultant du décès ou de l'invalidité d'une personne clé. L'assurance vie, l'assurance invalidité et l'assurance contre les maladies graves seront utilisées dans ce contexte. Afin de racheter les parts de leurs coactionnaires, en cas de décès ou d'invalidité, l'assurance sera utile aussi dans le contexte des CEA. C'est un vaste sujet dont nous traiterons en détail dans ce texte. L'assurance pourra aussi servir pour la relève de l'entreprise si l'on souhaite équilibrer la succession lorsque certains enfants ne sont pas désireux de participer à l'entreprise.

Figure 1 – Sommaire des types d'assurances



Dans un contexte de société active, la gestion des dossiers d'assurance nécessite une approche intégrée qui tient compte de tous les besoins, y compris des besoins personnels. Voici quelques observations sur le sujet :

- Dans le contexte d'une planification intégrée, il faut donc combiner l'analyse des besoins personnels et familiaux et celle des besoins de la société (personne clé ou CEA). Souvent, une revue complète des couvertures s'impose, y compris les protections contre l'invalidité et les maladies graves.

- La protection des personnes clés est souvent négligée dans le contexte où la préoccupation est la CEA. Il est certes important de pouvoir racheter les parts d'un actionnaire en cas de décès, mais si l'entreprise doit faire face à des problèmes importants suivant le décès d'un actionnaire qui joue un rôle clé, les actionnaires survivants posséderont alors les actions d'une entreprise précaire. Dans un cas extrême, la perte sera complète. La succession de l'actionnaire décédé aura reçu l'argent, tandis que les actionnaires survivants auront hérité des problèmes seulement! Cette situation n'est pas simplement théorique. C'est la réalité de bon nombre d'entreprises dont un actionnaire est essentiel aux opérations. Pourquoi prendre ce risque alors qu'une couverture d'assurance vie temporaire sur une personne clé coûte si peu?

- Pour les **actionnaires fortunés**, il est important de faire le lien entre le besoin personnel de « placement successoral » et le besoin en assurance vie pour la CEA. Malheureusement, trop d'actionnaires se limitent à des polices temporaires de type temporaire 10 ans (T10) ou temporaire 20 ans (T20) pour leur CEA au lieu de bénéficier des avantages d'une police permanente, qui leur permettrait éventuellement de créer un patrimoine au lieu de verser en pure perte des primes de polices temporaires. Soulignons que cette observation concerne les clients fortunés et ne s'applique pas à l'entrepreneur qui doit compter ses sous. Une police permanente est plus rentable encore dans ce contexte. En effet, son coût réel est la « prime marginale » seulement puisque, de toute façon, il aurait fallu payer la prime d'une police T10 ou T20. Nous en traiterons plus en détail dans les sections 4.2., 4.3. et 5.4.

À ces observations sur les besoins en assurance s'ajoutent les divers volets d'une planification financière intégrée :

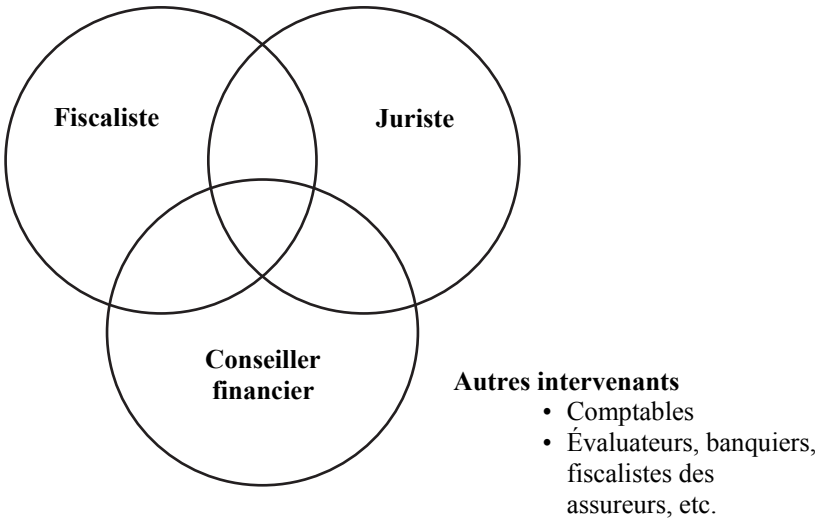
- l'ensemble des questions fiscales;

- la planification de retraite des personnes concernées;

- le financement de l'entreprise et la gestion des dettes;
- la planification de la relève;
- la planification successorale;
- les placements;
- et 1001 autres sujets.

Il est bien évident qu'une CEA résulte d'un travail d'équipe comme l'illustre la figure 2, et nous ne prétendons aucunement agir à titre de fiscalistes ou de juristes. Il y a toutefois des zones d'actions communes avec le conseiller financier dont les domaines de spécialité sont la planification financière, la gestion des dettes, la planification de retraite, la gestion des placements ou l'assurance. Dans les *brainstorming* qui ont lieu lorsqu'on fait face à un nouveau cas, le conseiller financier a assurément sa place. Évidemment, d'autres intervenants, notamment les comptables, les évaluateurs, les banquiers et les fiscalistes des assureurs (en général très compétents dans leur domaine), prennent part aussi à ce travail d'équipe.

Figure 2



2. NOTIONS FISCALES PRÉLIMINAIRES

Parmi les différents éléments déclencheurs assurables couverts par une CEA, celui qui demande le plus grand travail de planification est certainement le décès, tant en ce qui a trait aux divers choix fiscaux découlant du décès qu'en ce qui a trait au positionnement du produit d'assurance dans la structure de société. Nous examinerons plusieurs stratégies d'achat ou de rachat des actions de l'actionnaire décédé. Mais auparavant, le lecteur doit connaître certains facteurs reliés à l'impôt au décès, ainsi que les stratégies *post mortem* qui permettent de le réduire.

2.1. RÉFÉRENCES À D'AUTRES TEXTES

Les questions fiscales touchant le décès constituent un vaste sujet qui dépasse le cadre du présent texte. Nous traiterons rapidement à la section 2.2. ci-après de la planification *post mortem*, mais nous vous suggérons également ci-dessous diverses lectures sur les deux sujets qui ont un lien évident avec les CEA.

- Les règles de minimisation des pertes présentent des notions importantes permettant de comprendre l'effet réel des polices d'assurance vie lors du décès d'un actionnaire[1].

- Il existe diverses stratégies d'achat et de vente d'actions dans le cadre d'une CAE, notamment le rachat croisé, le rachat des actions par la société, le billet à ordre et la méthode hybride[2].

2.2. PLANIFICATION FISCALE *POST MORTEM*

Au décès d'un actionnaire d'une société privée, il y a un risque bien réel d'imposition double. En premier lieu, par une disposition présumée des actions à leur juste valeur marchande (« JVM ») qui peut entraîner un gain en capital et, en deuxième lieu, lorsque la société distribuera ses surplus à la succession, un nouvel impôt sur le dividende devra être payé. Ainsi, un même gain économique fait l'objet d'une double imposition, et même d'une

---

1 À ce sujet, voir FINANCIÈRE MANUVIE, *Actualité fiscale de l'Unité de planification fiscale et successorale de Manuvie*, « Mécanisme de minimisation des pertes et règle des droits acquis » (en ligne : www.pfsmanuvie.com).

2 À ce sujet, voir FINANCIÈRE MANUVIE, *Actualité fiscale de l'Unité de planification fiscale et successorale de Manuvie*, « Conventions de rachat d'actions – Provisionnement au moyen de l'assurance vie » (en ligne : www.pfsmanuvie.com).

triple imposition si l'on tient compte de l'impôt payable lors de la disposition des actifs détenus par la société qui ont bénéficié d'une plus-value. La planification *post mortem* est un mécanisme permettant de réduire ces niveaux d'imposition[3].

Le choix du mécanisme repose sur le traitement fiscal désiré : gain en capital ou dividende. *A priori*, un traitement de gain en capital est favorable en raison d'un taux d'imposition moins élevé, notamment 24,11 % au lieu de 36,35 % pour le dividende ordinaire ou 31,85 % dans le cas de dividende déterminé. La stratégie du pipeline est la plus souvent privilégiée : elle entraîne une imposition sous forme de gain en capital et permet la création d'un conduit de distribution de surplus, sans impôts à la succession. Il est aussi possible de faire appel à la stratégie du pipeline conformément à une variante appelée la majoration de l'alinéa 88(1)d) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[4], lorsqu'il y a un gain latent sur certains actifs non amortissables détenus par la société, notamment sur des actions, des placements de portefeuille ou des terrains.

Un traitement de dividende est toutefois préférable dans les cas où l'on trouve des comptes de surplus fiscaux, comme celui du compte de dividendes en capital (« CDC ») (provenant notamment de l'encaissement de polices d'assurance vie), ou un solde d'impôt en main remboursable au titre de dividendes (« IMRTD »). Dans ces cas, il vaut mieux privilégier la stratégie du paragraphe 164(6) L.I.R., qui permettra, à la suite du décès, de convertir le gain en capital en dividende à l'aide d'un mécanisme mis en place lors d'un rachat d'actions ou d'une liquidation de la société au cours de la première année d'imposition de la succession. Jusqu'au 25 avril 1995, il était possible de déclarer un dividende en capital non imposable égal à la valeur totale des actions, permettant ainsi d'éliminer tout gain en capital immédiat et, par conséquent, de reporter l'imposition au décès à plus tard. En 1995, les règles ont changé.

L'introduction du paragraphe 112(3.2) L.I.R. prévoit essentiellement qu'un dividende en capital non imposable important ne peut désormais remplacer et éliminer complètement le gain en capital au décès. Comme ce fut souvent le cas à propos des mesures fiscales touchant les produits

---

[3] Pour plus amples renseignements sur ces mécanismes, voir FINANCIÈRE MANUVIE, *Actualité fiscale de l'Unité de planification fiscale et successorale de Manuvie*, « Traitement au décès d'actions de sociétés fermées – Planification post mortem et planification reposant sur l'assurance » (en ligne : www.pfsmanuvie.com).

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

d'assurance vie, cette mesure introduite comportait des droits acquis, appelés communément les « règles grand-père ». Il faut toutefois répondre à certaines conditions pour que les anciennes règles s'appliquent, et pouvoir ainsi différer l'impôt au moment du décès. Quelles sont ces conditions? La première exige la présence d'une CEA écrite, en vigueur le 26 avril 1995, prévoyant un rachat d'actions, et que la disposition des actions soit effectuée en conformité avec cette convention. La deuxième concerne la présence de polices d'assurance vie. Le 26 avril 1995, une société devait être bénéficiaire d'une police d'assurance vie sur la tête d'un contribuable détenteur d'actions ou de son conjoint, et l'un des principaux objets de la police devait être le financement du rachat des actions.

Ce qui importe pour nous, praticiens, c'est de savoir ce qu'il faut faire pour éviter de perdre l'avantage des règles grand-père. À l'époque de l'introduction de ces règles, l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») a publié plusieurs directives sur l'application de ces règles. Nous ne les passerons pas en revue, mais soulignons que le point essentiel concernant la première condition est d'éviter de modifier la convention écrite de quelque façon que ce soit. Si jamais il devenait nécessaire de changer la relation entre les parties concernées par la convention, il est recommandé d'intégrer les modifications dans une deuxième convention afin d'éviter de modifier la première. Il est important que les dispositions de la deuxième convention n'invalident en aucune façon celles de la première. L'ARC se montre plus stricte sur ce critère que sur celui de la présence de l'assurance vie.

En ce qui a trait à la deuxième condition liée à l'assurance vie, les règles sont plus souples. Il est possible de modifier, changer, résilier ou même remplacer le produit d'assurance vie en vigueur. L'essentiel repose sur l'existence à l'époque d'une police d'assurance vie et sur la possibilité de prouver qu'un des objets principaux de l'assurance vie était de financer le rachat des actions. Il est très important de conserver la documentation de l'époque (se référer au but de l'assurance décrit dans la proposition d'assurance vie, ou à la CEA en vigueur à l'époque, même si elle a fait l'objet de modifications par la suite).

Cela dit, lorsque la structure comprend de l'assurance vie, quelles sont les règles *post mortem* à privilégier?

- S'il est possible de bénéficier des règles grand-père, il faut opter pour la stratégie du paragraphe 164(6) L.I.R. permettant de reporter tout impôt au décès, tel qu'il a été indiqué plus haut.

- S'il n'y a pas d'actions « grandpérisées » mais qu'il y a un legs au conjoint, on peut utiliser la stratégie du roulement au conjoint, rendue possible en vertu d'une clause de double option qu'il faut inclure dans une CEA. On pourra ainsi se prévaloir des mêmes avantages conférés par le paragraphe 164(6) L.I.R. « grandpérisés », et de reporter les impôts au décès.

- S'il n'y a pas de legs au conjoint, deux autres options peuvent s'appliquer :

  – la première, communément appelée la « solution 50 % », prévoit essentiellement la déclaration d'un dividende en capital non imposable équivalant à la moitié du dividende présumé issu du rachat des actions, ce qui permet ainsi de conserver 50 % du CDC et d'éviter une réduction de la perte en capital en vertu du paragraphe 112(3.2) L.I.R.

  – la seconde s'appelle la « solution 100 % », elle prévoit la déclaration d'un dividende en capital non imposable équivalant à 100 % du dividende présumé, mais l'imposition de la moitié du gain en capital, par l'effet du paragraphe 112(3.2) L.I.R. Par contre, la totalité du CDC a été utilisée, et il ne reste aucun solde pour le survivant.

L'examen de l'ensemble de ces méthodes nous permet de constater que la succession et le survivant peuvent avoir des objectifs conflictuels par rapport à la stratégie *post mortem* à adopter. Comme la succession souhaitera minimiser les impôts au décès, elle privilégiera soit le paragraphe 164(6) L.I.R. « grandpérisé », le roulement et rachat, ou la solution 100 %. Tandis que le survivant, pour sa part, préférera conserver le CDC en optant pour la solution 50 %, ou en majorant le prix de base rajusté (« PBR ») grâce à la méthode du billet à ordre.

Les deux parties voudront profiter du CDC ou du compte de revenu à taux général (« CRTG »). Mais, dans la pratique, qui devrait bénéficier du privilège fiscal? Selon une école de pensée, étant donné que le survivant bénéficie de l'avantage financier du fait qu'il a doublé la valeur de ses actions à la suite du versement de la prestation d'assurance vie, il faudrait accorder l'avantage fiscal à l'autre partie, la succession. D'autres allégueront que le survivant assume désormais tout le risque commercial. Il risque de tout perdre si la société va mal, tandis que la succession aura encaissé la totalité de sa part. En somme, c'est un jeu de négociation qui doit avoir lieu au moment de la rédaction de la CEA, moment où nul ne sait encore lequel

des deux actionnaires décédera en premier, si décès il y a. Cette décision évitera des conflits par la suite.

3. ASSURANCE VIE : DÉTENTION PERSONNELLE OU PAR UNE SOCIÉTÉ?

Est-il préférable de détenir les polices d'assurance vie personnellement ou par l'entremise d'une société? Pour ceux qui ne sont pas familiarisés avec ces notions, voici certains aspects à considérer dans le contexte d'une CEA :

- **Économies fiscales :** la détention par la société est plus économique sur le plan fiscal, car les primes sont payées au moyen d'argent avant impôts sur distribution. L'actionnaire n'a pas à retirer des sommes de la société pour payer les primes. La présence du CDC évite ensuite le dividende imposable lors du décès.

- **Contrôle des primes :** lorsque les contrats d'assurance sont détenus par les actionnaires, il peut être difficile pour chacun de vérifier si les autres paient les primes exigées. La difficulté augmente avec le nombre d'actionnaires. Le défaut de paiement des primes par un actionnaire peut être découvert uniquement au décès de l'« assuré », lorsqu'on constate l'absence d'un capital-décès provisionnant la CEA. De plus, si un capital-décès est versé, le bénéficiaire pourrait ignorer les obligations qui lui incombent aux termes de la convention et détourner les fonds. Par contre, si les contrats sont détenus par la société, les actionnaires, qui ont accès aux dossiers, peuvent vérifier si les contrats sont maintenus en vigueur. Au décès d'un actionnaire, son représentant successoral peut veiller à ce que le capital-décès versé à l'entreprise soit réellement affecté au rachat des actions des ayants droit, conformément à la CEA.

- **Coût des primes :** si un actionnaire est beaucoup plus âgé que les autres ou s'il est en mauvaise santé, la propriété personnelle des contrats entraîne sur le plan de la prime une lourde charge pour les autres actionnaires. Le partage du risque est peut-être équitable, mais cette charge inégale incite souvent les actionnaires à éviter les assurances personnelles. Si l'assurance est détenue par la société, le coût est partagé entre les actionnaires au prorata de leurs intérêts dans la société. Cette formule est souvent jugée plus équitable :

  – **Facilité de gestion :** si plusieurs actionnaires sont parties à la CEA, il peut être coûteux et source de confusion que chaque actionnaire souscrive un contrat sur la tête de chacun des autres actionnaires (pour 5 actionnaires, il faut 20 contrats). Si l'entreprise détient

l'assurance, il ne faut pas plus d'un contrat par actionnaire. De plus, il y aura ainsi réduction des frais et des primes car le coût de l'assurance diminue, le montant de chaque contrat étant plus élevé (un seul contrat par tête pour un capital assuré égal à la JVM de ses actions au lieu de plusieurs petits contrats représentant une portion de la JVM).

– **Fiducie :** il est possible d'éviter certains inconvénients liés à la détention personnelle en confiant à une fiducie la charge de détenir les polices d'assurance vie au nom de tous les actionnaires concernés et de veiller à les garder en vigueur. Les actionnaires doivent verser les sommes permettant à la fiducie de faire face à ses engagements. Cette approche est toutefois peu courante dans la pratique.

– **Protection contre les créanciers :** si l'assurance servant à provisionner la CEA est détenue par la société active, le capital-décès payable à la société au décès de l'un des actionnaires est assujetti aux réclamations des créanciers de l'entreprise. De plus, pour consentir un prêt à une entreprise, les banques et autres prêteurs peuvent imposer des restrictions au droit de l'entreprise de verser des dividendes et un salaire aux actionnaires. Ces restrictions peuvent compromettre la capacité de la société ou des actionnaires survivants de remplir les conditions de la CEA. Il est possible d'éviter ces problèmes en constituant des sociétés de gestion distinctes (« Gesco ») pour détenir les intérêts de chaque actionnaire dans la société active. En outre, ces Gesco seront titulaires et bénéficiaires de l'assurance vie souscrite sur la tête des actionnaires. Si elles ne garantissent pas les obligations de la société active, le produit de l'assurance sera à l'abri des créanciers de cette dernière. Les Gesco n'ayant pas d'activité propre, il est peu probable que des créanciers essaient de saisir le produit de l'assurance ou d'imposer des restrictions sur l'utilisation de leurs fonds. Le recours à une Gesco comporte d'autres avantages ayant trait à la propriété de l'assurance, notamment le fait que lors de la vente de la société active, il ne sera pas nécessaire de transférer la police d'assurance. Il est important d'évaluer l'avantage de la constitution d'une Gesco par rapport aux frais qui en résultent.

– **L'exemption du gain en capital de 750 000 $ et le PBR des nouvelles actions des actionnaires survivants :** la détention personnelle facilite l'obtention de l'exemption de gain en capital pour la succession de l'actionnaire décédé, et elle favorise aussi la hausse du PBR des nouvelles actions que détiendront les actionnaires

survivants. Il existe toutefois des façons d'atteindre les objectifs avec une détention par la société.

- **Règle de minimisation des pertes :** les avantages de la détention par la société sont réduits en raison de ces règles qui peuvent diminuer l'avantage du CDC.

- **Convention de partage des primes :** la détention par la société permet d'utiliser ce concept.

- **Vente des actions des tiers :** dans le cas d'une vente de la société à des tiers et d'une détention de la police par la société, il faudra effectuer un transfert de propriété qui risque d'avoir des incidences fiscales importantes.

4. QUELQUES PRODUITS PARTICULIERS

Dans la panoplie de produits qui existent dans le monde de l'assurance, certains sont adaptés particulièrement aux CEA.

4.1. LA GARANTIE D'ASSURABILITÉ FINANCIÈRE EN ASSURANCE VIE

Voici une garantie fort pratique. Elle permet d'augmenter la couverture d'assurance vie sans avoir à donner des preuves de bonne santé. Il suffit de prouver que la valeur financière de la société a augmenté (en fonction d'un calcul effectué selon une formule préétablie, de façon objective et non propice à la manipulation).

Cette garantie évite de nombreux tracas. Par exemple, dans une société d'une valeur de 4,5 M$ qui compte trois actionnaires en parts égales, chacun sera assuré pour 1,5 M$. Si la société valait 7,5 M$ trois ans plus tard, il faudrait ajouter 1 M$ de couverture à chacun. Sans cette garantie, chaque actionnaire devra refaire le processus de sélection et encourir les risques inhérents (délai, surprime, et même refus). Grâce à cette garantie, l'augmentation sera automatique sur présentation d'une preuve que la valeur de l'entreprise est bien de 7,5 M$. Cette garantie a évidemment un coût, mais il est abordable. Bien sûr, au moment d'émettre les nouvelles couvertures, la prime sera établie en fonction de l'âge atteint à ce moment-là. S'il s'agit de polices temporaires, elles demeurent renouvelables et transformables en police permanente.

4.2. POLICE TEMPORAIRE OU POLICE PERMANENTE

Dans le cadre d'une CEA, faut-il utiliser une assurance vie temporaire (T10, T20 ou T30) ou une assurance permanente?

Dans la très grande majorité des cas, des entrepreneurs qui démarrent leur entreprise ont un besoin d'argent pressant et préféreront utiliser l'assurance temporaire. Le moment est mal choisi pour souscrire une police d'assurance permanente dont la prime sera plus élevée que celle d'une assurance temporaire.

Par contre, s'il est question de gens déjà relativement fortunés et d'une entreprise dont la valeur atteint quelques millions, il faut évaluer la pertinence d'une assurance temporaire qui devient quasiment un gaspillage pour des gens qui resteront vraisemblablement toujours fortunés. Il est reconnu que la rentabilité intrinsèque des polices d'assurance vie permanente est souvent excellente, notamment lorsqu'elle remplace les titres à revenus fixes du portefeuille de placement du client. Le client doit évaluer s'il vaut mieux payer « dans le vide » une assurance temporaire pendant des années ou en profiter pour payer une police permanente qui exige un déboursé plus important à court terme, mais qui lui permet de constituer un patrimoine successoral à long terme.

Il faut aussi être conscient que les besoins changent au fil des années et s'assurer que le produit conviendra à cette évolution. Une police qui sert à financer une CEA pourra aussi financer plus tard des impôts au décès (dans un contexte d'actifs non liquides), constituer un placement pour maximiser la valeur successorale, ou servir dans le cadre d'une rente dos à dos. Enfin, il y aura toujours l'option du don de police à un organisme de charité.

Il faut bien comprendre ici la notion de coût « marginal ». En comparant les primes annuelles de 10 000 $ pour une police temporaire T20 et de 50 000 $ pour une police permanente, le coût marginal pour bénéficier d'une police permanente est de 40 000 $, car il faudra de toute façon payer 10 000 $ dans le scénario de base. Si les calculs démontrent qu'au coût de 50 000 $, la police permanente est rentable, elle le sera donc plus encore si le coût réel diminue à 40 000 $.

Nous tenons à souligner de nouveau que cette option s'applique à des clients qui sont déjà fortunés et qui possèdent une entreprise de bonne valeur, générant des liquidités. Il est possible aussi de combiner une police permanente et une police temporaire. En fait, tout dépend des objectifs et du patrimoine des personnes concernées. Bref, il est possible de combiner les

objectifs personnels du client sans nuire aux objectifs d'affaires du groupe. Cette option implique toutefois que les polices soient mises aux bons endroits dans la structure des entités concernées. Nous en traiterons plus loin.

4.3. LE CONCEPT DU « CONJOINT DORMEUR »

Il s'agit d'une option fort intéressante qui s'applique à ceux qui ont décidé de choisir une police permanente (en tout ou en partie) dans le cadre d'une CEA.

Dans le contexte d'une CEA, il faut forcément utiliser une police sur une seule tête, soit celle de l'actionnaire concerné. Il ne faut pas prendre une police conjointe payable au deuxième décès. On sait toutefois que les polices au deuxième décès sont très rentables et que leur prime est beaucoup moins élevée que celle sur une seule tête.

On sait aussi que le décès est probablement la cause la moins fréquente d'une dissociation des actionnaires. Les raisons principales sont davantage liées à une vente, à une discorde, à un départ à la retraite, à un changement dans les objectifs de chacun ou à une maladie. Après la dissociation, chacun voudra généralement conserver sa propre police d'assurance vie. C'est là que le concept du « conjoint dormeur » est utile. Au moment où la police ne sera plus utilisée pour la CEA, il sera possible de la transformer en police au deuxième décès et de profiter de la réduction de prime applicable. À cette fin, le conjoint doit passer tous les tests de santé au moment de l'émission initiale de la police. Le conjoint est donc un des assurés dans la police, mais la mise en vigueur de sa couverture est reportée jusqu'au moment propice. À noter que la prime sera celle qui aurait été appliquée si la police au deuxième décès était entrée en vigueur dès le début, majorée d'un facteur de 25 %. Voici un exemple pratique récent :

- couverture d'assurance vie de 10,5 M$;
- homme 54 ans (l'actionnaire) et femme de 47 ans (la conjointe);
- prime annuelle sur la tête de monsieur pendant la durée de la CEA : 161 000 $;
- prime annuelle après la conversion en police au deuxième décès : 86 000 $.

La réduction de prime est impressionnante. Si monsieur avait opté pour une simple assurance temporaire T10, la prime aurait été de 26 000 $ (53 000 $ avec une T20). Dans la perspective de personnes à l'aise financièrement et d'une association devant durer encore sept ans, l'utilisation d'une police permanente (convertie après sept ans en police au deuxième décès) par rapport à une assurance temporaire (payée en pure perte) se traduit par une excellente rentabilité globale marginale. Les chiffres étaient éloquents même pour des décès à un âge très avancé. Bien sûr, les montants en cause n'ont pas besoin d'être aussi élevés pour que ce soit rentable.

Cette couverture comprend plusieurs nuances techniques et administratives, notamment et fort heureusement, la possibilité de pouvoir changer de conjoint en cours de route!

4.4. POLICE RACHAT DE PARTS EN CAS D'INVALIDITÉ

La grande oubliée! Même s'il est peu probable qu'un décès mette fin à une association, l'assurance vie est un automatisme dans les dossiers de CEA. Presque personne ne met cela en doute. Toutefois, même si les probabilités qu'un actionnaire tombe invalide sont beaucoup plus grandes que celles d'un décès, l'invalidité est la grande négligée des CEA.

Évidemment, l'assurance invalidité est plus complexe et plus coûteuse que l'assurance vie. L'assurance étant basée sur les mathématiques avant toute chose, il en résulte qu'une éventualité plus probable sera aussi plus coûteuse. Ainsi, le déboursé sera plus élevé dans le cas d'une couverture en invalidité.

Les CEA prévoient habituellement qu'en cas d'invalidité d'un actionnaire, ses parts seront rachetées après un certain temps (12 ou 24 mois, par exemple). Sans assurance, le rachat sera financé de façon traditionnelle (par un emprunt, une mise de fonds ou des profits annuels futurs). Une assurance fournira un montant pour faciliter le rachat. Dans un contexte strictement personnel, l'assurance invalidité implique une rente mensuelle si le client devient invalide. Dans le contexte d'une CEA, il sera question plus souvent d'un montant forfaitaire qui fournira l'argent nécessaire au rachat de parts. Pour une prime moins élevée, il est possible aussi de recevoir des versements étalés sur cinq ans.

Voici quelques caractéristiques de ces couvertures (valables au moment d'écrire ces lignes) :

- La couverture maximale : 2 M$ par actionnaire :

  – si la valeur de la société est inférieure à 2 M$ par actionnaire, il est possible de prévoir une clause d'assurabilité garantie qui permettra d'augmenter la couverture sans preuve de bonne santé si la valeur augmente.

- La durée : plus elle est courte (12, 24 ou 36 mois) et plus la prime est élevée.

- Les titulaires : des petites ou moyennes entreprises, en général :

  – entreprise de deux à cinq actionnaires (parfois un peu plus);

  – moins de 50 employés;

  – chiffre d'affaires de 10 M$ et moins;

  – entreprise rentable et existante depuis au moins trois ans.

Toutefois, ces conditions sont « négociables ». Les assureurs montrent une ouverture à étudier des cas d'exception.

- Les actionnaires et associés :

  – détiennent une assurance invalidité individuelle et une police d'assurance vie pour le rachat de parts en cas de décès;

  – détiennent de 10 % à 90 % des parts;

  – ne **peuvent pas** se prévaloir de cette option s'ils ont un lien de parent/enfant ou de conjoint/conjointe;

  – doivent avoir entre 18 et 60 ans;

  – participent activement à l'entreprise (au moins 30 heures par semaine).

- Tout comme pour l'assurance vie, les polices peuvent être détenues par la société ou par les actionnaires. Les mêmes considérations que celles liées à l'assurance vie doivent être envisagées (section 3.), mais il faut tenir compte de différences importantes :

- même si l'encaissement de la prestation est non imposable pour la société, il n'y a pas de crédit au CDC;

- la JVM de la société est augmentée par suite de l'encaissement de la prestation. Les dispositions de la CEA doivent prévoir cette situation afin de ne pas influer sur la valeur des actions aux fins de rachat;

- lorsque la société encaisse les sommes, elle doit racheter les actions de l'actionnaire invalide avec les conséquences habituelles. Elle pourrait aussi verser la somme sous forme de dividende aux autres actionnaires pour qu'ils achètent eux-mêmes les actions de l'actionnaire invalide, mais ce versement entraînera des incidences fiscales (dividende imposable);

- si la police est souscrite par les actionnaires, ils devront payer la prime avec de l'argent après impôts. Toutefois, les sommes qu'ils encaisseront leur permettront d'acheter directement les actions de l'actionnaire invalide. Ainsi, il est plus facile de profiter de l'exemption du gain en capital. Les actionnaires en santé pourront aussi avoir un « PBR » pour les nouvelles actions.

Ces dossiers sont complexes en matière de sélection des risques. La souscription d'une simple police d'assurance invalidité est parfois compliquée. Cette complexité est donc plus grande encore dans le contexte d'une CEA, qui doit tenir compte de la petite histoire de santé de chaque actionnaire.

Un point important à souligner : il est très important que la CEA soit parfaitement arrimée à la police d'assurance. La définition d'invalidité doit être exactement la même. Il faut éviter à tout prix une situation où les clauses de la CEA exigent un rachat de l'actionnaire invalide alors que la police n'a pas la même interprétation. Le conseiller financier doit participer activement au processus de rédaction de la CEA.

4.5. ASSURANCE CONTRE LES MALADIES GRAVES

L'assurance contre les maladies graves est moins utilisée dans un contexte de CEA puisque, souvent, ce n'est pas un élément déclencheur de rachat. Il n'est pas question de racheter les parts d'un actionnaire qui fait une crise cardiaque et revient travailler après quatre mois de convalescence. La durée de son invalidité n'a pas été suffisamment longue pour déclencher un rachat. Ces polices sont utilisées surtout dans un contexte de protection de personnes clés. Elles permettent de traverser plus facilement un moment de

crise causé par l'absence momentanée d'un actionnaire et la diminution des rentrées d'argent qui en résulte.

Par contre, l'assurance maladies graves pourrait couvrir les cas où les actions à racheter valent plus de 2 M$ (dépassant ainsi la limite de l'assurance invalidité destinée au rachat de parts). Il suffit de s'assurer que les sommes encaissées par la couverture contre les maladies graves demeurent en place jusqu'à ce que le rachat devienne obligatoire.

Récemment, des clauses ont été prévues dans certaines CEA pour qu'un actionnaire couvert contre les maladies graves puisse choisir de faire racheter ses parts avant les 12 ou 24 mois prévus par la convention s'il est atteint d'une maladie grave.

5. MODALITÉS DES CONTRATS D'ASSURANCE VIE

Nous entrons maintenant dans le vif du sujet. Lorsqu'on traite des modalités des contrats d'assurance vie, il faut savoir qu'il peut y avoir plusieurs intervenants dans une police. En premier lieu, il y a la personne assurée, sur laquelle se fonde le contrat d'assurance vie. Il y a ensuite le titulaire ou le preneur, qui est propriétaire du contrat d'assurance et qui prendra les décisions ayant trait au contrat. Il y a aussi le payeur de la prime, qui n'est pas nécessairement le titulaire. Puis il y a le bénéficiaire, soit la personne qui recevra le capital-décès au moment du décès. Chaque combinaison apportera son lot de questions, de conséquences fiscales et financières, d'avantages et d'inconvénients.

Dans l'analyse de ces possibilités, nous avons établi sept objectifs, ou défis, à respecter afin de créer une situation optimale. Une fois ces sept objectifs définis, nous analyserons diverses formes de structures afin d'en dégager les forces et les faiblesses.

5.1. SEPT OBJECTIFS

1) Les primes sont toujours payées (police en vigueur)

Il faut s'assurer de toujours payer les primes pour maintenir la police en vigueur. Dans le domaine complexe de l'assurance, il arrive souvent que les clients éprouvent une certaine confusion quant à leurs contrats. Ils ne savent pas s'ils possèdent des polices, et encore moins ce qu'elles couvrent, et ils perdent le fil des contrats qu'ils ont signés au cours des années. Il peut donc arriver qu'ils oublient le paiement d'une prime. Il peut aussi être question de mauvaise foi ou encore de difficultés financières. Il faut se rappeler que les

assureurs envoient les avis de renouvellement de prime uniquement au titulaire. Advenant le fait que le titulaire n'ait pas payé les primes depuis deux ou trois ans et qu'en conséquence la police ne soit plus en vigueur, le décès de l'assuré entraîne une situation pas très agréable dans le contexte d'une CEA. Il faut donc prendre les moyens pour s'assurer que les primes soient toujours payées.

2) S'assurer que le bénéficiaire est le bon et celui prévu

Il faut s'assurer que le bénéficiaire reste le bon, sans qu'il soit changé en cours de route de façon irrégulière. Formulons l'hypothèse que le titulaire choisisse de changer le bénéficiaire de la police la veille de son décès. Dans une telle situation, il est évident que le titulaire ne respecte pas la CEA et ne pourra pas être racheté; mais, a-t-on envie d'affronter une telle situation? Il faut donc s'assurer que le bénéficiaire ne peut être changé sans l'accord de toutes les parties. Il importe donc de sécuriser le bénéficiaire.

Dans certains contextes, il faudra se demander si le bénéficiaire sera révocable ou irrévocable, ce qui entraînera des conséquences importantes sur certaines clauses de la CEA. Nous en traiterons plus loin.

3) Assurer le partage des coûts entre actionnaires

Cet objectif n'est pas un véritable objectif dans la mesure où il peut y avoir plusieurs bonnes réponses, mais un choix doit être fait. Il faut décider du principe de partage des coûts. Veut-on que tout le groupe supporte l'ensemble des coûts, que chacun paie sa propre police ou que le coût soit supporté par le bénéficiaire de la police. À ce chapitre, il faut tenir compte de la différence importante entre une prime pour un fumeur de 60 ans en mauvaise santé et une autre pour un non-fumeur de 30 ans en bonne santé, par exemple. Par ailleurs, comme celui dont la prime est plus élevée court un plus grand risque de décéder avant l'autre, il n'est pas absurde que ce dernier, ou le bénéficiaire de cette police, supporte une part plus grande du coût. Il faut donc avoir une discussion sérieuse au regard de ces différences. Aux fins du présent texte, l'objectif fixé est le suivant : le groupe supporte les coûts pour tous, et chaque actionnaire supporte le coût total au prorata des actions qu'il détient.

4) Assurer une protection contre les créanciers

Il faut s'assurer de ne pas perdre le produit de l'assurance au profit des créanciers advenant un décès à un moment critique. Si la société active est bénéficiaire de la police et que l'entreprise est en difficulté financière, le

produit d'assurance ira aux créanciers au lieu de servir au rachat des parts de l'actionnaire décédé. La saisie de produit d'assurance est un vaste sujet en soi.

5) Payer les primes avec de l'argent avant impôts sur distribution

Autant que possible, il faut s'assurer de payer les primes avec de l'argent avant impôts sur distribution, ce qui signifie qu'en général, il vaut mieux éviter la détention personnelle des polices et les souscrire plutôt dans une société.

6) Éviter un transfert éventuel du contrat vers l'assuré (à la bonne place dès le début)

Il faut éviter le transfert futur du contrat vers l'assuré. Autrement dit, la police doit être à la bonne place dès le début, compte tenu de chances assez minces qu'un retrait des affaires soit causé par un décès. Les chances sont plus grandes qu'il soit causé par une vente, une invalidité, une discorde, ou tout simplement une retraite. Souvent dans de telles circonstances, l'actionnaire voudra récupérer la police sur sa tête qui était détenue par la société active et la transférer dans sa société de gestion ou à titre personnel. Toutes ces situations auraient des incidences fiscales.

La première incidence fiscale serait une disposition en ce qui a trait à la société active, donnant lieu à un gain sur police si la valeur de rachat du contrat est supérieure au coût de base rajusté (« CBR ») de la police. Un contrat temporaire ne pose aucun problème. Il pourrait y avoir un problème par contre dans les rares cas où il y aurait une valeur de rachat importante.

La deuxième incidence est plus importante. Il pourrait y avoir un avantage imposable, parce que la police sera cédée à une personne sans qu'il y ait une contrepartie. L'avantage imposable ne sera pas basé sur la valeur de rachat du contrat, mais sur la JVM de la police, qui peut être beaucoup plus élevée. La JVM d'une police variera notamment en fonction de l'âge et de l'état de santé de l'assuré. Dans un contexte d'Opco-Gesco, une solution possible consiste à déclarer un dividende intersociété (un dividende en nature) pour faire passer la police dans Gesco. Par contre, dans un contexte de multiactionnaires, cela pourrait réduire le « revenu protégé » (*safe income*) pour le futur.

7) Éviter un avantage imposable et d'autres inclusions aux revenus

Certaines structures plus complexes peuvent comporter un avantage imposable ou une autre forme d'inclusion aux revenus si toutes les précautions ne sont pas prises. Il s'agit d'un sujet complexe et nous avons préféré le traiter dans une section distincte (section 5.2. ci-après).

Trois autres objectifs représentent un défi moindre à relever :

- Le premier consiste à éviter la multiplicité des contrats, ce qui survient dans un contexte de structure croisée. Par exemple, M. A aurait des polices sur la tête de MM. B, C, D, E et F; M. B aurait des polices sur la tête de MM. A, C, D, E et F; etc. Cette multiplicité de contrats comporte des risques de confusion et de perte d'efficience.

- Le deuxième a trait à la maximisation du CDC. Cet objectif peut être atteint en ayant un titulaire différent du bénéficiaire. Voici la règle de calcul applicable au CDC : le montant crédité est l'excédent du produit d'assurance sur le CBR de la police. À titre d'exemple, dans une structure où Opco est bénéficiaire de la police et Gesco titulaire, le CBR est calculé pour Gesco, tandis qu'Opco n'a pas de CBR. En cas de décès, le plein montant du produit d'assurance pourra être crédité dans le CDC d'Opco, puis passé par la suite dans Gesco :

  – l'ARC a confirmé que ce traitement fiscal est conforme aux dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[5]. L'ARC a toutefois soumis la question au ministère de Finances en 1996 qui, au moment d'écrire ces lignes, n'a toujours pas proposé de modifier la loi pour corriger la situation. L'ARC a également mentionné qu'elle pourrait appliquer la règle générale antiévitement (« RGAÉ »)[6] si l'opération n'était pas principalement effectuée pour des objets véritables[7]. En particulier, en réponse à la question 3 de la table ronde de CALU de 1999, l'ARC a mentionné que la protection de la police contre les créanciers et l'objectif de faire supporter les coûts d'assurance par

---

[5] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9415675, 26 juillet 1994 et 7M12851, 10 mai 1996.

[6] Par. 245(2) L.I.R.

[7] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 7M12851, précité, note 5; 9824645, 15 décembre 1998; 9908430, 30 juin 1999; 2004-0065461C6, 4 mai 2004 et 2007-0257251E5, 19 novembre 2009.

l'ensemble des intervenants semblent des motifs secondaires à l'obtention d'avantages fiscaux[8]. Cette interprétation nous paraît fort discutable;

– il ne faut pas surestimer l'avantage de ce dernier objectif. Pour les polices temporaires, le CBR au fil des années est faible de toute façon. Cet objectif ne justifie pas à lui seul la mise en place des structures complexes dont nous discuterons dans la prochaine section. Les commentaires reçus au fil des conversations nous portent à croire que l'ARC n'aime pas les conséquences sur le CDC de diverses structures, même si, dans les faits, il s'agit d'un objectif secondaire auquel on pourrait renoncer sans perte d'avantages importants. Comme l'indique le paragraphe précédent, il est d'ailleurs question depuis plusieurs années de modifier la *Loi de l'impôt sur le revenu* afin d'éviter que le CBR soit nul dans le cas d'un bénéficiaire différent du titulaire. Nous serions même favorables à ce changement si cela permettait d'éviter les autres litiges dont nous traiterons ci-dessous (l'application du paragraphe 246(1) L.I.R., en particulier).

- Enfin, un troisième objectif consiste à minimiser la JVM déterminée des actions d'une société détenues par l'actionnaire décédé, dans le cas où cette société détient une police d'assurance sur la vie d'une personne sans lien de dépendance avec l'actionnaire décédé. Cette situation problématique s'applique pour un contrat détenu par une entité commune au lieu des sociétés de gestion individuelles :

  – afin d'établir la JVM des actions au décès, le paragraphe 70(5.3) L.I.R. prévoit que la valeur d'une assurance vie détenue par une société est égale à sa valeur de rachat. Pour les dispositions ultérieures au 1er octobre 1996, ce paragraphe s'applique aux contrats sur deux têtes ou sur plusieurs têtes au titre desquels l'actionnaire décédé est l'un des assurés. Ce paragraphe s'applique également à des contrats souscrits sur d'autres têtes pourvu que ces assurés aient un lien de dépendance avec l'actionnaire décédé. Ainsi, pour une société titulaire de contrats individuels sur la tête de l'actionnaire, de son conjoint ou d'autres personnes liées (par exemple, un fils ou une fille travaillant dans l'entreprise, et sur la tête de qui la société a souscrit

---

8 « Table ronde », dans *CALU Report*, Conference for Advanced Life Underwriting, 1999, question 3; AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9908430, précité, note 7.

une couverture de collaborateur essentiel), la valeur de ces contrats est considérée comme égale à la valeur de rachat;

– toutefois, ces règles ne s'appliquent pas aux contrats d'assurance détenus par une société sur la tête d'autres assurés, notamment les actionnaires survivants qui n'ont aucun lien de dépendance. Comme ces contrats font également partie de l'actif de la société, ils doivent être pris en compte lors de l'évaluation des actions de l'actionnaire décédé. Dans sa *Circulaire d'information* 89-3, l'ARC présente des lignes directrices pour évaluer la valeur (JVM) d'une police d'assurance vie[9];

– une solution technique à ce problème serait de souscrire un contrat multivie au lieu d'utiliser plusieurs polices individuelles. La valeur d'un contrat établi sur plusieurs têtes, incluant celle de l'actionnaire décédé, sera déterminée selon le paragraphe 70(5.3) L.I.R. Ce type de police nécessite diverses démarches administratives en cas de dissolution du groupe lorsque chacun veut conserver sa couverture d'assurance. De même, le CBR de la police sera considéré chaque fois qu'il y aura décès d'un actionnaire (situation rare mais possible) puisque le CBR ne disparaît pas à la suite du décès d'un premier actionnaire.

Voilà donc les principaux objectifs que nous tenions à discuter au préalable. Nous utiliserons ces notions dans les 10 situations de la section 5.3.

5.2. AVANTAGE IMPOSABLE ET AUTRES INCLUSIONS AUX REVENUS

5.2.1. Avantage à un actionnaire en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R.

Une des questions importantes consiste à savoir s'il y a un avantage imposable en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R. lorsque le bénéficiaire et le payeur de la prime sont différents. L'ARC s'est prononcée quelques fois sur ce sujet.

- Dans une structure où Opco est preneur et payeur de la prime, et un actionnaire ou une personne liée à l'actionnaire est bénéficiaire, l'ARC

[9] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 89-3, « Exposé des principes sur l'évaluation de biens mobiliers », 25 août 1989.

s'est prononcée : il y a un avantage imposable égal à la prime. Ce qui est logique puisque l'actif de la société sert à donner un avantage à un actionnaire.

- Dans une situation où Opco est preneur et payeur, et où Gesco est bénéficiaire, une structure peu courante dans la pratique, l'ARC a récemment changé sa position : il y a un avantage imposable égal à la prime. Ce changement de politique a été annoncé au Congrès 2009 de l'Association de planification fiscale et financière (« APFF »), infirmant ainsi la position prise en 2004 et en 1998. Revenu Québec avait pris cette position en 2008. Les deux autorités fiscales sont donc maintenant d'accord sur le traitement.

- Si Gesco est preneur et payeur et Opco est bénéficiaire, il n'y a pas d'avantage imposable pour l'actionnaire en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R. Nous traiterons toutefois ci-après du paragraphe 246(1) L.I.R., qui pourrait s'appliquer à cette situation.

- Le cas le plus classique est celui où Opco est preneur, payeur et bénéficiaire. Il est assez logique qu'il n'y ait pas d'avantage imposable puisque Opco est bénéficiaire, et l'ARC a confirmé ce traitement à quelques reprises. Un cas particulier peut survenir dans cette structure lorsqu'une police d'assurance vie est souscrite pour servir au rachat d'actions privilégiées dont la valeur est fonction du produit d'assurance vie. Nous en traiterons plus loin à la section 5.6.

5.2.2. Avantage conféré à un contribuable en vertu du paragraphe 246(1) L.I.R.

Dans une interprétation technique de l'ARC de novembre 2009, puis à l'occasion des tables rondes 2010 de la CALU et de l'APFF[10], divers cas ont été soulevés, notamment les situations où Gesco est titulaire et payeur, et Opco (ou Gesco commune) est bénéficiaire[11]. Il est à signaler notamment que l'ARC a soulevé la possibilité d'appliquer le paragraphe 246(1) L.I.R. (avantage conféré à un contribuable). Ce paragraphe a pour effet d'ajouter au revenu d'un contribuable la valeur d'un avantage conféré, dans la mesure où

---

[10] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2007-0257251E5, 19 novembre 2009; 2010-0359421C6, 4 mai 2010 et 2010-0371901C6, 8 octobre 2010.

[11] Voir *infra*, situations 6, 8 et 10 de la section 5.3.

cette dernière n'est pas déjà incluse au revenu et dans la mesure où elle y serait incluse s'il s'agissait d'un paiement que cette personne avait fait directement au contribuable. Par exemple, au lieu de désigner Opco comme bénéficiaire d'une police dont Gesco serait titulaire et payeur, si Gesco avait payé à Opco un montant équivalant à la prime d'une police dont Opco serait elle-même titulaire et payeur, il est possible de croire que ce montant aurait été inclus au revenu d'Opco à titre de remboursement en vertu de l'alinéa 12(1)x) L.I.R.

La valeur de l'avantage serait probablement inférieure à la prime si le bénéficiaire était révocable, puisque Opco pourrait perdre son droit dans le futur.

Certains invoqueront que Gesco aurait pu tout aussi bien verser une somme égale en liquide sous forme de prêt ou d'injection de capital sans entraîner un avantage imposable pour Opco, mais peut-on utiliser un scénario hypothétique après coup pour changer la nature de l'opération? Cet argument a été présenté à l'ARC dans une question soumise en table ronde 2010 de l'APFF, et ses représentants ont répondu qu'il s'agissait d'une question de fait et qu'ils ne pouvaient pas élaborer davantage leur position dans le cadre d'une demande d'interprétation technique[12].

Dans un contexte de convention entre actionnaires, où les actionnaires n'ont aucun lien de dépendance (au sens large du paragraphe 251(1) L.I.R.), le paragraphe 246(2) L.I.R. peut rendre inapplicable le paragraphe 246(1) L.I.R. lorsqu'il est établi que l'opération conclue entre eux est une opération véritable, et non une opération conclue en conformité avec une autre opération, ni à des fins de paiement d'une obligation existante. Un actionnaire qui ne contrôle pas une société ou qui n'est pas lié par ailleurs à celle-ci sera réputé n'avoir aucun lien de dépendance avec la société dans laquelle il détient des actions. Toutefois, selon l'ARC[13], un nombre suffisant d'actionnaires minoritaires agissant de concert pour assurer la gestion des affaires d'une société peuvent être réputés avoir un lien de dépendance avec la société.

Il semble que la préoccupation principale de l'ARC réside dans l'augmentation du CDC dans le cas d'une société bénéficiaire (sans CBR)

---

[12] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2010-0371901C6, précité, note 10.

[13] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-419R2, « Sens de l'expression "sans lien de dépendance" », 10 juin 2004, par. 32.

qui n'est pas propriétaire de la police. L'ARC a toutefois mentionné à plusieurs reprises qu'afin d'empêcher les abus, la RGAÉ pourrait s'appliquer en l'absence de motifs d'affaires. Si tel est l'objectif, l'application du paragraphe 246(1) L.I.R., quoique plus simple à invoquer que le paragraphe 245(2) L.I.R. (comité RGAÉ), nous semble un moyen extrême pour régulariser la situation, car il ouvre la voie à l'incertitude fiscale relativement à des opérations effectuées pour des motifs d'affaires véritables. Il serait certes plus simple et plus clair d'amender la loi! Dans le contexte d'une convention entre actionnaires, l'effet positif éventuel sur le CDC est très secondaire par rapport aux autres avantages concrets de certaines structures, d'autant plus que le décès d'un actionnaire est l'option la moins probable d'une fin d'association. Le départ à la retraite, la vente d'Opco, l'invalidité, le changement dans les objectifs d'affaires d'un actionnaire et la discorde entre actionnaires sont autant de causes beaucoup plus fréquentes de fin d'association que le décès. Malgré tout, l'effet sur le CDC ne se produit qu'en cas de décès! Le paragraphe 246(1) L.I.R. pourrait être invoqué pour contrecarrer un effet positif en cas de décès alors qu'il n'y aura pas eu de décès!

Afin de démontrer sa bonne foi et d'indiquer que l'objectif réel n'est pas l'augmentation du CDC, il est possible de mentionner dans l'entente entre Gesco et Opco que cette dernière s'engage à tenir compte du CBR de Gesco dans le calcul de son CDC en cas de décès de l'actionnaire. Ce document n'aurait toutefois pas force de loi et ne peut véritablement empêcher Opco d'agir autrement. Il ne servirait qu'à indiquer l'intention réelle des parties lors de l'établissement de la structure.

Faut-il éviter toute forme de planification en raison de l'application possible du paragraphe 246(1) L.I.R.? Le risque fiscal nous paraît faible, mais il ne doit pas être ignoré. Il est important que le client et son fiscaliste soient conscients des conséquences possibles. Dans le cas de polices temporaires impliquant de faibles montants de couverture, il serait peut-être préférable de s'abstenir.

5.2.3. Inclusion aux revenus en vertu de l'article 9 ou de l'alinéa 12(1)x) L.I.R.

Il arrive parfois qu'un bénéficiaire autre que le titulaire soit désigné payeur de la prime, ou que le coût de l'avantage dont il profite lui soit redébité. Cela correspond aux situations 7 et 9 de la section 5.3. présentée ci-après. Gesco est titulaire de la police et Opco en est bénéficiaire. Opco pourrait être payeur, ou Gesco pourrait lui réimputer le montant de la prime dans le cas où Gesco demeure payeur.

Lors des tables rondes 2010 de la CALU et de l'APFF, certaines questions sur ce sujet ont permis à l'ARC de se prononcer sur les incidences fiscales possibles[14].

Les primes payées par Opco, ou le montant « redébité » à Opco et encaissé par Gesco sont-ils imposables pour l'entité qui en profite (dans le cas présent, Gesco)? Selon l'ARC, l'article 9 et l'alinéa 12(1)x) L.I.R. pourraient s'appliquer.

L'article 9 L.I.R. mentionne que le revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien correspond au bénéfice qui est généralement calculé conformément aux principes reconnus de la pratique courante des affaires (profit comptable) sous réserve des autres dispositions de la partie I L.I.R. L'ARC a toujours soutenu, et l'a répété récemment[15], qu'aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'assurance vie est un « bien » dont il est possible de tirer un revenu. Si l'arrangement reste en vigueur jusqu'au décès de la personne assurée, il est peu probable que Gesco en tire un « bénéfice » quelconque, à moins de procéder au rachat de la police lorsqu'elle a atteint une valeur de rachat, laquelle deviendrait payable à Gesco en tant que titulaire.

L'alinéa 12(1)x) L.I.R. prévoit que les paiements reçus à titre incitatif, sous forme de prime, de subvention, de remboursement, de contribution ou d'indemnité doivent être inclus dans le revenu du contribuable. En vertu du paragraphe 12(2.2) L.I.R., il est possible de faire un choix pour réduire une dépense (même non déductible) et ainsi éviter une inclusion au revenu. Toutefois, si cette dernière est une dépense relative au coût d'un bien, le choix n'est pas disponible. Tel qu'il a été mentionné précédemment, l'ARC considère l'assurance vie comme étant un bien. Dans ce contexte, le choix du paragraphe 12(2.2) L.I.R. ne pourrait malheureusement pas s'appliquer pour réduire la dépense d'assurance vie.

Dans le cas où Gesco déduit la prime de la police (la police étant donnée en garantie conformément à l'alinéa 20(1)e.2) L.I.R.), l'application de l'alinéa 12(1)x) L.I.R. pourrait probablement se justifier sur le plan théorique. Par contre, si la prime ne peut être déduite par la filiale et que Gesco doit inclure dans son revenu le remboursement de la prime par sa filiale, il en résulterait une double imposition.

---

[14] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2010-0359421C6, précité, note 10 et 2010-0371901C6, précité, note 10.

[15] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-0271381E5, 11 février 2009.

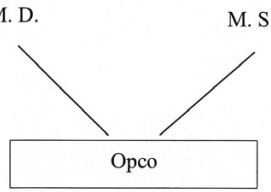
Il est à noter que l'application de l'alinéa 12(1)x) L.I.R. peut être facilement évitée. Il suffit qu'Opco déclare un dividende à Gesco, et que celle-ci s'en serve pour payer la prime[16]. Cette méthode a toutefois le désavantage de laisser planer un doute sur l'atteinte de l'objectif 1, soit l'absence d'une certitude que le paiement servira réellement à payer la prime et que la police restera en vigueur. Pour éviter cet inconvénient, il est possible d'utiliser un « dividende en nature », de sorte qu'Opco paie la prime mais que ce paiement soit considéré comme un dividende à Gesco. Le paiement devra être documenté correctement en ce qui a trait aux sociétés concernées comme un dividende payable par la prise en charge de la prime de la police dont Gesco est titulaire.

5.3. DIX SITUATIONS PRATIQUES

Dans les exemples proposés ci-dessous, nous analyserons chacune des situations pour déterminer si elle atteint les sept objectifs et, le cas échéant, si elle est optimale. Comme les possibilités sont illimitées, la gamme d'exemples choisis n'est certes pas exhaustive.

Situation 1

Scénario personnel croisé (1re option)



Assurance vie D
titulaire
payeur
bénéficiaire

Primes payées	Bénéficiaire	Partage coûts	Créanciers	Primes $ Sociétés	Transfert	Éviter avantage et revenu
√	√		√			√

[16] Voir *infra*, situations 8 et 10 à la section 5.3.

Le premier cas est le scénario personnel croisé, souvent appelé le *criss-cross*, qui présente M. Décédé (« M. D ») et M. Survivant (« M. S »). M. S possède une assurance sur la vie de M. D, et il en est le titulaire, le payeur et le bénéficiaire. Bien sûr, M. D a la même police sur la tête de M. S, mais aux fins de cette section, nous ne présentons qu'un seul côté pour alléger le texte. C'est M. D qui décède.

Voyons si les sept objectifs ont été atteints.

1) Primes payées (police en vigueur) : oui, par M. S. Comme M. S possède la police sur la tête de son partenaire, il n'aura probablement pas avantage à cesser d'en payer les primes. Il faut quand même s'assurer que le paiement sera fait, surtout si M. S a des difficultés financières ou s'il est du genre négligent.

2) Bénéficiaire (le bon et celui prévu) : oui, parce que M. S lui-même est bénéficiaire. Par conséquent, il ne devrait pas le changer.

3) Partage entre actionnaires : non. Cet objectif n'est pas atteint, puisque chacun supporte le coût de la police sur la tête de l'autre. Par contre, si c'est ce qui avait été convenu, il n'y a toutefois pas de problème.

4) Protection contre les créanciers : oui, puisque l'argent n'entre pas dans Opco. Par contre, ils ne seraient peut-être pas protégés si M. S avait des problèmes financiers personnels, mais c'est une tout autre question. Du point de vue des créanciers d'Opco, l'objectif est atteint.

5) Primes payées avec de l'argent avant impôts : non, puisque chacun doit payer à titre personnel.

6) Éviter le transfert éventuel du contrat vers l'assuré (à la bonne place dès le début) : non, puisque, s'il y a dissociation, M. D voudra récupérer la police que M. S a payée sur sa tête. En se redonnant mutuellement les contrats, ils risquent d'en subir l'incidence fiscale. Ce n'est donc pas optimal.

7) Éviter l'avantage imposable ou l'inclusion au revenu : oui, mais cette situation ne s'applique pas vraiment ici.

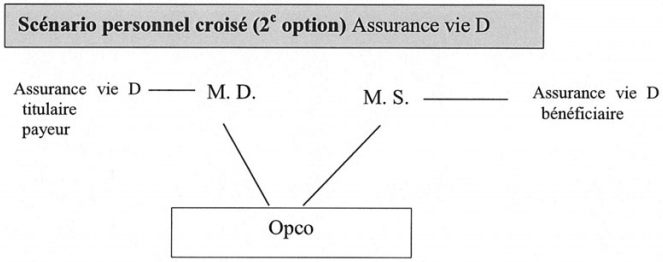
Voici quelques commentaires :

- Cette structure simple est courante dans le contexte de plus petites entreprises. Elle est peu coûteuse à mettre en place.

- Elle peut impliquer une multitude de contrats lorsqu'il y a plusieurs actionnaires. Il existe ce qu'on appelle des « fiducies de gestion de polices » pour gérer l'ensemble des polices. Dans la pratique toutefois, elles sont rares et aussi très complexes.

- Par rapport à nos sept objectifs, cette structure n'est pas très efficiente, puisqu'elle satisfait seulement à quatre objectifs.

Situation 2



Primes payées	Bénéficiaire	Partage coûts	Créanciers	Primes $ Sociétés	Transfert	Éviter avantage et revenu
			√		√	? [par. 246(1) L.I.R.]

Dans une autre option du scénario personnel croisé, M. D est titulaire payeur de la police sur sa propre tête, mais le bénéficiaire est M. S. Voyons nos sept objectifs.

1) Primes payées (police en vigueur) : non. M. D pourrait décider de ne pas payer, et il est le seul à recevoir les avis de prime. À titre de bénéficiaire, M. S ne saura pas si la prime a été payée, en particulier s'il y a de la discorde. Par contre, si tout le monde est de bonne foi, il est probable qu'il n'y aura aucun problème, sauf si M. D est négligent ou s'il éprouve des difficultés financières.

2) Bénéficiaire (le bon et celui prévu) : non. M. D peut changer le bénéficiaire n'importe quand. M. S ne peut être certain de rester bénéficiaire. Il est possible toutefois de nommer un bénéficiaire irrévocable, ce qui pourrait régler le problème. Nous traiterons plus loin de cette option.

3) Partage entre actionnaires : non.

4) Protection contre les créanciers : oui.

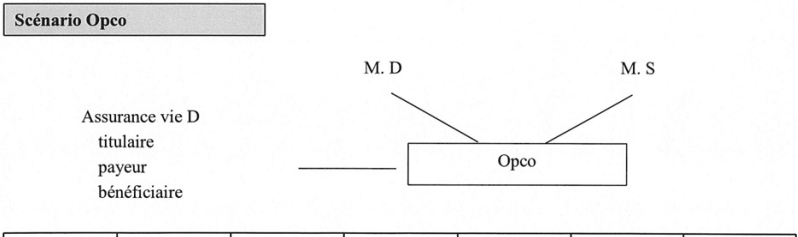
5) Primes payées avec de l'argent avant impôts : non.

6) Éviter le transfert éventuel du contrat vers l'assuré (à la bonne place dès le début) : oui puisque la police est déjà à la bonne place. S'il y a dissociation, M. D voudra récupérer la police et, à cette fin, il lui suffira de changer le bénéficiaire de la police.

7) Éviter l'avantage imposable ou l'inclusion au revenu : incertitude. Techniquement, le paragraphe 246(1) L.I.R. pourrait s'appliquer, mais c'est peu probable.

Encore une fois, la situation comporte quelques faiblesses importantes.

Situation 3



Primes payées	Bénéficiaire	Partage coûts	Créanciers	Primes $ Sociétés	Transfert	Éviter avantage et revenu
√	√	√		√		√

Dans le troisième cas, Opco est titulaire, payeur et bénéficiaire sur la vie de M. D et de M. S aussi. Cette situation très fréquente est simple. Voyons les sept objectifs.

1) Primes payées (police en vigueur) : oui. Comme c'est géré par le groupe, il ne devrait normalement pas y avoir de problème.

2) Bénéficiaire (le bon et celui prévu) : oui. Ça ne changera pas. Opco restera bénéficiaire.

3) Partage entre actionnaires : oui, puisque Opco paie tout.

4) Protection contre les créanciers : non, car le bénéficiaire est Opco. Il pourrait y avoir un problème si le décès survenait à un moment où Opco éprouvait des difficultés financières.

5) Primes payées avec de l'argent avant impôts : oui, puisque Opco paie.

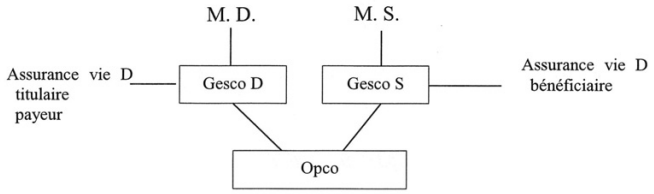
6) Éviter le transfert éventuel du contrat vers l'assuré (à la bonne place dès le début) : non. C'est une grande faiblesse. Si, au moment de leur dissociation, M. D et M. S décident de récupérer leurs polices personnellement, il y a de fortes chances qu'ils en subissent l'incidence fiscale. Dans le cas d'une police temporaire, il y aurait probablement peu de conséquences pour Opco. Par contre, si l'un des deux actionnaires est en mauvaise santé et qu'on lui transfère une police dont la JVM est de 100 000 $, 200 000 $ ou 300 000 $, l'avantage imposable qui en résulte comporte de lourdes conséquences fiscales. Par conséquent, la question du transfert est mal gérée ici.

7) Éviter l'avantage imposable ou l'inclusion au revenu : oui. Puisque Opco est titulaire, payeur et bénéficiaire, il n'y aura aucune inclusion au revenu pour les deux actionnaires.

Par rapport aux scénarios 1 et 2, celui-ci présente une situation plus favorable, mais elle n'est pas encore optimale.

Situation 4

Scénario Gesco D – Gestion S (croisé-Gesco)



Primes payées	Bénéficiaire	Partage coûts	Créanciers	Primes $ Sociétés	Transfert	Éviter avantage et revenu
			√	√	√	? [par. 246(1) L.I.R.]

Le quatrième cas introduit des Gesco. Dans ce scénario croisé (similaire à la situation 2) qui met en scène des gestions, Gesco D est titulaire et payeur d'une police sur la vie de M. D et le bénéficiaire est Gesco S.

1) Primes payées (police en vigueur) : non. Il n'y a aucune certitude que les primes seront payées (comme dans la situation 2).

2) Bénéficiaire (le bon et celui prévu) : non. Il n'y a aucune certitude que le bénéficiaire ne changera pas.

3) Partage entre actionnaires : non.

4) Protection contre les créanciers : oui, parce le capital-décès est encaissé dans les Gesco et non dans Opco.

5) Primes payées avec de l'argent avant impôts : oui.

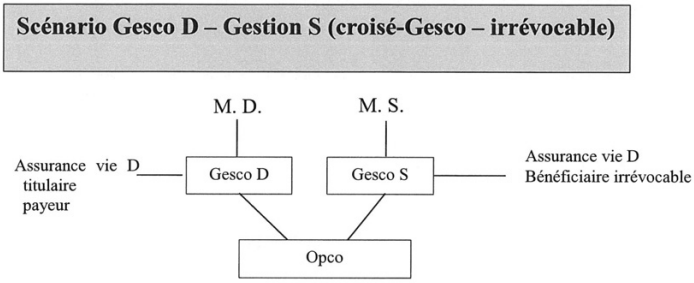
6) Éviter un transfert éventuel du contrat vers l'assuré (à la bonne place dès le début) : oui, parce que le titulaire de la police sur la vie de M. D est Gesco D. Par conséquent, au moment d'une dissociation, les polices seront déjà aux bonnes places.

7) Éviter l'avantage imposable ou l'inclusion au revenu : incertitude. Le paragraphe 246(1) L.I.R. pourrait s'appliquer techniquement.

Ce n'est donc pas encore une situation optimale.

En ce qui a trait à l'objectif plus secondaire de maximisation du CDC, le CBR ne réduira donc pas le crédit au CDC. De plus, le CDC aboutira ici dans la société de gestion du survivant, ce qui confère un avantage important au survivant.

Situation 5



Primes payées	Bénéficiaire	Partage coûts	Créanciers	Primes $ Sociétés	Transfert	Éviter avantage et revenu
	√		√	√	√	? [par. 246(1) L.I.R.]

Semblable à la précédente, la situation 5 ajoute une nouvelle notion : celle du bénéficiaire **irrévocable**. Ce qui change par rapport au quatrième scénario, c'est qu'on sécurise le bénéficiaire.

1) Primes payées (police en vigueur) : non.

2) Bénéficiaire (le bon et celui prévu) : oui, puisque le bénéficiaire a été désigné comme étant irrévocable, le titulaire payeur ne pourra pas le changer. Par contre, il faut préciser très clairement dans la CEA qu'advenant une dissociation, quelle qu'en soit la raison, le bénéficiaire renoncerait à son droit d'irrévocabilité, et le titulaire pourrait recouvrer la totalité des avantages de sa police. Voici une petite anecdote au sujet des sociétés qui sont bénéficiaires irrévocables : un assureur nous a fait part d'un cas où une société bénéficiaire irrévocable avait été dissoute sans qu'il y ait au préalable une renonciation à ce privilège. La société avait dû être « réinstaurée » afin de procéder au changement de bénéficiaire. Avant de dissoudre une société, il faut toujours prendre cet élément en considération.

3) Partage entre actionnaires : non.

4) Protection contre les créanciers : oui.

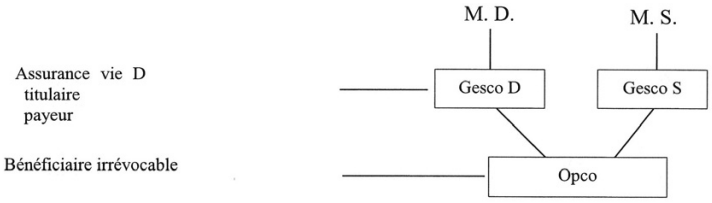
5) Primes payées avec de l'argent avant impôts : oui.

6) Éviter le transfert éventuel du contrat vers l'assuré (à la bonne place dès le début) : oui.

7) Éviter l'avantage imposable ou l'inclusion au revenu : incertitude.

Situation 6

Scénario Gesco D – Opco



Primes payées	Bénéficiaire	Partage coûts	Créanciers	Primes $ Sociétés	Transfert	Éviter avantage et revenu
	√			√	√	? [par. 246(1) L.I.R.]

Dans la situation 6, Opco est bénéficiaire irrévocable du contrat et Gesco D est titulaire et payeur du contrat.

1) Primes payées (police en vigueur) : non. Le contrôle n'est pas à toute épreuve, puisque les primes sont payées par Gesco D.

2) Bénéficiaire (le bon et celui prévu) : oui, puisqu'il est irrévocable (sous réserve des mêmes considérations dans la CEA à l'égard d'une dissociation éventuelle).

3) Partage entre actionnaires : non, parce que la prime est payée par Gesco D.

4) Protection contre les créanciers : non, parce que Opco est bénéficiaire.

5) Primes payées avec de l'argent avant impôts : oui, parce que Gesco D paie les primes.

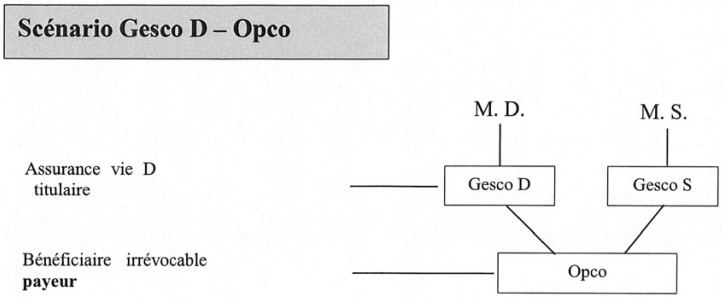
6) Éviter le transfert éventuel du contrat vers l'assuré (à la bonne place dès le début) : oui, parce que la police est déjà en place dans Gesco D.

7) Éviter l'avantage imposable ou l'inclusion au revenu : incertitude. Il s'agit de la situation soulevée à la section 5.2.2. ci-dessus, où il est question de l'application possible du paragraphe 246(1) L.I.R.

En ce qui a trait à l'objectif plus secondaire de maximiser le CDC, le CBR ne réduira donc pas le crédit au CDC parce que Opco est le bénéficiaire et que le calcul du CBR concerne Gesco. Le CDC sera établi en fonction de Opco et pourra éventuellement être transféré à Gesco D lors du rachat des actions.

Cette situation ne présente pas d'amélioration notable.

Situation 7



Primes payées	Bénéficiaire	Partage coûts	Créanciers	Primes $ Sociétés	Transfert	Éviter avantage et revenu
√	√	√		√	√	? [al. 12(1)x) L.I.R.]

La situation 7 introduit une nouvelle dimension. Le payeur est maintenant différent du titulaire. Une structure comme celle-ci se rapproche d'un scénario optimal et atteint plusieurs objectifs.

1) Primes payées (police en vigueur) : oui, parce qu'elles sont payées par Opco.

2) Bénéficiaire (le bon et celui prévu) : oui, parce qu'il est irrévocable.

3) Partage entre actionnaires : oui, parce que Opco paie.

4) Protection contre les créanciers : non, parce que Opco est bénéficiaire.

5) Primes payées avec de l'argent avant impôts : oui, parce que Opco les paie.

6) Éviter le transfert éventuel du contrat vers l'assuré (à la bonne place dès le début) : oui, **en principe** l'objectif est atteint, puisque Gesco est titulaire (voir la discussion ci-après).

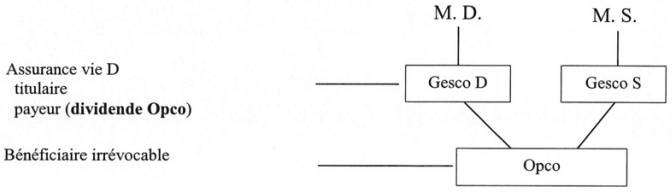
7) Éviter l'avantage imposable ou l'inclusion au revenu : incertitude. Il s'agit de la situation soulevée à la section 5.2.3. ci-dessus, où il est question de l'application possible de l'alinéa 12(1)x) L.I.R.

Voici quelques précisions sur l'atteinte dite « en principe » de l'objectif 6. Selon un courant de pensée dans l'industrie, même si Opco n'était pas titulaire de la police, le fait d'être à la fois payeur et bénéficiaire (le fait d'être simplement bénéficiaire est sans conséquence) lui donnerait un « intérêt dans une police ». Au moment de renoncer à son droit de bénéficiaire, cela pourrait donner lieu à une disposition d'un intérêt dans la police, entraînant par conséquent la double incidence fiscale que l'on souhaitait éviter en nommant Gesco D titulaire de la police. De même, Opco aurait un CBR propre, empêchant ainsi la réalisation de l'objectif de maximiser le CBR.

Ce courant de pensée n'est toutefois pas accepté par la majorité, et l'ARC n'a pas adopté cette position dans ses interprétations techniques relativement à cette structure. Quoi qu'il en soit, pour éliminer l'incertitude, il suffit de laisser Gesco payeur des primes et d'en prévoir le financement indirect par Opco par l'intermédiaire d'un dividende. Comme les primes relatives à chaque assuré différeront sans doute, il faudra prévoir un montant différent pour chacun des dividendes, ou verser le même dividende tout en compensant l'autre actionnaire par le biais d'un boni (ou de façon simple et officieuse, en demandant à l'actionnaire avantagé de payer le lunch trois fois de suite). Des actions à dividende discrétionnaire peuvent aussi régler ce problème de répartition équitable du coût. La situation 8 ci-après propose cette solution. Il est possible d'appliquer ici l'option selon laquelle Gesco demeure le payeur officiel et Opco émet le chèque qui sera considéré comme un dividende en nature (cas traité à la section 5.2.3.).

Situation 8

Scénario Gesco D – Opco



Primes payées	Bénéficiaire	Partage coûts	Créanciers	Primes $ Sociétés	Transfert	Éviter avantage et revenu
√ ?	√	√		√	√	? [par. 246(1) L.I.R.]

La situation 8 tente de corriger le problème soulevé dans la situation 7. Dans cet arrangement, Gesco D devient le payeur officiel, et la prime est financée par un dividende de Opco, ce qui permet d'atteindre presque tous nos objectifs.

1) Primes payées (police en vigueur) : oui, mais sans certitude absolue puisque Gesco D payera la prime. Le paiement de la prime peut toutefois être assuré en y coordonnant un dividende et en conservant une preuve documentaire. Seule une mauvaise foi de la part de Gesco D empêcherait l'atteinte de cet objectif. Il est aussi possible de régler le problème grâce à l'option soulevée à la section 5.2.3. selon laquelle Opco paie la prime, qui est considérée comme un dividende en nature, et que Gesco demeure le payeur officiel.

2) Bénéficiaire (le bon et celui prévu) : oui.

3) Partage entre actionnaires : oui, grâce au financement indirect par un dividende d'Opco.

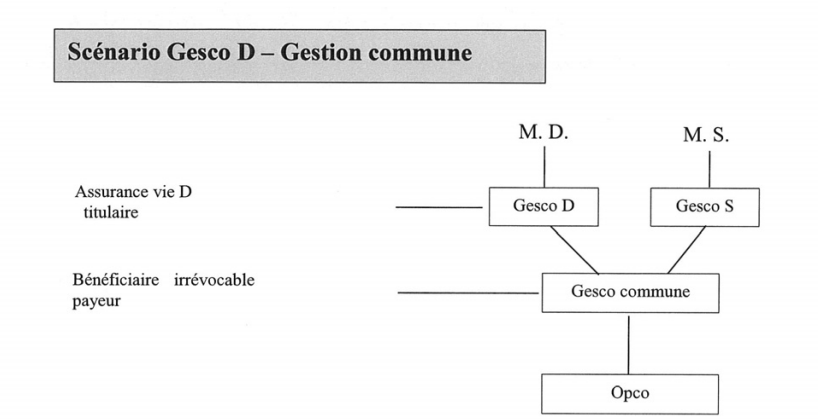
4) Protection contre les créanciers : non, parce que Opco est bénéficiaire.

5) Primes payées avec de l'argent avant impôts : oui.

6) Éviter le transfert éventuel du contrat vers l'assuré (à la bonne place dès le début) : oui.

7) Éviter l'avantage imposable ou l'inclusion au revenu : incertitude. La problématique soulevée à la situation 6 s'applique ici en ce qui a trait au paragraphe 246(1) L.I.R.

Situation 9



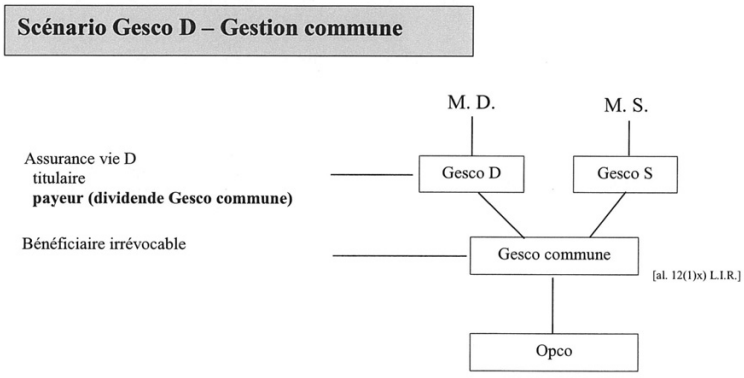
Primes payées	Bénéficiaire	Partage coûts	Créanciers	Primes $ Sociétés	Transfert	Éviter avantage et revenu
√	√	√	√	√	√	? [al. 12(1)x) L.I.R.]

La situation 9 se rapproche davantage de la structure optimale grâce à l'introduction d'une nouvelle entité, soit la Gesco commune. Souvent, une Gesco commune sera créée pour assurer une protection contre les créanciers, ou prévoir une structure afin de conserver les liquidités dans le giron des sociétés communes au lieu des Gesco de chacun des actionnaires. Dans une telle structure, la désignation d'une Gesco commune comme bénéficiaire de la police règle le problème des créanciers, puisque Opco n'est plus bénéficiaire. Presque tous les objectifs sont donc atteints, sauf en ce qui a trait à l'incertitude déjà mentionnée, à savoir que Gesco commune peut avoir un intérêt dans la police en étant à la fois bénéficiaire irrévocable et payeur. De même, la préoccupation liée à l'alinéa 12(1)x) L.I.R. demeure.

La situation 10 ci-après permet d'éliminer l'incertitude liée à la disposition d'un intérêt en appliquant la solution suggérée précédemment :

Gesco reste payeur officiel, mais le tout est compensé par un dividende de Gesco commune. Ainsi, presque tous les objectifs sont atteints, mais il faut s'assurer que les primes seront payées et prévoir une preuve documentaire (objectif 1). L'option d'utiliser un paiement en nature peut aussi régler le problème (section 5.2.3.). Toutefois, la préoccupation liée au paragraphe 246(1) L.I.R. demeure.

Situation 10



Primes payées	Bénéficiaire	Partage coûts	Créanciers	Primes $ Sociétés	Transfert	Éviter avantage et revenu
√	√	√	√	√	√	? [par. 246(1) L.I.R.]

Une structure intégrant une Gesco commune est évidemment plus lourde, mais elle est fort utile dans plusieurs cas. La Gesco commune permet un rachat d'actions en cas de décès et un transit du CDC vers la Gesco personnelle du décédé. Elle évite les ventes directes (et le gain en capital qui en résulte) survenant dans une situation de *criss-cross* de Gesco personnelle (situations 4 et 5). Le risque lié aux créanciers est aussi éliminé, ce qui constitue un avantage par rapport aux situations 6 à 8.

Il y a évidemment une foule d'autres situations possibles. Dans la pratique toutefois, un *brainstorming* avec les professionnels concernés permet de trouver la situation optimale en tenant compte des particularités de la situation (combinaison d'actionnaires avec ou sans lien de dépendance, présence de fiducies, d'actionnaires passifs ou de sociétés de capital de risque, situation familiale particulière, assurance vie temporaire ou permanente, etc.). Diverses situations fiscales particulières peuvent entraîner des complications supplémentaires (présence de CDC, de perte en capital à

reporter, de CRTG, d'IMRTD, etc.), en plus des problèmes classiques en matière de polices d'assurance (surprime, refus, décision reportée, etc.). Voilà donc un beau travail d'équipe au cœur de la planification financière intégrée complète!

5.4. POLICE PERMANENTE ET CEA

Dans les sections 4.2. et 4.3., nous avons traité de la rentabilité fréquente liée à la décision de souscrire une police permanente au lieu d'une police temporaire lorsque le client est déjà relativement à l'aise financièrement. Le concept du « conjoint dormeur » est particulièrement intéressant lorsque le client vit en couple, même si la rentabilité est présente aussi pour les célibataires.

Si une police permanente est souscrite, il est important d'en examiner minutieusement les modalités.

- Il est souhaitable que Gesco personnelle soit titulaire de la police.

- Durant la période de validité de la CEA, et en fonction des circonstances, le bénéficiaire du capital-décès **de base** de la police sera soit Gesco commune, Opco ou une autre Gesco personnelle d'un autre actionnaire (dans un *criss-cross*). Souvent, il est préférable que le bénéficiaire soit irrévocable comme nous en avons discuté à quelques reprises préalablement.

- Lorsque des **placements** sont effectués dans la police afin de l'autofinancer rapidement, il est évident que Gesco personnelle en sera bénéficiaire, car autrement en cas de décès d'autres actionnaires profiteraient de ces placements. Il est très possible de désigner différents bénéficiaires dans une même police.

- Le payeur de la partie « placements » sera bien sûr la Gesco personnelle. Dans une structure comme celle des situations 8 et 10, le payeur de la partie « capital-décès de base » est encore la Gesco personnelle, qui utilisera le dividende reçu de la filiale (Opco ou Gesco commune). Soulignons toutefois qu'il faut faire ici une nuance importante. Comme une police permanente entraîne un déboursé annuel plus élevé qu'une T10 ou une T20, les autres actionnaires ne sont probablement pas intéressés à payer une police permanente à leur associé. Ainsi, s'il avait été décidé de souscrire une T20, l'équivalent d'une prime T20 sera versé à Gesco personnelle. La différence entre le coût d'une T20 et le coût d'une police permanente sera donc supportée par Gesco personnelle.

Puisqu'une partie de la police est payée par le groupe (le coût de la T20), la rentabilité globale sera excellente en bout de ligne, puisque, en général, la police est déjà rentable sans cet avantage.

- Chaque actionnaire a la liberté de choisir une police permanente ou une T20. L'important pour le groupe, c'est que le capital-décès **de base** convenu soit disponible en cas de décès. Il importe peu qu'un actionnaire décide de souscrire une police permanente, pourvu que le coût reste le même pour le groupe.

- On peut alléguer que « dans le cas d'un décès hâtif, il en aura coûté cher de souscrire une permanente plutôt qu'une temporaire ». C'est vrai ici, mais aussi dans tous les autres cas où une police permanente a été souscrite. Il est certain qu'une personne qui s'attend de mourir d'ici deux ans fera mieux de souscrire une police T10! Mais puisque l'espérance de vie est longue et que la police est souscrite dans un objectif successoral, par conséquent à long terme, il vaut mieux niveler le coût tout de suite et opter pour la police permanente.

- On peut avancer aussi qu'il est possible de transformer plus tard la police temporaire en police permanente et que rien ne presse de choisir une police permanente. C'est vrai, mais le coût annuel sera alors plus élevé en raison de l'âge atteint à ce moment. La rentabilité s'en trouve réduite. Tel qu'il a été mentionné au paragraphe précédent, il vaut mieux niveler le coût dès qu'il y a un objectif successoral.

- Si des sommes sont disponibles dans Gesco personnelle et que la police est autofinancée après quatre ans (autrement dit, la prime peut être payée à même les placements garantis à l'intérieur de la police, et ce, jusqu'à l'âge de 100 ans), Gesco personnelle continuera quand même de recevoir un dividende pour le coût annuel prévu au départ (T10 ou T20). Encore une fois, les autres membres du groupe ne sont pas concernés par ce volet. Pour eux, l'important est que le capital-décès **de base** prévu soit disponible en cas de malheur et que leur coût reste le même.

- Nous tenons à souligner de nouveau l'importance d'une CEA claire qui stipule que le droit d'irrévocabilité sur le capital-décès de base doit être abandonné dès que le groupe sera dissocié, afin que Gesco personnelle puisse récupérer la totalité des avantages de la police et que le capital-décès de base lui revienne une fois la CEA terminée.

- Ce genre d'entente peut aussi se faire par l'entremise d'une convention à prime partagée ou à propriété partagée, en particulier dans le contexte

d'un bénéficiaire révocable. Si le bénéficiaire est irrévocable, une structure comme celle proposée ci-dessus peut convenir.

5.5. LES ACTIONS D'ASSURANCE VIE

Lorsqu'une société par actions détient un contrat d'assurance vie, il est possible de prévoir dans les statuts de la société une catégorie spéciale d'actions pour permettre de diriger le produit d'assurance vie vers une personne en particulier. On appelle communément ce type d'actions « actions d'assurance vie ». Ces actions d'assurance vie donneront aux détenteurs le droit de recevoir le produit d'assurance vie à la suite du décès de l'assuré. Les actions d'assurance vie sont utilisées surtout dans le cadre d'une planification successorale familiale ou dans un contexte de financement de CEA lorsque des actionnaires ont un lien de dépendance.

Planification successorale familiale

Dans le cadre d'une planification successorale familiale, il arrive parfois que l'actionnaire unique d'une société privée souhaite léguer à une personne en particulier le produit d'assurance vie détenu par la société sur sa vie, alors qu'il souhaite léguer les autres actifs de la société à un autre.

Une situation fréquente est celle où l'actionnaire envisage de léguer la valeur de l'assurance vie à un enfant issu d'une première union et de léguer les autres valeurs de la société à son conjoint qui n'est pas le parent de cet enfant. Dans une telle situation, la propriété de la police d'assurance vie est accordée à la société plutôt qu'à l'actionnaire personnellement afin de profiter des avantages fiscaux habituels (primes payées avec de l'argent avant impôts; mécanisme du CDC). Désigner l'enfant directement comme bénéficiaire de la police détenue par la société aurait donné lieu à l'application d'un avantage imposable en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R.[17] La solution de rechange consiste à émettre ou léguer des actions d'assurance vie à l'enfant désigné et à léguer les actions ordinaires au conjoint de l'actionnaire unique.

On peut toutefois se demander si les autorités fiscales interpréteraient un tel arrangement comme l'équivalent de la désignation d'un individu à titre de bénéficiaire de la police et appliqueraient par conséquent le paragraphe 15(1) L.I.R. Selon nous, l'ARC ne s'est pas prononcée publiquement sur ce sujet,

[17] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-008190117, 29 juin 2004.

tandis que Revenu Québec a émis le commentaire suivant lors de la table ronde de l'APFF en 1999 :

> « D'autre part, une situation où la souscription à une police d'assurance vie est effectuée dans le but d'assurer la vie de l'unique actionnaire ordinaire, afin de permettre à la société de procéder au rachat d'actions privilégiées, dont la valeur est fonction du produit de l'assurance encaissé par la société pourrait, selon les faits propres à une situation donnée, être considérée par le ministère comme octroyant un avantage à l'actionnaire[18]. » (Notre soulignement)

Des précautions devraient donc être prises lors de l'octroi d'actions d'assurance vie pour éviter qu'un avantage imposable soit conféré à l'actionnaire. Par exemple, les actions d'assurance vie pourraient être émises dans le cadre d'un échange d'actions plutôt que d'une nouvelle émission.

La question de l'évaluation des actions d'assurance vie est aussi un point qui soulève plusieurs éléments d'incertitude. L'ARC a été appelée quelquefois à commenter la question d'évaluation, soit pour déterminer la valeur d'un avantage imposable potentiel en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R. ou pour déterminer le montant d'un gain sur disposition potentiel réalisé immédiatement avant le décès de l'actionnaire selon le paragraphe 70(5) L.I.R.[19] Malheureusement, l'ARC a toujours maintenu sa politique de ne pas statuer sur les questions d'évaluation sans l'examen de tous les faits d'une situation particulière. Il est donc impossible de conclure que la valeur des actions d'assurance vie sera toujours égale à leur prix d'émission.

Par contre, les actions d'assurance vie ont fait l'objet à quelques reprises de commentaires intéressants de la part de l'ARC, notamment en 2005 et en 2008 lors de tables rondes du congrès de l'APFF[20]. Dans ces interprétations, l'ARC fournit certaines lignes directrices sur la répartition de la valeur d'une police d'assurance vie détenue par une société entre les actions d'assurance vie et les autres actions émises aux fins du paragraphe 70(5.3) L.I.R.

---

18 « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 99*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2000, pp. 45:15-80, question 2.11., à la page 45:44.

19 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9908430, 30 juin 1999; 2005-0116621C6, 26 mai 2005; 2005-0138361C6, 7 octobre 2005 et 2008-0286151C6, 10 octobre 2008; « Table ronde sur les produits financiers », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 57:1-40, question 13., Situation A, aux pages 57:26-28.

20 « Table ronde sur les produits financiers », précité, note 19; « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 48:1-98.

Rappelons que ce paragraphe détermine que la valeur marchande d'un contrat d'assurance vie détenu par une société lors du décès de l'assuré est la valeur de rachat du contrat plutôt que le capital-décès aux fins de détermination de la valeur marchande des actions de la société détenues par l'assuré immédiatement avant son décès.

- Une question soumise lors du congrès 2005 de l'APFF[21] décrit le cas d'un contribuable actionnaire unique d'une société, situation similaire à celle que nous avons décrite plus haut. La société désire procéder à l'acquisition d'un contrat d'assurance vie sur la vie du contribuable dont elle sera titulaire et bénéficiaire. À son décès, le contribuable désire que le produit d'assurance vie soit versé à une personne (par exemple, l'enfant majeur du contribuable) alors que les actions ordinaires de la société seront léguées à une autre personne (par exemple, le conjoint du contribuable). Les actions d'assurance vie ainsi créées n'ont pas droit de vote et ne donnent droit à aucune participation dans les profits de la société outre un dividende d'un montant correspondant à la prestation de décès de la police, ce dividende ne pouvant être déclaré qu'à la suite du décès du contribuable; elles sont rachetables au gré du détenteur avant le décès pour un montant égal à la valeur de rachat de la police, et après le décès pour un montant équivalant à la prestation de décès moins tout dividende déclaré sur les actions; elles sont rachetables en tout temps au gré de la société à la suite du décès pour un montant correspondant au capital-décès moins tout dividende déclaré sur les actions. L'enfant majeur du contribuable souscrit une action d'assurance vie pour 1 $, puis la société souscrit la police avec une valeur de rachat de 0 $ à l'émission. L'ARC a confirmé qu'aux fins du paragraphe 70(5.3) L.I.R., la valeur de rachat au moment du décès est allouée aux actions d'assurance vie et non aux actions ordinaires détenues par le contribuable décédé.

- Une autre question soumise lors du congrès 2005 de l'APFF[22] fait référence à l'acquisition d'actions d'assurance vie pour 1 $ (toujours avant la souscription de la police d'assurance) par l'actionnaire unique d'une société privée. Ces actions d'assurance vie ont les caractéristiques suivantes : sans droit de vote ni droit de participation, rachetables au gré

---

[21] « Table ronde sur les produits financiers », précité, note 19, question 12., aux pages 57:23-26; AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0138111C6, 7 octobre 2005.

[22] « Table ronde sur les produits financiers », précité, note 19, Situation B, 57:26-28; AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0138361C6, 10 octobre 2008.

de la société à sa valeur d'émission de 1 $ avant le décès, donnant droit au détenteur de recevoir un dividende égal au produit d'assurance vie reçu par la société suivant le décès de l'actionnaire unique. Au moment du décès de l'actionnaire unique quelques années plus tard, la police d'assurance vie émise a une valeur de rachat. On a demandé à l'ARC de préciser si la valeur de rachat de la police serait prise en compte pour déterminer la valeur des actions ordinaires ou des actions d'assurance vie immédiatement avant le décès. L'ARC a indiqué que la partie de valeur de la société qui serait attribuable aux actions d'assurance vie immédiatement avant le décès serait nominale (± 1 $) et que la valeur des actions ordinaires tiendrait compte de la valeur de rachat de la police. Ce scénario est avantageux dans le contexte où l'on désire léguer sans impôt les actions d'assurance vie aux enfants (les actions d'assurance vie ont une valeur nominale) et les actions ordinaires au conjoint, puisque ce dernier transfert bénéficie d'un roulement fiscal.

En conclusion, les actions d'assurance vie peuvent être très utiles pour canaliser le produit d'assurance vie détenu par une société vers une personne en particulier, ou pour attribuer une valeur de rachat donnée d'une police à une catégorie d'actions donnée. Toutefois, des précautions s'imposent lors de leur mise en place, et un fiscaliste d'expérience devrait être consulté.

Convention entre actionnaires ayant un lien de dépendance

Lorsqu'une société possède une assurance vie dont le but est de provisionner une convention de rachat d'actions, il est possible de prévoir des actions d'assurance vie pour restreindre la valeur des actions ordinaires. Ainsi, la valeur de tout produit d'assurance versé dans la société n'est pas attribuable aux actions ordinaires, mais aux actions d'assurance vie.

Tel qu'il a été mentionné précédemment, pour calculer le produit de disposition présumé des actions avant le décès pour l'actionnaire décédé, nous devons tenir compte uniquement de la valeur de rachat de la police d'assurance vie en vertu du paragraphe 70(5.3) L.I.R. Par contre, ce paragraphe s'applique uniquement pour déterminer le gain en capital réputé avoir été réalisé par l'actionnaire décédé. Ainsi, lors de la vente ultérieure des actions par les héritiers en faveur de l'actionnaire survivant ou en faveur de la société, le paragraphe 70(5.3) L.I.R. est inapplicable et le plein produit d'assurance vie reçu par la société peut donner lieu à un redressement du prix de vente des actions en vertu du paragraphe 69(1) L.I.R. si l'actionnaire décédé et l'actionnaire survivant avaient un lien de dépendance.

Afin d'éviter ce genre de redressement par les autorités fiscales, il serait opportun d'inclure dans la CEA une clause spécifique prévoyant que la JVM des actions détenues par la succession doit être établie sans tenir compte du produit d'assurance vie reçu par la société. Les autorités fiscales devraient accepter cette situation dans la mesure où une telle clause serait normalement rédigée en l'absence du lien de dépendance et où la convention remplirait les conditions prévues à la *Circulaire d'information* 89-3[23] (convention commerciale véritable, contrepartie suffisante et complète correspondant à la JVM, contrat légal et exécutoire). C'est la position qu'a prise l'ARC dans une interprétation technique publiée en 1990[24]. Toutefois, comme il s'agit d'une question de fait, les statuts de sociétés pourraient prévoir pour plus de sûreté des actions spéciales d'assurance vie de manière à canaliser le produit d'assurance vie et sa valeur sur cette classe d'actions, sans pour autant augmenter la JVM des autres classes d'actions émises. Une fois de plus, l'intervention d'un fiscaliste d'expérience est souhaitable avant la mise en place de cette stratégie.

6. CEA ET RETRAITE

La CEA doit aussi prévoir les dispositions par rapport à la retraite d'un actionnaire et à la nécessité de racheter ses actions.

En pratique, il est rare qu'une entreprise génère des revenus suffisants pour provisionner les rachats d'actions éventuels des actionnaires qui quittent pour la retraite. Sans rejeter la vertu, il faut convenir que, dans la pratique, il existe des projets plus intéressants que le placement en vue d'un rachat futur. Il est évident toutefois que la mise en place d'un plan de relève est une considération importante à laquelle toute entreprise devrait consacrer du temps, du moins en ce qui a trait aux personnes à mettre en place. Enfin, l'exemple qui suit présente une situation où l'assurance vie pourrait être utilisée à cette fin.

Deux actionnaires sont propriétaires en parts égales d'une société. Un des actionnaires a l'intention de prendre sa retraite à un moment déterminé et, selon les conditions de la nouvelle convention d'actionnaires, la société échelonnera le rachat des actions privilégiées de cet actionnaire sur plusieurs années. Si l'actionnaire décède avant que toutes ses actions soient rachetées,

---

23 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 9, par. 29 à 31.

24 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique AC58346, 1990.

la convention des actionnaires prévoit que la société rachètera les actions impayées restantes des ayants droit de l'actionnaire décédé.

La société souscrit un contrat d'assurance vie exonéré sur la tête de l'actionnaire, et elle est bénéficiaire de ce contrat. Le capital-décès correspond à la valeur de rachat des actions privilégiées. Il assure ainsi le provisionnement nécessaire pour racheter les actions restantes des ayants droit de l'actionnaire advenant le décès de ce dernier avant que toutes ses actions aient été rachetées. La société verse des dépôts dans le contrat durant les années antérieures à la retraite et la valeur de rachat du contrat s'accumule avec report de l'impôt.

Lors de la retraite de l'actionnaire, la société contracte une série d'emprunts bancaires annuels pour provisionner le rachat prévu des actions privilégiées. Le contrat d'assurance sert de garantie d'emprunt.

Au décès de l'actionnaire (qui pourrait survenir après de nombreuses années), la société reçoit en franchise d'impôt le capital-décès de l'assurance vie, et l'utilise pour rembourser le solde de l'emprunt bancaire. Si le décès de l'actionnaire survient avant le rachat de toutes les actions privilégiées, la société utilisera une partie du capital-décès pour racheter les actions restantes des ayants droit de l'actionnaire décédé.

7. ACTIONNAIRE NON ASSURABLE

Dans le cas d'un actionnaire non assurable qui a un conjoint, deux options sont possibles.

- Une police conjointe payable au deuxième décès est souscrite. L'actionnaire non assurable pourra faire partie des personnes « assurées » (mais évidemment, la prime sera établie en fonction du conjoint seulement). Si le conjoint décède en premier, la police suit son cours, et seul l'actionnaire non assurable y figure maintenant à titre d'assuré. Si l'actionnaire non assurable décède en premier, ses actions font l'objet d'un roulement au conjoint et d'une conversion en actions privilégiées (sans droit de vote), afin que le conjoint ne puisse pas intervenir dans les affaires de la société. Au décès du conjoint, la police servira à racheter ses actions. Cette option implique que le conjoint n'a pas besoin d'argent pour assurer son train de vie à la suite du décès de l'actionnaire non assurable. Les actions privilégiées peuvent toutefois prévoir un certain dividende ou être rachetées graduellement au fil des années pour fournir un revenu au conjoint. La police servira alors à titre de placement à long terme pour les autres actionnaires.

- En vertu de certaines polices conjointes au deuxième décès, il est possible de remettre au titulaire les placements accumulés dans la police lors du premier des deux décès, permettant ainsi l'utilisation d'une stratégie consistant à capitaliser la police en vue du rachat des actions de l'actionnaire non assurable (qui fait partie des assurés). Puisque les rendements ne sont pas imposables dans une police universelle, les placements augmentent à l'abri de l'impôt. En fait, il s'agit d'une variante de l'option présentée précédemment. Elle est peu utilisée en pratique, car elle implique que des sommes importantes soient réservées pour l'éventuel décès de l'actionnaire non assurable.

8. ACTIONNAIRE FORTEMENT MAJORITAIRE

Le cas de l'actionnaire fortement majoritaire (par exemple 90/10 ou 85/15) est assez délicat. Cette personne prendra-t-elle une police sur sa propre tête qu'elle payera forcément en grande partie pour se faire racheter par la suite?

Souvent, une police souscrite ne servira pas à racheter les actions possédées par l'actionnaire fortement majoritaire, mais à sécuriser sa propre valeur si les affaires baissent. Toutefois, l'actionnaire minoritaire peut décider de supporter lui-même la totalité du coût de la prime et de se servir du produit d'assurance pour racheter les parts de son associé.

La présence d'un marché externe (acheteurs potentiels) influencera aussi la stratégie à utiliser.

9. SOCIÉTÉS DE PERSONNES

Voici quelques points à souligner. Lorsqu'un décès survient et que la société de personnes encaisse le produit d'assurance, il y aura augmentation du PBR de la participation des associés. Cette mesure permet d'éviter une double imposition, ainsi que l'imposition du produit d'assurance. S'il y a des associés corporatifs qui sont des sociétés par actions, un CDC pourra leur être attribué.

10. CLAUSES IMPORTANTES D'UNE CEA

La rédaction d'une CEA requiert une grande expertise qui est du recours du juriste et non du conseiller financier. L'objet de ce texte n'est certes pas de remplacer ce spécialiste. Toutefois, lorsqu'un conseiller financier est membre d'une équipe de professionnels dans un dossier précis, il peut s'assurer que tous les objectifs ont bien été couverts. Idéalement, il devrait

pouvoir fournir aux autres professionnels un tableau des types de clauses et des objectifs à atteindre dans le domaine de son expertise (l'invalidité, le décès et les assurances). Cela est d'autant plus vrai lorsqu'une structure particulière est utilisée.

Pour respecter le cadre du présent texte et éviter d'en alourdir le contenu, nous ne comptons pas approfondir ce sujet plus en détail ni présenter un tel tableau ici, toutefois la plupart des thèmes ont été abordés indirectement tout au long du texte. Voici donc quelques points à souligner :

Invalidité

- Définir l'invalidité et s'assurer que la définition dans la CEA soit la même que dans la police d'assurance. Ce point est crucial pour s'assurer de la disponibilité de l'argent au moment du rachat.

- Définir la période d'attente (avec ou sans interruption).

- Définir l'invalidité totale et partielle, ainsi que l'option d'invalidité présumée.

- Définir la rémunération durant la période d'invalidité (et la durée). Exiger que chacun ait une couverture d'assurance invalidité personnelle afin de remplacer la rémunération de la société.

- Définir la répartition des profits durant la période d'invalidité. Même si l'actionnaire invalide n'a plus de salaire durant sa période d'invalidité, il reste malgré tout actionnaire. Si la période d'invalidité est plus courte que celle prévue par la CEA pour provoquer un rachat, l'actionnaire invalide aura droit à sa part des profits même s'il n'a pas travaillé. Par exemple, si la CEA prévoit le rachat de la participation d'un actionnaire invalide après 24 mois et que celui-ci revient après 23 mois, il n'y aura pas de rachat. Pendant ces 23 mois, l'autre actionnaire a mis les bouchées doubles pour faire fonctionner l'entreprise, mais l'actionnaire invalide a tout de même droit à la moitié des profits réalisés au cours de cette période. Diverses mesures pourraient compenser cette iniquité : un boni, une renonciation au dividende, un rajustement de la valeur future ou encore un dividende en actions de type *high low* (actions privilégiées rachetables à prime). Dans ce débat, nous avons eu plusieurs discussions avec des juristes et, en vérité, il est difficile de proposer une réponse parfaite à ce problème apparemment peu traité dans les CEA.

- Définir le moment d'établir la valeur (au début ou à la fin de la période d'invalidité).

- Définir les modalités de rachat des actions de l'actionnaire invalide.

- Définir ce qui se produira en cas de décès de l'actionnaire invalide.

Décès (les clauses étant mieux connues)

- Définir toutes les modalités de rachat des actions, et le sujet est vaste, y compris la clause de double option.

- Définir les modalités sur le plan fiscal en cas de décès (déterminer la partie qui sera avantagée). Il est très important que la CEA comprenne une clause qui prévoit pour les spécialistes la souplesse nécessaire afin d'optimiser l'impôt, étant donné que les règles fiscales peuvent changer au fil des années.

Assurance (vie ou invalidité)

- Prévoir l'obligation de collaboration afin de souscrire des polices d'assurance, de les maintenir en vigueur et d'en augmenter la couverture à mesure qu'augmente la valeur de la société.

- Rajuster toutes les clauses en fonction des modalités des polices et de la structure des entités et personnes concernées. Bref, il faut adapter le tout selon les situations, et le sujet est vaste, comme en témoignent les 10 situations présentées à la section 5.

- Définir les modalités de paiement des primes et les procédures en cas de non-paiement.

- Prévoir l'interdiction de grever les contrats.

- Définir ce qui doit se produire dans les deux cas suivants : les montants d'assurance sont inférieurs à la valeur des actions à racheter; les montants d'assurance sont supérieurs à la valeur des actions.

- Indiquer si l'assurance vie fait partie de la valeur de la société (en général, ce n'est pas le cas).

- Prévoir la possibilité pour les actionnaires de récupérer leur contrat à la fin de l'association.

- Prévoir l'obligation d'un bénéficiaire irrévocable de renoncer à son droit d'irrévocabilité à la fin de l'association.

- Prévoir, au besoin, les modalités d'autres situations particulières (actionnaire non assurable, actionnaire fortement majoritaire, police permanente utilisée, etc.).

PIÈGES FRÉQUENTS DANS LES DOSSIERS DE RELÈVE ET PISTES DE SOLUTION



Suzanne Lavigne
MBA, B. Sc., vice-présidente
Conseillère en transfert d'entreprises
Générations +



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

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 12:3

1. PIÈGE DE L'INDÉPENDANCE FINANCIÈRE 12:4

1.1. SA DÉFINITION 12:4
1.2. CAS VÉCUS ET L'EFFET DU PIÈGE SUR LA FAMILLE 12:4
1.2.1. La rémunération de la génération fondatrice 12:4
1.2.2. Le travail au noir 12:5
1.2.3. Jouer avec les inventaires ou avec les données comptables 12:5
1.2.4. Les dépenses de nature personnelle 12:6
1.2.5. Le gel prématuré 12:6
1.2.6. Le transfert en période de mutation 12:23

2. PIÈGE DU SANG 12:24

2.1. SA DÉFINITION 12:24
2.2. CAS VÉCUS ET L'EFFET DU PIÈGE SUR LA FAMILLE 12:24
2.2.1. La famille est au service de l'entreprise 12:24
2.2.2. L'entreprise est au service de la famille 12:30

3. PIÈGE DU CONTRÔLE 12:38

3.1. SA DÉFINITION 12:38
3.2. CAS VÉCUS ET L'EFFET DU PIÈGE SUR LA FAMILLE 12:38
3.2.1. Le contrôle de la génération fondatrice 12:38
3.2.2. Le contrôle sur sa propre génération 12:41
3.2.3. Le chantage pur et simple 12:43

4. PIÈGE DE L'INCOMPÉTENCE 12:43

4.1. SA DÉFINITION 12:43
4.2. CAS VÉCUS ET L'EFFET DU PIÈGE SUR LA FAMILLE 12:43
4.2.1. La question de compétence et d'expérience chez les jeunes 12:43
4.2.2. Laisser la place à la nouvelle génération 12:44

CONCLUSION 12:45

INTRODUCTION

Pour avoir travaillé auprès de plusieurs familles en affaires au fil des ans, nous avons constaté que certains éléments reviennent souvent dans la dynamique parfois difficile à vivre de ces familles. L'expérience aidant, nous sommes maintenant capables de regrouper ces difficultés sous quelques grands thèmes que nous voudrions aborder ici pour vous aider à trouver des solutions aux problèmes que vous pourriez vous-même rencontrer dans votre pratique, que ce soit à titre de comptable, de planificateur financier, de directeur de compte ou de professionnel appelé à aider des entreprises à passer d'une génération à la suivante.

L'idée de cette conférence est partie d'une demande spéciale : « que fait-on pour aider les familles en affaires qui vivent une dynamique de familles recomposées? » Nous avions déjà eu à vivre des cas de familles recomposées et chacune d'entre elles avait sa petite particularité et son lot de frustrations à supporter. En examinant de plus près différentes situations, nous en sommes venus à la conclusion qu'il était souvent question, lorsqu'il y avait des tensions, de **contrôle** et de **jalousie**, que ce soit dans le cas d'une nouvelle famille créée par la combinaison de deux familles qui vivront sous le même toit ou celui d'une nouvelle union à laquelle se grefferont les enfants d'une première union du père, ceux de la mère et ceux issus de cette nouvelle union.

Le contexte particulier des familles recomposées est plus complexe que les autres, mais on y retrouve aussi tous les écueils auxquels font face en général les familles en affaires et au sujet desquels nous retiendrons ce qui suit :

- Qui devrait faire partie de l'actionnariat?
- Est-ce que tous les membres de la génération montante devraient avoir la même rémunération?
- Qui sera le futur dauphin[1]?

[1] L'exercice de déterminer qui sera le dauphin a été réglé dans les familles royales en décrétant que ce serait le plus vieux des enfants qui assumerait la fonction de roi ou de reine. Aucune règle ne s'applique dans le cas des familles en affaires. Il faut être créatif et lucide pour que l'entreprise survive à ce passage.

Voici donc le fruit de 55 700 heures d'expérience et du mariage de deux approches : les aspects humains et les aspects légaux du transfert d'entreprise.

Nous examinerons donc certains pièges rencontrés dans les dossiers de relève familiale et nous tenterons d'apporter des éléments de solution pour chacun.

1. PIÈGE DE L'INDÉPENDANCE FINANCIÈRE

1.1. SA DÉFINITION

La génération fondatrice et la seconde génération, selon le cas, dépendent, dans une grande proportion, de la vente de leurs actions pour pouvoir prendre une retraite décente.

1.2. CAS VÉCUS ET L'EFFET DU PIÈGE SUR LA FAMILLE

1.2.1. La rémunération de la génération fondatrice

Il arrive souvent que les parents n'aient pas pris le salaire auquel ils auraient eu droit parce qu'ils s'assuraient ainsi que l'entreprise présentait de beaux états financiers et que, de toute façon, la compagnie leur appartenant, ils récupéreraient les sommes qu'ils auraient accumulées ainsi dans l'entreprise.

Cette façon de faire a deux impacts majeurs sur la compagnie et cela met en péril souvent le succès du transfert d'entreprise :

i) le premier touche les états financiers. Les profits ne reflètent pas la réalité de l'entreprise. Et lorsqu'il faut déterminer la juste valeur marchande (« JVM »), on doit rajuster les profits en fonction d'une rémunération plus fidèle à la réalité. Si l'on calcule la JVM en multipliant les profits par un multiple généralement reconnu, on pénalise les jeunes. D'abord, les profits sont surestimés et lorsque viendra le temps de remplacer les parents, il faudra débourser de vrais salaires et ainsi les profits seront moindres que ce qu'ils prévoyaient;

ii) le deuxième concerne la capacité de diversifier les placements des parents. En effet, ces derniers n'ayant pas pris de véritable salaire, ils n'ont pas eu la chance de mettre des sommes dans leur régime enregistré d'épargne-retraite (« REÉR »), et n'auront pas plus la possibilité de cotiser à un régime de rente individuel, car ces régimes se calculent à

partir des salaires versés des dernières années. Les parents seront donc à la merci des jeunes pour pouvoir jouir d'une certaine indépendance financière à leur retraite.

1.2.2. Le travail au noir

Lorsqu'une partie des revenus n'est pas comptabilisée dans les états financiers, il est difficile d'établir la JVM de l'entreprise. Et c'est aussi difficile de départager qui aura droit à ces montants au moment du départ des parents. Comme ces cas ne sont pas faciles à gérer par la seconde génération, ils sont habituellement source de conflits au sein de la seconde génération ou entre les générations.

1.2.3. Jouer avec les inventaires ou avec les données comptables

Également, la gestion des inventaires est une source de discussion entre les générations. Les parents pourraient ne pas tenir compte de cet aspect lors du rachat de la compagnie par leurs jeunes. Ils souhaitent transmettre les inventaires sans réclamer les sommes dues si leurs enfants travaillent tous dans la compagnie, mais ils privent leur patrimoine de sommes parfois importantes en agissant de la sorte, surtout s'ils en viennent à manquer d'argent dans leurs vieux jours ou si d'autres enfants auraient pu bénéficier de ces sommes lors du partage du patrimoine au décès. Dans d'autres cas où les parents réclament les sommes qui dorment dans l'inventaire ou dans des pièces d'équipement qui ne sont pas comptabilisées, les jeunes trouvent que le prix à payer est lourd et que ces équipements ou ces inventaires sont surévalués. Rien pour faciliter les négociations et pour entretenir des liens familiaux agréables entre les générations.

Chaque fois que ces situations se présentent, le jeu des perceptions vient entacher le processus de relève et c'est souvent difficile de trancher et de ramener les discussions dans l'harmonie.

Les solutions ici sont d'ordre comptable. Il faut évaluer la rémunération de chaque membre de la famille et rajuster les salaires au besoin. Un rajustement des inventaires peut se faire sur plusieurs années pour refléter la véritable réalité de l'entreprise. Et pour les sommes au noir… Eh bien, votre

avocat vous dira qu'il faut éliminer le plus possible ces sommes pour que la relève ait le véritable portrait des revenus de l'entreprise[2].

1.2.4. Les dépenses de nature personnelle

Selon la nature des activités de l'entreprise, les membres des familles en affaires pourront bénéficier d'avantages particuliers qui viennent compléter leur rémunération. Ces dépenses de nature personnelle doivent être clairement énoncées pour qu'il n'y ait pas de mauvaises surprises au moment du rachat. Là aussi, le jeu des perceptions vient déformer la réalité; en apprenant qu'un frère ou une sœur obtient une faveur que l'autre ou les autres n'ont pas, on crée des frustrations qui se traduisent par d'autres gestes non officiels qui ne favorisent pas les ententes claires.

i) **Éléments de solution – aspect humain :** c'est le temps de faire la liste de ces avantages, et de déterminer ceux qui seront ajoutés au salaire, ou encore ceux dont tous les membres de la famille pourront bénéficier. Plus l'entreprise grandit, moins ces avantages peuvent demeurer cachés.

ii) **Éléments de solution – aspect juridique :** ce n'est jamais une bonne idée de faire payer par l'entreprise des dépenses de nature personnelle. Combien de cotisations fiscales avons-nous vues et négociées sur cette question!

1.2.5. Le gel prématuré

Nous avons observé à plusieurs reprises que le gel prématuré des actions en faveur de la seconde et parfois de la troisième génération privait les personnes de ces générations de sommes importantes qui leur accorderaient une véritable indépendance financière. C'est beaucoup plus difficile de « ré-enrichir » la génération « gelée »… C'est souvent l'arrivée d'une troisième génération qui permet de mettre en perspective cette anomalie. Tout à coup, on se rend compte que les enfants qui ne sont pas encore intégrés dans la compagnie sont plus riches que leurs parents qui ont fait fructifier leurs avoirs[3]. Tout va bien si les parents sont indépendants

---

[2] À moins que, à l'insu des conseillers il va de soi, la relève ne veuille à son tour profiter de ce pactole illicite.

[3] En principe, le fait que les enfants soient maintenant plus riches que les parents devrait plutôt apporter à ces derniers la satisfaction d'une planification successorale bien réussie. Voilà autant de valeur transmise aux enfants sans que les parents aient à la leur léguer, par testament, évitant ainsi un impôt de plus ou moins 25 % sur cette transmission de valeur (soit l'impôt sur le gain en capital qui aurait autrement été

(à suivre…)

financièrement, mais ce n'est pas toujours le cas. Les parents se sont habitués à un coût de vie qu'ils pouvaient maintenir avec les salaires et les avantages qu'ils retiraient de l'entreprise. Mais voyant la retraite arriver et la réduction ou la disparition de ces sources de fonds, ils s'inquiètent de ne plus pouvoir continuer à maintenir ce coût de vie.

i) **Éléments de solution – aspect humain :** lorsque ces situations se présentent, il faut prendre le temps d'écouter ce que vit la génération ainsi « appauvrie » ou inquiète et examiner ce qui serait nécessaire pour la rendre à nouveau indépendante financièrement. Lorsque les parents sont dans la cinquantaine, c'est possible de leur bâtir un capital en tirant profit de leur rémunération, mais si la prestation de services n'est plus au rendez-vous, la meilleure façon est de travailler sur le plan des actions.

ii) **Éléments de solution – aspect juridique :** que l'inquiétude des parents soit justifiée ou non, en tenant compte, d'une part, de leur patrimoine et, d'autre part, de leur coût de vie, voyons de quelle manière nous pourrions alléger cette inquiétude.

1.2.5.1. Dégel

Le dégel de l'entreprise au profit des parents, auteurs du gel, serait l'ultime recours dont ils pourraient disposer. Un tel dégel pourrait être effectué uniquement pour la plus-value à venir à compter de ce dégel ou encore avoir un effet rétroactif à la date du gel initial. Tout dépendra de la façon dont le gel avait été effectué à l'origine. Par exemple, si le gel avait été réalisé par la mise en place d'une fiducie familiale discrétionnaire (réversible), c'est-à-dire prévoyant les auteurs du gel comme bénéficiaires, au même titre que les enfants et petits-enfants de ceux-ci, une remise des actions avec droit de participation détenues par la fiducie aux auteurs du gel donnerait effectivement lieu à un dégel rétroactif.

Le dégel de succession ayant déjà fait l'objet de textes techniques et élaborés auparavant[4], il n'est pas dans notre intention de répéter tout ce qui a été dit sur ce sujet.

(…suite)
réalisé par les parents si cette valeur n'appartenait pas déjà aux enfants lors du décès des parents).

[4] Luc MARTEL, « Planification personnelle et successorale : Méthodes de dégel successoral », dans *Congrès 94*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1995, pp. 25:1-50; voir aussi André MORRISSETTE, Richard CHAGNON
(à suivre…)

Rappelons simplement qu'une telle décision de procéder à un dégel aura avantage à être soumise aux bénéficiaires du gel et à l'obtention de leur assentiment, à défaut de quoi un bénéficiaire qui se sent lésé par cette décision pourrait entreprendre des recours contre les responsables de celle-ci.

N'oublions pas que si la décision est prise par les auteurs du gel, alors qu'ils agissent à titre d'administrateurs et de dirigeants de la société, ou à titre de fiduciaires de la fiducie familiale, ceux-ci ont des devoirs à respecter et que toute contravention à cette obligation n'est pas sans conséquence.

Les administrateurs et dirigeants doivent, dans l'exercice de leurs fonctions, agir :

a) avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société;

b) avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente[5].

Au Québec, la nouvelle *Loi sur les sociétés par actions*[6] mentionne que les administrateurs sont notamment tenus envers la société, dans l'exercice de leurs fonctions, d'agir avec prudence et diligence de même qu'avec honnêteté et loyauté dans son intérêt. Les administrateurs ne doivent pas faire poser à la société des gestes que son acte constitutif lui interdit (par exemple […] racheter ou acheter des actions pour un prix supérieur au prix établi dans les statuts […] etc.), ou encore, poser des gestes sans respecter les restrictions qu'impose à cet égard l'acte constitutif (par exemple, […] faire une transaction sans avoir recueilli le consentement des actionnaires auxquels les statuts confèrent un droit de veto en l'occurrence)[…][7]. Également, « les administrateurs doivent observer des conventions unanimes des actionnaires. L'essence même de telles conventions consistant à

(…suite)
et Diane BRUNEAU, « Le dégel successoral », (1992), vol. 40, n° 2 *Revue fiscale canadienne* 304-337.

5 *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44 et mod. (« L.C.S.A. »), par. 122(1).

6 *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.Q., c. S-31.1 (« L.S.A. »), art. 119, al. 2; aussi, *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »), art. 322 et 2138.

7 Maurice et Paul MARTEL, *La société par actions au Québec : Les aspects juridiques*, vol. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011, par. 23-18.

restreindre les pouvoirs des administrateurs, il va de soi que ceux-ci doivent se plier à ces restrictions »[8].

Bien que ces devoirs d'agir avec honnêteté et loyauté semblent être dirigés « dans l'intérêt de la société », cela veut-il dire que l'administrateur doit agir avec pour seul objectif le bien de la société, personne distincte, sans tenir compte des intérêts d'aucune autre personne, entité ou d'aucun autre groupe[9]? Plusieurs éléments pourraient venir en contradiction de cette prétention :

- Le devoir des administrateurs est d'agir de bonne foi dans l'intérêt de « the company as a hole ». Cette dernière expression a été interprétée comme visant non pas une entité commerciale distincte des actionnaires, mais plutôt les actionnaires comme corps global[10];

- Dans les petites sociétés de type familial, les mêmes personnes sont à la fois actionnaires majoritaires et administrateurs, et il s'opère un genre de confusion d'autorité. Mais les tribunaux ne manqueront pas d'exiger que le partage d'autorité demeure sans équivoque, et que les administrateurs agissent dans l'intérêt de la société uniquement[11];

- Les administrateurs n'ont *a priori* pas de devoirs « fiduciaires » envers les actionnaires minoritaires, mais il peut arriver que certains gestes posés directement à leur détriment donnent ouverture à des recours de leur part[12];

- Il peut également arriver que la conduite des administrateurs soit considérée comme violant les « attentes légitimes » de certains actionnaires, et permette à ceux-ci d'intenter avec succès un recours en vertu de l'article 450 L.S.A. ou 241 L.C.S.A. En fait, ce recours est ouvert aux actionnaires minoritaires sur la simple base d'un manquement

---

8 *Id.*, par. 23-20.

9 *Id.*, par. 23-199.

10 *Allen* c. *Goldreefs of West Africa Ltd.*, (1900) 1 Ch. 656, 671; *Greenhalgh* c. *Ardene Cinemas Ltd.*, (1951) Ch. 286, [1950] 2 All E.R. 1120; voir aussi M. et P. MARTEL, précité, note 7, par. 23-208.

11 M. et P. MARTEL, précité, note 7, par. 23-209.

12 *Id.*, par. 23-219.

aux devoirs « fiduciaires » des administrateurs, même en l'absence d'allégations de fraude ou de malhonnêteté[13].

Bref, un bon juriste ne manquera pas, à la demande d'un enfant actionnaire de la société ou bénéficiaire d'une fiducie familiale qui se considérerait lésé par les auteurs d'un gel qui procéderaient à un dégel contre sa volonté, de trouver matière à un recours contre les administrateurs ou fiduciaires fautifs (s'ils participent au dégel) ou contre la société (qui interviendrait dans ce dégel).

L'auteur d'un gel qui, en tant que fiduciaire d'une fiducie familiale, assujetti aux devoirs d'un « administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration »[14], serait également bien mal venu de s'approprier les biens de la fiducie, au détriment des autres bénéficiaires de celle-ci, quand bien même l'acte de fiducie prévoirait diverses mesures de distribution discrétionnaire en vue d'atténuer ce qui pourrait être considéré comme un manquement à certains devoirs d'un fiduciaire tel son devoir de ne pas se mettre dans une situation de conflit entre son intérêt personnel et ses obligations d'administrateur; sans compter que s'il est lui-même bénéficiaire, il doit exercer ses pouvoirs dans l'intérêt commun, en considérant son intérêt au même titre que celui des autres bénéficiaires[15]. L'acte de fiducie aura intérêt à être très explicite, si l'auteur du gel-fiduciaire-bénéficiaire veut s'avantager au détriment des autres bénéficiaires.

Il est encore trop tôt pour voir quelle direction prendront les tribunaux dans les recours que pourront entreprendre les bénéficiaires d'un gel qui se verraient imposer un dégel, étant donné que les planificateurs en sont encore au stade de la mise en place des fiducies familiales discrétionnaires « réversibles » et que nous ne sommes pas encore rendus au stade de la liquidation de ces fiducies familiales.

L'adoption par la nouvelle *Loi sur les sociétés par actions* du Québec des recours accordés aux actionnaires minoritaires qui existaient dans la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* facilitera d'autant les recours des bénéficiaires d'un gel, particulièrement s'ils détiennent personnellement des actions dans la société contrôlée par les auteurs du gel.

---

13 *Id*., par. 23-222; également par. 31-134 (recours en cas d'abus « pour oppression »).

14 Art. 1278, al. 2 C.c.Q.

15 Art. 1310 C.c.Q.

1.2.5.2. Dividende et intérêts

Des mesures moins radicales que le dégel permettent aux auteurs d'un gel de se « remplumer », en augmentant leur participation dans les bénéfices réalisés par la société familiale.

Par exemple, si les auteurs du gel ont des avances de fonds qui dorment dans la société, sans intérêts, rien n'empêche ceux-ci de commencer à réclamer des intérêts sur ces avances, ou encore à se les faire rembourser pour les investir ailleurs.

Également, les auteurs du gel, détenteurs d'actions privilégiées de gel, pourraient demander le dividende auquel leur donnent droit leurs actions de gel et si le taux de dividende prévu aux statuts semble insuffisant, il pourrait toujours être possible d'augmenter ce taux de dividende par des statuts de modification.

Normalement, la simple augmentation d'un taux de dividende sur des actions privilégiées n'entraîne pas la disposition, aux fins fiscales, des actions visées par cette augmentation de taux de dividende[16].

En cas de doute quant à l'effet de la modification recherchée sur la disposition possible des actions visées par cette modification, il sera préférable, dans les statuts de modification, de carrément créer une nouvelle catégorie d'actions comportant les droits, privilèges, conditions et restrictions recherchés, et de convertir l'ancienne catégorie dans cette nouvelle catégorie[17]. Cette conversion d'actions serait alors couverte par le roulement du paragraphe 86(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[18].

Les auteurs du gel, s'ils constituent les seuls administrateurs de la société ou représentent la majorité de ceux-ci, devront agir raisonnablement

---

16 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0092561E5, 10 novembre 2004; voir aussi AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-448, « Dispositions – Modification des conditions des titres », 6 juin 1980, s.-par. 15i).

17 S'il s'agit d'actions de gel, il ne faudra pas oublier d'y retrouver toutes les caractéristiques essentielles pour préserver leur JVM : rachat à la demande du détenteur, rachat à la JVM des biens reçus en contrepartie de leur émission, rajustement de prix le cas échéant, restrictions sur les sorties de fonds pouvant empêcher la société d'être en mesure de racheter les actions de gel, etc.

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

dans les modifications (telle l'augmentation au taux de dividende) qu'ils apportent à leurs actions de gel s'ils ne veulent pas se retrouver avec des recours pour oppression, ou l'exercice de droit de dissidence de la part des autres actionnaires qui jugeraient que les auteurs du gel abusent de leurs pouvoirs.

Dans le cas où les auteurs du gel souhaiteraient que les sommes qu'ils retirent de la société sous forme de dividende sur actions de gel n'entraînent pas entre leurs mains une imposition immédiate, il serait possible pour la société de leur verser leur dividende en actions additionnelles plutôt qu'en argent. En faisant en sorte que les actions reçues en paiement d'un dividende aient un capital versé minime, pour une valeur de rachat plus élevée, seul le montant que représentera l'augmentation du capital versé sur ces actions sera imposable dans l'année. L'excédent de la valeur de rachat sur le capital versé sur ces actions ne deviendra imposable, sous forme de dividende additionnel, qu'au fur et à mesure du rachat de ces actions par leurs détenteurs.

Les actions privilégiées dites *high and low* sont l'outil nécessaire pour ce genre de dividende, avec impôt reporté. Au Québec, cette sorte d'actions privilégiées prenait la forme d'une action privilégiée ayant une valeur nominale minime (par exemple 0,01 $) par action), et une valeur de rachat plus élevée (par exemple 100 $ par action). Ainsi, pour déclarer un dividende représentant 100 000 $ entre les mains d'un actionnaire, mais avec un montant imposable immédiat de 10 $, il suffisait de payer le dividende en émettant 1 000 actions privilégiées *high and low* à l'actionnaire. La résolution des administrateurs déclarant ce dividende se doit cependant de faire mention d'un dividende de 10 $, payable par l'émission de 1 000 actions privilégiées d'une valeur nominale de 0,01 $ chacune, et non pas d'un dividende de 100 000 $ payable par l'émission de ces 1 000 actions privilégiées rachetables à 100 $ chacune.

Depuis le 14 février 2011, il est maintenant possible en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions* du Québec, comme cela se faisait déjà en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, d'utiliser des actions privilégiées sans valeur nominale pour déclarer un tel dividende *high and low*.

En effet, la *Loi sur les sociétés par actions* prévoit dorénavant que « si le paiement d'un dividende est effectué en actions, la société peut porter au crédit du compte de capital-actions émis et payé de la catégorie ou série

appropriée tout ou partie de la valeur de ces actions »[19]. Le texte de cette disposition est encore plus clair que celui de la loi fédérale, où une telle possibilité de limiter le montant déclaré en numéraire sur les actions utilisées pour verser un dividende était déjà disponible depuis longtemps[20].

De cette façon, tout auteur d'un gel qui voudrait augmenter sa participation dans la société familiale pourrait chaque année se faire payer, en actions, le dividende auquel il a droit sur ses actions de gel, accumulant ainsi une valeur de plus en plus importante en actions privilégiées de la société familiale. Ces actions privilégiées auraient préséance sur les actions ordinaires, advenant la dissolution de la société.

Même si la société familiale ne dispose pas de liquidités permettant le paiement d'un dividende en argent sur les actions de gel, cela n'empêche pas la déclaration, et même le versement d'un dividende en actions, lequel n'est pas assujetti à la responsabilité des administrateurs qui l'autorisent. Quand bien même il y aurait des motifs raisonnables de croire que le versement du dividende, s'il était versé en argent, irait à l'encontre du « test de solvabilité » de la société, ce test ne s'applique pas aux dividendes en actions[21]. En effet, dans le cas d'un dividende payable en actions, les administrateurs n'ont pas approuvé de sortie de fonds en numéraire ou en biens pouvant engager leur responsabilité, si un tel dividende contrevenait au test de solvabilité[22] ou au test comptable[23]. M[e] Paul Martel souligne ceci :

---

19 Art. 103, al. 2 L.S.A.

20 Par. 43(2) L.C.S.A.

21 Art. 104 L.S.A.; par. 43(1) L.C.S.A.

22 C'est-à-dire que la société ne pourrait, du fait de ce dividende, acquitter son passif à échéance : ce test oblige tant la société de juridiction fédérale (al. 42a) L.C.S.A.) que la société de juridiction québécoise (art. 104 L.S.A.).

23 C'est-à-dire que le paiement du dividende fera en sorte que la valeur de réalisation de l'actif de la société serait inférieure au total de son passif et de son capital déclaré : seules les sociétés de juridiction fédérale demeurent assujetties à ce test comptable (al. 42b) L.C.S.A.). Le test comptable a été aboli en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions*. Parmi les justifications énoncées par le ministre des Finances pour l'abolition du test comptable lors de l'adoption de la *Loi sur les sociétés par actions*, on retrouve ce qui suit :

- l'interprétation de la notion de « valeur de réalisation des actifs » décrite dans la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* et qui correspond au test comptable de la *Loi sur les compagnies* (L.R.Q., c. C-38) suscite une certaine incertitude. Cette expression n'est pas définie et les comptables refusent de donner une opinion sur celle-ci;

(à suivre…)

> « [...] cette disposition force la société, illogiquement, à déclarer un dividende égal au capital déclaré des actions émises en paiement de celui-ci plutôt qu'à la valeur de rachat (et donc la véritable valeur) de ces actions. Le dividende versé est, en réalité, supérieur au dividende déclaré. Les administrateurs qui versent un tel dividende pourraient être blâmés d'avoir manqué à leur devoir envers la société et les autres actionnaires (par exemple si le prix de rachat des actions excède le dividende maximal payable en vertu des statuts), mais si aucun actionnaire ne s'en plaint, les tribunaux n'interviendront pas : l'arrêt *McClurg*, dont il est question plus loin en témoigne[24]. »

Lorsque des dividendes sont déclarés, et seulement à compter de leur déclaration (ou à compter de la date indiquée à cette déclaration), ils deviennent une dette de la société et l'actionnaire peut les réclamer. Le dividende déclaré porte intérêt à compter du moment de son exigibilité, au taux légal[25], à moins que les statuts ou règlements ne prévoient autre chose.

M^e^ Paul Martel mentionne ce qui suit :

> « [...] si le dividende est déclaré mais qu'au moment de le verser les administrateurs constatent que ce paiement violerait les tests de solvabilité ou (au fédéral) comptable, sont-ils tenus de le verser et par le fait d'engager leur responsabilité personnelle? La loi ne renferme pas, pour les dividendes, de disposition similaire aux articles 97 (au Québec) ou 40 (au fédéral), qui permet à la société de ne pas payer des actions qu'elle a achetées ou rachetées si elle ne rencontre pas les tests. Bien qu'un dividende déclaré devienne une dette de la société, nous croyons […] que cette règle doit subir une exception lorsque son paiement est interdit par la loi, et que l'exigibilité de cette dette peut valablement être retardée par la société jusqu'à ce que sa situation financière se soit suffisamment rétablie pour que le paiement puisse s'effectuer légalement[26]. »

1.2.5.3. Rémunération additionnelle

Tout auteur d'un gel qui jugerait son état de fortune insuffisant pour subvenir à ses besoins pourrait maintenir la rémunération qu'il reçoit de la

(…suite)

- la protection des créanciers est suffisamment assurée par le maintien du test de solvabilité, de même que celle des actionnaires par les devoirs généraux des administrateurs et par les recours mis à leur disposition.

[24] M. et P. MARTEL, précité, note 7, par. 19-103.

[25] Art. 1617 C.c.Q. Les intérêts échus ne produisent pas eux-mêmes des intérêts, à moins qu'il n'existe une convention ou une loi à cet effet ou si, dans une action, de nouveaux intérêts sont expressément demandés : art. 1620 C.c.Q.

[26] M. et P. MARTEL, précité, note 7, par. 19-124.

société familiale ou même augmenter cette rémunération. Voyons ce qui en est selon que l'auteur du gel est encore actif ou ne l'est plus au sein de la société familiale.

i) **L'auteur du gel est actif :** contrairement à un dividende qui peut être déclaré à un actionnaire, que celui-ci soit actif ou non dans l'entreprise exploitée par la société, un salaire doit être justifié pour pouvoir être déductible dans le calcul du revenu de la société[27]. Ainsi, plus l'auteur du gel réduira ses heures de travail au sein de l'entreprise, plus il deviendra difficile de maintenir une rémunération qui ne serait pas raisonnable eu égard aux services rendus par celui-ci.

ii) **L'auteur du gel n'est plus actif :** comme le faisait remarquer un auteur récemment[28], une mesure fiscale s'avère fort utile pour pouvoir continuer de verser une rémunération, déductible par la société et imposable entre les mains de son récipiendaire, malgré le fait que ce dernier ait cessé toute activité au sein de la société payeuse. Il s'agit de l'« allocation de retraite ». Une telle allocation de retraite était très populaire avant 1996, car tout en étant déductible pour la société payeuse, elle pouvait être « roulée » dans le REÉR de son récipiendaire, à raison de 3 500 $ d'allocation par année ou partie d'année de service avant 1989 et 1 500 $ par année ou partie d'année entre 1989 et 1995. Il est vrai qu'aujourd'hui l'allocation de retraite ne peut plus faire l'objet d'un roulement dans un REÉR, mais cela ne veut pas dire qu'elle ne soit d'aucune utilité. Rappelons qu'une allocation de retraite est une somme reçue par un contribuable ou, après son décès, par une personne qui était à sa charge ou qui lui était apparentée, ou par un représentant légal du contribuable,… en reconnaissance de longs états de service du contribuable au moment où il prend sa retraite d'une charge ou d'un emploi ou par la suite[29]. Une allocation de retraite doit être ajoutée dans le revenu du contribuable dans l'année où il la reçoit[30]. L'allocation de retraite est assujettie à la retenue à la source sur les sommes forfaitaires à un taux variant de 10 % à 30 % (entre 21 % et 35 % au Québec)[31].

---

27 Art. 67 L.I.R.; *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (« L.I. »), art. 420.

28 Jack BERNSTEIN, « Retiring allowances for owners/managers », dans *Tax Profile*, Don Mills Ont., CCH Canadian, n° 8, août 2011, pp. 7-8.

29 Par. 248 (1) « allocation de retraite » L.I.R.; art. 1 « allocation de retraite » L.I.

30 S.-al. 56(1)a)(ii) L.I.R.; par. 311a) L.I.

31 Al. 153(1)c) L.I.R.; *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, ch. 945 et mod. (« R.I.R. »), par. 103(4) et al. 103(6)e).

Étant donné qu'il est fort probable que l'auteur d'un gel était au service de sa société au cours des années précédant 1996, il pourrait profiter du roulement d'une partie de cette allocation de retraite dans son REÉR[32].

L'ARC considère comme étant raisonnable une allocation de retraite équivalente à deux fois et demie la moyenne des cinq dernières années de salaire d'un contribuable, moins le total de tous les montants que l'employé peut recevoir, à sa retraite, en vertu d'un régime de participation différée aux bénéfices (RPDB), d'un régime enregistré de pension (REP) ou de REÉR[33].

Contrairement à ce que plusieurs pensent, une allocation de retraite n'a pas à être payée en un seul versement et peut être versée plusieurs années après la cessation d'emploi[34].

Parmi les exemples mentionnés par M. Bernstein dans l'article auquel nous avons fait mention ci-dessus, en voici deux qui sont plus pertinents à la situation de l'auteur d'un gel qui veut assurer sa sécurité financière :

- Un gel a été effectué par un père en faveur de son fils. Le père est toujours actif dans l'entreprise et détient une valeur importante en actions privilégiées de gel. Il est proposé que le père vive à même un rachat d'actions privilégiées de gel plutôt qu'en continuant de retirer un salaire. Le montant net d'impôt disponible au père pour son coût de vie sera

---

32 Al. 60j.1) L.I.R.; par. 339d.1) L.I.

33 AGENCE DU REVENU DU CANADA, décision anticipée TR-100, 14 octobre 1980, note du rédacteur, p. 3 :

> « Dans une situation comme celle-ci, où les protagonistes ont un lien de dépendance, le Ministère juge raisonnable la somme calculée si elle n'excède pas le maximum qui serait généralement admis lorsqu'un employé et un employeur n'ont aucun lien de dépendance, l'employeur ne verserait généralement pas une allocation de retraite supérieure à un montant égal à 2 ½ fois la rémunération annuelle moyenne tirée par l'employé de son emploi au cours des cinq dernières années, moins le total de tous les montants que l'employé peut recevoir au moment de sa retraite en vertu de régimes de participation différée aux bénéfices, de régimes enregistrés de pensions et de régimes enregistrés d'épargne-retraite. »

34 AGENCE DU REVENU DU CANADA interprétations techniques 9328525, « Retiring Allowance Instalments Rolled to RRSP », 21 octobre 1993; 9211150, « Amount of a Retiring Allowance-Payment in Installments-Payment Contingent to Profitability », 28 avril 1992 et 2003-0028025, « Retiring Allowance Delayed », 30 octobre 2003. Voir aussi REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 311-1/R3, « Allocation de retraite », 31 janvier 1994, par. 17.

similaire, mais il aura éliminé le gain en capital sur ses actions privilégiées de gel en les faisant disparaître progressivement. La crainte du père est que son épouse et lui-même vivent suffisamment longtemps pour passer « au travers » de toutes les actions privilégiées de gel et qu'il devienne difficile de justifier un salaire à ce moment. Une solution serait une allocation de retraire, payable à lui, ou advenant son décès, à son épouse, à compter de la plus tardive des dates suivantes : sa cessation de toute activité au sein de l'entreprise et le rachat complet de ses actions privilégiées de gel.

- Un parent a été trop généreux dans sa planification successorale et a transféré trop de biens au nom de ses enfants. Son entreprise, sa résidence secondaire et son condo en Floride sont tous entre les mains de fiducies au bénéfice de ses enfants. Ce parent conserve le contrôle de l'entreprise familiale et retire un salaire important. Son conjoint détient la résidence principale et est bénéficiaire de son REÉR. En préparant le testament du parent, il est devenu évident que le revenu du conjoint survivant ne sera pas suffisant pour maintenir le coût de vie auquel il est habitué. Encore une fois, une solution pourrait être le paiement d'une allocation de retraite basée sur les années de service du parent décédé au sein de l'entreprise familiale et payable au conjoint survivant à compter du décès de ce parent décédé.

Puisque l'on parle du décès d'un parent, nous pourrions également penser à la « prestation consécutive au décès » qui permet à une société de verser 10 000 $ au conjoint survivant du parent[35]. Une prestation consécutive au décès est une somme versée au décès d'un employé en reconnaissance des services rendus par celui-ci dans une charge ou un emploi. Seul l'excédent des premiers 10 000 $ d'une prestation consécutive au décès serait imposable entre les mains de son récipiendaire[36].

1.2.5.4. Sûreté sur la valeur gelée

Dans le cas où les auteurs d'un gel n'entendent pas surveiller de près la continuité des opérations de l'entreprise familiale et, bien qu'ils soient confiants dans la gestion de leurs enfants, souhaiteraient sécuriser autant que possible leur investissement dans l'entreprise familiale, la façon de sécuriser

---

35 Par. 248(1) « prestation consécutive au décès » L.I.R.; art. 3 et 4 L.I.

36 S.-al. 56(1)a)(iii) L.I.R.; par. 311a) L.I. Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-508R, « Prestations consécutives au décès », 12 février 1996, pour plus de détails.

cet investissement dépendra de sa nature : est-il en « dette » ou en « capital »?

i) Investissement en « dette »

Dans le cas où les auteurs du gel ont des avances de fonds dans la société familiale, ils pourront toujours sécuriser cet investissement en faisant en sorte que la société le garantisse en donnant une hypothèque sur ces biens : il peut s'agir d'une hypothèque immobilière inscrite au registre foncier ou d'une hypothèque mobilière inscrite au Registre des droits personnels réels mobiliers (RDPRM).

De cette façon, advenant la liquidation de la société, l'auteur du gel aura préséance sur les créanciers ordinaires de la société, ainsi que sur ses actionnaires.

Le rang que pourra prendre l'hypothèque de l'auteur du gel dépendra des autres créanciers qui auront déjà mis en place leur propre sûreté. Habituellement, l'institution financière de la société aura déjà une hypothèque mobilière sur les comptes clients et les inventaires de la société, pour garantir la marge de crédit.

ii) Investissement en « capital »

Il est plus fréquent cependant que les auteurs du gel aient un investissement en actions privilégiées de gel dans la société familiale et, des actions d'une société ne constituant pas une dette, on ne peut garantir le rachat et le paiement de ces actions par une hypothèque sur les biens de la société.

Par contre, si la société rachetait et payait les actions privilégiées de gel, l'auteur du gel pourrait toujours réinvestir le produit du rachat de ses actions sous forme de dette et obtenir une hypothèque pour garantir celle-ci.

Dans le cas où il s'agirait d'actions d'investissement dont le rachat n'entraîne aucune imposition, ce serait une option valable, pourvu évidemment que la société ait les liquidités nécessaires pour ce faire.

Par contre, si les actions de gel sont rachetables à prime, le montant de la prime constituera un dividende imposable entre les mains du détenteur de

celles-ci. Le paiement de la prime au rachat est ainsi imposable entre les mains d'un contribuable qui est un particulier[37].

Il s'ensuivra un impôt équivalent à plus du tiers du montant de la prime reçue; cependant, l'impôt pourra être d'environ (30 % au lieu de 36 % et plus si la société dispose d'un compte de revenu à taux général (« CRTG ») pouvant être utilisé pour faire en sorte que le dividende réputé découlant du rachat des actions de gel puisse faire l'objet d'une désignation à titre de dividende déterminé[38]. Cependant, si préalablement au rachat des actions de gel, l'auteur du gel transfère ses actions dans une société de portefeuille, avec « roulement » pour reporter l'imposition sur celles-ci, le dividende réputé découlant du rachat pourrait s'effectuer sans impôt immédiat, pourvu que la société de portefeuille de l'auteur du gel soit rattachée à la société familiale au moment de ce rachat[39]. Ce serait donc la société de portefeuille qui ferait en sorte de sécuriser son investissement dans la société familiale, par une hypothèque mobilière ou immobilière.

Dans le cas où la société n'est pas en mesure de payer des actions de gel ayant fait l'objet d'une demande de rachat de la part de leurs détenteurs, le montant dû par la société pour ces actions constitue-t-il une dette qui puisse être sécurisée au bénéfice du créancier de celles-ci? Voyons d'abord ce qui pourrait empêcher une société de payer les actions de son propre capital qu'elle acquiert, puis ce qui se produit advenant qu'elle ne puisse payer ces actions immédiatement.

A) Restrictions au paiement des actions acquises

La loi ne fait pas de difficulté en ce qui concerne la possibilité pour la société d'acheter ou de racheter ses propres actions. Il suffit qu'elle soit en mesure d'effectuer le paiement en entier de leur prix de rachat[40].

Par contre, la société ne peut faire aucun paiement en vue d'acheter ou de racheter des actions de son propre capital si elle n'applique pas certains tests. Une société de juridiction fédérale doit respecter deux tests : un test de

---

37 Par. 84(3) L.I.R.; art. 506 et 508 L.I.

38 Par. 89(14) L.I.R.

39 Dans un contexte de gel successoral, les sociétés seront habituellement rattachées aux fins du paragraphe 186(1) L.I.R. du fait que le contrôle de ces sociétés appartiendra à des personnes liées.

40 Par. 34(1) et 36(1) L.C.S.A.; art. 94 L.S.A.

solvabilité et un test comptable. Une société de juridiction québécoise n'a plus que le test de solvabilité à passer, le test comptable ayant été aboli avec la nouvelle *Loi sur les sociétés par actions*.

- **Le test de solvabilité**

  Le paiement ne doit pas empêcher la société d'acquitter son passif à échéance. Il s'agit ici d'un test de liquidité, qui fait référence au ratio de fonds de roulement (actif à court terme par rapport au passif à court terme).

  La loi mentionnant que le test vise les cas où la société « ne peut, ou ne pourrait de ce fait » acquitter son passif à échéance inclut autant la société déjà insolvable que celle qui le devient à cause de la transaction.

  La loi ne définit pas ce qu'il faut entendre par le mot « passif ». Ce dernier doit être interprété non pas suivant le sens général du dictionnaire, soit l'ensemble des dettes et des engagements, mais bien selon le sens donné à ce terme par les principes comptables énoncés dans le *Manuel de l'ICCA*[41].

  Bien que le test de solvabilité s'apprécie surtout en fonction de la capacité de la société d'acquitter son passif à court terme, il faut tout de même tenir compte du passif à long terme qui risque de devenir admissible à court terme en raison de clauses de défaut (le non-respect de ratios, par exemple) qu'un paiement mettrait en cause[42].

- **Le test comptable**

  Ce test est toujours basé sur la « valeur de réalisation » pour les sociétés de juridiction fédérale et veut qu'une société ne puisse faire aucun paiement en vue d'acheter des actions qu'elle a émises s'il existe des motifs raisonnables de croire que la valeur de réalisation de son actif serait, de ce fait, inférieure au total de son passif et de son capital déclaré (« test de base »).

---

41 INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *Manuel de l'ICCA*, vol. I, Toronto, ICCA; *Gestion Michel Noël Ltée* c. *2323-0220 Québec Inc.*, [1998] A.Q. n^{o} 1943 (C.A.), 18. Voir également M. et P. MARTEL, précité, note 7, par. 18-15 et suiv.

42 M. et P. MARTEL, précité, note 7, par. 18-17.

La loi ne définit pas ce qu'elle entend par l'expression « valeur de réalisation » de l'actif. C'est d'ailleurs, entre autres, à cause de cette incertitude que le législateur québécois a préféré éliminer le test comptable, surtout que l'Institut canadien des comptables agréés a donné comme consigne à ses membres de ne pas donner d'opinion sur la valeur de réalisation.

Le test comptable doit toujours être appliqué comme si la transaction avait été effectuée, sur la base de chiffres déjà modifiés par tous les aspects de celle-ci : actifs réduits par le paiement ou, selon le cas, le prix d'achat des actions acquises, passifs augmentés par la dette créée (le cas échéant) et capital émis et payé (déclaré) réduit conformément à la loi[43].

Le test comptable pour l'acquisition d'actions « rachetables » est un peu différent de celui faisant suite à un simple achat de gré à gré.

À ce moment, le test comptable veut que la valeur de réalisation de l'actif ne doive pas, du fait du paiement des actions rachetées, être inférieur au total de son passif et des sommes nécessaires à désintéresser les actionnaires qui devraient être payés par préférence ou concurremment, par rapport aux détenteurs des actions étant rachetées[44].

M^e^ Paul Martel[45] constate que le test comptable applicable lors d'un rachat est moins sévère que le « test de base », et que l'acquisition d'actions « rachetables » peut souvent se faire même si le bilan de la société indique un déficit. Toutefois, le test peut aussi s'avérer plus sévère que le « test de base », si le prix de rachat prévu dans les statuts pour certaines catégories d'actions prioritaires ou concurrentes inclut une prime substantielle et excède le capital déclaré pour ces actions : il faut en effet considérer les « sommes nécessaires » pour racheter ces actions (ce qui peut inclure, outre la prime, le montant des dividendes accumulés sur celles-ci), et non seulement leur capital déclaré, comme dans le « test de base ».

Qu'advient-il si le conseil d'administration refuse de procéder au rachat ou, plus précisément, au paiement alors qu'il ne peut justifier des « motifs sérieux » de croire que l'un ou l'autre des tests ne serait

---

43 *Id*., par. 18-24.

44 Al. 36(2)b) L.C.S.A.

45 Voir M. et P. MARTEL, précité, note 7, par. 18-54.

pas appliqué? L'actionnaire essuyant ce refus peut s'adresser aux tribunaux pour forcer le rachat ou le paiement demandé[46] et, le cas échéant, réclamer des dommages et intérêts à la société, voire aux administrateurs concernés personnellement[47].

Qu'advient-il lorsque la société ne respecte pas le test de solvabilité ou, au fédéral, le test comptable, et qu'elle acquiert ou paie quand même les actions? M[e] Paul Martel écrit ce qui suit :

> « [...] dans ce cas, la rigidité des prohibitions statutaires est considérée mitigée par l'utilisation des termes "s'il y a des motifs raisonnables de croire que…". Il ne suffit pas en fait que l'un ou l'autre test ne soit pas rencontré : il faut que lors du paiement des actions, il y ait effectivement eu des "motifs raisonnables de croire" que ce test ne serait pas rencontré. Ceci ouvre largement la porte à l'interprétation des tribunaux, et on peut s'attendre à ce que le débat porte non pas sur l'application des tests eux-mêmes, mais bien sur l'existence ou la non-existence de ces fameux "motifs raisonnables", tant en matière de validité de l'acquisition que de responsabilité des administrateurs. "Raisonnables" pour qui? Pour les administrateurs eux-mêmes, ou pour un observateur impartial? Le jugement des administrateurs peut être fondé sur le rapport erroné, à dessein ou non, d'un expert. Cela suffira-t-il à exonérer les administrateurs et à valider l'acquisition? L'un peut-il être séparé de l'autre? C'est une affaire à suivre[48]. »

B) Peut-on sécuriser le paiement retardé d'actions rachetées?

Qu'advient-il de la somme due par la société aux détenteurs des actions de gel rachetées et non payées?

Il est prévu que la société doit payer « dès qu'elle peut légalement le faire » ou, si la société est liquidée, l'actionnaire dont les actions ont été acquises et non payées a le droit à être colloqué « après les droits des créanciers et les droits des actionnaires détenant des actions de toute catégorie dont les droits ont préséance sur ceux des actionnaires détenant des actions de la catégorie d'actions qui sont acquises, mais avant les autres actionnaires »[49].

---

46 Par ordonnance en vertu de l'article 247 ou 241 L.C.S.A.

47 Ils ont en effet manqué aux devoirs énoncés au paragraphe 122(2) L.C.S.A. ou, au Québec, à l'article 321 C.c.Q.

48 M. et P. MARTEL, précité, note 7, par. 18-88.

49 Par. 40(2) L.C.S.A.; art. 97, al. 2 L.S.A.

Ainsi, l'actionnaire, dont les actions ont été acquises et non payées, non seulement a cessé de jouir de son statut d'actionnaire[50], mais de plus il n'est même pas traité au même titre que les autres créanciers de la société. Il passe après les créanciers et il passe même après les détenteurs d'actions de catégorie dont les droits ont préséance sur ceux des actions acquises. Tout au plus l'actionnaire aura-t-il « sauté un rang », puisqu'il passera avant les actionnaires de sa propre catégorie.

Puisque l'ex-actionnaire passe après les autres créanciers pour le paiement de ses actions, il ne peut être question pour lui de se faire octroyer une hypothèque sur les biens de la société pour garantir ce paiement. Une hypothèque aurait pour effet de lui donner une priorité sur les autres créanciers, ce qui serait tout à fait contraire à la loi[51].

Qu'advient-il si la société a acquis des actions alors qu'elle pouvait légalement le faire, mais qu'au moment de les payer, sa situation financière a changé et que l'un ou l'autre des tests de solvabilité et comptable ne peut alors être appliqué? La société peut alors refuser de payer et l'actionnaire ne peut qu'attendre que la société puisse légalement le payer ou encore qu'elle soit liquidée, auquel cas, comme nous venons de le voir, il est colloqué après les créanciers et les actionnaires de rang supérieur, mais avant les autres actionnaires, y compris ceux de sa propre catégorie.

1.2.6. Le transfert en période de mutation

La relève se fait souvent en même temps que la transformation de la production ou l'acquisition de machinerie. Or, il n'est pas rare que les parents, voyant l'évolution du marché dans lequel ils œuvrent, et devenus plus « frileux » avec l'âge quant à l'expansion et au changement, ne veulent plus avoir à traiter dans ce nouveau marché ou à travailler avec ces nouveaux équipements. Mais pour faire de la place à la relève, ils se voient dans l'obligation d'investir dans une nouvelle machine, d'agrandir les installations, etc. Ici, on ne touche pas véritablement aux aspects humains, mais aux aspects comptables. Il faut que des ententes soient claires entre les parents et la relève à propos de la politique de remboursement des actions de gel, car il y a un équilibre à atteindre entre l'utilisation des profits pour le rachat des actions ou pour le réinvestissement dans la compagnie.

---

[50] Il aura perdu son droit de vote si les actions comportaient droit de vote et son droit à un dividende si les actions donnaient droit à un dividende.

[51] M. et P. MARTEL, précité, note 7, par. 18-96.

2. PIÈGE DU SANG

2.1. SA DÉFINITION

Privilégier les membres de la famille au détriment des intérêts de l'entreprise; l'entreprise est alors au service de la famille. Ou à l'inverse, soumettre les membres de la famille aux diktats de l'entreprise; la famille est alors au service de l'entreprise.

2.2. CAS VÉCUS ET L'EFFET DU PIÈGE SUR LA FAMILLE

Le rêve de la plupart des entrepreneurs est de voir leur entreprise leur survivre et passer à la génération suivante. Ouvrons ici une parenthèse : le transfert d'entreprise est souvent plus aisé à faire lorsqu'il s'agit de vendre à des cadres. Plus facile, car on peut sélectionner les cadres les plus compétents, ceux qui sauront faire équipe et miser sur leur complémentarité. Lorsqu'on travaille au sein d'une famille, parfois on peut miser sur la complémentarité et d'autres fois on assiste à des batailles entre les enfants pour déterminer qui fera partie de la relève, celui ou celle qui assumera la direction, et ceux et celles qui feront partie de l'actionnariat. Lorsqu'il faut déterminer qui seront les acheteurs éventuels au sein d'une entreprise familiale, il faut d'abord s'entendre sur les principes qui régiront la transaction. Ce n'est pas suffisant de porter le même nom de famille pour accéder à la direction d'une entreprise, pas plus que le fait de faire partie de la famille ouvre automatiquement les portes à l'actionnariat. C'est une question de culture familiale. Il faut poser un diagnostic sur la manière qu'ont les fondateurs d'aborder la dynamique de la famille et l'entreprise. On peut y arriver en se posant la question suivante : est-ce que la famille est au service de l'entreprise ou est-ce que l'entreprise est au service de la famille? Dans un cas comme dans l'autre, cela apporte des difficultés qu'il faut surmonter.

2.2.1. La famille est au service de l'entreprise

La problématique est de deux ordres : financier et humain.

2.2.1.1. Le volet financier

Voici le cas le plus fréquemment rencontré qui touche la famille. Il n'est pas rare de voir les membres de la génération fondatrice faire des « sacrifices » financiers pour que l'entreprise puisse prospérer. La plupart du temps, ils auront pris de petits salaires pendant plusieurs années. En conséquence, la majeure partie du patrimoine du fondateur est dans

l'entreprise, ce qui engendre une pression plus grande sur les jeunes pour rembourser la première génération. Cela occasionne aussi une pression psychologique sur les enfants qui sentent une forme de chantage de la part des parents, qui se traduit par des phrases du style : « Nous nous sommes sacrifiés pour vous et c'est tout ce que vous nous donnez comme reconnaissance! » ou encore : « Tu ne nous diras pas quoi faire ici, tant que tu ne nous auras pas remboursés! ».

i) **Éléments de solution – aspect humain :** rajuster la rémunération en fonction des responsabilités et des postes de chaque membre de la famille. L'exercice de rédiger des descriptions des fonctions permet d'établir qui aura quelle responsabilité. Il doit découler d'une réflexion commune entre les parents et les enfants sur l'orientation des activités de l'entreprise. On peut mieux cerner ce qui aura à être fait dans le cadre du développement de l'entreprise et aider chacun à trouver le poste qui lui permettra de se réaliser et de prendre plaisir à venir travailler au sein de la compagnie. C'est parfois surprenant de voir comment un changement de rôle ou d'attitude des parents relativement à la présence des enfants peut faire quant à l'assurance que ces derniers développeront au sein de l'entreprise. La rémunération doit être rajustée en fonction des responsabilités et non en fonction des besoins des membres de la famille quant à leur style de vie et aux dépenses auxquelles ils doivent faire face.

ii) **Éléments de solution – aspect juridique :** lorsque la sécurité financière des parents dépend du succès de l'entreprise familiale et de sa rentabilité, puisqu'une grande partie du patrimoine de ces derniers y est associée, les parents sont plus hésitants à laisser aller le contrôle de l'entreprise à la génération montante sans s'être assurés de pouvoir sécuriser leur valeur investie dans l'entreprise. Tant que les parents demeureront activement impliqués dans l'exploitation de l'entreprise, ils pourront continuer d'en retirer une rémunération, mais lorsque cette dernière deviendra plus difficilement justifiable eu égard aux services rendus par les parents qui seront de moins en moins présents, le coût de vie de ceux-ci devra être assuré à même leur réserve et, principalement, à même le remboursement de leur investissement dans l'entreprise.

Nous présumerons que cet investissement prend la forme d'avances de fonds et d'actions privilégiées de gel, rachetables à la demande de leurs détenteurs à un prix équivalent à la JVM de la participation des parents dans l'entreprise lors de la mise en place de leur planification successorale. Nous considérerons que cette planification a été effectuée dans le cadre d'une transaction d'échange des actions avec droit de participation des parents contre des actions privilégiées sans droit de participation de gel, sans oublier

la mise en place d'un contrôle des parents sur l'entreprise, par le biais d'actions avec droit de vote ou autrement.

Les parents pourront donc continuer de subvenir à leurs besoins à même des remboursements de leurs avances ou des rachats de leurs actions de gel. Cependant, si ces remboursements et rachats ne s'effectuent qu'au fur et à mesure de leurs besoins annuels, le reste de leur investissement dans l'entreprise sera toujours à risque, puisqu'il dépend du maintien de la valeur de l'entreprise. En considérant que cet investissement dans l'entreprise constitue le fonds de pension des parents, ces derniers seront-ils à l'aise de laisser le sort de leur fonds de pension à leurs enfants? C'est pourquoi il est préférable de sortir dès que possible du risque de l'entreprise suffisamment de l'investissement des parents pour que leur sécurité financière cesse d'être à la merci du succès de l'entreprise. Une politique de remboursement et de rachat répond habituellement à cette préoccupation.

A) **Remboursement des avances :** le remboursement des avances des parents par l'entreprise représente pour ces derniers une remise de capital et n'entraîne aucune imposition entre leurs mains. Un tel remboursement peut donc s'effectuer à la cadence que l'on veut, sans créer de fardeau fiscal pour les parents, sous réserve de la capacité financière de l'entreprise de suivre. Ceux-ci pourront par la suite réinvestir ces sommes dans tout autre véhicule d'investissement de leur choix dont la protection du capital ne dépend plus du succès de l'entreprise familiale.

   Par contre, parfois c'est encore l'entreprise qui pourrait leur payer le meilleur rendement sur leur investissement et, s'il leur est possible de mettre en place une sûreté satisfaisante accordée par l'entreprise (hypothèque immobilière ou mobilière sur des éléments d'actif de l'entreprise), le risque de maintenir leur investissement dans l'entreprise peut être contrebalancé par une telle sûreté.

B) **Rachat d'actions de gel :** contrairement au remboursement des avances, le rachat d'actions de gel entraîne une imposition entre les mains des parents, sous la forme d'un dividende imposable, pour toute la partie du prix de rachat des actions qui excède le capital versé sur celles-ci[52]. Tant mieux s'il est possible de faire en sorte que ce dividende soit considéré comme un « dividende déterminé » provenant du CRTG, permettant un taux d'imposition moindre pour les parents. Peut-être pourrait-il même être prévu par convention entre actionnaires que les parents seront les

[52] Par. 84(3) L.I.R.; art. 506 et 508 L.I.

premiers à pouvoir jouir de tout CRTG, jusqu'à concurrence du dividende réputé découlant du rachat de leurs actions de gel. Et si, à tout hasard, l'entreprise en venait à générer un « compte de dividendes en capital » (« CDC »), il serait même possible de faire en sorte que le dividende provenant du rachat d'actions privilégiées de gel provienne de ce CDC, permettant aux parents ou au parent survivant de toucher cette partie du rachat des actions de gel entièrement libre d'impôt. Un tel CDC pourrait être créé dans l'entreprise à la suite de la disposition d'une immobilisation (qu'il s'agisse d'une immobilisation amortissable ou non, ou encore d'une immobilisation admissible) ou advenant le décès de l'un des parents, sur la vie duquel l'entreprise aurait pris une assurance vie dont elle serait bénéficiaire.

Mais dans le cas où le rachat d'actions de gel donne lieu à un montant imposable entre les mains des parents et que, malgré cela, on ne veuille pas retarder ce rachat indument, il sera avantageux pour les parents de constituer une société de portefeuille dans laquelle ils vendront, avec roulement, leurs actions de gel. Ainsi, le dividende réputé découlant du rachat des actions de gel deviendra un dividende entre deux sociétés « rattachées » et l'imposition sera retardée jusqu'au jour où les parents sortiront les fonds de la société de portefeuille. En attendant, ils auront au moins protégé leur capital en l'accumulant dans la société de portefeuille, plutôt que de le laisser à la merci des aléas des activités commerciales de l'entreprise. Le plus vite les parents auront mis de côté suffisamment de capital pour se sentir protégés financièrement, le plus vite ils seront prêts à transférer le contrôle de l'entreprise à leurs enfants.

C) **Capacité financière :** la possibilité pour l'entreprise de rembourser les avances des parents ou de leur racheter leurs actions de gel dépend de sa santé financière. Si l'entreprise ne réalise pas des profits suffisants pour lui permettre de procéder à ces remboursements et rachats, à même des excédents d'encaisse qui ne sont pas requis pour l'exploitation de l'entreprise, il deviendra important d'établir une politique d'utilisation des fonds de l'entreprise : mettra-t-on l'accent sur le remboursement des parents, au détriment de l'entreprise, mettant ainsi à risque le « fonds de pension » des parents? Ou les activités de l'entreprise (achat d'inventaire, achat ou remplacement de machinerie et d'équipement, etc.) prendront-elles le pas sur le remboursement des parents? Pour ne pas continuellement retarder le remboursement des parents sous un prétexte ou un autre, il pourrait être prévu par convention entre actionnaires, à moins de circonstances exceptionnelles et en accord avec les parents, qu'un certain pourcentage des bénéfices annuels de l'entreprise sera consacré au remboursement d'avances ou au rachat d'actions de gel peu

importe les projets que l'entreprise pourrait entreprendre. Par exemple, il pourrait être convenu que 25 % des bénéfices annuels seront consacrés à un tel remboursement ou rachat, laissant tout de même 75 % des bénéfices aux fins de l'exploitation de l'entreprise. Ce pourcentage ne constituerait qu'un minimum et l'entreprise serait libre d'accélérer ces remboursements et/ou rachats à sa discrétion, selon le bon vouloir de son conseil d'administration.

À l'inverse, parfois les enfants ont du mal à reconnaître la contribution des parents au succès de la compagnie. C'est surtout vrai lorsque les enfants osent introduire un nouveau service, produit ou ligne qui permet tout à coup à la compagnie d'engranger des profits. Les sacrifices passés sont oubliés et les enfants disent, à tort ou à raison, que c'est grâce à eux que la compagnie prospère. Pour cela, il faut reconnaître le plus rapidement possible la contribution de la nouvelle génération dans la compagnie.

i) **Éléments de solution – aspect humain :** donner à César ce qui revient à César et si ce n'est pas fait, nommer les jeunes à des postes à responsabilités avec le titre, l'autorité nécessaire et l'autonomie pour réaliser leurs projets avec succès.

ii) **Éléments de solution – aspect juridique :** afin d'éviter les conflits entre les parents et les enfants quant à la détermination de la valeur apportée par chacun à l'entreprise, il serait bon de procéder à l'évaluation de celle-ci dès que possible avant qu'il devienne impossible de déterminer la partie de la plus-value de celle-ci associée au travail des parents, par rapport à celle faisant suite aux activités des enfants. Et tant qu'à établir la JVM de la participation des parents dans l'entreprise, peut-être serait-ce l'occasion pour ceux-ci de procéder à une planification de gel successoral.

Également, si la situation le justifie, une nouvelle entreprise pourrait être incorporée pour lancer et exploiter le nouveau service, produit ou ligne piloté par les enfants. L'entreprise fondée par les parents pourra même offrir le soutien financier, si c'était nécessaire et selon ses capacités, pour aider le démarrage de la nouvelle entreprise, quoiqu'une bonne comptabilité permette habituellement de connaître la profitabilité d'une division par rapport à une autre au sein d'une même entreprise. Que décider? Comme nous le répètent continuellement les autorités fiscales, ce sera une question de fait.

Lorsqu'un enfant en particulier est le maître d'œuvre d'une expansion nouvelle pouvant être donnée à l'entreprise familiale, la famille peut vouloir

reconnaître cet apport exceptionnel d'une manière quelconque afin de récompenser les efforts de cet enfant. Voudra-t-on donner à cet enfant une participation en actions plus importante que celle des autres? Ou voudra-t-on reconnaître cet effort par un boni dont le montant sera déterminé en fonction de la rentabilité et des profits dont jouit l'entreprise grâce à l'apport de cet enfant? Encore faudra-t-il que le reste de la famille s'entende sur le fait que cet enfant soit bel et bien à l'origine de ce succès.

Sans pour autant déséquilibrer le pourcentage de participation de chacun des enfants dans l'entreprise, particulièrement entre ceux qui y sont actifs, un dividende discrétionnaire pourrait être déclaré et versé à l'enfant méritant. Afin que ce dernier n'ait pas à s'imposer immédiatement sur ce dividende extraordinaire, il pourrait lui être versé en actions privilégiées *high and low*, c'est-à-dire des actions pouvant être émises avec un capital versé bas et une valeur de rachat élevée. Ainsi, si on veut récompenser un enfant par un dividende exceptionnel de 100 000 $ (contrairement à un boni qui serait imposable dans l'année), ce dividende pourrait lui être versé comme il en a été fait mention à la section 1.2.5.2. ci-dessus, sous la forme de 1 000 actions privilégiées d'une valeur nominale de 0,01 $ par action, rachetables à 100 $ l'action. Ainsi, pour un capital de 100 000 $ en actions (1 000 actions × 100 $), l'enfant n'aurait à ajouter à ses revenus pour l'année qu'un montant de 10,00 $ (1 000 actions × 0,01 $), soit l'augmentation du capital versé de la société par suite de cette émission d'actions. Ce n'est que lorsque l'enfant voudra se faire racheter ses actions qu'il devra s'imposer sur un dividende additionnel de 99,99 $ par action rachetée. Et si l'enfant décédait avant que ces actions spéciales ne lui aient été rachetées, il s'ensuivrait un gain en capital de 99 990 $[53].

Pour les fiscalistes plus aguerris, une autre façon de reconnaître à un enfant en particulier l'enrichissement provenant de la division qu'il a mise sur pied et dont il a l'entière responsabilité consiste en des actions spéciales qui pourraient être mises en place et qui donneraient droit au seul détenteur de celles-ci à tous les bénéfices générés par cette division et à la plus-value générée par cette division au sein de la société : il s'agit de *tracking shares* en bon français[54].

---

[53] Le coût (prix de base rajusté (PBR)) pour cet enfant des actions privilégiées *high and low* se limiterait au montant du capital versé pour ces actions.

[54] Voir Jean-François THUOT, « Les *tracking shares*, un outil méconnu et fort utile », dans *Congrès 2010*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2011, pp. 22:1-44.

2.2.1.2. Le volet humain

L'autre cas plus courant où la famille est au service de l'entreprise touche cette fois la vie de la seconde génération. Quoi de plus naturel que d'offrir à ses jeunes de travailler dans l'entreprise familiale : ils peuvent prendre de l'expérience rapidement et avoir accès à des connaissances qui prendraient pas mal plus de temps à obtenir dans une autre organisation. Là où le bât blesse, c'est lorsque les parents tirent avantage de cette main d'œuvre accessible et souple pour lui demander de travailler à temps plein quand il manque de personnel ou encore s'ils incitent les jeunes à venir faire un stage plus ou moins long dans l'entreprise, au détriment de leurs études. Le résultat : des jeunes qui ont accès trop vite à des postes de commande sans avoir l'expérience qu'il faut ou encore, ce qui est plus triste, des jeunes qui ne peuvent plus aller travailler ailleurs car ils n'ont pas fini leurs études, dont l'expérience est limitée à celle reçue dans le cadre du genre de commerce exploité par l'entreprise familiale. À la longue, cela démobilise les jeunes et crée du ressentiment, car finalement ils n'auront pas pu faire ce qu'ils auraient aimé faire dans la vie.

i) **Éléments de solution – aspect humain :** permettre aux jeunes de finir leurs études (celles qu'ils veulent vraiment faire); retarder le moment où ils accéderont à des postes de commande et bâtir un plan de carrière avec les jeunes pour qu'ils sentent qu'ils seront les bienvenus, et qu'on compte sur eux pour prendre de l'expérience ailleurs et que ce passage sera bien organisé.

2.2.2. L'entreprise est au service de la famille

La plupart du temps, les problèmes découlent du manque de coupure entre l'entreprise et la famille. Ce sont des vases communicants. Voici quelques cas.

2.2.2.1. Patrimoine *versus* entreprise

Les entrepreneurs mélangent patrimoine et entreprise et offrent des actions à tous leurs enfants, qu'ils travaillent ou non dans la compagnie. Cet élan de générosité peut avoir des répercussions à la longue sur les membres de la famille qui sont actifs au sein de la compagnie. En effet, les intérêts des enfants qui travaillent au sein de la compagnie *versus* ceux qui sont de simples actionnaires peuvent diverger. Ceux qui sont actifs vont accepter de rembourser les parents, car ils reconnaissent leur contribution dans l'entreprise. Une fois les parents rachetés, les enfants actifs voudront conserver les profits pour investir dans la compagnie, alors que les enfants

inactifs voudront recevoir des dividendes ou un rendement sur leurs actions. Les membres actifs auront un jour ou l'autre à racheter les autres frères et sœurs. Il est préférable que le partage du patrimoine se fasse hors entreprise. Les seuls cas où l'enrichissement des frères et sœurs peut se marier plus facilement, c'est lorsque la compagnie atteint une taille respectable et que les enfants actifs reçoivent une rémunération incitative pour augmenter la valeur de la compagnie.

i) **Éléments de solution – aspect humain :** avoir un système de rémunération qui permet de reconnaître l'apport des enfants actifs à l'enrichissement collectif. Prendre le temps de faire l'évaluation du patrimoine familial et faire le partage dans le testament.

   Au moment du départ (décès) des membres de la première génération, établir quels seront les enfants qui feront partie de l'actionnariat à partir de ce moment. On peut s'entendre sur les principes suivants, par exemple :

   a) Les actionnaires devront travailler au sein de la compagnie.

   b) Les actionnaires devront travailler à temps plein pour la compagnie et ne pas avoir d'intérêt dans d'autres entreprises.

   c) Les actionnaires devront détenir un poste à responsabilités décisionnelles au sein de la compagnie. De cette manière, on privilégie les acteurs qui auront les capacités d'exploiter l'entreprise et qui assureront la survie de la compagnie. Les membres actifs ainsi mis en place auront comme obligation de rembourser les frères et sœurs et la plus-value future leur appartiendra éventuellement.

ii) **Éléments de solution – aspect juridique :** tant que les parents sont les maîtres d'œuvre et qu'ils y sont actifs, ils considéreront que l'entreprise fait partie de leur patrimoine et devrait profiter à tous leurs enfants également. Cependant, à compter du moment où l'entreprise bénéficie du travail de certains des enfants, alors que les autres ont préféré faire leur vie ailleurs, il devient contreproductif pour les parents de maintenir une participation égale de leurs enfants dans l'entreprise, risquant d'amener les enfants actifs à se désintéresser de l'entreprise s'ils ont l'impression que leur travail profite autant à leurs frères et sœurs qu'à eux-mêmes, alors que l'inverse n'est pas nécessairement vrai.

Par contre, dans certaines circonstances, les parents peuvent faire en sorte de partager la participation de leurs enfants différemment selon la

nature de ce qui fait l'objet de cette participation. Par exemple, rien n'empêcherait les parents de permettre à tous les enfants de participer dans la société propriétaire des immeubles commerciaux (qui ne requiert pas le travail d'un enfant plus qu'un autre), et de réserver la participation dans la société exploitant le fonds de commerce aux enfants qui y sont directement impliqués[55]. Le même genre de situation pourrait se produire dans le cas où les parents exploitent deux entreprises distinctes et que chaque entreprise suscite l'intérêt de certains des enfants plutôt que d'autres. Encore une fois, la participation de chacun des enfants pourrait être établie en fonction de l'entreprise dans laquelle il est actif.

Chaque fois qu'une relève est constituée de plusieurs personnes qui deviennent actionnaires d'une société, il faut songer à la préparation d'une convention entre actionnaires.

Dans le cas où le privilège d'être actionnaire n'est pas rattaché à l'obligation d'être actif au sein de la société, l'enjeu de la convention n'est pas le même que celui pour une société exploitée activement. De même, dans le cas où, parmi la relève, il y a une personne autre qu'un membre de la famille (par exemple, un employé clé ou un partenaire d'affaires), la négociation des dispositions de la convention sera sans doute moins entachée de considérations familiales et émotionnelles.

i) Convention entre les actionnaires qui n'ont pas à être actifs au sein de la société

i.1) Clause d'achat-vente d'actions : les actionnaires devront convenir entre eux en quelle circonstance les actions détenues par chacun d'eux devront être mises en vente aux autres actionnaires : le décès? La fraude? Le manquement à une obligation convenue entre les actionnaires? Puisqu'on ne s'attend pas à ce qu'un actionnaire soit activement impliqué dans la société, on ne retrouvera probablement pas d'offre des actions d'un actionnaire pour cause de cessation de toute activité au sein de l'entreprise ou pour cause de maladie ou

[55] Il y aura alors lieu de s'assurer que le bail commercial liant la société propriétaire des immeubles et celle les louant soit signé pour un loyer raisonnable et pour une durée suffisamment longue pour que ce bail ne devienne pas une source de conflit du fait qu'un loyer déraisonnable (que ce soit vers le haut ou vers le bas) ne donne pas à chaque société sa juste part des bénéfices auxquels elle s'attend. Le bail aurait également avantage à contenir un droit de premier refus en cas de vente des immeubles et même une clause d'option d'achat des immeubles, le tout en faveur du locataire, soit la société exploitant l'entreprise occupant les immeubles.

d'inaptitude déclarée. D'ailleurs, dans ce genre de contexte, pourquoi imposerait-on une obligation de vente en cas de décès? Peut-être les enfants aimeraient-ils pouvoir transmettre leurs actions à leurs descendants? Une exception pourrait être prévue à l'achat-vente forcé, dans le cas où l'actionnaire a légué ses actions à ses descendants, en pleine propriété ou en fiducie testamentaire.

Une clause de premier refus sera habituellement prévue, afin d'éviter de se retrouver avec des intrus au sein de la société. Voudra-t-on prévoir une clause d'expulsion d'un actionnaire, à la demande d'une majorité des autres? Voudra-t-on donner aux actionnaires l'option de se retirer de la société à leur discrétion (*opting out*)? Souhaitera-t-on une clause d'entraînement (*piggy back*) permettant à une majorité des actionnaires de vendre la totalité des actions de la société?

i.2) Clause de vote : comment la société sera-t-elle administrée? Par un conseil d'administration constitué d'un représentant de chacun des actionnaires? Voudra-t-on donner le contrôle à un enfant en particulier? Voudra-t-on convenir d'avance des postes de dirigeants de la société entre les membres du conseil d'administration? Voudra-t-on restreindre le pouvoir des administrateurs de prendre certaines décisions (vente des biens de la société, dissolution, détermination des sorties de fonds : prêts aux actionnaires, salaires, bonis, dividendes? etc.) sans le consentement d'une majorité spéciale ou même de l'unanimité des administrateurs et/ou des actionnaires?

ii) Convention entre les actionnaires actifs au sein de la société

ii.1) Clause d'achat-vente : dans ce contexte, les membres de la relève voudront certainement réserver le droit à l'actionnariat à ceux d'entre eux qui sont personnellement impliqués dans l'entreprise. La clause d'« offre automatique » prévoira alors l'obligation d'un actionnaire d'offrir ses actions en vente s'il cesse d'être actif dans l'entreprise pour quelque cause que ce soit, tel sa maladie, son invalidité ou son inaptitude, son décès, son « absence » au sens du Code civil ou tout autre événement qui l'empêcherait de travailler au sein de l'entreprise (l'emprisonnement? la drogue? etc.). Par contre, si l'entreprise vit assez longtemps pour voir arriver les enfants des membres de la relève, il faudra réviser la convention pour faire place à cette nouvelle génération. L'obligation d'offrir ses actions advenant son départ à la retraite, son invalidité ou son décès

devrait souffrir l'exception du passage de sa participation à ses propres enfants intéressés.

Également, voudra-t-on prévoir la possibilité pour les membres de la relève d'exclure l'un d'entre eux qu'ils considéreraient comme étant devenu indésirable au sein de l'entreprise (clause d'option d'achat des actions d'un actionnaire). Voudra-t-on aussi prévoir la possibilité pour un membre de la relève de se retirer de la société s'il juge qu'il n'y a plus sa place (clause d'option de vente des actions d'un actionnaire)? Une telle décision d'un actionnaire de se retirer à sa discrétion pourra se faire à un prix « réduit » (par exemple, à 75 % ou 80 % du prix fixé par ailleurs) pour compenser l'inconvénient qu'un tel retrait pourra occasionner à la société et aux actionnaires restants.

Il va de soi qu'une clause de premier refus sera de mise.

ii.2) Clause de vote : ici encore, la question du contrôle de la société se pose : les membres de la relève s'entendront-ils pour conférer le contrôle de l'entreprise à l'un d'entre eux? Y a-t-il un meneur accepté par tous? N'oublions pas qu'il est possible de traiter la question du contrôle indépendamment de celle de la participation aux bénéfices de la société. Ce n'est pas parce qu'un membre de la relève aurait plus de pouvoir au sein de l'entreprise qu'il devrait nécessairement avoir une plus grande participation que celle des autres. Par contre, si c'est surtout grâce au travail de certains des membres de la relève que l'entreprise croît et est profitable, il faudra savoir reconnaître cet apport particulier de ceux-ci si l'on ne veut pas créer des situations de frustration de leur part et, au pire, leur départ de la société pour lancer leur propre entreprise.

2.2.2.2. Rémunération de la relève

Quand il est question d'argent, *enough is never enough*. Parce que les parents ont peur de déplaire à leurs enfants, et parce qu'ils ne veulent pas faire de discrimination entre leurs jeunes, ils leur accordent une rémunération identique. Encore une fois, l'entreprise est au service de la famille. On encourage la paresse et on ne permet pas aux joueurs les plus performants de recevoir ce qui leur est dû. Habituellement, les enfants sont capables de reconnaître les qualités du véritable leader. Et ils seront prêts à ce qu'il reçoive le salaire qui représente sa contribution.

i) **Éléments de solution – aspect humain :** établir une échelle salariale qui tient compte, d'une part, des postes de l'entreprise les uns par rapport aux autres, un peu comme si l'on faisait un exercice d'équité salariale exigé par le gouvernement des entreprises pour la comparaison des postes occupés par les travailleurs et travailleuses et l'appliquer aux postes détenus par des membres de la famille et, d'autre part, comparer la rémunération de ces postes avec le marché. On appelle ces analyses l'équité interne et l'équité externe. La difficulté dans cet exercice est de pouvoir comparer des postes qui sont faits sur mesure pour les jeunes avec ceux qui existent sur le marché.

ii) **Éléments de solution – aspect juridique :** l'activité d'un enfant au sein de l'entreprise familiale peut être récompensée de différentes manières : par une participation dans l'actionnariat (pouvant être plus importante que celle des autres enfants, le cas échéant) ou par une rémunération adéquate. Cette rémunération peut comprendre un salaire de base, plus une composante additionnelle (boni) basée sur les éléments qui seront le plus en mesure de reconnaître l'apport exceptionnel de l'enfant au sein de l'entreprise. Comme cela a été mentionné précédemment, pour éviter à l'enfant de devoir s'imposer immédiatement sur cette rémunération additionnelle, il pourrait être envisagé de la lui verser sous forme de dividende, payable en actions *high and low*[56]. La notion de « dividende discrétionnaire » permet aujourd'hui une flexibilité nouvelle quant au choix de la source de revenus souhaitée (salaire ou dividende).

Loin d'être uniquement un avantage pécuniaire, parfois les parents offrent un travail à leurs enfants dans la compagnie parce qu'ils ont des difficultés à trouver ailleurs un travail qui leur convient ou que le métier qu'ils veulent exercer ne leur permettra pas de gagner leur vie. Lorsque les enfants se débrouillent bien dans le travail, là devrait s'arrêter la générosité de la famille. En effet, lorsque vient le temps de sélectionner les enfants qui feront partie de l'équipe de relève et de l'actionnariat, il faut éviter de prolonger cet élan de générosité. Les enfants actifs et compétents ne doivent pas avoir à expliquer toutes leurs décisions et à justifier leurs investissements au sein de l'entreprise à ceux et celles qui n'entendent rien au volet

[56] La question de savoir si un salaire ou un dividende est préférable découle de l'analyse de plusieurs facteurs, dont le taux d'imposition de la société (a-t-elle atteint le plafond de sa déduction pour petite entreprise?), le taux d'imposition de l'enfant, le besoin d'argent de l'enfant (est-il pressé d'avoir sa rémunération en mains immédiatement ou préfère-t-il pouvoir la reporter?), la disponibilité d'un CRTG au sein de l'entreprise, l'admissibilité de l'enfant au maximum de sa contribution au Régime de rentes du Québec et à son REÉR, etc.

économique. Les parents ont souvent une crainte pour l'avenir de ceux qui ont un métier plus risqué.

i) **Éléments de solution – aspect humain :** fournir un emploi qui permettra à chacun de se réaliser dans le domaine de son choix, mais s'assurer que le poste est nécessaire et que l'enfant a la compétence pour l'emploi. Il ne faut pas protéger pour protéger dans l'entreprise.

Il arrive encore de voir que les jeunes sont sous-payés par rapport au milieu. Cela est plus courant dans les entreprises dirigées par la génération des traditionalistes[57]. Et dans plusieurs cas, les filles recevaient une rémunération inférieure à celle de leurs frères. Il en va de même pour la détention des actions. L'injustice pouvait aller jusqu'à avantager les gendres dans les planifications. Il fallait des conseillers avant-gardistes pour influencer les dirigeants qui pensaient de cette manière. On comprend leur philosophie lorsqu'ils nous expriment leur attitude de la manière suivante : « On ne peut imposer à nos filles les difficultés d'être à la tête d'une entreprise, c'est trop dur… ».

i) **Éléments de solution – aspect humain :** encore une fois, établir l'équité interne et externe. Il n'est pas rare dans ces cas de voir la rémunération des postes occupés par des filles faire un bond en avant en ce qui concerne la rémunération. La seule manière de sortir de cette impasse est de gérer les principes et non les individus.

2.2.2.3. Fractionnement de revenu et déduction pour gains en capital

Il fut un temps où l'idée de faire du fractionnement de revenus a permis à tous les enfants des familles en affaires de devenir actionnaires dans l'entreprise. La générosité des parents se traduisait dans leur patrimoine comme dans l'entreprise et chacun avait sa part du gâteau, pas un morceau plus gros que l'autre. C'était sans compter sur le phénomène de jalousie qui existe parfois dans les familles en affaires. Lorsque vient le temps d'impliquer les enfants plus âgés dans la compagnie, les parents sont souvent encore trop jeunes pour prendre leur retraite, et ils ne veulent pas céder leur compagnie aux plus vieux et désavantager les plus jeunes. L'effet démobilisant pour les plus vieux de voir leur travail non récompensé leur faisait souvent prendre le chemin de la porte, pour ne plus revenir dans la compagnie. Lorsque les plus jeunes démontraient un intérêt à leur tour, les

[57] Génération née avant 1945.

plus vieux, pleins de rancœur, bloquaient la transaction alors que les parents aspirent à prendre une retraite bien méritée. Le sage conseil fiscal joue contre l'entreprise. Ce qui se voulait une action charitable tourne au cauchemar pour les parents parce que cela ouvre des blessures passées et les plus vieux empêchent la transaction : « Si je n'y ai pas eu droit dans mon temps, je ne vois pas pourquoi tu l'aurais! ». Les parents sont alors obligés de liquider le commerce et tout l'avantage fiscal est perdu.

i) **Éléments de solution – aspect humain :** dissocier patrimoine et entreprise, rémunérer les jeunes en fonction de leur poste et responsabilités et bâtir un programme de rémunération incitative jusqu'au moment où les jeunes sont assez compétents pour occuper des postes de direction. Comme les différents sujets abordés dans ce point concernent parfois la famille et parfois l'entreprise, les familles en affaires ont avantage à tirer profit de trois structures distinctes pour discuter des sujets qui touchent les membres de la famille.

A) Le conseil de famille

Au cours du conseil de famille pourront être abordées toutes les questions du patrimoine et de l'impact de l'évolution de l'entreprise au sein de ce patrimoine. C'est l'endroit idéal pour familiariser les jeunes avec l'éducation économique, mais aussi juridique. À plusieurs reprises déjà, nous avons eu le privilège d'initier les membres des familles des actionnaires de compagnies à l'importance de connaître certains éléments juridiques qui touchent nos vies au quotidien : l'impact d'un contrat de mariage sur le patrimoine, du décès prématuré d'un jeune sans testament, du conjoint de fait avec enfants…, de la création de fiducies, de l'utilisation de ces fiducies pour aider à payer les études des jeunes, etc.

B) Le conseil d'administration

Pour les moyennes entreprises, l'idée de faire des rencontres du conseil d'administration est souvent la solution pour donner des nouvelles de ce qui se passe au sein de la compagnie et de faire appel à des gens de l'extérieur pour agir à titre de conseiller auprès des actionnaires.

C) Le comité de gestion

C'est l'endroit privilégié pour parler de la stratégie de développement de la compagnie et aborder des sujets sur les peurs et les non-dits qui minent le climat de travail au sein de l'entreprise. Mais c'est surtout le

mécanisme idéal pour transférer les connaissances et l'expérience d'une génération à l'autre.

ii) **Éléments de solution – aspect juridique :** la mise en place d'une fiducie entre vifs serait un premier pas dans le règlement de cette problématique. En faisant en sorte que tous les enfants soient bénéficiaires d'une telle fiducie, les parents n'ont pas à décider immédiatement quant à la répartition des actions entre leurs enfants. Cette décision peut être reportée d'au moins 21 ans, moment où une décision devra être prise quant à la répartition des actions détenues par la fiducie si l'on ne souhaite pas déclencher l'impôt sur la plus-value accumulée sur ces actions depuis que la fiducie les détient. Il est à espérer que 21 ans suffiront pour voir clair quant au partage des actions détenues par la fiducie entre les enfants. Ce qui ne veut pas dire qu'aucune action de la compagnie n'aura été attribuée avant ce 21e anniversaire de la fiducie. Une première attribution d'actions aura pu subvenir entre les enfants plus vieux pour les inciter à continuer leur bon travail, en attendant de savoir à quoi s'en tenir quant aux plus jeunes.

Ou encore les parents peuvent procéder par étapes, en permettant à leurs enfants plus âgés de prendre une participation minoritaire dans la compagnie, dans le cadre d'un gel partiel, par exemple. Il sera toujours temps pour les parents, lors d'un gel total ou partiel des actions qu'ils auront conservées à la suite d'un premier gel, de compléter la répartition des actions entre les enfants intéressés, en tenant compte, dans la mesure du possible, de l'importance de l'implication de chacun d'entre eux.

3. PIÈGE DU CONTRÔLE

3.1. SA DÉFINITION

Vouloir exercer un contrôle indu sur les décisions de l'entreprise et prendre des mesures pour maintenir ce contrôle au-delà de la limite raisonnable.

3.2. CAS VÉCUS ET L'EFFET DU PIÈGE SUR LA FAMILLE

3.2.1. Le contrôle de la génération fondatrice

Les entrepreneurs sont généralement reconnus pour leur esprit de décision et leur sens inné de direction. Ils aiment le pouvoir que le leadership apporte. C'est plutôt rare qu'ils veuillent laisser la place à la génération suivante sans qu'une raison comme la fatigue ou la maladie les pousse à agir

dans ce sens. Dans la génération des traditionalistes, ces derniers ont du mal à laisser l'entreprise car ils n'ont pas préparé un « après entreprise », le mot « retraite » ne fait pas partie de leur vocabulaire; ils ont toujours de belles années devant eux.

La génération actuelle qui commence à penser au transfert est formée de la première cohorte des baby-boomers[58] qui se sont réalisés dans le travail mais pour qui les loisirs et les voyages sont partie prenante de leur vie active et ils ont souvent des projets qui les attendent. Ils souhaitent profiter du temps qui leur reste dans l'entreprise pour accomplir la transition. Ils veulent le meilleur des deux mondes : se réaliser en contribuant au succès de leur compagnie, mais explorer le monde et se lancer des défis personnels : l'alpinisme, les voyages exotiques, la pratique du sport dans le monde – golf et ski. Alors ceux qui cherchent à exercer leur contrôle tous les jours, et ce, même s'ils ne sont plus actifs dans la compagnie, le font souvent pour les raisons suivantes : ils ne font pas confiance à leurs enfants pour diriger la compagnie sans la mettre en péril, ou ils craignent que des chicanes intestines viennent ruiner le projet d'une vie.

Il faut se rendre à l'évidence : si l'entreprise fonctionne toujours et que les parents ont plus de 70 ans, leurs enfants font certainement les bonnes choses. Le fait de conserver le contrôle indûment permet de tester les valeurs des enfants et témoigne du respect qu'ils vouent à leurs parents s'ils leur laissent encore toute cette place. Mais il y a un effet négatif à cette situation, car vient le temps où le besoin de reconnaissance est plus grand que le respect qu'on doit aux parents et les enfants sont démobilisés et perdent le feu sacré. C'est aussi un jeu qui se joue à deux, les enfants trop respectueux perdent l'opportunité de s'affirmer et c'est souvent ce que recherchent les traditionalistes, des enfants assez forts et audacieux pour défier leur autorité et prendre leur place. Faire preuve de détermination et de leadership est le signe pour ces parents de laisser la place. Ce n'est pas rare d'entendre les parents dire : « C'est le signal que j'attendais… ». Il faut parfois attendre l'arrivée de la troisième génération pour qu'un releveur ait assez de trempe pour « tasser » l'autre génération.

i) **Éléments de solution – aspects humains :** dans le respect des valeurs familiales, il faut tranquillement enlever des responsabilités à la première génération et les confier à la seconde. À la faveur d'un congé ou d'une maladie, la première génération s'aperçoit que les décisions sont prises et

[58] Les personnes nées entre 1945 et 1955.

que la compagnie roule sans leur présence. C'est un deuil difficile à faire pour la première génération.

ii) **Éléments de solution – aspect juridique :** on peut créer un conseil d'administration composé de membres des deux générations et faire en sorte que le fondateur qui agissait jusqu'à maintenant comme président de la compagnie devienne plutôt le président du conseil d'administration et qu'un des jeunes occupe le poste de président de la compagnie. C'est un jeu d'équilibre subtil entre prendre sa place et maintenir un lien particulier avec la génération fondatrice qui souhaite demeurer dans le coup et être tenue au courant des projets de l'entreprise. Mais il reste que c'est la fierté de la première génération de dire que leurs enfants réussissent bien. Ce travail demande de la diplomatie car c'est plus difficile de travailler avec les traditionalistes qui deviennent fermés et moins flexibles avec l'âge. Les fondateurs peuvent être réticents à laisser tomber leur contrôle, même lorsque leurs actions de gel leur ont été entièrement rachetées ou qu'ils possèdent un patrimoine suffisant pour assurer leur sécurité financière leur vie durant. Peut-être les enfants n'auront-ils jamais le véritable contrôle juridique de l'entreprise familiale du vivant de leurs parents. Mais, en pratique, cela crée-t-il un obstacle important pour les enfants si ce contrôle n'est jamais véritablement exercé par les parents pour les empêcher de diriger l'entreprise à leur guise? Tout au plus vivront-ils une frustration psychologique de ne pas être maîtres absolus à bord de ce qui sera devenu leur navire. Évidemment, il en sera tout autrement si les parents, même à un âge avancé, continuent de s'immiscer dans la direction de l'entreprise et privent leurs enfants du plaisir qu'eux-mêmes auront eu à contrôler celle-ci.

Si le ou les parents conservent le contrôle jusqu'à leur décès, il faudra s'assurer que ce contrôle ne se retrouve pas, par testament du ou des parents, entre les mains des mauvaises personnes : par exemple, qu'il soit réparti en parts égales entre tous les enfants, y compris ceux qui ne font pas partie de la société exploitant l'entreprise. Une façon de régler le problème est de prévoir un rachat automatique des actions de contrôle au décès de leur détenteur. Ainsi, le ou les parents ne peuvent léguer ces actions par testament. Tout au plus pourront-ils léguer le produit de la vente de celles-ci, soit habituellement un montant nominal. Il faudra alors prévoir l'« après contrôle » des parents, du vivant de ceux-ci de préférence. Qui détiendra suffisamment de votes pour contrôler la société advenant l'annulation des votes des parents? Il y aura lieu de mettre en place les bons joueurs. Une autre façon de faire sera par convention unanime d'actionnaires, dans laquelle le pouvoir décisionnel sera donné à une personne ou aux personnes

(enfant(s) ou même tiers) à qui le contrôle devrait revenir, peu importe la répartition des votes entre les actionnaires.

3.2.2. Le contrôle sur sa propre génération

Dans la vie, il n'est pas rare de trouver des points communs dans les familles : des jeunes en enseignement dans des familles d'enseignants, des musiciens issus de familles où la musique exerce une fascination, des médecins d'une famille active dans la branche médicale, des avocats parmi des familles de juristes et des entrepreneurs dans des familles en affaires. L'audace que cela prend pour être en affaires, le sens du commerce, l'esprit d'initiative, le goût du risque et la facilité à trancher sont toutes des qualités qu'on retrouve chez nos entrepreneurs. Les enfants voient évoluer leurs parents dans ce milieu, et si les parents ont eu une vie intéressante et qu'ils ont su mettre en valeur leur métier, les enfants développeront à leur tour cet esprit d'entrepreneurship. Depuis les années que nous évoluons auprès de familles en affaires, nous avons toujours trouvé plus de candidats intéressants et désireux de prendre la relève parmi les jeunes de la famille.

Des métiers se transmettent très bien des parents aux enfants : les commerces, les professions qui demandent des expertises particulières allant du droit à l'électricité, en passant par l'agriculture. Il y a une certaine logique à ce que les jeunes aiment ce que leurs parents ont exercé comme métier. Aimer le métier est une chose, faire preuve d'esprit d'entreprise est une autre chose. On peut être un artisan ou un spécialiste dans son domaine, mais avoir peu de capacité pour déléguer et diriger. La crédibilité se gagne tranquillement, mais se défait en moins de temps qu'il n'en faut pour le dire. On assiste parfois à des combats entre les membres d'une même génération pour obtenir le contrôle sur les autres.

Le piège qui guette les jeunes qui veulent exercer leur autorité sur les autres est que jamais ces autres ne voudront leur accorder cet ascendant sauf s'ils ont vraiment les qualités pour diriger. Cela se sent dans les équipes, le leadership est quelque chose qu'on accorde à d'autres parce qu'ils font l'unanimité auprès de leurs pairs. On en sait quelque chose au Québec où nos personnalités politiques sont souvent remises en question. Pour asseoir son autorité, il faut avoir des aptitudes pour le faire. Puis il y a une question d'habiletés et d'expérience. Parmi les membres d'une même famille, il vaut mieux miser sur la complémentarité que sur la compétition. Mais le leader émerge naturellement lorsque vient le temps de décider des qualités du futur dirigeant. Si toutefois on se retrouve avec plusieurs candidats aussi bons les uns que les autres, on peut tirer profit de cette situation de plusieurs manières.

i) **Éléments de solution – aspect humain :** on peut mettre la compagnie en mode de croissance et faire en sorte que chacun dirige sa division, s'il s'agit d'un commerce qui peut prendre de l'expansion, ou encore chacun dirige sa filiale si l'on peut faire de l'intégration verticale. Ainsi, chacun a sa place dans la compagnie et les défis sont relevés avec brio.

Une autre solution est de permettre une transition à la tête de la compagnie et de nommer en alternance « le » président qui permettra de faire arriver les choses selon le stade d'évolution de la compagnie : un premier président avec des habiletés financières pour négocier les ententes avec les banques dans les moments où la compagnie est en mode de croissance, un second président avec des habiletés d'opérations quand la concurrence se fait plus féroce et qu'il faut innover pour se distinguer de celle-ci, un autre qui saura diriger l'entreprise quand la croissance fait place à la maturité et que la question de contrôle des coûts est au rendez-vous.

Il est intéressant aussi pour les parents de former une équipe de gestionnaires autour de la seconde génération et de faire en sorte que le recrutement se fasse en collaboration avec la génération montante. Les nouveaux qui entrent dans la compagnie sentent qu'ils auront travaillé avec les deux générations.

L'autre exercice qui reste permettant la meilleure cohésion dans une famille en affaires est de bâtir le plan de développement de l'entreprise pour les prochaines années avec la complicité des jeunes. En plus de bien comprendre où ira l'entreprise, cela permet de voir quels sont les rôles que joueront les parents, les enfants et les cadres de l'entreprise. C'est un moment enthousiasmant quand on décide de mettre l'entreprise en mode de croissance et que les jeunes sentent qu'ils font partie des projets futurs de la compagnie.

Et pourquoi pas une direction bicéphale? Cela demande une bonne appréciation du travail de chef de la direction et que des mandats particuliers soient donnés à chaque titulaire.

ii) **Éléments de solution – aspect juridique :** il est certain que le titre de président peut apporter une certaine satisfaction à la personne qui le détient. Mais d'autres rôles également importants peuvent aussi donner satisfaction à leurs titulaires : pensons au vice-président finances, au vice-président marketing, au secrétaire-trésorier, etc., pourvu que chacun des enfants tire satisfaction du rôle qu'il joue au sein de l'entreprise

familiale. Malheureusement, on n'est jamais à l'abri d'une bataille de coqs.

3.2.3. Le chantage pur et simple

Il arrive parfois que parmi la génération montante certains exercent une forme de chantage auprès des parents : « Si je ne suis pas actionnaire majoritaire, je quitte la compagnie. » Cette manière d'arriver à la tête de la compagnie n'a pas sa place dans une famille en affaires. Les jeunes qui exercent cette forme de pression, surtout s'ils sont âgés de moins de 30 ans, ont un rendez-vous avec la vie, il faut les laisser partir et qu'ils apprennent comment s'exerce le leadership dans d'autres compagnies. Ils auront probablement à vivre des expériences difficiles au sein d'autres organisations et ils s'initieront aux subtilités de l'exercice du leadership. Par contre, cette situation peut aussi refléter le désespoir d'un jeune qui sent que la compagnie ne va nulle part et qu'il faut donner un coup de barre.

i) **Éléments de solution – aspect humain :** il faut laisser les jeunes assumer leur décision et les laisser partir. Ils apprennent alors comment cela se passe dans une autre entreprise, peuvent voir comment s'exerce le leadership et surtout établir leur propre crédibilité quand viendra le temps de revenir dans l'entreprise familiale.

4. PIÈGE DE L'INCOMPÉTENCE

4.1. SA DÉFINITION

Donner des responsabilités au-delà des forces des membres de la relève.

4.2. CAS VÉCUS ET L'EFFET DU PIÈGE SUR LA FAMILLE

4.2.1. La question de compétence et d'expérience chez les jeunes

Le piège de l'incompétence est celui qui fait le plus de ravages dans le transfert d'entreprise. Sous-estimer le degré de difficulté pour gérer une entreprise amène la seconde et la troisième génération à fermer les portes de la compagnie.

Comme nous l'avons déjà exprimé, il nous arrive régulièrement de rencontrer des jeunes dans les familles en affaires qui ont la bosse des affaires. Deux dangers guettent les jeunes : d'une part, avoir accès à des postes de commande trop jeune et, d'autre part, penser que le transfert à la

direction peut se faire aisément. Un souvenir nous revient : un jeune qui, voyant son grand-père, le fondateur de l'entreprise, lire tranquillement son journal à son bureau, pensait que c'était facile d'exercer le rôle de président de l'entreprise. C'était sans savoir que son grand-père, après avoir vendu son entreprise une première fois, avait dû la racheter des gens à qui il l'avait vendue, ces derniers n'ayant pas réussi à la faire prospérer et songeant à en fermer les portes. L'histoire se termine bien, car finalement les propres enfants de son grand-père se sont joints à l'entreprise et ils ont plus que doublé le chiffre d'affaires de l'entreprise.

Avoir accès à un poste de commande trop jeune peut parfois « brûler » les membres de la relève, car ils n'ont pas les connaissances et l'expérience qu'il faut pour assumer le leadership. En effet, prendre la relève demande d'avoir un minimum de connaissances dans le domaine, si l'on exerce une profession comme plombier, avocat, etc. Et d'avoir aussi des connaissances en gestion, car prendre la relève n'est pas comme démarrer son entreprise. Le fondateur a souvent grandi avec son entreprise, il a appris à gérer du personnel, à comprendre ses états financiers, à gérer ses inventaires et à travailler avec son comptable et son banquier au moment de faire des investissements. La relève devra s'initier à tous ces aspects, alors que l'entreprise est plus grande à gérer. Comment rendre nos jeunes plus compétents?

i) **Éléments de solution – aspect humain :** avoir fait des études les plus complètes possible dans deux domaines particuliers, soit la spécialité de la maison et la gestion financière, et prendre de l'expérience dans d'autres organisations.

   Une fois que la relève aura intégré les rangs de l'entreprise, l'idéal est d'établir avec elle quelles seront les étapes de son cheminement de carrière et compléter ces étapes par de la formation sur les habiletés de gestion. Nous avons remarqué que des cours portant sur la crédibilité, la mobilisation du personnel, le leadership aident grandement la relève à prendre de l'assurance.

ii) **Éléments de solution – aspect juridique :** initier la relève à la lecture des états financiers et expliquer comment fonctionne la compagnie du point de vue juridique.

4.2.2. Laisser la place à la nouvelle génération

Il arrive qu'au moment de la relève, l'entrepreneur n'a plus le goût d'investir dans son entreprise. Depuis plusieurs années, son hypothèque est

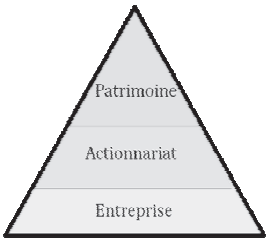
payée, la compagnie roule sur sa lancée et il ne veut pas bousculer sa routine. Pour que l'entreprise survive au passage à l'autre génération, il faut qu'elle s'adapte à son nouvel environnement et qu'elle suive l'évolution technologique. Il arrive souvent que ce soit le fondateur qui empêche le passage à la génération suivante pour trois raisons principales : son indépendance financière dépend de ses actions dans l'entreprise, il n'a pas préparé de projet de retraite, et il aime avoir le contrôle sur les destinées de « son » entreprise et bloque l'arrivée des jeunes aux postes de commande.

i) **Éléments de solution – aspect humain :** quand on ne donne pas la chance à la génération suivante de prendre des décisions, on ne bâtit pas la confiance en soi de cette génération et on la protège du stress de la prise de décision. Il faut profiter de la présence des deux générations dans l'entreprise pour faire grandir les jeunes.

ii) **Éléments de solution – aspect juridique :** prendre le temps de faire l'éducation économique et juridique des jeunes : leur expliquer l'impact des gestes courants de la vie – contrat de mariage, testament, mandat en cas d'inaptitude, convention entre actionnaires, etc.

CONCLUSION

Nous avons observé qu'une constante se dégageait de notre travail auprès des familles en affaires. Elle nous permet d'établir que les problèmes que vivent les familles se règlent à l'un ou l'autre des niveaux suivants : au niveau de l'entreprise, de l'actionnariat ou du patrimoine.



Les cas de rémunération et de salaires doivent se gérer dans l'entreprise. Il faut alors faire l'effort d'équilibrer les salaires à l'interne en fonction des responsabilités des membres de la famille et de comparer cette rémunération avec ce qui se donne dans des entreprises similaires.

Les questions d'indépendance financière se jouent à deux niveaux : en premier lieu, dans l'entreprise tant et aussi longtemps que les membres de la famille sont actifs dans la compagnie et en second lieu, au niveau de l'actionnariat avec des outils comme les ententes entre actionnaires et la politique de rachat des actions de gel.

Les questions de partage du patrimoine se règlent au niveau du conseil de famille ou, à tout le moins, au niveau du testament des fondateurs pour

qu'ils se servent de cet outil pour équilibrer les choses quant au partage de leur patrimoine.

Chaque fois, il faut se souvenir que la relève d'une entreprise est plus qu'une affaire de chiffres, c'est une affaire de cœur[59]. Pour avoir si longtemps travaillé au sein des familles en affaires, nous avons constaté qu'il n'est pas suffisant de suivre le processus de relève à la lettre, il faut toujours s'occuper des gens qui vivent ce transfert, écouter ce qu'ils ont à dire, leurs peurs, les non-dits et travailler avec eux à réaliser ce processus dans l'harmonie. Lorsque le transfert se fait dans un esprit de partage, les deux générations en sortent gagnantes.

Tous les pièges dont nous avons traité, c'est-à-dire le piège de l'incompétence, le piège du sang, le piège du contrôle et les sous-pièges de la jalousie, de la délégation, etc., sont directement reliés aux éléments humains. Ne pas partager les inquiétudes des parents, ne pas constater les souffrances qu'ils ont vécues, ne pas reconnaître la vision de la nouvelle génération sont autant d'enjeux qui méritent notre attention à titre de professionnel.

Régler ces problèmes, c'est le secret d'une relève réussie.

---

[59] Louis DUMONT et Roger TANGUAY, *Cultivez l'harmonie dans la relève d'entreprise*, collection « Bâtisseurs d'entreprises de cœur », 2010, p. 31.

MINIMISATION DES DROITS SUCCESSORAUX AMÉRICAINS



Caroline Rhéaume
Avocate, M. Fisc., TEP, présidente
STEP (Canada)
Chapitre de Montréal



Martin Olivier Boiteau
Avocat, M. Fisc.
Associé, fiscalité
PricewaterhouseCoopers
s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (CAROLINE RHÉAUME)
Impacts des récents changements législatifs sur nos planifications fiscales transfrontalières

1. DROITS SUCCESSORAUX AMÉRICAINS – INTRODUCTION 13:3

2. STRATÉGIES DE MINIMISATION DES DROITS SUCCESSORAUX – RÉSIDENTS CANADIENS – NON-CITOYENS AMÉRICAINS – NON DOMICILIÉS AUX ÉTATS-UNIS – ACHAT D'UNE PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE 13:6

2.1. LE *REVERSE HYBRID* 13:6
2.1.1. Mise en place – Règles générales 13:8
2.1.2. *Check-the-box* – Concept général 13:10
2.1.3. Impacts fiscaux avant le décès du client 13:10
2.1.4. Vente de la propriété 13:11
2.1.5. Impacts fiscaux au décès du client 13:11

2.1.6. Inconvénients reliés à la stratégie 13:12
2.1.7. Risques reliés à la stratégie 13:13

3. PLANIFICATION D'INTÉRÊT POUR LES CITOYENS AMÉRICAINS VIVANT AU CANADA 13:14

3.1. QUI EST CITOYEN AMÉRICAIN? 13:14

4. STRATÉGIES DE MINIMISATION DES DROITS SUCCESSORAUX – CITOYENS AMÉRICAINS – INDIVIDUS DOMICILIÉS AUX ÉTATS-UNIS 13:16

4.1. PLANIFICATION SUCCESSORALE CLASSIQUE – DEUX CONJOINTS CITOYENS AMÉRICAINS 13:16
4.2. PLANIFICATION SUCCESSORALE CLASSIQUE – UN SEUL CONJOINT EST CITOYEN AMÉRICAIN 13:17

5. LA FIDUCIE IRRÉVOCABLE D'ASSURANCE VIE OU *IRREVOCABLE LIFE INSURANCE TRUST* (ILIT) 13:18

CONCLUSION 13:24

PARTIE B (MARTIN OLIVIER BOITEAU)
Aspects pratiques et nouveautés

1. IMPACT DE LA DÉTENTION D'UN IMMEUBLE AUX ÉTATS-UNIS PAR L'INTERMÉDIAIRE D'UNE SOCIÉTÉ CANADIENNE 13:25

1.1. USAGE PERSONNEL OU D'AFFAIRES 13:25
1.2. IMPACTS FISCAUX DURANT LA DÉTENTION 13:26
1.3. IMPACTS FISCAUX LORS DE LA DISPOSITION 13:26

2. CONFORMITÉ AUX RÈGLES DE DROITS SUCCESSORAUX LORS DU DÉCÈS 13:27

2.1. FORMULAIRE 706-NA 13:27

3. LA NOUVELLE TROUVAILLE DE L'INTERNAL REVENUE SERVICE : LA *FOREIGN ACCOUNT TAX COMPLIANCE ACT* (FATCA) 13:28

3.1. CONCEPT FONDAMENTAL 13:28
3.2. IMPACT 13:28

4. DIVULGATION VOLONTAIRE 13:29

4.1. PROGRAMME STANDARD 13:29
4.2. *2011 OFFSHORE VOLUNTARY DISCLOSURE INITIATIVE* 13:29

PARTIE A
Impacts des récents changements législatifs sur nos planifications fiscales transfrontalières

Caroline Rhéaume, avocate, M. Fisc., TEP, présidente
STEP (Canada) – Chapitre de Montréal

1. DROITS SUCCESSORAUX AMÉRICAINS – INTRODUCTION

Depuis quelques années, la législation portant sur les droits successoraux américains est en constant changement. De nombreux praticiens ont été surpris d'apprendre l'abolition des droits successoraux américains pour l'année 2010. La loi intitulée *Tax Relief, Unemployment Insurance Reauthorization, and Job Creation Act of 2010*[1], signée par le président Obama le 17 décembre 2010, présente une nouvelle série de changements aux droits successoraux américains. Ces changements seront de courte durée, car ils sont applicables pour 2011 et 2012 seulement. À compter de 2013, les règles qui étaient applicables pour l'année 2009 devraient reprendre du service, selon les propositions budgétaires récemment déposées par le gouvernement américain pour 2012. Ainsi, le taux marginal d'imposition des droits successoraux serait de 45 %, avec une exemption à vie des droits successoraux de 3,5 M$ US et une exemption à vie de l'impôt sur les dons de 1 M$ US. Si rien n'est fait par le gouvernement et que les propositions budgétaires ne sont pas mises de l'avant, l'exemption des droits successoraux pourrait être ramenée à 1 M$ US et le taux marginal d'imposition haussé à 55 %. Entre-temps, des mesures plutôt avantageuses pour les citoyens américains et les particuliers domiciliés aux États-Unis sont en vigueur pour deux ans soit pour 2011 et 2012 :

1) Exemption à vie des droits successoraux de 5 M$ US procurant un crédit unifié (également appelé crédit global) de 1 730 800 $. Cette exemption sera indexée pour 2012.

2) L'exemption de 5 M$ non utilisée par un conjoint peut être transférée au conjoint survivant (en vertu d'une *portability clause*). Cette mesure ne vise toutefois pas les non-résidents américains.

3) L'exemption à vie de l'impôt sur les dons est augmentée de 1 M$ à 5 M$ US pour 2011 et 2012.

---

[1] Pub. L. No. 111-312, 124 Stat. 3296, H.R. 4853.

4) Taux marginal d'imposition des droits successoraux et de l'impôt sur les dons de 35 %.

Pour ce qui est des particuliers qui détiennent des biens aux États-Unis et qui sont non résidents de ce pays aux fins des droits successoraux américains, peu de changements les visent. En vertu de la législation fiscale américaine, un non-résident n'a pas de droits successoraux à payer et sa succession n'a pas à produire de déclaration de droits successoraux si la valeur des biens américains au décès est égale ou inférieure à 60 000 $ US[2]. Si la valeur est supérieure à ce montant, la *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*[3] prévoit un allègement. Il s'agit premièrement de déterminer l'assujettissement aux droits successoraux en vertu de la table d'imposition retrouvée à la disposition 2001(c) I.R.C. Par exemple, en vertu de cette table, des droits successoraux de 155 800 $ US sont payables sur des biens à *situs* américain ayant une valeur de 500 000 $ US. Une fois cette valeur déterminée, il est possible de demander un crédit égal au plus élevé des montants suivants[4] :

13 000 $ US; et

$$\frac{\text{Valeur des biens à } \textit{situs} \text{ américain}}{\text{Valeur de la succession mondiale}} \times 1\,730\,800\ \$\ \text{US} = \text{crédit unifié}$$

Si les biens à *situs* américain sont légués au conjoint survivant avec lequel le défunt était marié, il est généralement possible de doubler le crédit grâce au crédit marital prévu à la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*. Cela permet donc de multiplier le crédit unifié par deux, donc de doubler la déduction[5]. Il faut toutefois noter que si le crédit marital est réclamé, une fiducie américaine admissible (c'est-à-dire un *qualified domestic trust* (« QDOT »)) ne peut pas être utilisée pour différer le paiement des droits successoraux.

---

2 I.R.C. § 6018(a)(2) de l'*Internal Revenue Code of 1986* et mod. (« I.R.C. »).

3 Signée le 26 septembre 1980, telle qu'amendée par les protocoles signés le 14 juin 1983, le 28 mars 1984, le 17 mars 1995 et le 29 juillet 1997 (« Convention »).

4 Art. XXIX-B(2) de la Convention.

5 Art. XXIX-B(3) et XXIX-B(4) de la Convention.

En fonction de cette formule, un non-résident américain n'aura pas de droits successoraux à payer si la valeur de sa succession mondiale n'excède pas 5 M$ US (ou 10 M$ US pour un couple marié si la succession du défunt demande le crédit marital). Sa succession doit toutefois produire une déclaration de droits successoraux américains. Le formulaire à produire est le Formulaire 706-NA, « United States Estate (and Generation – Skipping Transfer) Tax Return – Estate of a non resident not a citizen of the United States ».

Prenons un exemple.

Louis, qui est résident canadien, possède un condominium en Floride ayant une valeur de 1,3 M$ US. La valeur de sa succession mondiale est de 25 M$ US. Louis est marié et il entend léguer tous ses biens à sa conjointe.

Selon la table des droits successoraux, Louis aurait à payer 435 800 $ de droits successoraux sur une valeur de 1,3 M$ advenant son décès en 2011 ou 2012. Son crédit unifié serait égal au plus élevé de :

13 000 $ US; et

$$\frac{\text{1,3 M\$}}{\text{25 M\$}} \times \text{1 730 800 \$} = \text{90 000 \$}$$

Il pourrait donc réclamer un crédit de 90 000 $.

Il aurait également droit au crédit marital de 90 000 $. Donc, ses droits successoraux seraient de 435 800 $ - 180 000 $ pour un solde de 255 800 $.

Tel qu'il a été mentionné, les nouvelles règles ne sont en vigueur que pour deux ans. Il demeure donc important de bien planifier l'achat de biens à *situs* américain afin de minimiser les droits successoraux américains pour les non-résidents américains. Pour les citoyens américains et les personnes domiciliées aux États-Unis, il peut notamment être intéressant de maximiser leurs planifications de dons alors que l'exemption à vie pour don est élevée et que le taux marginal est à 35 %. Plusieurs en ont d'ailleurs profité pour capitaliser certaines fiducies de leur vivant.

2. STRATÉGIES DE MINIMISATION DES DROITS SUCCESSORAUX – RÉSIDENTS CANADIENS – NON-CITOYENS AMÉRICAINS – NON DOMICILIÉS AUX ÉTATS-UNIS – ACHAT D'UNE PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE

L'utilisation d'une fiducie canadienne pour l'achat d'une propriété immobilière située aux États-Unis en vue de réduire les droits successoraux pour un résident canadien a récemment été traitée par M[e] Nathalie Marchand et M[e] Caroline Rhéaume[6]. Nous n'allons donc pas reprendre ce sujet.

Nous allons plutôt nous attarder sur des sujets qui ont été moins discutés au cours des dernières années à savoir :

a) **Achat d'une propriété immobilière située aux États-Unis par le biais d'une société par actions canadienne et dont l'achat est financé par la personne qui habitera la résidence**. Ce sujet est traité par M[e] Martin Olivier Boiteau dans la partie B du présent texte.

b) **Achat d'une propriété immobilière située aux États-Unis par le biais d'une société en commandite qui fait le choix d'être traitée comme une société par actions aux États-Unis, communément appelée *reverse hybrid*.**

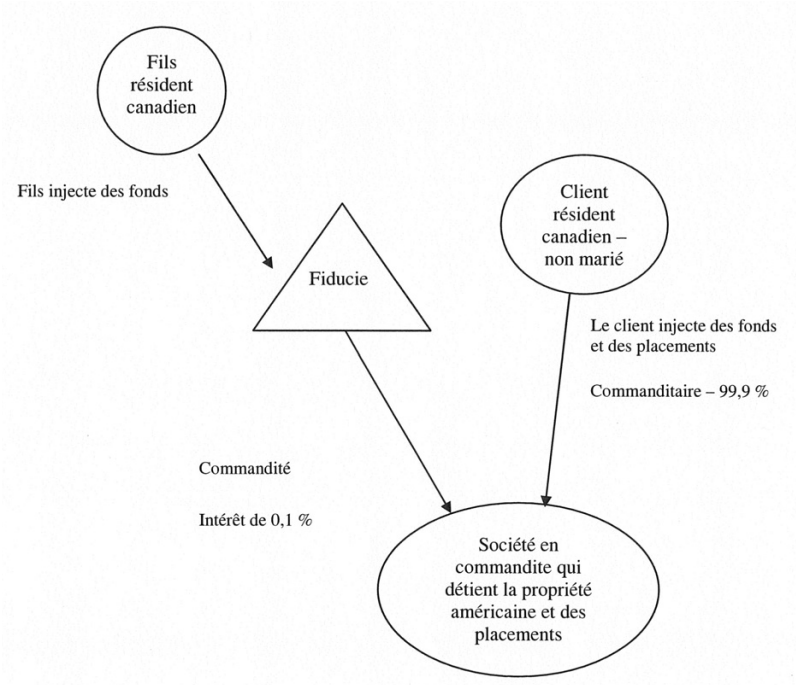
2.1. LE *REVERSE HYBRID*

Communément appelée *reverse hybrid*, la société en commandite canadienne qui fait le choix de se qualifier à titre de société par actions aux États-Unis semble gagner en popularité comme véhicule pour l'achat d'une propriété immobilière située aux États-Unis.

Puisque seuls les biens à *situs* américain sont visés par les droits successoraux américains lorsqu'en présence d'un résident canadien, ce mode de détention permet à la succession du défunt de démontrer qu'il détenait des actions d'une société canadienne à son décès et non pas un intérêt dans une propriété située aux États-Unis. Une des façons de structurer ce mode de détention est comme suit :

---

[6] Nathalie MARCHAND et Caroline RHÉAUME, « Création d'une fiducie pour détenir une propriété résidentielle située aux États-Unis afin d'éviter les droits successoraux américains », dans *Colloque – Fiducies*, 197, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2011, pp. 4:1-11.



Dans cet exemple, le fils accepte d'injecter des fonds dans la fiducie pour lui permettre d'acquérir une part dans la société en commandite. Évidemment, si la fiducie est régie par le droit civil, l'article 1275 du *Code civil du Québec*[7], entre autres, devra être respecté. Les règles fiscales d'attribution doivent également être révisées.

Une société en commandite canadienne est mise en place. Cette structure doit permettre qu'un choix soit éventuellement effectué aux fins fiscales américaines avant le décès du client afin que la société de personnes se qualifie de société par actions aux fins fiscales américaines. Il s'agit du choix souvent appelé *check-the-box*[8]. Nous faisons référence à cette structure comme étant un *reverse hybrid*, car l'entité est traitée comme une société de personnes au Canada et aux États-Unis pendant la vie du client, mais comme une société par actions aux États-Unis à son décès, qui est généralement le

---

7 L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »).

8 Treas. Reg. 301.7701-3.

moment où le choix est effectué. Ce choix pourra toutefois être effectué plus tôt. Grâce à cette structure, au décès du client, puisqu'il détient des actions d'une société canadienne qui elle détient un immeuble situé aux États-Unis, la valeur de l'immeuble n'entre pas dans la valeur de ses biens assujettis aux droits successoraux américains. Évidemment, le client ne doit pas détenir d'autres biens à *situs* américain à titre personnel. Autrement, il continuera d'avoir un assujettissement potentiel aux droits successoraux américains.

2.1.1. Mise en place – Règles générales

1) Mise en place de la société en commandite : un commandité fait une mise de fonds nominale et acquiert une part de 0,1 % dans la société, alors que le client, comme commanditaire, transfère les fonds requis pour l'achat de la propriété ainsi que d'autres actifs générateurs de revenus. En effet, il est important que la société en commandite puisse démontrer qu'elle a un but commercial afin qu'à la suite du *check-the-box*, la société par actions soit reconnue à ce titre par l'Internal Revenue Service (« IRS »)[9]. Le *Code civil du Québec* prévoit, pour sa part, à l'article 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. »

   Le fait de louer la propriété à des tiers pourrait donner lieu à une activité commerciale, mais cela semble requérir que des services soient reliés aux activités de location telles qu'un service de concierge, femmes de chambre, entretien, réceptionniste. Le client reçoit 99,9 % des parts. Afin de satisfaire la condition de l'activité commerciale, en règle générale, un portefeuille de placements sera transféré à la société par le client. Sans être une exigence absolue, des placements ayant une valeur minimale égale à 10 % de la valeur de la propriété seront transférés.

2) Rédaction d'une convention de société. Parmi les clauses retrouvées à ce document, il est important de prévoir que le décès d'un associé n'aura pas pour effet de mettre fin à la société. Autrement, cela pourrait causer certains problèmes en termes de droits successoraux. L'article 2258 C.c.Q. indique que le contrat de société prend notamment fin par le décès de l'un de ses associés. L'article 2259 C.c.Q. ajoute toutefois qu'il est permis de stipuler qu'advenant le décès de l'un de ses associés, la société

---

9 Voir *Moline Properties* v. *Commissioner*, 319 U.S. 436 (1943).

continuera avec ses représentants légaux ou entre les associés survivants. C'est pourquoi il peut être utile d'utiliser une fiducie ou une société par actions pour agir comme commandité.

3) Opération indépendante de la société en commandite. Il est important que la société ait son propre compte bancaire et que toutes les transactions ayant trait à l'immeuble soient documentées (réception des revenus de loyer, le cas échéant, paiement des taxes foncières, des dépenses d'entretien, de réparations, assurances, achat de meubles, etc.). Toutes les dépenses doivent être payées par la société et non pas par le client. Il est primordial que la société en commandite soit vue comme une entité indépendante de ses associés. Une des conditions à satisfaire afin que l'entité soit reconnue comme une société en commandite est qu'elle doit avoir un but commercial[10]. L'IRS s'est déjà prononcé sur le fait que lorsque deux individus s'associent afin d'investir dans des titres boursiers, cette activité constitue l'exploitation d'une entreprise et crée en conséquence une société. Si le client détient notamment des placements américains, ils seront transférés à la fiducie, ce qui les exclura des biens à *situs* américain détenus par le client. Le transfert des biens, s'il est en faveur d'une société de personnes canadienne, s'effectue généralement par voie de roulement selon le paragraphe 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[11]. Le Formulaire T2059 est à produire. Sur le plan fiscal américain, le gain en capital provenant du transfert d'un portefeuille de placements américains en faveur de la société canadienne par une personne qui n'est ni résidente ni citoyenne des États-Unis n'est généralement pas imposable aux États-Unis.

4) Préparation d'une liste de contrôle faisant état des étapes, procédures et formulaires à produire, dans quel délai et par qui. Cette liste devrait se diviser en trois : mesures à prendre lors de la mise en place de la société; mesures à prendre lors de l'achat de la propriété; mesures à prendre à la suite du décès du client.

5) Choix *check-the-box*.

---

10 I.R.C. § 704(e).

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

2.1.2. *Check-the-box* – Concept général

Le choix afin que la société de personnes soit traitée comme une société par actions aux fins fiscales américaines se fait généralement au moment de la mise en place de l'entité. La législation américaine permet toutefois que le *check-the-box* soit fait de façon rétroactive. La date effective du choix est celle indiquée sur le Formulaire 8832, « Entity Classification Form ». Cependant, cette date ne peut pas remonter à plus de 75 jours de la date effective du choix. Ainsi, le choix de traiter la société en commandite comme étant une société par actions peut être fait à la suite du décès du client, avec effet rétroactif avant son décès, dans la mesure où la règle des 75 jours est respectée. Par exception, le choix peut être fait en retard, si certaines conditions sont remplies. Nous vous référons aux instructions générales qui accompagnent le Formulaire 8832 pour plus de détails à ce sujet.

L'avantage de retarder le choix est principalement de permettre à la société en commandite d'avoir accès au taux d'imposition réduit de 15 % (comme pour un individu) applicable au gain en capital lorsqu'un bien a été détenu plus de 12 mois avant sa disposition. Autrement, un impôt américain corporatif qui peut atteindre les 34 % ou 35 % lors de la vente de l'immeuble serait payable, sans oublier qu'un impôt corporatif de l'État peut s'ajouter à l'impôt fédéral. Ce taux est de 5,5 % si la propriété est située en Floride. Cet impôt de l'État peut toutefois être réclamé comme dépense au niveau fédéral. Il est important de vérifier si les règles de classification d'une entité selon les règles fédérales sont les mêmes dans l'État où la propriété est située. Il semble que ce soit le cas pour l'État de la Floride.

Selon ce qui a été annoncé par le gouvernement américain à la fin 2010, le taux d'imposition de 15 % sur le gain en capital est appelé à augmenter à 20 % en 2012.

2.1.3. Impacts fiscaux avant le décès du client

Au niveau canadien, à moins que la propriété ne soit louée ou vendue durant l'année, seuls des revenus de placement seront générés. Les revenus seront attribués aux associés selon leur intérêt dans la société. La répartition doit être raisonnable et les paragraphes 103(1) et 103(1.1) L.I.R. doivent être respectés. Au niveau américain, à moins que la propriété ne soit louée ou que la société gagne du revenu d'entreprise de source américaine, la société ne devrait pas avoir à produire de déclaration américaine avant la vente de la propriété ou le décès du client.

2.1.4. Vente de la propriété

La vente de la propriété déclenche un gain en capital imposable au Canada, ainsi qu'un gain en capital imposable aux États-Unis. Le taux marginal est de 24 % au Canada et de 15 % aux États-Unis (pour 2011, dans la mesure où l'immeuble est détenu plus de 12 mois). Comme le gain en capital est attribué aux associés dans les deux juridictions, ceux-ci devraient en principe avoir droit à un crédit pour impôt étranger au Canada pour l'impôt payé aux États-Unis. Le taux de change peut avoir un impact sur le crédit toutefois. La question des retenues à la source américaines lors de la vente est à analyser avec soin, que ce soit en vertu du *Foreign Investment in Real Property Tax Act*[12] ou en vertu de la règle fiscale qui exige généralement qu'une société fasse une retenue sur les montants de gains en capital attribués à un non-résident. Lors de la production de la déclaration de revenus américaine, un remboursement pourra être obtenu si la retenue a été faite à un taux trop élevé.

2.1.5. Impacts fiscaux au décès du client

Check-the-box

Aux fins fiscales canadiennes, le *check-the-box* n'a aucun impact. Au niveau américain, le choix est généralement fait à la suite du décès du client avec effet rétroactif avant le décès. Ce choix provoque un gain en capital égal à la différence entre la juste valeur marchande (« JVM ») de la propriété américaine sur son coût de base. Le gain sur le portefeuille de placements ne devrait toutefois pas être imposable aux États-Unis puisque, de façon générale, un non-résident des États-Unis n'est pas imposé sur le gain à la vente de biens meubles américains. Le gain en capital provenant de la disposition réputée de l'immeuble est ensuite attribué aux associés, ce qui augmente le prix de base rajusté de leurs parts. L'impact du choix en ce qui a trait à l'impôt de l'État américain dans lequel l'immeuble est situé est évidemment à réviser.

Disposition réputée de l'intérêt dans la société

Aux fins fiscales canadiennes, dans le cas présenté, il y a une disposition réputée de l'intérêt détenu par le client dans la société en commandite à la JVM. Il pourra donc en résulter un gain en capital. Aux fins fiscales américaines, l'impôt déclenché par le *check-the-box* devrait également être

[12] Pub. L. No. 96-499, 94 Stat. 2599, 2682, 5 décembre 1980.

généré dans l'année du décès. Selon les praticiens qui utilisent cette stratégie, l'impôt américain devrait en principe pouvoir être réclamé au Canada par le biais du mécanisme de crédit pour impôt étranger. Pour ce faire, le gain provenant de la disposition réputée de l'intérêt dans la société doit être considéré comme un gain de source américaine. Il n'est pas assuré que l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») traitera ce gain comme un gain de source américaine. Le recours à la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis* semble une option. Aux fins fiscales américaines, le gain provenant de la disposition d'un intérêt dans une société en commandite est imposable en vertu de la législation fiscale américaine ainsi qu'en vertu de l'article XIII de la Convention, dans la mesure où il se rapporte à la disposition d'un bien immobilier situé aux États-Unis. Par ailleurs, l'article XXIV de la Convention mentionne que les gains d'un résident canadien qui sont imposables aux États-Unis conformément à la convention fiscale sont considérés comme provenant des États-Unis. En conséquence, plusieurs praticiens soutiennent qu'au décès du client, la succession paiera le plus élevé de l'impôt canadien déclenché par la disposition réputée et de l'impôt américain provenant du *check-the-box*.

Les droits successoraux américains ne devraient pas s'appliquer à la suite du choix, car la société en commandite sera alors traitée comme une société par actions aux fins fiscales américaines. Notons qu'à partir de ce moment, si la société par actions gagne du revenu ou du gain en capital, ils seront imposables au taux d'imposition corporatif.

2.1.6. Inconvénients reliés à la stratégie

Parmi les inconvénients, notons que l'appariement des crédits pour impôt étranger n'est pas absolu, surtout lorsque vient le moment de liquider la société. La position de l'ARC semble toutefois autoriser les associés à réclamer au Canada un crédit pour l'impôt étranger payé par le *reverse hybrid*[13]. L'impôt de l'État américain où est situé le bien doit être vérifié. La gestion de la société en commandite n'est pas toujours aisée pour les clients. Ils ont souvent tendance à vouloir administrer le bien immeuble comme si ce bien leur appartenait en absolue propriété.

---

[13] Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9301815, 6 avril 1993 et AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-270R3, « Crédit pour impôt étranger », 25 novembre 2004. Les mesures annoncées dans le Budget fédéral de 2010 se rapportant aux générateurs de crédit pour impôt étranger ne semblent pas viser une structure telle que le *reverse hybrid*.

2.1.7. Risques reliés à la stratégie

- Le client omet de transférer des biens générateurs de revenus à la société ou la société n'a jamais d'activité économique.

- La société se termine automatiquement au décès d'un associé.

- Le choix *check-the-box* n'est pas effectué à l'intérieur du délai permis.

- Si le choix n'est pas fait, la part détenue dans une société en commandite propriétaire d'un immeuble situé aux États-Unis pourrait-elle faire partie des biens à *situs* américain du client à son décès? La règle de *situs* du bien lorsqu'en présence d'un intérêt dans une société de personnes n'est pas claire. À notre connaissance, ni les autorités fiscales américaines ni les tribunaux américains ne se sont prononcés clairement en cette matière.

- La disposition 301.7701-1 du règlement américain (Treas. Reg.) fait référence à la classification d'une entité aux fins de l'impôt sur le revenu fédéral. Il n'est pas assuré que le *check-the-box* ait un effet au niveau de l'impôt sur les dons ou sur les droits successoraux.

  Il est impératif que la structure soit reconnue à titre de société en commandite et non pas à titre de pure copropriété. La doctrine du *substance over form* est parfois invoquée par les autorités fiscales américaines lorsqu'elles sont en présence d'une structure qu'elles considèrent être abusive.

  Des dispositions de l'*Internal Revenue Code* visent à ramener dans le patrimoine d'un individu certains biens qui ont fait l'objet d'un transfert alors que le cédant a conservé certains droits sur le bien (*pullback provisions*) ou un intérêt économique dans le bien. Ces biens sont alors inclus dans les biens du défunt aux fins des droits successoraux américains[14].

[14] Voir I.R.C. §§ 2036 et 2038.

3. PLANIFICATION D'INTÉRÊT POUR LES CITOYENS AMÉRICAINS VIVANT AU CANADA

3.1. QUI EST CITOYEN AMÉRICAIN?

Évidemment, avant de songer à faire une planification de réduction des droits successoraux américains, il faut d'abord déterminer si le client est bel et bien citoyen américain. Certains Canadiens nés de parents américains croient à tort qu'ils sont citoyens américains, alors que d'autres qui le sont ont toujours ignoré ce fait. Il faut se référer à l'*Immigration and Nationality Act*[15] pour les règles relatives à l'obtention de la citoyenneté américaine.

Individu né aux États-Unis

Un individu né aux États-Unis est automatiquement citoyen américain[16]. Il n'a aucune mesure à prendre à cet effet. Ce principe s'applique même si l'individu n'a vécu que très peu de temps aux États-Unis, et même s'il est né de parents canadiens qui n'étaient qu'en visite aux États-Unis, par exemple.

Individu né à l'extérieur des États-Unis de parents mariés citoyens américains

Un enfant est automatiquement citoyen américain si :

1) ses deux parents étaient citoyens américains à sa naissance;

2) ses parents étaient mariés;

3) au moins un des parents a vécu aux États-Unis avant la naissance de l'enfant.

Individu né à l'extérieur des États-Unis de parents mariés dont un est citoyen américain

Si l'enfant est né le ou après le 14 novembre 1986, il est citoyen américain si toutes les conditions suivantes sont satisfaites[17] :

---

15 Pub. L. No. 82-414, 66 Stat. 163, en vigueur le 27 juin 1952 (« I.N.A. »).

16 I.N.A. § 301(c).

17 I.N.A. § 301(g).

1) les parents de l'enfant étaient mariés au moment de sa naissance;

2) un des parents était citoyen américain au moment de la naissance de l'enfant;

3) le parent citoyen américain a vécu au moins cinq ans aux États-Unis avant la naissance de l'enfant;

4) au moins deux de ces cinq années étaient après le 14e anniversaire du parent citoyen américain.

Si l'enfant est né entre le 24 décembre 1952 et le 14 novembre 1986, il est citoyen américain si toutes les conditions suivantes sont remplies[18] :

1) les parents de l'enfant étaient mariés au moment de sa naissance;

2) un des parents était citoyen américain au moment de la naissance de l'enfant;

3) le parent citoyen américain a vécu au moins 10 ans aux États-Unis avant la naissance de l'enfant;

4) au moins 5 de ces 10 années étaient après le 14e anniversaire du parent citoyen américain.

Individu né à l'extérieur des États-Unis d'une mère américaine non mariée

L'enfant sera citoyen américain si[19] :

1) la mère était citoyenne américaine au moment de la naissance de l'enfant;

2) la mère a été présente aux États-Unis pour une période continue d'un an avant la naissance de l'enfant.

Si c'est plutôt le père qui est citoyen américain, nous vous référons à la disposition 309(g) I.N.A.

---

18 *Id.*

19 I.N.A. § 309(c).

4. STRATÉGIES DE MINIMISATION DES DROITS SUCCESSORAUX – CITOYENS AMÉRICAINS – INDIVIDUS DOMICILIÉS AUX ÉTATS-UNIS

4.1. PLANIFICATION SUCCESSORALE CLASSIQUE – DEUX CONJOINTS CITOYENS AMÉRICAINS

Credit shelter trust

La planification successorale classique lorsqu'en présence de deux conjoints mariés citoyens américains est de prendre avantage de l'exemption à vie pour droits successoraux. Rappelons que cette exemption est de 5 M$ US par conjoint pour 2011 et 2012. Les conjoints auront généralement recours aux fiducies testamentaires afin de maximiser l'utilisation de leurs crédits et exemptions. Le conjoint qui décède lègue généralement des actifs ayant une valeur égale à l'exemption à vie en faveur d'une fiducie appelée *credit shelter trust* ou *by-pass trust*. La succession du conjoint décédé réclame cette exemption et il n'y a donc pas de droits successoraux payables jusqu'à concurrence du montant de l'exemption à vie pour le conjoint décédé. Les biens dans cette fiducie et l'accroissement de valeur demeurent à l'abri des droits successoraux payables à la suite du décès du conjoint survivant. Les bénéficiaires sont généralement le conjoint et/ou les enfants du défunt. L'accès des bénéficiaires au revenu de la fiducie est généralement illimité, alors que l'accès au capital sera restreint à des critères vérifiables liés à la santé, l'éducation, le soutien ou l'entretien (*ascertainable standards*). Évidemment, si le conjoint survivant est également résident canadien, les enfants ne devraient pas être bénéficiaires de ladite fiducie avant le décès du conjoint survivant si l'objectif est de léguer à ce dernier des actifs par voie de roulement. Le conjoint survivant bénéficie pour sa part de sa propre exemption à vie pour droits successoraux. Il s'agit ici de s'assurer de maximiser les exemptions à vie pour droits successoraux des deux conjoints. Même s'il est possible pour un citoyen américain de transférer ses biens à son décès à son conjoint marié également citoyen américain sans impact fiscal immédiat en tirant avantage de la déduction maritale, une telle stratégie fait alors perdre une exemption. Le conjoint survivant se retrouve alors avec une valeur plus élevée de biens, mais il ne peut que réclamer sa propre exemption, présentement de 5 M$ US. Si la valeur des biens légués excède l'exemption à vie, les biens en excédent sont généralement transférés directement en faveur du conjoint ou à une fiducie testamentaire familiale. Grâce à la déduction maritale illimitée, ces biens peuvent être transférés au conjoint survivant sans impact fiscal immédiat, un peu comme lorsque des biens sont transférés par voie de

roulement à un conjoint ou à une fiducie testamentaire au profit du conjoint en vertu du paragraphe 70(6) L.I.R.

Lorsque le montant des droits successoraux payables est relativement élevé malgré l'utilisation des diverses exemptions, le recours à une fiducie irrévocable d'assurance vie peut être une solution à envisager pour pourvoir au paiement de ces droits, tel qu'il est discuté ci-dessous.

4.2. PLANIFICATION SUCCESSORALE CLASSIQUE – UN SEUL CONJOINT EST CITOYEN AMÉRICAIN

Lorsque seulement un des conjoints est citoyen américain, il s'agira d'évaluer la possibilité d'égaliser la valeur de la succession afin que la valeur de la succession du conjoint citoyen américain demeure sous la barre de l'exemption à vie. Des dons de bienfaisance pourront être faits du vivant du citoyen américain. L'utilisation d'un *credit shelter trust* est parfois considérée. La déduction maritale en vertu de la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis* est une autre option pour réduire les droits successoraux du citoyen américain. Le recours à une fiducie américaine admissible de type QDOT peut également être envisagé. Il faut toutefois noter que si la déduction maritale est utilisée, un QDOT ne peut alors pas être mis en place. L'analyse de ces techniques dépasse toutefois le cadre du présent texte.

La rédaction du testament du conjoint non citoyen américain est à exécuter avec soin afin de ne pas augmenter l'assujettissement du citoyen américain aux droits successoraux. Évidemment, dans la mesure où le conjoint non citoyen américain décède le premier et laisse tous ses biens au conjoint citoyen américain, cela a pour effet d'accroître l'assujettissement aux droits successoraux américains. Il est toutefois possible de rédiger le testament de sorte que les biens soient laissés en fiducie au profit du conjoint citoyen américain et de prévoir des clauses qui, en limitant les pouvoirs du conjoint sur le capital, pourront faire en sorte que ces biens en fiducie ne fassent pas partie de la succession du conjoint citoyen américain aux fins des droits successoraux américains. Dans la mesure où le conjoint survivant ne peut se faire attribuer les biens de la fiducie sans restrictions, ni transférer les biens de la fiducie en faveur de ses héritiers, créanciers ou créanciers de sa succession, les biens détenus en fiducie ne devraient pas faire partie de la succession du conjoint citoyen américain, son droit dans la fiducie n'ayant alors aucune valeur. Une fiducie prévoyant que le conjoint aura droit aux revenus de la fiducie, mais avec un droit limité au capital sur la base de critères identifiables (*ascertainable standards*) permet généralement au citoyen américain de ne pas être assujetti aux droits successoraux sur la

valeur des biens de la fiducie. Les critères reconnus sont principalement les nécessités de la vie, l'éducation et la santé (*ascertainable standards relating to the health, education, support or maintenance*).

Il convient de noter que lorsqu'un conjoint citoyen américain décède alors qu'il possède un bien en copropriété avec son conjoint qui n'est pas citoyen américain, il y a une présomption voulant que la valeur totale du bien soit incluse dans la succession du conjoint citoyen américain, à moins que le conjoint non citoyen américain ne soit en mesure de prouver sa contribution financière à l'achat du bien[20]. C'est pourquoi il est recommandé de conserver une preuve du paiement du prix d'achat du bien lorsque les deux conjoints ont effectivement fait une mise de fonds.

5. LA FIDUCIE IRRÉVOCABLE D'ASSURANCE VIE OU *IRREVOCABLE LIFE INSURANCE TRUST* (ILIT)[21]

Les objectifs de la mise en place d'une fiducie irrévocable d'assurance vie sont :

- réduire les droits successoraux autrement payables sur la prestation d'assurance vie;

- procurer des liquidités qui serviront au paiement des droits successoraux américains.

Puisque la prestation d'assurance sur la vie de l'assuré citoyen américain et payable à la fiducie irrévocable d'assurance vie ne fait pas partie des biens de l'assuré à son décès, son utilisation permet de réduire les droits successoraux payables, alors que si la prestation d'assurance est payable à la succession de l'assuré, elle fera généralement partie de ses biens assujettis aux droits successoraux américains. En effet, une prestation d'assurance vie, bien que non soumise à l'impôt sur le revenu fédéral américain, est généralement assujettie aux droits successoraux américains lorsque l'assuré est citoyen américain ou domicilié aux États-Unis. Il en est de même s'il possède un attribut du droit de propriété (*incident of ownership*) à l'égard de

---

20 I.R.C. § 2040(a).

21 L'auteure tient à remercier M^me^ Diane Hamel, vice-présidente adjointe, planification fiscale et successorale chez Financière Manuvie, et M^me^ Annie Bélanger, vice-présidente et conseillère en sécurité financière chez RBC DS Services financiers (Québec) inc., de leur contribution à la rédaction de cette section portant sur la fiducie irrévocable d'assurance vie.

la police. Le droit de changer les bénéficiaires de la police, le droit de résilier la police, le droit d'emprunter sur la police, ou encore le droit de donner la police en garantie sont des exemples d'*incidents of ownership*.

Lorsque les parents sont citoyens américains, ils seront généralement les constituants de la fiducie irrévocable d'assurance vie. Leurs enfants seront les bénéficiaires. Dans certains cas, un seul des conjoints sera le constituant, alors que l'autre conjoint et les enfants seront les bénéficiaires.

1) Qui doit signer la proposition d'assurance?

Un des éléments importants de la stratégie, lorsqu'une nouvelle police d'assurance vie est souscrite, est de nous assurer que la police est effectivement souscrite par la fiducie et qu'il ne s'agit pas d'un transfert de police de l'assuré en faveur de la fiducie irrévocable d'assurance vie. Autrement, advenant le décès du cédant dans les trois ans suivant le transfert, la valeur de la prestation d'assurance vie sera incluse dans sa succession aux fins des droits successoraux américains[22]. Plusieurs praticiens américains exigent que la proposition soit signée par les fiduciaires au nom de la fiducie. Évidemment, puisque nous ne savons pas toujours si le client est assurable, la fiducie sera généralement mise en place seulement une fois cette question réglée. Le client veut également connaître le montant de la prime annuelle à l'avance. Ainsi, la proposition initiale est généralement signée par le client. Dans certains cas, une nouvelle proposition sera signée par les fiduciaires au nom de la fiducie et remplacera celle signée par le client. Ce qui semble un élément clé est de s'assurer que le paiement de la prime est effectivement fait par la fiducie. Il faut éviter une émission de la police en faveur de l'assuré. Lorsque la proposition initiale est signée par l'assuré, certaines compagnies d'assurances permettront qu'une nouvelle proposition soit faite par la fiducie irrévocable d'assurance vie. Notons qu'il sera plus facile de démontrer que nous ne sommes pas en présence d'un transfert de police si le temps écoulé entre la signature de la proposition par le client et la signature par la fiducie est relativement court. La fiducie doit être substituée à titre de propriétaire et bénéficiaire de la police le plus rapidement possible. La police ne doit pas être émise avant que cette exigence soit satisfaite. Pour ce qui est du nom de la fiducie, il est généralement préférable, si le nom du client est utilisé, de choisir Fiducie irrévocable Monsieur Assuré, plutôt que Fiducie irrévocable d'assurance vie Monsieur Assuré de sorte que les fiduciaires ne seront pas vus comme les agents ou mandataires de l'assuré.

---

[22] I.R.C. § 2035(a).

2) Qui doit être le constituant?

Les parents qui sont les assurés, ou un des conjoints, seront généralement les constituants. Ce sont eux qui transféreront les sommes nécessaires à la fiducie irrévocable d'assurance vie pour faire le paiement des primes. Tel qu'il est discuté ci-après, certaines clauses spécifiques doivent être retrouvées à l'acte de fiducie afin de minimiser l'impact de l'impôt sur les dons lorsque des sommes sont transférées à la fiducie. Il ne faut pas que la succession de l'assuré soit bénéficiaire de l'assurance vie pour éviter que la valeur de la prestation d'assurance soit incluse dans la succession de l'assuré. Il ne faut pas non plus que l'assuré soit propriétaire de la police alors que la fiducie irrévocable d'assurance vie est bénéficiaire. Afin d'éviter que les biens de la fiducie soient inclus dans la succession du constituant, ce dernier ne devrait idéalement pas être fiduciaire, bénéficiaire ou avoir de pouvoirs sur la fiducie ou ses fiduciaires. Le constituant peut toutefois avoir le pouvoir de destituer et de remplacer sans raison le fiduciaire pourvu qu'il ne puisse pas nommer un remplaçant qui lui est lié ou subordonné (*related or subordinate* au sens de la disposition 672(c) I.R.C.).

3) L'assuré peut-il être fiduciaire?

Cela est possible s'il s'agit d'une police conjointe payable au deuxième décès. Il faut toutefois être prudent car, en règle générale, la valeur d'une police d'assurance vie détenue par une fiducie est incluse dans la valeur de la succession du défunt s'il est fiduciaire de la fiducie selon la disposition 20.2042-1(c)(4) Treas. Reg. Toutefois, l'IRS a déjà indiqué que si le fiduciaire assuré ne transfère pas la police à la fiducie, qu'il ne lui fait pas de don et qu'il ne conserve pas d'attribut du droit de propriété, la prestation d'assurance ne sera pas incluse dans sa succession. Par ailleurs, les pouvoirs du fiduciaire ne peuvent pas être exercés en faveur du conjoint assuré qui est également fiduciaire[23]. Donc, si un seul des conjoints assurés agit comme constituant et que lui seul transfère des fonds à la fiducie, il sera possible pour l'autre conjoint assuré, dans les limites mentionnées ci-dessus, d'agir comme fiduciaire.

4) Dans un contrat conjoint payable au deuxième décès, un des conjoints peut-il être bénéficiaire de la fiducie?

Dans un tel cas, un des conjoints pourrait être bénéficiaire du revenu de la fiducie, mais il n'y a généralement pas de raison de procéder de la sorte,

---

[23] Voir *Revenue Ruling* 84-179, 1984-2.

car il n'y aura pas vraiment de revenu de généré dans la fiducie tant que la prestation d'assurance vie ne sera pas reçue. Ce conjoint ne doit toutefois pas faire de dons à la fiducie pour éviter tout impact sur les droits successoraux américains.

5) Doit-on créer une fiducie canadienne ou américaine?

La résidence de la fiducie n'a pas d'impact sur son étanchéité au niveau des droits successoraux américains. Si la fiducie utilisée est une fiducie étrangère qui se qualifie de *grantor trust* aux fins fiscales américaines, l'excédent de la valeur de rachat de la police d'assurance sur les primes versées (ou plus précisément sur son coût de base) devra généralement être inclus dans le calcul du revenu du constituant dans l'année de son décès ou de sa cessation de résidence ou citoyenneté américaine[24]. En effet, si la fiducie étrangère est une fiducie révocable (*grantor trust*) alors que le contribuant est citoyen ou résident américain et qu'il décède, une disposition imposable est réputée survenir immédiatement avant son décès, ce qui donne lieu à l'application de la disposition 1.684-2(e) des règlements de l'*Internal Revenue Code* (voir l'exemple 2). Il n'y a pas une telle inclusion dans le revenu dans le cas d'une fiducie américaine (*US domestic trust*). Par conséquent, il est souhaitable de détenir la police d'assurance dans une fiducie américaine. Afin d'être considérée comme une fiducie américaine, une fiducie doit être régie et administrée par les lois d'un État américain et avoir au moins un résident ou citoyen américain comme fiduciaire ayant l'autorité de contrôler toutes les décisions d'importance.

La fiducie irrévocable d'assurance vie constituée par un citoyen américain résidant au Canada sera généralement résidente au Canada aux fins fiscales canadiennes soit en raison du fait que ses fiduciaires qui résident au Canada ont la gestion et le contrôle de la fiducie[25], soit en raison du paragraphe 94(3) L.I.R.

6) Doit-on utiliser une police d'assurance vie canadienne ou américaine?

Tant une police d'assurance vie canadienne qu'américaine peut être utilisée. Il est toutefois important de s'assurer que la police remplisse les

---

[24] I.R.C. § 684 et Treas. Reg. 1.684-2(e).

[25] Tel qu'il a été décidé dans l'arrêt *St. Michael Trust Corp.* c. *La Reine*, 2010 D.T.C. 5189 (C.A.F.), mieux connu comme l'affaire *Garron.*

tests afin d'être exonérée dans les deux juridictions. En règle générale, une police ayant peu de valeur de rachat sera privilégiée[26].

7) Comment les parents peuvent-ils s'assurer que les sommes reçues par la fiducie irrévocable d'assurance vie serviront à payer les droits successoraux?

En fait, il n'y a aucune garantie à ce sujet. Il y aura inclusion de la valeur de la police dans la succession du parent assuré si la fiducie doit obligatoirement utiliser la prestation d'assurance pour payer ses droits successoraux. La fiducie ne doit donc pas avoir cette obligation. Toutefois, le résultat demeure que les enfants hériteront des parents. S'il y a des droits successoraux payables, ils pourront utiliser les actifs de l'héritage pour les payer ou utiliser l'assurance vie. En vertu de l'acte de fiducie, il est possible de prévoir une attribution des biens de la fiducie en faveur des enfants. Par ailleurs, les fiduciaires ont également le pouvoir (mais non l'obligation) de faire des prêts à la succession ou d'acheter des actifs de la succession. Cela procure donc des liquidités pour payer les droits successoraux.

Tel qu'il est mentionné ci-dessus, le type de police utilisé pour la stratégie de la fiducie irrévocable d'assurance vie sera souvent une police d'assurance conjointe sur la vie des deux parents. Les parents fourniront à la fiducie les sommes nécessaires pour le paiement des primes. Or, l'impôt sur les dons s'applique aux transferts de fonds à la fiducie qui excèdent les montants des exemptions annuelles d'impôt sur les dons applicables. Ainsi, si les constituants sont les parents et que les bénéficiaires sont leurs trois enfants, ils ont chacun droit à une exemption de 13 000 $ US par an, par bénéficiaire. Ainsi, ils pourraient transférer 78 000 $ US par an à la fiducie pour le paiement des primes. Cette exemption annuelle est indexée. Notons qu'afin que les parents constituants puissent se prévaloir de ladite exemption annuelle, les bénéficiaires doivent avoir un intérêt immédiat dans la fiducie. Dans la pratique, cet intérêt prend généralement la forme d'un droit de retirer de la fiducie un montant égal à l'exemption annuelle au cours d'une période raisonnable (de 30 à 60 jours). Ce droit de retrait (connu sous le vocable *crummey powers*) n'est généralement pas exercé, bien qu'il puisse l'être, afin que les montants transférés à la fiducie puissent servir à payer la prime d'assurance.

---

[26] Voir notamment I.R.C. § 7702.

Crummey powers

Différentes façons de rédiger la clause de *crummey powers* existent. Tel qu'il est mentionné ci-dessus, les bénéficiaires doivent avoir la possibilité de retirer les sommes transférées par voie de dons à la fiducie pendant une période de temps prédéterminée. Autrement, il s'agit du don d'un intérêt futur et non présent[27]. Les bénéficiaires doivent également être avisés lorsque des dons sont faits à la fiducie afin de pouvoir exercer leur droit de retrait. Si les dons annuels faits à la fiducie ne se qualifient pas à l'exemption annuelle ou excèdent cette exemption, le constituant citoyen américain peut utiliser une partie de son exemption à vie sur les dons, laquelle est de 5 M$ US pour 2011 et 2012. Il peut donc être avantageux de profiter de cette exemption pendant que son montant est élevé. Notons toutefois que l'utilisation de l'exemption pour don vient réduire le crédit unifié disponible aux fins des droits successoraux. Précisons de plus que si un bénéficiaire n'exerce pas son droit de retrait, cela peut donner lieu à de l'impôt sur les dons entre ses mains. Certains praticiens utilisent la limite du 5 × 5 pour éviter cette problématique. En vertu de cette règle, il n'y aura pas d'impôt sur les dons pour le bénéficiaire si celui-ci peut retirer un montant qui n'excède pas le plus élevé de 5 000 $ et 5 % de la valeur du montant sur lequel le droit de retrait peut s'exercer[28]. Cette technique a toutefois pour effet de limiter le montant de l'exemption sur les dons qui peut être utilisé par le parent qui donne des fonds à la fiducie pour le paiement des primes. Son exemption est alors limitée par cette règle du 5 × 5.

Il est possible d'ajouter les petits-enfants comme bénéficiaires de la fiducie d'assurance vie afin d'augmenter le nombre d'exemptions. Le recours à ce qui est communément appelé *hanging powers* peut également permettre de limiter les problèmes de droits successoraux et d'impôt sur les dons des bénéficiaires. Cette technique permet au parent qui transfère des fonds à la fiducie de réclamer en entier son exemption sur les dons, sans être limité au 5 × 5. La partie excédentaire s'éteint au fil des ans. Nous vous référons à la disposition 2041(a)(2) I.R.C. L'IRS ne semble pas favoriser ce type de planification toutefois.

Toute planification visant les droits successoraux américains doit également inclure une vérification de l'impact de l'impôt de saut de génération ou *Generation Skipping Transfer Tax*.

---

[27] Voir I.R.C. § 2503(b) et la disposition 25.2503-2 de l'*Income Tax Regulations* (I.T.R.).

[28] I.R.C. §§ 2514(e) et 2041(b)(2).

Un des conjoints n'est pas citoyen américain

Dans le cas où le conjoint du citoyen américain résidant au Canada ne possède pas la citoyenneté américaine, une fiducie irrévocable d'assurance vie n'est pas nécessaire. La police d'assurance peut tout simplement être détenue par le conjoint qui n'est pas citoyen américain sur la vie du citoyen américain. Dans la mesure où le conjoint citoyen américain n'a aucun droit dans la police (*incidents of ownership*), le conjoint non citoyen américain pourra recevoir le produit de la police sans que celui-ci soit inclus dans la succession du conjoint citoyen américain. Si le conjoint non citoyen américain décède en premier, la police peut alors être transférée à une fiducie testamentaire dont le citoyen américain est le bénéficiaire du revenu sa vie durant et ses enfants les bénéficiaires du capital.

Afin d'acquitter la prime d'assurance, le citoyen américain peut transférer, et ce, chaque année, à son conjoint qui n'est pas citoyen américain, des biens d'une valeur maximale de 134 000 $ US sans devoir payer d'impôt américain sur les dons. Ce montant est indexé annuellement.

CONCLUSION

Comme nous pouvons le constater, plusieurs planifications fiscales et successorales sont disponibles en vue de minimiser l'impact des droits successoraux américains. Un degré de complexité est souvent présent toutefois. Il faut donc bien analyser le pour et le contre de chacune avant de les mettre en œuvre. Il faut également bien connaître le degré de confort du client face aux obligations de conformité reliées à la mise en place de structures plus complexes.

PARTIE B
Aspects pratiques et nouveautés

Martin Olivier Boiteau, avocat, M. Fisc., associé, fiscalité
PricewaterhouseCoopers s.r.l./s.e.n.c.r.l.

1. IMPACT DE LA DÉTENTION D'UN IMMEUBLE AUX ÉTATS-UNIS PAR L'INTERMÉDIAIRE D'UNE SOCIÉTÉ CANADIENNE

Durant plusieurs années, la structure utilisée pour la détention d'un immeuble aux États-Unis a été l'utilisation d'une *single purpose corporation*, et ce, jusqu'au 22 juin 2004, date du changement de position administrative de l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») concernant l'avantage imposable conféré à l'actionnaire, à la suite de la modification de la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*[1] qui devait dorénavant éviter aux Canadiens la double imposition liée à l'application des droits successoraux.

La Convention protège contre la double imposition, mais ne protège aucunement un contribuable canadien contre l'imposition au taux marginal américain applicable dans un contexte de détention d'un immeuble. Les changements survenus et ceux qui surviendront dans les prochaines années au Canada et aux États-Unis concernant les taux d'imposition des particuliers et des sociétés nécessitent une analyse continue, car il en résulte dans certaines structures un écart important de la charge fiscale applicable lors de la détention d'un immeuble aux États-Unis.

1.1. USAGE PERSONNEL OU D'AFFAIRES

Afin de choisir la structure de détention appropriée, il faut d'abord déterminer quelle sera l'utilisation du bien : personnelle ou d'affaires. L'utilisation d'un immeuble par un actionnaire, détenu par une société pour son bénéfice personnel, entraînera l'application de la politique de l'ARC à l'égard des avantages imposables et de la jurisprudence liée à la cause *Lloyd Youngman* c. *La Reine*[2]. Le but de ce texte n'étant pas de traiter explicitement de ce sujet, abondamment traité antérieurement, nous n'allons donc pas le reprendre.

---

1 S.C. 1984, ch. 20 et mod. (« Convention »).

2 90 D.T.C. 6322, (1990) 2 C.T.C. 10.

Cependant, l'utilisation d'une société canadienne pour détenir un immeuble aux États-Unis est plus commune que l'on penserait encore aujourd'hui. Plusieurs contribuables possèdent encore une *single purpose corporation* établie avant le 22 juin 2004 et, dans un contexte d'affaires, la structure de base est l'utilisation d'une société canadienne.

1.2. IMPACTS FISCAUX DURANT LA DÉTENTION

Une société canadienne qui détient un immeuble en Floride est requise de produire une Déclaration fédérale 1120-F et une déclaration d'État à la fin de chaque exercice, que la société ait gagné des revenus américains liés à l'immeuble ou non. Si l'immeuble est situé en Floride, le taux marginal combiné applicable sur le revenu net sera de 37,63 %, un crédit d'impôt étranger est accordé au Canada jusqu'à concurrence de l'impôt canadien payable par ailleurs. En pratique, considérant les frais de location, les frais de financement et l'amortissement fiscal, l'impact des écarts des taux d'imposition des sociétés durant la détention est souvent négligeable. Cependant, la conformité fiscale annuelle aux États-Unis et au Canada ainsi que la préparation d'états financiers entraînent la complexité sur le plan administratif et des frais professionnels pour la détention d'un condominium locatif.

1.3. IMPACTS FISCAUX LORS DE LA DISPOSITION

Pour diverses raisons telles que des occasions d'affaires, les besoins financiers de l'actionnaire, la maladie, le décès de l'actionnaire, etc., il est presque certain qu'un jour l'immeuble sera vendu. L'impact lors de la disposition peut cependant être important. En effet, tout gain sur disposition sera imposable au fédéral et en Floride, et ce, au taux applicable de 37,63 %.

Dans un contexte où l'actionnaire a financé l'acquisition par l'intermédiaire d'un prêt à la société et que la disposition de l'immeuble survient de son vivant, la charge fiscale totale sur le gain réalisé afin d'assumer l'impôt des sociétés et l'impôt sur dividende afin de rapatrier les fonds dans les mains de l'actionnaire sera de 41 %, ce qui constitue un coût beaucoup plus élevé que la charge fiscale de 24 % assumée dans un contexte de détention personnelle.

La charge fiscale de 41 % est le résultat de quelques anomalies fiscales internationales, car le total du gain sur la disposition est imposable à 37,63 %. Le compte de dividendes en capital permet de distribuer uniquement 50 % du gain bien que 100 % ait été imposé aux États-Unis, et la détention par le biais d'une société entraîne un élément de double

imposition, car la société n'a pas droit au remboursement d'impôt au titre de dividendes.

Si la disposition de l'immeuble survient après le décès de l'actionnaire, l'impact fiscal variera si le choix du paragraphe 164(6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[3] est effectué ou non après le décès du contribuable, de l'ordre de vente de l'immeuble et la liquidation de la société. Bref, quantifier l'impact de toutes les situations est hors du contexte de ce texte, mais il est assuré sur le coût fiscal sera de loin supérieur au coût de détention personnelle.

Il est à noter qu'une retenue de 10 % sera applicable lors de la vente (*Foreign Investment in Real Property Tax Act* (FIRPTA)) sur le prix de vente; cette retenue est remboursable contre les impôts américains applicables sur le gain.

En conclusion, avec les taux corporatifs actuellement en vigueur, la détention d'un immeuble aux États-Unis à des fins commerciale ou personnelle par l'intermédiaire d'une société canadienne entraîne une charge fiscale lors de la disposition qui devrait être considérée avant de choisir cette structure. De plus, pour les contribuables qui détiennent actuellement des *single purpose corporations*, la hausse du dollar canadien, qui réduit l'impact du gain de change, et la baisse du marché immobilier américain permettraient d'envisager de mettre fin à la structure maintenant et d'utiliser une structure plus appropriée pour une nouvelle acquisition.

2. CONFORMITÉ AUX RÈGLES DE DROITS SUCCESSORAUX LORS DU DÉCÈS

Lorsqu'un contribuable canadien décède avec des biens américains d'une valeur de plus de 60 000 $, sa succession est assujettie aux règles de droits successoraux et doit s'y conformer.

2.1. FORMULAIRE 706-NA

Le contribuable doit produire le Formulaire 706-NA, « U.S. Estate Tax Return for a Non-Resident Alien ». Une déclaration invoquant le bénéfice de la Convention doit également être jointe au formulaire pour réclamer le bénéfice du crédit unifié ou marital.

---

[3] L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.) et mod.

Le Formulaire 706-NA est peu complexe en soi; cependant, les informations requises afin d'établir les valeurs déclarées et le *situs* de certains biens (régime enregistré d'épargne-retraite (« REÉR »), fonds enregistré de revenu de retraite (FERR), fonds mutuels, police d'assurance, etc.) demandent souvent plus de travail que prévu et malheureusement renferment parfois de mauvaises surprises quant à la valeur de l'assiette des biens assujettis aux droits successoraux.

3. LA NOUVELLE TROUVAILLE DE L'INTERNAL REVENUE SERVICE : LA *FOREIGN ACCOUNT TAX COMPLIANCE ACT* (FATCA)

Introduit en novembre 2009, le régime ne sera finalement applicable qu'en 2013. L'objectif est d'augmenter la transparence par rapport à l'Internal Revenue Service (« IRS ») des citoyens et résidents américains qui détiennent à l'étranger des actifs qui procurent des revenus de source américaine.

Cette obligation vient s'ajouter à une obligation déjà en vigueur, le Report of Foreign Bank and Financial Accounts (« FBAR »), qui oblige un citoyen ou résident américain à divulguer la détention de comptes bancaires hors des États-Unis.

3.1. CONCEPT FONDAMENTAL

La *Foreign Account Tax Compliance Act* (« FATCA ») définit très largement les institutions financières étrangères qu'elle oblige à effectuer une retenue de 30 % des paiements, à défaut de se conformer aux règles d'enregistrement et de divulgation de la FATCA.

3.2. IMPACT

Compte tenu de la mondialisation, plusieurs citoyens américains vivent au Canada et plusieurs citoyens canadiens sont devenus résidents américains. Ainsi, les institutions financières canadiennes, ce qui inclut, telles qu'elles sont définies actuellement, les institutions financières, mais aussi tout gestionnaire de fonds qui détient des actifs financiers pour le compte d'autrui, auront plusieurs clients touchés par la FATCA et devront être vigilantes afin de déterminer si elles doivent s'enregistrer comme institution financière étrangère participante et prendre une entente de divulgation avec l'IRS.

Prenons par exemple un citoyen canadien travaillant pour une société canadienne ayant une filiale aux États-Unis. Ce dernier est transféré aux

États-Unis pour plusieurs années et devient résident américain pour bénéficier du taux d'imposition plus avantageux des particuliers. Il détient un REÉR au Canada par l'intermédiaire d'une institution financière et, dans son REÉR, il y a un contenu américain tels des bons du Trésor américain.

Dans l'exemple ci-dessus, le contribuable devra divulguer annuellement ses revenus accumulés dans son REÉR, divulguer ce compte bancaire canadien en vertu du FBAR, et l'institution financière devra être inscrite et divulguer des informations sur le contribuable afin d'éviter l'obligation de retenir et de remettre 30 % du montant reçu en intérêt sur les bons du Trésor.

4. DIVULGATION VOLONTAIRE

4.1. PROGRAMME STANDARD

Il existe un programme de divulgation volontaire aux États-Unis qui permet de régulariser la situation d'un contribuable en divulguant pour les six années antérieures le revenu non déclaré, de produire les déclarations fiscales et le formulaire de divulgation de compte bancaire FBAR non produit et de payer les impôts, intérêts et pénalités applicables. Ce programme permet d'éviter des pénalités civiles et une sentence criminelle qui peut aller jusqu'à cinq ans de prison pour évasion fiscale.

Ce programme pourrait entre autres permettre à un citoyen américain résidant au Canada depuis plusieurs années et qui a payé ses impôts canadiens sur son revenu mondial de régulariser sa situation américaine, et ce, en ne payant que la pénalité de base liée à la non-production du FBAR, s'il ne doit aucun impôt américain en considérant l'application de crédit d'impôt étranger. La pénalité du FBAR pour non-divulgation non volontaire mais sans cause raisonnable est de 10 000 $ par violation.

À titre indicatif, la non-production volontaire du FBAR peut entraîner une sentence d'emprisonnement de 10 ans et une amende de 500 000 $.

4.2. *2011 OFFSHORE VOLUNTARY DISCLOSURE INITIATIVE*

En 2009, l'IRS a instauré un programme spécial pour inciter les citoyens et résidents américains à divulguer leurs placements *offshore* (extraterritoriaux). Ce même programme a été répété en 2011; le programme se terminait cependant le 9 septembre 2011. Ce programme appliquait un taux réduit de pénalités comparativement au programme standard mentionné ci-dessus, mais il appliquait systématiquement une pénalité. Plusieurs contribuables en défaut de production et de paiement d'impôt ont profité du

programme *2011 Offshore Voluntary Disclosure Initiative* (« 2011 OVDI ») pour régulariser leur situation.

Cependant, dans certains cas où aucun impôt n'était à payer, il était préférable – et il est encore possible – d'utiliser le programme standard qui n'impose aucune pénalité lorsqu'aucun impôt n'est payable. Cette position a été confirmée par l'IRS dans le cadre du 2011 OVDI.

Ainsi, des citoyens américains résidant au Canada, ayant uniquement des avoirs au Canada, lesquels ont appris récemment, par le biais des journaux, que le 2011 OVDI existait et que le tout était expiré, peuvent quand même régulariser leur situation à faible coût, soit avec la pénalité liée au FBAR.

RÉSOLUTION DE CONFLITS



Jean-François Poulin
Avocat, associé
Ravinsky Ryan Lemoine
Avocats s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

1. CONTEXTE ACTUEL 14:3

2. LA NÉGOCIATION EN LITIGE FISCAL 14:3

3. PRÉMISSES À LA NÉGOCIATION 14:4

4. RAPPORT DE FORCE 14:5

5. FORUMS DE NÉGOCIATION DANS UN CONTEXTE DE NÉGOCIATION 14:6

6. POINTS À CONSIDÉRER AVANT LA SIGNATURE D'UN RÈGLEMENT 14:11

7. FORUMS ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DE CONFLITS 14:12

1. CONTEXTE ACTUEL

Les objectifs d'augmentation importante des revenus fixés par l'Agence du revenu du Québec (« Revenu Québec ») dans les prochaines années provoqueront indubitablement une augmentation des litiges fiscaux[1].

2. LA NÉGOCIATION EN LITIGE FISCAL

Plusieurs dossiers en matière de litige fiscal ne vont pas devant les tribunaux puisqu'un règlement intervient entre le contribuable et les autorités fiscales préalablement à l'audition.

Un règlement surviendra généralement à la suite d'une négociation à l'une des trois étapes suivantes :

1) Vérification :

   - article 231.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[2];
   - articles 37.7 à 58.2 de la *Loi sur l'administration fiscale*[3].

2) Opposition :

   - articles 165 à 168 L.I.R.;
   - articles 93.1.1 à 93.9.2 L.A.F.

3) Appel (règlement hors cour) :

   - articles 169 à 180 L.I.R.;
   - articles 93.1.10 à 93.35 L.A.F.

---

1 REVENU QUÉBEC, *Message du ministre du Revenu Raymond Bachand* ADM-573, « Une agence du revenu autonome et imputable – Pour une administration fiscale renforcée », 21 septembre 2010.

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

3 L.R.Q., c. A-6.002 (« L.A.F. »).

3. PRÉMISSES À LA NÉGOCIATION

Avant d'entamer un dossier fiscal, il est primordial de maîtriser le dossier de son client. Pour ce faire, il est souhaitable d'effectuer des demandes d'accès à l'information auprès des autorités fiscales compétentes. Ces démarches permettront d'obtenir le dossier complet du client. Les documents ainsi obtenus peuvent être surprenants et donner des munitions importantes pour la négociation à venir.

Les demandes d'accès à l'information doivent être présentées aux directions suivantes :

1) **Revenu Québec :** Direction centrale de l'accès à l'information et de la protection des renseignements confidentiels, sous forme de lettre.

2) **Agence du revenu du Canada :** Direction de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels, en remplissant l'un des formulaires prévus.

Vous pourrez notamment obtenir les documents suivants en présentant votre demande d'accès à l'information :

- rapport de vérification;
- rapport recommandant une pénalité;
- feuilles de travail et notes prises par le vérificateur;
- mémoire sur opposition;
- documents transmis par le contribuable au vérificateur;
- document analysé par le vérificateur;
- correspondances dans le dossier;
- rapport d'intervention des fonctionnaires attitrés au dossier;
- déclarations faites par des tiers;
- documents de référence (opinions et interprétation);
- documents contenus sur support informatique ou numérique;
- rapport d'expertise et d'évaluation préparé par les autorités fiscales.

4. RAPPORT DE FORCE

Dans toute bonne négociation, il existe entre les parties des rapports de force pouvant varier. Il s'avère primordial d'évaluer ces rapports préalablement à la tenue de négociations.

Sur le plan légal (fardeau de preuve)

En établissant un avis de cotisation, le ministre se fonde sur des présomptions factuelles et la responsabilité initiale de « démolir » ces présomptions est imposée au contribuable[4].

Afin de renverser le fardeau de preuve, le contribuable doit démolir l'exactitude des présomptions du ministre par une preuve *prima facie*[5].

Le contribuable peut contester l'avis de cotisation émis à son endroit par ces moyens :

1) démontrer que le ministre n'a pas assumé les hypothèses factuelles soutenant les avis de cotisation;

2) démontrer que les hypothèses factuelles retenues par le ministre sont incorrectes;

3) démontrer que les hypothèses factuelles retenues ne soutiennent pas la position légale adoptée dans le dossier[6].

Il n'y a pas de présomption de validité des hypothèses factuelles retenues par le ministre dans les situations suivantes :

1) lorsque le contribuable présente une preuve *prima facie* démolissant les hypothèses factuelles du ministre (renversement du fardeau de preuve)[7];

2) lors de la réouverture d'une année prescrite[8];

---

4 *Hickman Motors Ltd.* c. *Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336 (« *Hickman Motors* »).

5 *Id*.

6 *Pillsbury Canada Ltd*. c. *MRN*, [1964] C.T.C. 294.

7 *Hickman Motors*, précité, note 4.

8 *Lacroix* c. *La Reine*, 2008 CAF 241.

3) lors de l'imposition d'une pénalité pour négligence flagrante[9];

4) lorsque les faits assumés ne sont pas de la connaissance spécifique du contribuable[10].

Sur le plan économique (recouvrement)

Pour mener une bonne négociation, il est impératif que le contribuable dispose des fonds nécessaires pour financer sa contestation.

Les articles 12.0.2, 12.0.3. L.A.F. et 225.1 L.I.R. prévoient la suspension des mesures de recouvrement lorsqu'un avis de cotisation est contesté.

Dans ce contexte, le contribuable peut contester un avis de cotisation émis en matière d'impôt sur le revenu sans contrainte financière immédiate des autorités fiscales.

À l'inverse, malgré une contestation, les mesures de recouvrement peuvent être entreprises immédiatement en matière de taxes à la consommation et de déductions à la source.

Cette situation peut imposer une contrainte financière importante qui doit être considérée et évaluée par le contribuable afin d'établir sa stratégie de contestation et de négociation.

5. FORUMS DE NÉGOCIATION DANS UN CONTEXTE DE NÉGOCIATION

Négociation à la vérification

Généralement, la négociation interviendra avec un vérificateur à la suite de l'émission d'un projet de cotisation établissant la position préliminaire des autorités fiscales dans le dossier du contribuable.

Par expérience personnelle, les points suivants sont à prendre en considération dans le cadre d'une négociation avec un vérificateur :

---

9 *Boileau* c. *MRN*, 1989 CarswellNat 311.

10 *Redash Trading*, [2004] G.S.T.C. 82 (C.C.I.).

1) De façon générale, après une vérification de longue haleine, il est très difficile de convaincre un vérificateur de ne pas émettre d'avis de cotisation à l'encontre d'un contribuable. Si l'objectif de la négociation est de faire annuler complètement l'avis de cotisation ou de le diminuer substantiellement, la négociation à cette étape ne sera, souvent, pas privilégiée.

2) Les vérificateurs sont généralement de formation comptable. La négociation prendra souvent une orientation plus comptable que légale.

3) Un bon négociateur sera en mesure d'analyser la conviction du vérificateur quant au bien-fondé de son projet de cotisation. Plus un vérificateur sera convaincu de sa position, plus difficile sera la négociation. Il sera donc, dans ces cas, plus important de se questionner quant à la pertinence de ce forum.

4) Advenant le cas où le vérificateur semble avoir une forte conviction sur le bien-fondé de son projet de cotisation, mais que cette conviction n'est pas partagée par le représentant du contribuable, il est toujours possible de demander l'intervention d'un supérieur immédiat, ce dernier pouvant aider à la négociation entre les parties.

5) Généralement, moins le vérificateur aura investi de temps dans sa vérification, moins le dossier sera étoffé et plus ses conclusions seront facilement attaquables.

Enfin, certaines circonstances rendent les négociations difficiles sur le plan de la vérification, par exemple :

a) dans les dossiers où Revenu Québec prétend que des factures de complaisance sont en jeu, la décision de cotiser est souvent prise dès le départ, même avant le début de la vérification, de telle sorte que toute approche de négociation sur le plan de la vérification dans ce genre de dossier peut s'avérer futile;

b) de même, dans de tels dossiers, Revenu Québec se fonde souvent sur des vérifications qui ont été effectuées dans le dossier d'autres contribuables, sans toutefois se montrer disposé à partager avec le contribuable les informations recueillies dans ces autres dossiers, de telle sorte que le contribuable peut avoir l'impression de contester la position de Revenu Québec, sans nécessairement savoir de manière complète sur quoi elle s'appuie.

Dans de tels cas, il peut s'avérer pertinent d'attendre jusqu'au niveau des oppositions pour amorcer des négociations approfondies, d'autant plus que les agents d'opposition à qui de nouveaux dossiers sont confiés sont souvent portés à demander au représentant du contribuable, lors de leur première intervention, ce que le représentant a de nouveau à faire valoir par rapport à ce qui avait été soumis à l'étape antérieure.

Négociation aux oppositions

L'agent d'opposition a pour rôle de procéder à l'analyse de la contestation effectuée par le contribuable. Il est un nouvel intervenant au dossier et il adoptera, normalement, une position objective.

Un avantage important de la négociation en matière d'oppositions est le fait que le débat est circonscrit aux points soulevés dans l'avis d'opposition. En ce qui concerne la vérification, il est toujours possible pour un vérificateur d'élargir son mandat et ainsi augmenter le fardeau fiscal du contribuable vérifié. Dans le cadre de son mandat, l'agent d'opposition aura deux options soit de réduire les montants cotisés, soit de maintenir les cotisations, son rôle n'étant pas d'augmenter les montants réclamés au contribuable.

Par expérience personnelle, les points suivants sont à prendre en considération dans le cadre d'une négociation avec un agent d'opposition :

1) Les agents d'opposition sont de formation légale et comptable. Une approche adaptée à la formation de l'agent d'opposition est souhaitable pour obtenir des résultats optimaux.

2) Les agents d'opposition privilégient les échanges par voie de représentations écrites. Cette situation favorise les négociations portant sur des arguments légaux pointus. Cependant, dans les dossiers où l'enjeu repose sur des questions d'interprétation factuelle et de crédibilité de témoins, il devient plus ardu de négocier un dossier à ce stade.

3) Pour certains types de dossiers (par exemple, en matière de factures de complaisance), des approches nationales sont adoptées, ce qui rend illusoires les espoirs de négociation.

4) Tout comme pour la vérification, un bon négociateur sera en mesure de déceler le degré d'ouverture de l'agent d'opposition quant aux arguments soulevés. Le bon négociateur évitera de dépenser temps et arguments dans une négociation avec un agent d'opposition peu réceptif.

Habituellement, à la suite des représentations effectuées, l'agent d'opposition rendra une décision sur opposition. Avant de rendre sa décision, il arrive fréquemment que l'agent propose une offre de règlement au contribuable. À ce stade, les points suivants sont à considérer :

1) Il est important de demander à l'agent d'opposition qu'il établisse deux scénarios soit le résultat de la négociation avec règlement et le résultat de la négociation sans règlement. En effet, l'acceptation d'un règlement devrait bonifier de façon importante le résultat obtenu quant aux modifications apportées à l'avis de cotisation.

2) Par expérience personnelle, si l'offre ne semble pas attrayante pour votre client, il est habituellement préférable de renoncer à la signature de ce règlement. L'offre de règlement proposée en matière d'oppositions est généralement réitérée concernant les négociations hors cour avec l'avocat responsable du dossier.

Si la négociation échoue en matière d'oppositions, la négociation pourra être continuée au stade judiciaire avec de nouveaux intervenants.

Négociation sur le plan judiciaire

Sur le plan judiciaire, la seule personne habilitée à représenter le contribuable est l'avocat (exception : procédure informelle à la Cour canadienne de l'impôt).

Les négociations préalables n'ayant pas abouti à un règlement, le dossier doit être porté en appel devant les tribunaux compétents :

1) Cour du Québec pour la *Loi sur la taxe de vente du Québec*[11] et la *Loi sur les impôts* du Québec[12] (art. 93.1.10 L.A.F.; art. 35 du *Code de procédure civile*[13]).

2) Cour canadienne de l'impôt pour la *Loi sur la taxe d'accise*[14] et la *Loi de l'impôt sur le revenu*[15].

---

[11] L.R.Q., c. T-0.1 et mod.

[12] L.R.Q., c. I-3 et mod.

[13] L.R.Q., c. C-25 (« C.p.c. »).

[14] L.R.C. (1985), ch. E-15 et mod. (« L.T.A. »), art. 302.

[15] Par. 169(1) L.I.R.

Outre la négociation directe avec l'avocat de la partie adverse, les instances judiciaires ont mis en place plusieurs mécanismes favorisant l'obtention d'un règlement hors cour :

1) Cour canadienne de l'impôt :

   - conférence de règlement selon la Directive 17 de la Cour canadienne de l'impôt;

   - offre écrite de règlement selon la Directive 18.

2) Cour du Québec :

   - conférence de règlement à l'amiable[16].

Dans la plupart des dossiers, une négociation avec l'avocat peut permettre d'obtenir un règlement hors cour, sans procéder à des conférences de règlement formelles.

Il peut toutefois être pertinent d'utiliser les conférences de règlement à l'amiable lorsque les négociations ne semblent pas aboutir avec la partie adverse. Cela permettra d'intégrer un tiers neutre, soit un juge, dans le processus de négociation. Le juge donnera des directions et émettra des opinions qui guideront la réflexion des deux parties. Cette avenue est notamment à privilégier lorsque le contribuable a des attentes trop élevées quant à ses chances de succès.

Contrairement au vérificateur et à l'agent d'opposition, certaines considérations propres à l'avocat des autorités fiscales favoriseront l'atteinte d'un règlement hors cour, telles que :

1) Le volume considérable de dossiers dont chaque avocat est responsable.

2) L'impact possible de la décision que pourrait rendre la Cour sur d'autres dossiers semblables.

3) Le fait que les tribunaux sont plus ou moins enclins à entendre une preuve détaillée sur certains aspects techniques comme l'analyse des

---

[16] Art. 151.14 et suiv. C.p.c.

pièces justificatives et le fait qu'ils s'attendent donc à ce que les procureurs aient déblayé le terrain avant de se présenter devant la Cour.

De façon corollaire, certains facteurs engendreront un désir pour le contribuable de régler le dossier avant la tenue d'une audition. Généralement, l'avocat du contribuable devra effectuer une revue de ces facteurs avec son client :

1) Les frais considérables associés à l'audition d'une cause par rapport aux moyens financiers du client.

2) La version des faits défendue par le contribuable depuis la vérification par rapport au témoignage assermenté de ce dernier.

3) Les lacunes dans la preuve documentaire et/ou testimoniale par rapport au fardeau de preuve incombant au contribuable.

Parfois, le contribuable ayant peu d'expérience devant les tribunaux aura une fâcheuse tendance à surévaluer ses chances de succès. L'une des missions difficiles du représentant dans ces situations est d'orienter son client quant aux chances réelles de succès du dossier et de favoriser, quand cela est possible, le règlement hors cour.

6. POINTS À CONSIDÉRER AVANT LA SIGNATURE D'UN RÈGLEMENT

Avant de signer un règlement avec les autorités fiscales, il est primordial de considérer les points suivants :

1) Toujours garder à l'esprit les effets collatéraux d'un règlement tels que :

   - impact du règlement par rapport aux autres lois fiscales (par exemple, règlement en matière de taxe sur les produits et services (TPS)/taxe de vente du Québec (TVQ) *versus* impact du règlement en matière d'impôt des sociétés et personnel);

   - impact du règlement sur les années subséquentes.

2) Comptabiliser les intérêts accumulés depuis les avis de cotisation afin de pouvoir bien chiffrer les impacts financiers du règlement.

Nous recommandons généralement que les clients signent personnellement le règlement dans leur dossier afin de favoriser une pleine

compréhension de l'entente intervenue et, par le fait même, d'éviter tout malentendu quant à son contenu.

Généralement, les autorités fiscales exigeront que le contribuable renonce à son droit d'opposition ou d'appel avant de conclure un règlement. Cela permettra de régler de façon définitive le dossier du contribuable.

7. FORUMS ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DE CONFLITS

Il est possible, dans un dossier, qu'un contribuable n'ait aucun moyen de défense ou de contestation à l'encontre d'un avis de cotisation.

Bien que parfois difficile à admettre, il arrive qu'un avis de cotisation soit bien fondé en fait et en droit.

Il devient alors pratiquement impossible de négocier dans le cadre d'une contestation usuelle puisque l'avis de cotisation est bien fondé et qu'il n'existe alors pratiquement aucun rapport de force entre le contribuable et les autorités fiscales.

Dans un tel contexte, des forums alternatifs de règlement de conflits peuvent être envisagés par le contribuable comme :

1) Intervention d'un syndic de faillite :

   - proposition concordataire;
   - proposition consommateur;
   - faillite.

2) Demande d'allègement des intérêts et pénalités.

3) Présentation d'un décret de remise.

4) Procédure afin d'obtenir une ordonnance de rectification/annulation des contrats.

Normalement, il existe toujours une solution à un problème donné et la mission du représentant est de cibler le bon forum pour atteindre le résultat recherché.

SURVOL DE LA FISCALITÉ DES PRODUITS DE PLACEMENT



Dominic Lachance
BAA, LL. B.
Gestionnaire de portefeuille associé
BMO Nesbitt Burns Ltée



Vincent Cliche
Conseiller en placement associé
BMO Nesbitt Burns Ltée

TABLE DES MATIÈRES

1. **COMMENT PERMETTRE LE REPORT D'IMPÔTS DES PLACEMENTS** 15:3

2. **SOMMAIRE DU FONCTIONNEMENT DES PRODUITS FINANCIERS PERMETTANT LE REPORT D'IMPÔTS** 15:4

3. **INSTRUMENTS FINANCIERS AVANTAGEUX SUR LES DEVISES** 15:8

Revenu de placements	Société	Individu
Intérêt	46,57 %	48,22 %
Dividende	33,33 %	29,69 %/36,35 %
Gain en capital	23,03 %	24,11 %

Titres de participation (actions)

Gain ou perte en capital : Réalisé sur la plus-value ou la moins-value à la disposition du titre.

Dividende : Bénéfice après impôts versé à l'actionnaire.

Remboursement de capital : Revenu non imposable diminuant le coût de base rajusté du titre (gain en capital latent).

Intérêt : Exemples : fiducies de redevances et fonds de placement immobiliers.

Titres d'emprunt (obligations, certificats de placement garanti, dépôts à terme, etc.)

Gain ou perte en capital : Réalisé sur la plus-value ou la moins-value à la disposition du titre.

Intérêt: Le traitement dépend de la nature du titre et de la périodicité des versements d'intérêt.

1. COMMENT PERMETTRE LE REPORT D'IMPÔTS DES PLACEMENTS

- Gain en capital :
  - titres de participation (actions ordinaires);
  - unité d'une **société** de fonds commun (*versus* unité de fiducie);
  - billets à capital non protégé.

- Remboursement de capital :

  – fonds en catégorie T.

2. SOMMAIRE DU FONCTIONNEMENT DES PRODUITS FINANCIERS PERMETTANT LE REPORT D'IMPÔTS

- Fonds en catégorie de société :

  – avec les fonds mutuels en catégorie de société, vous détenez des **parts d'une société**;

  – la société détient plusieurs fonds orientés sur le revenu, l'équilibre ou la croissance générant de l'intérêt, du dividende et du gain en capital;

  – la société utilise l'intérêt et le dividende pour payer les frais de gestion, l'impôt, les transactions et les autres coûts reliés à l'exploitation;

  – ultimement, l'investisseur est imposé (dans la majorité des cas) uniquement sur du **gain en capital** puisque ce sont les parts de la société qui prennent de la valeur;

  – il peut arriver que le revenu excède les dépenses et qu'il y ait une distribution au cours d'une année donnée;

  – certains fonds communs utilisent une autre technique, faisant appel à l'échange (*swap*) de type de revenu (intérêt contre gain en capital) avec une contrepartie pour offrir des résultats similaires.

Exemple

Scénario présumant que les distributions sont réinvesties pour une durée de cinq ans à un rendement annuel de 4 %			
		Fonds d'obligations en fiducie	Fonds comparable en catégorie de société
Après cinq ans	Investissement initial	50 000 $	50 000 $
	Impôt sur le revenu d'intérêt (taux marginal maximal)	5 026 $	-
	Valeur marchande	55 397 $	59 384 $
	Coût de base rajusté	55 397 $	50 000 $
	Impôt sur le gain en capital à la disposition	-	2 263 $
	Flux de trésorerie après impôts total	5 397 $	7 121 $
	Bonification du rendement après impôts (en %)		32 %

- Fonds en catégorie T :

  – au début de chaque année, un taux de distribution du montant initial est déterminé (par exemple, 5 % pour un fonds de catégorie T5; 8 % pour un fonds de catégorie T8, etc.);

  – le montant est divisé par 12 et distribué chaque mois sous la forme d'un remboursement de capital;

  – le gain en capital, le revenu d'intérêt ou les dividendes **supplémentaires** produits par les placements sous-jacents sont versés à la fin de l'année et réinvestis automatiquement pour le compte de l'investisseur;

  – le remboursement de capital représente la différence entre le montant distribué par chaque fonds de catégorie T et le revenu imposable gagné par le fonds;

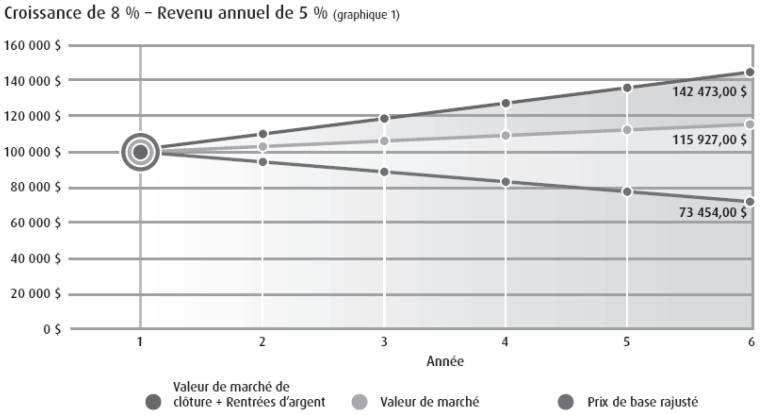
  – comme le remboursement de capital est imposé au moment où l'on veut le placement, cela permet une utilisation plus productive du capital à trois égards : taux de distribution moins élevés (pour le même revenu après impôts disponible), possibilité de faire fructifier une plus grande partie du capital et report de l'impôt;

– certains fonds communs utilisent une autre technique relativement complexe impliquant plusieurs fonds et contreparties afin de générer du retour de capital.

Comparaison des taux de versement nécessaires pour obtenir le même revenu après impôts selon les types de revenu

	Intérêt	Dividende	Gain en capital	Retour de capital
Placement initial	100 000 $	100 000 $	100 000 $	100 000 $
Taux de distribution	9,66 %	7,86 %	6,59 %	5,00 %
Revenu avant impôts	9 657,00 $	7 855,60 $	6 590,00 $	5 000,00 $
Taux marginal	48,22 %	36,35 %	24,11 %	0,00 %
Impôt payé l'année où le revenu est reçu	4 656,61 $	2 855,51 $	1 588,85 $	- $
Revenu après impôts	5 000,39 $	5 000,09 $	5 001,15 $	5 000,00 $

Illustration



- Billets à capital non protégé :

  – un billet à capital non protégé est émis pour un terme fixe;

– la fluctuation de la juste valeur marchande (« JVM ») du billet varie selon la valeur des placements sous-jacents et du revenu généré, moins les frais;

– vous pouvez négocier le billet avant l'échéance et avoir un gain ou une perte en capital;

– l'avantage : si l'investissement sous-jacent du billet génère diverses sortes de revenus et implique de nombreuses transactions, vous différez l'impôt et optimisez le type de revenu.

Exemple

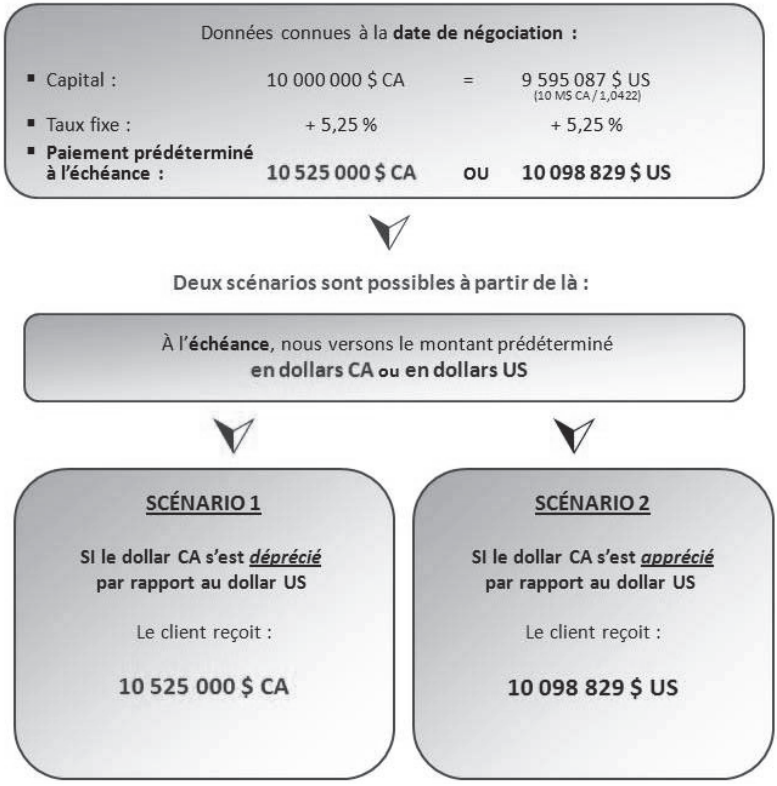
- Un billet à capital non protégé est émis pour un terme de cinq ans.
- Le placement initial est investi dans un portefeuille d'actions canadiennes selon un modèle de gestion précis.
- À maturité, vous obtenez votre capital, plus ou moins la fluctuation de la JVM, moins les frais de gestion du billet.
- Si le rendement est positif, il vous est versé sous la forme de revenu d'intérêt.
- Attendre jusqu'à l'échéance est donc une mauvaise solution sur le plan fiscal.
- La solution : vendre avant l'échéance puisque l'investisseur revend le billet à sa JVM, réalisant un gain en capital.
- Ainsi, s'il y a eu versement de dividende, de revenu d'intérêt et de nombreuses transactions, vous n'êtes imposé qu'une seule fois, sur du gain en capital uniquement, au moment de la disposition.

3. INSTRUMENTS FINANCIERS AVANTAGEUX SUR LES DEVISES

Billets à double devise

- Contexte :
  - les billets à double devise (BDD) sont très courants dans les pays où les investisseurs ont fréquemment des comptes dans plusieurs monnaies, notamment :
    - en Europe,
    - en Asie,
    - en Australie,
    - en Amérique du Sud;
  - des entreprises de toutes tailles, des individus et même des banques centrales et des caisses de retraite en utilisent.
- Ces billets conviennent à :
  - certaines compagnies (ou individus) qui ont des comptes en dollars canadiens et américains;
  - des entreprises ou des individus ayant des revenus dans une devise et des dépenses dans l'autre, devant les rapporter dans une devise uniquement ou qui ont des revenus et des dépenses dans les deux devises.

Exemple


Données connues à la **date de négociation :**
Capital : 10 000 000 $ CA = 9 595 087 $ US (10 M$ CA / 1,0422)
Taux fixe : + 5,25 % + 5,25 %
Paiement prédéterminé à l'échéance : 10 525 000 $ CA OU 10 098 829 $ US
Deux scénarios sont possibles à partir de là :
À l'**échéance**, nous versons le montant prédéterminé **en dollars CA ou en dollars US**
SCÉNARIO 1
SI le dollar CA s'est *déprécié* par rapport au dollar US
Le client reçoit :
10 525 000 $ CA
SCÉNARIO 2
SI le dollar CA s'est *apprécié* par rapport au dollar US
Le client reçoit :
10 098 829 $ US

STRUCTURE D'UTILISATION DE PERTES – UNE TOUCHE NOUVELLE





Martin Legault
Avocat, LL.M. fisc.
Directeur principal, fiscalité
Samson Bélair
Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.

Philippe Montillaud
Avocat, M. Fisc.
Directeur, fiscalité
Samson Bélair
Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 16:3

1. DESCRIPTION DES TRANSACTIONS 16:4

1.1. STRUCTURE 1 ..... 16:5
1.2. STRUCTURE 2 ..... 16:7

2. ANALYSE 16:9

2.1. AVANTAGES DE LA STRUCTURE 1 ..... 16:10
2.2. AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DE LA STRUCTURE 2 ..... 16:14
2.3. AVANTAGE DE L'UTILISATION SIMULTANÉE 16:16
2.4. DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS 16:16
2.4.1. L'arrêt *C.R.B. Logging Co.* c. *La Reine* 16:19
2.4.2. L'arrêt *Entreprises Ludco* 16:20
2.4.3. L'arrêt *Tennant* 16:21

2.5. CONTRIBUTION AU SURPLUS D'APPORT 16:21
2.6. PRIX DE BASE RAJUSTÉ DES ACTIONS PRIVILÉGIÉES DE NOUCO1 ET DE NOUCO2 ..... 16:23
2.7. MESURES DE PROTECTION 16:26
2.7.1. Caractéristiques des actions privilégiées 16:27
2.7.2. Recours limité 16:29
2.7.3. Mode de paiement – La compensation 16:33
2.7.4. Prêt subordonné 16:37

CONCLUSION 16:39

INTRODUCTION[*]

Les dernières années ont mis à rude épreuve la santé financière de plusieurs sociétés. Certains secteurs d'activité ont été plus durement touchés que d'autres. D'un autre côté, d'autres entreprises ont su contrer les effets de la dernière récession tout en générant des profits. Cette dualité peut exister au sein d'un groupe de sociétés. En effet, il est possible qu'une société génère d'importants profits alors qu'une autre société du même groupe réalise une perte au cours du même exercice et n'anticipe pas réaliser des revenus avant quelques années.

D'un point de vue fiscal, il existe plusieurs stratégies ou mécanismes permettant de diminuer l'impôt payable par la société à profit en utilisant les pertes autres qu'en capital d'une autre société du groupe. La solution la plus simple est certainement de procéder par voie de fusion ou liquidation. Par contre, d'un point de vue commercial, il est souvent préférable d'éviter de « contaminer » les activités générant des profits avec celles qui génèrent des pertes. D'autres considérations juridiques ou réglementaires peuvent également teinter la prise de décision.

Le présent texte ne vise pas à énumérer toutes les techniques qui permettent de consolider les pertes et les revenus au sein d'un groupe de sociétés affiliées[1], mais il focalise plutôt sur certaines techniques et certains mécanismes de protection reposant sur l'utilisation d'un prêt intersociétés portant intérêt.

Dans un premier temps, nous énumérons les étapes d'une décision anticipée (« Décision anticipée ») récemment rendue par l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») qui se distingue par le fait qu'elle intègre l'utilisation simultanée de deux structures d'utilisation de pertes. Les structures analysées sont complémentaires puisqu'elles offrent une protection des actifs de la

---

[*] Le présent texte a fait l'objet d'une conférence lors du colloque intitulé « Réorganisation d'entreprises et transactions commerciales », organisé par l'Association de planification fiscale et financière le 18 mai 2011 à Montréal.

[1] Pour des textes énumérant plusieurs techniques d'utilisation de pertes, nous référons le lecteur à François AUGER, « La consolidation fiscale d'un groupe corporatif », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 18:1-60 et Alain FOURNIER, « Consolidation des pertes dans un groupe de sociétés », dans *Congrès 2009*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, pp. 5:1-46.

société à profit tout en permettant à cette dernière de bénéficier d'une déduction d'intérêt dès la première année où elles sont implantées.

Par la suite, nous appliquerons les transactions et conclusions rendues dans cette décision à une situation hypothétique où la société à perte devait éprouver des difficultés financières. En effet, à cause de la récente récession économique, les structures d'utilisation de pertes font l'objet d'une recrudescence. Pour ce motif, les différents mécanismes de protection utilisés dans ce type de structure afin de limiter le risque financier de la société à profit trouvent toute leur pertinence et méritent d'être analysés plus profondément. Généralement, les administrateurs d'une société profitable impliquée dans une structure d'utilisation de pertes veulent s'assurer que dans l'éventualité où la société à perte fait faillite ou demande la protection des tribunaux, les créanciers de cette dernière ne réclameront pas le paiement en espèce des prêts effectués par cette entité en faveur de la société à profit. Dans certaines situations, la société à profit peut être à risque même lorsque le financement externe s'effectue uniquement par la société mère. À titre d'exemple, plusieurs entreprises ont un passif actuariel imputable à la perte de valeur des fonds investis pour satisfaire aux obligations à l'égard d'un régime de pension. Il en est de même à l'égard des risques environnementaux. Ce faisant, même lorsque les activités de la filiale sont financées uniquement par voie d'équité, il peut être judicieux de protéger les actifs de la société qui génère des profits.

1. DESCRIPTION DES TRANSACTIONS

Dans cette décision anticipée, la société Aco contrôle indirectement la société Dco. Chacune de ces sociétés se qualifie à titre de « société canadienne imposable » au sens du paragraphe 89(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[2] et elles sont affiliées entre elles au sens du paragraphe 251.1(1) L.I.R. Nous comprenons que la société Aco a un solde inutilisé de pertes autres qu'en capital et prévoit subir des pertes supplémentaires au cours des trois prochaines années d'imposition. À l'opposé, nous comprenons aussi que Dco a généré un revenu imposable à la fin de chacune de ses trois dernières années d'imposition et prévoit en faire de même au cours des trois prochains exercices.

Dans l'objectif de consolider le revenu imposable et les pertes autres qu'en capital au sein du groupe, les contribuables ont eu recours à l'implantation simultanée de deux structures de consolidation de pertes.

---

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

Il importe de souligner que les autorités fiscales ont rendu plusieurs décisions anticipées favorables à l'égard de l'utilisation respective de ces deux structures. Par contre, à notre connaissance, aucune autre décision anticipée ne semble prévoir l'implantation simultanée de ces deux structures d'utilisation de pertes. Pour ce motif, nous croyons qu'il est pertinent dans un premier temps d'énumérer les transactions envisagées.

1.1. STRUCTURE 1

Les étapes visant l'implantation, le financement des dividendes et des intérêts payés ainsi que le démantèlement de la Structure 1 peuvent être résumées de la manière suivante :

1) Aco incorpore Nouco1, une société canadienne imposable ayant un capital-actions constitué d'un nombre illimité d'actions ordinaires, lesquelles sont détenues directement par Aco. Cette nouvelle société n'exercera aucune entreprise active et ses opérations se limiteront à acquérir un billet d'Aco.

2) Le capital-actions de Nouco1 est modifié afin d'inclure un nombre illimité d'actions privilégiées ayant les caractéristiques suivantes : donnant droit à un dividende cumulatif, sans droit de vote, sans droit de participation, rachetables au gré de l'émetteur ou remboursables au gré du porteur.

   Le rachat des actions peut être réglé, au gré du porteur de l'option, par i) un versement en espèces ou ii) la livraison d'un bien dont la juste valeur marchande (« JVM ») au moment du rachat est égale au montant total du rachat, ou iii) le billet d'Aco. Dans chacun des cas, tout dividende déclaré et non versé ainsi que tout dividende accumulé qui n'a pas été déclaré en date du rachat doit être payé.

3) Aco emprunte un certain montant à titre d'emprunt d'un jour d'une institution financière ou d'une entité liée (« Emprunt d'un jour 1 »).

4) La totalité du produit de l'Emprunt d'un jour 1 est utilisée par Aco afin de souscrire à des actions privilégiées de Nouco1[3].

[3] Le prix de rachat, le capital versé et la JVM de ces actions privilégiées devraient être égaux au montant de la souscription d'Aco.

5) Aco transfère les actions privilégiées de Nouco1 à Dco en contrepartie d'une débenture garantie portant intérêt (« Billet de Dco »). Le Billet de Dco est remboursable sur demande et le recours d'Aco relativement au Billet de Dco est limité aux actions privilégiées de Nouco1 qui sont données en garantie[4].

   Le principal du Billet de Dco pourra être réglé au gré de Dco par i) un versement en espèces, ii) la livraison d'un bien dont la JVM au moment du rachat est égale au montant du principal, iii) la livraison des actions privilégiées de Nouco1 ou iv) par voie de compensation avec le Billet d'Aco (ci-après défini) si le Billet de Aco est détenu par Aco au moment du remboursement[5].

6) Nouco1 se sert du produit de la souscription prévue à l'étape 4) afin de consentir un prêt sans intérêt à Aco (« Billet d'Aco »).

7) Aco utilise le produit du Billet d'Aco afin de rembourser l'Emprunt d'un jour 1.

8) Trimestriellement, Aco fait un apport de capital à Nouco1 d'un montant équivalant au montant des dividendes courus et impayés. Nouco1 n'émettra aucune action en contrepartie de l'apport de capital fait par Aco et aucun montant ne sera ajouté au capital déclaré de Nouco1. Le montant de l'apport sera inscrit à titre de surplus d'apport à des fins comptables. L'apport de capital ne constituera pas un revenu de Nouco1 selon les principes comptables généralement reconnus (« PCGR »). Aco ne réclamera à aucun moment une perte en capital à l'égard de son apport de capital à Nouco1.

9) Nouco1 utilise le produit de l'apport de capital afin de verser le dividende couru et impayé sur les actions privilégiées de Nouco1.

---

[4] Certains impératifs juridiques ou commerciaux peuvent justifier de procéder à une capitalisation suivie d'une vente des actions à la société profitable. À cet effet, les décisions anticipées suivantes utilisent le même mécanisme : 2008-0299591R3, 2009 et 2003-0020553, « Interest deductibility », 14 août 2003. Il serait également possible qu'Aco utilise le produit de l'Emprunt d'un jour 1 pour effectuer directement un prêt portant intérêt à Dco et que cette dernière utilise les fonds empruntés pour souscrire à des actions privilégiées de Nouco1.

[5] Notons que le montant des dividendes que Dco recevra sur les actions privilégiées de Nouco1 sera suffisant pour lui permettre de réaliser un bénéfice sur son placement, et ce, après déduction des intérêts à verser sur le Billet de Dco et des autres charges connexes.

10) Dco paye les intérêts courus et impayés sur le Billet de Dco.

11) Le démantèlement de la Structure 1 s'effectuera de la manière suivante :

a) Nouco1 rachète les actions privilégiées de Nouco1 détenues par Dco pour un montant équivalant à leur prix de rachat total. En règlement du rachat, Nouco1 cède le Billet d'Aco à Dco;

b) Le Billet d'Aco et le Billet de Dco sont réglés et éteints par voie de compensation;

c) Nouco1 est liquidée dans Aco selon le paragraphe 88(1) L.I.R.

1.2. STRUCTURE 2

1) Aco incorpore Nouco2, une société canadienne imposable ayant un capital-actions constitué d'un nombre illimité d'actions ordinaires, lesquelles sont détenues directement par Aco. Cette nouvelle société n'exercera aucune entreprise active et ses opérations se limiteront à acquérir le Billet 2 d'Aco (ci-après défini).

2) Aco incorpore Perteco, une société canadienne imposable ayant un capital-actions constitué d'un nombre illimité d'actions ordinaires, lesquelles sont détenues directement par Aco. Cette nouvelle société n'exercera aucune entreprise active et ses activités se limiteront à acquérir des actions privilégiées de Nouco2 avec le produit du Billet de Perteco (ci-après défini).

3) Le capital-actions de Nouco2 est modifié afin d'inclure un nombre illimité d'actions privilégiées ayant les caractéristiques suivantes : donnant droit à un dividende cumulatif, sans droit de vote, sans droit de participation, rachetables au gré de l'émetteur ou remboursables au gré du porteur.

Le rachat des actions peut être réglé, au gré du porteur de l'option, par i) un versement en espèces ou ii) la livraison d'un bien (incluant le Billet 2 d'Aco) dont la JVM au moment du rachat est égale au montant total du rachat. Dans chacun des cas, tout dividende déclaré et non versé ainsi que tout dividende accumulé qui n'a pas été déclaré en date du rachat doivent être payés.

4) Aco emprunte un certain montant à titre d'emprunt d'un jour d'une institution financière ou d'une entité liée (« Emprunt d'un jour 2 »).

5) La totalité du produit de l'Emprunt d'un jour 2 est utilisée par Aco afin d'effectuer un prêt portant intérêt à Perteco (« Billet de Perteco »). Le Billet de Perteco est payable à demande.

6) Perteco utilise le produit du Billet de Perteco afin de souscrire à des actions privilégiées de Nouco2[6].

7) Nouco2 utilise le produit de l'émission des actions privilégiées de Nouco2 pour effectuer un prêt ne portant pas intérêt à Aco (« Billet 2 d'Aco »).

8) Aco utilise le produit du Billet 2 d'Aco afin de rembourser l'Emprunt d'un jour 2.

9) Aco fait un apport de capital à Nouco2 d'un montant équivalant au montant des dividendes courus et impayés. Nouco2 n'émettra aucune action en contrepartie de l'apport de capital fait par Aco et aucun montant ne sera ajouté au capital déclaré de Nouco2. Le montant de l'apport sera inscrit à titre de surplus d'apport aux fins comptables. L'apport de capital ne constituera pas un revenu de Nouco2 selon les PCGR. Aco ne réclamera à aucun moment une perte en capital à l'égard de son apport en capital à Nouco2.

10) Nouco2 utilise le produit de l'apport de capital afin de verser le dividende couru et impayé sur les actions privilégiées de Nouco2.

11) Perteco paye les intérêts accumulés et impayés sur le Billet de Perteco.

12) Le démantèlement de la Structure 2 s'effectuera de la manière suivante :

    a) Nouco2 rachète les actions privilégiées de Nouco2 détenues par Perteco pour un montant égal au total de leur prix de rachat;

    b) En règlement du rachat des actions privilégiées de Nouco2, Nouco2 cède le Billet 2 d'Aco à Perteco;

---

[6] Le prix de rachat, le capital versé et la JVM de ces actions privilégiées devraient être égaux au montant de la souscription de Perteco. Notons que le montant des dividendes que Perteco recevra sur les actions privilégiées de Nouco2 sera suffisant pour lui permettre de réaliser un bénéfice sur son placement, et ce, après déduction des intérêts à verser sur le Billet de Perteco et des autres charges connexes.

c) Le Billet 2 d'Aco et le Billet de Perteco seront réglés et éteints par voie de compensation;

d) Aco et Dco concluent et exécutent un accord en vertu duquel Aco vendra, à un prix égal à la JVM, ses actions de Perteco à Dco. Le prix de rachat est négocié entre les parties. Aco ne réclamera, à aucun moment, une perte en capital à l'égard de la vente de ses actions ordinaires de Perteco;

e) Perteco est liquidée dans Aco selon le paragraphe 88(1) L.I.R.

13) Après la liquidation de Perteco, les étapes 4) à 12) seront répétées annuellement (sauf qu'une nouvelle « Perteco » sera créée lors de chacune de ces répétitions) au cours de chacune des deux années d'imposition subséquentes.

14) Après la réalisation et la répétition des étapes dont il est question à l'étape 13), Nouco2 est liquidée selon le paragraphe 88(1) L.I.R. dans Aco.

2. ANALYSE

Tel qu'il a été mentionné en introduction, l'analyse qui suit se veut hypothétique et a pour but de faire ressortir les avantages pouvant découler de l'utilisation simultanée des Structures 1 et 2 dans une structure d'utilisation de pertes. En effet, l'utilisation de ces deux structures de façon concomitante est innovatrice et peut s'appliquer à plusieurs contribuables. Pour ce motif, nous formulerons des commentaires qui dépassent le cadre de la décision anticipée et tenterons de les appliquer à des situations où la santé financière de la société à perte pourrait être mise en doute par ses créanciers, comme ce fut souvent le cas ces dernières années.

Afin de simplifier la lecture, nous renverrons aux faits et étapes présentés dans la section 1. du présent texte à toutes ses fins.

Régulièrement, les contribuables ont recours à l'incorporation d'une nouvelle société et à l'interposition d'un prêt portant intérêt afin de générer un revenu d'intérêts, imposable pour la société à perte en vertu l'alinéa 12(1)c) L.I.R. et de générer une déduction selon l'alinéa 20(1)c) L.I.R. pour la société profitable. Bien que les deux structures à l'étude aient recours à l'utilisation de sociétés nouvellement constituées, chaque structure offre des avantages différents.

2.1. AVANTAGES DE LA STRUCTURE 1

Déductibilité dans l'année courante

Ce type de structure permet la déduction des intérêts par la société à profit dans l'année au cours de laquelle le prêt est effectué. En effet, comme le prêt portant intérêt est effectué directement à cette dernière, elle peut déduire l'intérêt payé ou payable durant l'année au cours de laquelle la structure est mise en place.

Utilisation des pertes par plusieurs entités

Cette méthode de consolidation offre un certain degré de flexibilité. Lorsqu'il y a plusieurs sociétés exploitantes générant des profits et que les pertes autres qu'en capital se situent au niveau de la société mère, comme c'est le cas en l'espèce, une seule nouvelle entité permettrait de consolider les revenus des filiales exploitantes avec les pertes de la société mère. À cet égard, il est fréquent que tout le financement des activités d'un groupe donné soit effectué par la société mère afin, par exemple, de pouvoir négocier des termes plus favorables avec les institutions financières.

Dans ce cas, la société mère n'aurait qu'à effectuer des prêts portant intérêt à plusieurs entités à profit du groupe et ces dernières pourraient souscrire à des actions privilégiées de la nouvelle entité. Ce faisant, les pertes de la société mère seraient utilisées de manière à réduire le revenu imposable de plusieurs de ces filiales.

Simplicité

L'implantation de cette structure, sous réserve de certaines contraintes juridiques ou commerciales, est assez simple en ce sens qu'elle n'exige l'incorporation que d'une seule entité et qu'elle ne nécessite pas le transfert de la nouvelle société à la société à profit[7]. De plus, une seule société devra être liquidée lors du démantèlement de la structure. À titre d'exemple, la complexité relative des étapes de la Structure 2 tend à démontrer la simplicité de la Structure 1[8].

---

[7] La Structure 1 implique uniquement le transfert des actions privilégiées de Nouco1. Pour plus de détails, voir l'étape 4) de la section 1.1. du présent texte.

[8] À cet effet, voir les sections 1.2. et 2.2. du présent texte.

Respect des tests de solvabilité

Selon le droit corporatif, les sociétés doivent respecter certains tests de solvabilité afin de pouvoir déclarer et verser un dividende, effectuer un rachat d'actions ou un retour de capital. Compte tenu du fait que le rachat d'actions ainsi que le paiement de dividendes sont essentiels au fonctionnement et au démantèlement de la structure de consolidation, il est nécessaire de s'assurer que ces exigences relatives aux sociétés seront respectées au moment voulu. Lorsqu'un paiement est effectué en dérogation de ces tests, les administrateurs peuvent être tenus personnellement responsables des montants versés pour une période de deux ans suivant le paiement[9]. La responsabilité des administrateurs sera donc une considération cruciale à prendre en compte lors de l'implantation d'une structure d'utilisation de pertes. Il est aisé de comprendre que ces derniers n'accepteront pas de prendre une décision qui risque de mettre en jeu leur responsabilité personnelle, et ce, particulièrement lorsque les montants en cause sont importants.

Le fait de constituer une société semble faciliter le respect des exigences corporatives au moment de verser les dividendes et d'effectuer le rachat des actions privilégiées. En effet, il est plus facile de contrôler les soldes comptables (actif et passif) lorsque la société est nouvellement constituée par opposition à une société à perte qui exploite son entreprise depuis plusieurs années. Dans la décision anticipée analysée, le rachat d'actions n'est pas effectué par la société à perte, mais bien par Nouco1 qui, en théorie, devrait avoir un bilan relativement uniforme tout au long de la période au cours de laquelle la structure d'utilisation de pertes sera en place.

Plus précisément, la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* prévoit qu'une société ne peut racheter des actions de son capital déclaré lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire ceci :

---

[9] *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44 et mod. (« L.C.S.A. »), par. 118(2) et 118(7). Afin de ne pas alourdir indûment le contenu du présent texte, nos commentaires se limiteront à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*. Néanmoins, il convient de noter que certaines lois provinciales relatives aux sociétés peuvent contenir des règles qui diffèrent de celles prévues à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*.

> « […] 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 au total :
>
> (i) de son passif,
>
> (ii) des sommes nécessaires, en cas de rachat ou de liquidation, à désintéresser les actionnaires qui, par rapport aux détenteurs des actions à acheter ou à racheter, doivent être payés par préférence ou concurremment, déduction faite de toute partie de ces sommes déjà inscrite au passif[10]. »

Ainsi, le paiement effectué lors du rachat ne doit pas avoir pour effet de rendre la société incapable d'acquitter son passif à échéance ni ne doit rendre son actif inférieur au total de son passif et des sommes nécessaires au paiement des actions prioritaires et concurrentes. La société doit satisfaire aux mêmes exigences afin d'effectuer un retour de capital[11].

Il importe de souligner que la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* prévoit des exigences différentes lorsque la société désire acheter ou autrement acquérir des actions qu'elle a émises, notamment lorsque la procédure est entreprise par l'actionnaire. Pour ce faire, il ne doit pas exister de motifs raisonnables de croire que la société ne pourra, en raison du paiement de ce dividende, acquitter son passif à échéance ou que la valeur de réalisation de son actif serait inférieure au total de son passif et de son capital déclaré. Ainsi, le fait de prévoir que les actions sont rachetables dans la description du capital-actions de la société a pour avantage de rendre le test corporatif applicable moins exigeant. En effet, contrairement au rachat d'actions, il est nécessaire de considérer la totalité du capital-actions de la société et non pas uniquement les sommes nécessaires pour pourvoir au paiement des actions prioritaires et concurrentes. Il semble donc opportun de prévoir que les actions devant être rachetées dans le cadre du démantèlement de la structure sont rachetables au gré du détenteur.

Afin de déclarer et payer un dividende, il ne doit pas exister de motifs raisonnables de croire que la société ne pourra, en raison du paiement de ce dividende, acquitter son passif à échéance ou que la valeur de réalisation de son actif serait inférieure au total de son passif et de son capital déclaré[12]. Ainsi, le test applicable au paiement d'un dividende est le même que celui

---

[10] Par. 36(2) L.C.S.A.

[11] Par. 38(3) L.C.S.A.

[12] Art. 42 L.C.S.A.

applicable pour l'achat d'actions. Compte tenu du fait qu'un dividende devra être versé sur une base annuelle, il est nécessaire de suivre l'évolution des états financiers de la nouvelle société.

Il importe de souligner que les tests susmentionnés renvoient tous à des « motifs raisonnables ». De ce fait, les tests pourraient ne pas être respectés en raison du fait qu'une personne raisonnable placée dans des circonstances similaires aurait des motifs de croire que la société ne pourrait acquitter son passif à échéance. Ce faisant, ces tests ne semblent pas être purement mathématiques, mais ils reposent plutôt sur des critères objectifs.

Dans le cas où le paiement d'un dividende est effectué en dérogation des tests corporatifs, le paiement devrait tout de même être considéré comme étant un « dividende »[13]. La Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Cabezuelo* c. *MRN* a indiqué que le rachat d'actions effectué lorsque les tests corporatifs ne sont pas respectés demeure valide[14]. Dans le même sens, l'ARC a indiqué qu'un dividende est valide même lorsque le paiement a pour effet de rendre la société insolvable[15]. Lorsqu'une société déclare et paie un dividende et que le paiement ne représente pas une distribution de capital ou une participation au reliquat de la société, ce paiement doit être considéré comme un « dividende » aux fins fiscales[16]. Ainsi, le respect des tests corporatifs semble requis uniquement pour éviter d'engager la responsabilité des administrateurs.

Inceste corporatif

Lorsqu'il est nécessaire de faire circuler l'argent dans la structure et que les pertes se situent au niveau de la société mère, il est généralement préférable pour la filiale à profit de souscrire à des actions du capital-actions de la société mère afin que les exigences de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. soient

---

13 Selon le paragraphe 248(1) L.I.R., un « dividende » comprend un dividende en actions.

14 83 D.T.C. 679 (C.C.I.). Par contre, il doit être noté que ce jugement a été rendu à l'égard d'un contribuable assujetti à la *Business Corporations Act of Ontario*, R.S.O. 1970, c. 53.

15 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques RCT 7-2896, « Sale of shares to related party », 8 février 1994; 7-3490, « Dividends paid by a Corporation that is in a deficit position », 8 septembre 1984.

16 AGENCE DU REVENU DU CANADA, décisions anticipées 9701295, « Dividend in Kind-U.S. divestiture », 22 janvier 1997; 9715905, « Dividend in Kind U.K. demerger », 25 septembre 1997.

remplies[17]. En effet, si la filiale utilisait le produit des prêts portant intérêt afin d'effectuer un prêt sans intérêt à la société mère, la filiale n'aurait pas utilisé l'argent emprunté dans le but de gagner un revenu d'entreprise ou de bien. D'un autre côté, plusieurs lois corporatives empêchent qu'une filiale détienne des actions du capital-actions de sa société mère (« inceste corporatif »)[18]. Ce faisant, l'incorporation d'une nouvelle société permet à la filiale de souscrire à des actions privilégiées d'une société tout en évitant l'inceste corporatif. Dans la décision anticipée analysée, Dco et Nouco1 (les filiales) ne détiennent pas d'actions du capital-actions d'Aco (société mère), de sorte que les préoccupations, eu égard à l'inceste corporatif, ne semblent pas s'appliquer.

Lorsque les pertes se situent au niveau de la filiale, la société mère pourrait acquérir des actions de la filiale, et ce, sans créer d'inceste corporatif. Par contre, dans la mesure où la filiale éprouve des difficultés financières, les administrateurs de la société mère désireront s'assurer que les créanciers de cette dernière n'exigeront pas le paiement immédiat du prêt octroyé à la société mère. Il sera donc important pour les administrateurs de s'assurer que les difficultés financières d'une société impliquée dans la structure ne touchent pas la société générant des profits.

2.2. AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DE LA STRUCTURE 2

Tout comme la Structure 1, cette structure permet d'éviter l'inceste corporatif et de s'assurer que les tests de solvabilité prévus par les lois corporatives sont satisfaits. Par contre, il importe de souligner d'importantes différences entre ces deux structures.

Protection contre les créanciers

Ce type de structure semble offrir une meilleure protection contre les créanciers de la société à perte, car contrairement à la Structure 1, la société qui génère des profits ne contracte aucun emprunt. Ainsi, les créanciers de la société à perte n'auront aucun recours contre les actifs de la société à profit. Dans la Structure 2, la dépense d'intérêt est « encapsulée » dans Perteco et

---

[17] Notons qu'il serait possible pour la filiale de souscrire à des actions d'une autre société du groupe et cette dernière pourrait utiliser les fonds reçus lors de la souscription afin d'effectuer un prêt ne portant pas intérêt à la société mère. Cette possibilité présuppose qu'une autre société du groupe soit impliquée dans la structure d'utilisation de pertes, ce qui, pour plusieurs raisons, peut ne pas être souhaitable.

[18] Art. 30 L.C.S.A.

les actions de cette dernière sont finalement transférées à Dco, la société à profit, contre un paiement en espèces.

Complexité

Pour être efficace, la Structure 2 requiert l'incorporation d'une nouvelle entité, son transfert et sa liquidation sur une base annuelle. Il est nécessaire de procéder de la sorte afin d'éviter que la société à profit ne paye de l'impôt sur son revenu imposable accumulé durant les années où la dépense d'intérêt s'accumule dans la nouvelle société.

Utilisation des pertes par plusieurs entités

Contrairement à la Structure 1, la Structure 2 ne permet pas de transférer les pertes d'une société à plusieurs sociétés à profit. En effet, pour que la Structure 2 soit efficace, il est nécessaire que Perteco soit liquidée selon le paragraphe 88(1) L.I.R. Ainsi, si plusieurs sociétés à profit sont actionnaires de Perteco, la liquidation sera effectuée sur une base imposable selon le paragraphe 88(2) L.I.R. et les attributs fiscaux de Perteco ne seront pas transférés, ce qui constitue l'élément essentiel de cette structure.

Report de la déductibilité des intérêts

La dépense d'intérêt accumulée par Perteco devrait avoir pour effet de créer une perte autre qu'en capital puisque le revenu de dividende qu'elle reçoit de Nouco2 est déductible dans le calcul de son revenu imposable selon le paragraphe 112(1) L.I.R. Ainsi, cette perte autre qu'en capital n'est transférée à Dco que dans la mesure où Perteco est liquidée selon le paragraphe 88(1) L.I.R.

Cependant, la déductibilité de la perte autre qu'en capital de Perteco sera soumise aux restrictions prévues au paragraphe 88(1.1) L.I.R. En effet, cette perte ne sera disponible pour réduire le revenu imposable de Dco que dans l'année d'imposition suivant l'année au cours de laquelle Perteco est liquidée. Ce faisant, l'inconvénient le plus important de la Structure 2 est qu'elle reporte d'une année l'utilisation de la perte autre qu'en capital de Perteco, ce qui peut représenter un coût d'opportunité important au moment de mettre en place une telle structure.

Au lieu de procéder à la liquidation de Perteco selon le paragraphe 88(1) L.I.R., il serait possible d'effectuer une fusion verticale selon le paragraphe 87(11) L.I.R. Dans ce cas, le paragraphe 88(1.1) L.I.R. serait inapplicable.

Par contre, la fusion occasionnera une fin d'année réputée des sociétés fusionnées comme le prévoit l'alinéa 87(2)a) L.I.R.

2.3. AVANTAGE DE L'UTILISATION SIMULTANÉE

Sur une base prospective, l'implantation des Structures 1 et 2 de manière concomitante procure un équilibre entre la minimisation des risques financiers de la société profitable et l'efficacité de la structure d'un point de vue fiscal. En effet, la Structure 2 semble offrir une protection accrue à l'égard des créanciers puisque aucun prêt n'est effectué en faveur de la société à profit. Ce faisant, dans la mesure où la société à perte devait éprouver des difficultés financières, seul le paiement du Billet de Perteco pourrait être réclamé par les créanciers d'Aco, qui est la société à perte aux fins de l'exemple. Par contre, dans la Structure 2, le bénéfice des pertes autres qu'en capital dont hérite Dco, la société profitable aux fins de l'exemple, à la suite de la liquidation de Perteco est reporté d'une année par l'effet du paragraphe 88(1.1) L.I.R.

Par conséquent, prise isolément, la Structure 2 ne permet pas à Dco de bénéficier des pertes autres qu'en capital de Perteco dans l'année au cours de laquelle Perteco est liquidée. Pour éviter cette situation, l'implantation de la Structure 1 est nécessaire, car elle permet à Dco de bénéficier d'une dépense d'intérêt sur le Billet de Dco. Toutefois, cette structure implique que la société à profit soit directement débitrice d'une obligation portant intérêt. Il en résulte que cette créance risque de devenir un bien saisissable par les créanciers de la société à profit. Afin de minimiser ce risque, il est possible d'avoir recours à certains mécanismes contractuels afin de maximiser la protection des actifs de la société à profit durant l'année au cours de laquelle la Structure 1 est en place[19].

2.4. DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS

Dans ce type de structure, la consolidation des pertes et des revenus ne s'effectue que dans la mesure où l'intérêt payé par la société à profit ou par la société nouvellement constituée est effectivement déductible dans le calcul de son revenu imposable. Selon l'alinéa 20(1)c) L.I.R., l'intérêt payé ou payable au cours de l'année est déductible si le montant est raisonnable et qu'il est payé en vertu d'une obligation légale. Plus particulièrement, l'intérêt payé ou payable sur de l'argent emprunté est déductible uniquement

[19] Pour plus de détails à l'égard des mécanismes de protection, voir la section 2.7. du présent texte.

s'il est utilisé en vue de gagner un revenu d'entreprise ou de bien[20]. Autrement dit, le contribuable doit établir un lien entre l'argent emprunté et une source de revenus admissible.

Les tribunaux canadiens ont reconnu à plusieurs reprises que l'intérêt payé sur de l'argent emprunté utilisé pour acquérir des actions d'une société est déductible si les actions acquises sont susceptibles de générer des dividendes[21]. Dans ce cas, il n'est pas nécessaire que le paiement de dividende constitue le but premier du placement; une intention accessoire de gagner un revenu de dividende est suffisante. La jurisprudence indique également que lorsque le prêt est contracté dans le but de diminuer l'impôt payable, l'intérêt reste déductible et les transactions implantées par les contribuables doivent être examinées séparément[22].

Lorsque la source de revenus disparaît, par exemple, lorsque le contribuable dispose des actions, l'intérêt cesse d'être déductible. Par contre, si le contribuable dispose du bien initialement acquis en contrepartie d'un autre bien également générateur de revenus, l'intérêt devrait rester déductible selon les termes prévus au paragraphe 20.1(1) L.I.R.

Pour être déductible, le montant de l'intérêt doit être raisonnable et refléter le taux du marché[23]. En ce sens, l'ARC exige que le montant du prêt reflète la capacité d'emprunt de la société à perte[24], ce qui crée beaucoup d'incertitude car ce critère est sujet à interprétation. Par contre, il est possible de prendre en considération les garanties données par les autres entités du groupe dans cette détermination.

Intérêt sur l'Emprunt d'un jour 1

Dans la mesure où Aco paye un montant à titre d'intérêt sur l'Emprunt d'un jour 1, ce paiement devrait être déductible selon l'alinéa 20(1)c) L.I.R., car l'emprunt est contracté afin de souscrire à des actions privilégiées de

---

20 S.-al. 20(1)c)(i) L.I.R.

21 *Entreprises Ludco Ltée* c. *La Reine*, 2001 D.T.C. 5505 (C.S.C.) (« *Entreprises Ludco* »).

22 *Singleton* c. *La Reine*, 2001 D.T.C. 5533 (C.S.C.).

23 AGENCE DU REVENU DU CANADA, décision anticipée 2008-0289771R3, « Loss consolidation », 2009.

24 AGENCE DU REVENU DU CANADA, décision anticipée 2007-0253031E5, « Loss consolidation arrangement », 17 décembre 2008.

Nouco1. À l'étape 5), lorsqu'Aco dispose des actions privilégiées à Dco en contrepartie d'un billet portant intérêt, l'intérêt devrait rester déductible[25], en présumant que les autres conditions énoncées à l'alinéa 20(1)c) L.I.R. sont remplies.

Il importe de souligner qu'il est possible que l'ARC refuse de se prononcer sur ce point spécifique dans le cadre d'une décision anticipée compte tenu du faible niveau de risque d'un point de vue technique. Par contre, en pratique, les institutions financières peuvent exiger un taux d'intérêt important pour effectuer un prêt d'un jour lorsque les sommes en cause sont significatives. En ce sens, les contribuables pourraient vouloir avoir plus de certitude pour s'assurer que les intérêts sur cet emprunt sont déductibles.

Intérêt sur le Billet de Dco et le Billet de Perteco

L'intérêt que Dco paye à Aco à l'égard du Billet de Dco dans la Structure 1 devrait être déductible en vertu du sous-alinéa 20(1)c)(ii) L.I.R. étant donné que les actions privilégiées de Nouco1 constituent des biens générateurs de revenu. De plus, les actions privilégiées de Nouco1 donnent droit à un dividende cumulatif. Sur cette même base, l'intérêt que Perteco paye à l'égard du Billet de Perteco dans la Structure 2 devrait également être déductible en vertu du même sous-alinéa.

Compte tenu du fait que Nouco1 et Nouco2 n'exploitent pas une entreprise, elles n'ont pas la capacité de générer des revenus pouvant servir au paiement des dividendes sur les actions privilégiées émises à Dco et à Perteco. De plus, Nouco1 et Nouco2 utilisent respectivement le produit de la souscription de Dco et de Perteco afin d'octroyer un prêt ne portant pas intérêt à Aco. Ainsi, les actions privilégiées ne génèrent pas directement des revenus. Par contre, plusieurs décisions anticipées favorables ont été rendues dans un contexte où la société nouvellement constituée n'exploite pas d'entreprise et utilise le produit de souscription afin d'effectuer un prêt ne portant pas intérêt[26].

---

[25] Notons que les arrêts *Entreprises Ludco*, précité, note 21 et *Tennant* c. *La Reine*, 96 D.T.C. 6121 (C.S.C.) (« *Tennant* »), confirment les principes maintenant consacrés à l'article 20.1 L.I.R.

[26] À titre d'exemple, voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, décisions anticipées 9910853, « Loss consolidation », 5 août 1999; 9710583, « Loss consolidation », 27 juin 1997; 2005-0118061R3, « Loss consolidation », 24 août 2005; 2006-0180321R3, 6 septembre 2006; 2006-0171291R3, « Loss utilization », 19 juillet

(à suivre…)

De plus, étant donné qu'Aco s'engage à faire des contributions au surplus d'apport de Nouco1 et de Nouco2 afin de permettre le paiement des dividendes courus et impayés, les exigences de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. devraient être respectées.

2.4.1. L'arrêt *C.R.B. Logging Co. c. La Reine*[27]

Tel qu'il a été mentionné, Nouco1 et Nouco2 n'exploitent aucune entreprise, et ainsi elles n'ont pas la capacité autonome de générer des revenus qui pourraient finalement être distribués sous forme de dividende à Dco et Perteco. Dans un contexte similaire, la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *C.R.B. Logging* a refusé la déductibilité des intérêts payés par le contribuable. Dans cette cause, C.R.B. Logging a indirectement financé sa propre acquisition en souscrivant à des actions privilégiées de la société qui souhaitait acquérir les actions de sa société mère (c'est-à-dire Meager Creek).

La Cour d'appel fédérale a conclu que l'intérêt payé par C.R.B. Logging sur l'emprunt ayant servi à acquérir les actions privilégiées de Meager Creek n'était pas déductible puisque C.R.B. Logging n'avait pas de « source indépendante de revenu ». Les dividendes que C.R.B. Logging pouvait recevoir sur les actions privilégiées de Meager Creek provenaient indirectement des dividendes versés par C.R.B. Logging sur ses propres actions.

En l'espèce, Nouco1 et Nouco2 n'ont pas directement ou indirectement financé l'acquisition par Dco et Perteco de leurs actions privilégiées. En effet, l'acquisition des actions privilégiées est financée par un prêt portant intérêt effectué par Aco, la société mère de Dco et de Perteco. Il est convenu qu'Aco effectuera des contributions au surplus d'apport de Nouco1 et Nouco2 afin de permettre le paiement des dividendes. Ainsi, Dco et Perteco peuvent raisonnablement s'attendre à recevoir des dividendes qui ne seront pas directement financés par leurs propres revenus.

L'ARC a d'ailleurs indiqué qu'elle appliquerait les principes développés par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *C.R.B. Logging* uniquement dans

---

(…suite)
2006; 2007-02200051R3, « Loss utilization », 14 mars 2007; 2003-0012293, « Loss utilization in a related group », 18 juin 2003; 2002-0123813, « Loss consolidation within affiliated group », 29 mai 2002.

[27] [1999] 2 C.T.C. 2279 (C.C.I.); dossier n° A-242-99 (C.A.F.) (« *C.R.B. Logging* »).

des circonstances similaires[28]. En 2009, l'ARC a confirmé qu'elle n'invoquerait pas l'affaire *C.R.B. Logging* dans le cas d'une « transaction standard de consolidation »[29]. Selon l'ARC, une « transaction standard de consolidation » implique un écart positif entre le taux d'intérêt et le taux de dividende. Ainsi, en l'absence d'un écart positif, la transaction pourrait ne pas être considérée comme une « transaction standard de consolidation ». Dans ce contexte, si la société à perte n'a pas de source autonome de revenu, l'affaire *C.R.B. Logging* pourrait être invoquée par l'ARC pour refuser la déductibilité des intérêts. Par contre, l'ARC a indiqué dans le bulletin *Nouvelles techniques* n° 30 que le critère à appliquer est l'existence au sein de la société mère d'actifs pouvant générer suffisamment de revenus pour payer les dividendes sur les actions privilégiées[30].

Sur cette base, il serait surprenant que l'ARC tente d'appliquer le concept de « source autonome de revenu » afin de refuser la dépense d'intérêt de Dco et de Perteco, dans la mesure où le taux de dividende est légèrement supérieur au taux d'intérêt payé sur les fonds empruntés afin d'acquérir les actions privilégiées de Nouco1 et Nouco2[31]. De plus, cet argument est renforcé si Aco a suffisamment d'actifs pouvant générer des revenus lui permettant d'effectuer les apports nécessaires au paiement des dividendes.

2.4.2. L'arrêt *Entreprises Ludco*[32]

Dans l'arrêt *Entreprises Ludco*, la Cour suprême du Canada a clairement indiqué que l'expectative de gagner un revenu brut est suffisante aux fins de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. L'ARC semble mettre en question les conclusions de cet arrêt et exiger une expectative de réaliser un revenu.

---

28 AGENCE DU REVENU DU CANADA, décisions anticipées 2000-0052363, « Loss consolidation », 2000; 9920513, « Loss consolidation », 1999; AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2000-0056275, « Leveraged buyout », 6 décembre 2000; 2001-0094883, « Loss consolidation », 2001.

29 Wayne ADAMS et Steve SUAREZ, « Canada's Loss Transfer System », Toronto Centre CRA & Tax Professionals Consultation Group seminar, 27 octobre 2009.

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

31 Pour plus de détails, voir la section 2.7.1.1. du présent texte.

32 Précité, note 21.

Ainsi, dans la mesure où le taux de dividende est légèrement supérieur au taux d'intérêt payé sur les fonds empruntés afin d'acquérir les actions privilégiées de Nouco1 et Nouco2, l'intérêt devrait être déductible dans de telles circonstances[33]. Ce faisant, Aco est en mesure de transférer ses pertes autres qu'en capital à Dco afin de diminuer le revenu imposable du groupe d'un point de vue consolidé.

2.4.3. L'arrêt *Tennant*[34]

Lorsque la valeur des actions privilégiées émises dans le cadre de la structure diminue de manière draconienne, il est possible que la société ne puisse verser aucun dividende, notamment en raison des restrictions découlant de l'application des tests de solvabilité prévus dans les différentes lois corporatives. Cette situation est susceptible de se présenter pour plusieurs sociétés depuis la récente récession. À ce sujet, la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Tennant* a clairement indiqué que le fait que la valeur des actions acquises par le contribuable ait significativement diminué depuis leur acquisition ne devrait pas être considéré aux fins de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada a indiqué que prétendre le contraire aurait pour effet de refuser la déductibilité des intérêts chaque fois qu'une société éprouve des difficultés financières et qu'elle ne peut verser un dividende à ses actionnaires.

2.5. CONTRIBUTION AU SURPLUS D'APPORT

La loi ne définit pas l'expression « surplus d'apport ». Par contre, l'ARC indique qu'il faut se référer au sens donné à cette expression par les PCGR[35].

---

33 *Supra*, note 26.

34 Précité, note 25.

35 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0146655, « Meaning of contributed surplus », 30 octobre 2002. Dans INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *Manuel de l'ICCA*, vol. I, Toronto, ICCA, chap. 3251, on prévoit le sens suivant pour surplus d'apport :

> « [...] somme constituée de montants versés à l'entité par les porteurs de titres de capitaux propres. Le surplus d'apport versé par les porteurs de titres de capitaux propres comprend tous les apports par eux versés en sus des montants attribués au poste Capital-actions, notamment : les primes d'Émission; toute partie du produit de l'émission d'actions sans valeur nominale qui n'est pas attribuée au capital-actions; les gains sur les actions confisquées; le produit des actions remises à titre gratuit par les porteurs de titres de capitaux propres; les gains résultant du rachat ou de la conversion d'actions à un prix inférieur à la valeur inscrite au capital-actions. »

Cette question se pose notamment lorsque la société faisant l'objet de la contribution est à perte, car il ne semble pas possible de créer un surplus d'apport lorsque la société est en situation de déficit.

Puisque cette contribution n'est pas effectuée au capital émis et payé de la société, elle ne devrait pas être considérée aux fins des tests de solvabilité prévus par les lois corporatives. Dans le cas où les tests de solvabilité ne seraient pas respectés, il serait possible de convertir le capital versé de la société en surplus d'apport. Ainsi, le montant du capital versé ne serait plus considéré comme étant un passif aux fins des tests de solvabilité[36]. À la suite du paiement du dividende, le montant du capital versé qui a été converti en surplus d'apport peut être reconverti en capital versé. L'ARC a indiqué que ce mécanisme ne devrait pas avoir pour effet de déclencher un dividende réputé selon le paragraphe 84(1) L.I.R., dans la mesure où les conditions visant l'exception prévue à l'alinéa 84(1)c.3) L.I.R. sont remplies[37]. L'ARC a rendu plusieurs décisions anticipées favorables indiquant qu'une contribution au surplus d'apport d'une société n'est pas considérée comme étant un revenu selon les alinéas 12(1)c) et 12(1)x) L.I.R.

Selon le sous-alinéa 84(1)c.3)(ii) L.I.R., il est possible de convertir en capital versé au titre d'une catégorie d'actions donnée un « surplus d'apport » découlant de l'acquisition d'un bien[38] auprès d'une personne qui détenait des actions émises de cette catégorie ou d'une catégorie ayant remplacé la catégorie donnée sans émission d'actions ou sans contrepartie[39]. En d'autres mots, il est nécessaire que l'augmentation du capital versé

---

[36] Le montant du surplus d'apport présenté aux fins comptables ne devrait pas être considéré comme étant du capital émis et payé aux fins de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*.

[37] AGENCE DU REVENU DU CANADA, décisions anticipées 9626713, « Financial difficulty – Limited partnership », 1996; 9906963, « Distress preferred shares – Limited partnership », 1999; 9615983, « Distress preferred share ruling », 1996; 2004-0067531R3, « Distribution of funds by a public corporation », 2005; 9904573F, « Surplus d'apport », 1999; 2001-0114583, « Unwinding », 2002.

[38] Le paragraphe 248(1) L.I.R. prévoit qu'un « bien » comprend « un bien de toute nature, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels ». Ainsi, une contribution en espèces devrait être considérée comme étant le transfert d'un bien selon le sous-alinéa 84(1)c.3)(ii) L.I.R. Voir également AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0031585, « Repayment of contributed surplus », 25 août 2003.

[39] Notons que le paragraphe 26(6) L.C.S.A. prévoit qu'une société peut augmenter le capital émis et payé d'une catégorie d'actions d'un montant correspondant au surplus d'apport.

résulte de la conversion d'un surplus d'apport en faveur de la même catégorie d'action que celle ayant reçu la contribution.

Afin d'éviter une dilution du surplus d'apport entre les actionnaires, il est nécessaire que la société qui effectue une contribution au surplus d'apport détienne des actions d'une catégorie distincte des autres actionnaires. La contribution à une catégorie distincte permet également de limiter les risques qu'un avantage puisse être conféré aux autres détenteurs de la catégorie selon les paragraphes 15(1) ou 246(1) L.I.R. En effet, dans la mesure où un autre actionnaire détiendrait des actions ordinaires, la contribution au surplus d'apport pourrait être convertie en capital versé et ainsi constituer l'octroi d'un avantage à un autre actionnaire ou à une personne liée, le cas échéant. Pour ces raisons, il semble préférable, comme dans l'exemple qui nous occupe, qu'Aco détienne la totalité des actions ordinaires de Nouco1 et de Nouco2.

Dans la mesure où il n'est pas possible pour une année donnée de procéder à la contribution au surplus d'apport de Nouco1, cette dernière pourrait choisir de verser un dividende en actions en faveur Dco[40]. Dans cette éventualité, le prix de base rajusté (« PBR ») de Dco à l'égard des actions additionnelles reçues de Nouco1 devrait être nominal compte tenu du fait que le dividende devrait être assujetti aux modifications proposées au paragraphe 52(3) L.I.R. qui ont pour effet de limiter l'augmentation du PBR des actions reçues par voie de dividende en actions.

2.6. PRIX DE BASE RAJUSTÉ DES ACTIONS PRIVILÉGIÉES DE NOUCO1 ET DE NOUCO2

D'une manière générale, la loi prévoit que le PBR d'un bien est égal au coût du bien pour le contribuable tel qu'il est rajusté par les règles prévues à l'article 53 L.I.R.[41] Ainsi, le PBR d'une action est généralement égal au prix payé. Il doit, par contre, être réduit de tout paiement reçu à titre de réduction du capital versé[42]. Dans certaines situations, le PBR d'une action peut être rajusté selon le paragraphe 69(1) L.I.R. Selon l'alinéa 69(1)a) L.I.R., lorsqu'un contribuable acquiert un bien pour une somme supérieure à la JVM du bien, il est réputé l'avoir acquis pour une somme égale à ladite

---

40 AGENCE DU REVENU DU CANADA, décision anticipée 2009-0347041R3, « Loss consolidation », 2010.

41 Art. 54 « prix de base rajusté » L.I.R.

42 Par. 53(1) et al. 53(2)a) L.I.R.

JVM. Ainsi, lorsqu'une société souscrit au capital-actions d'une société liée et que cette dernière éprouve des difficultés financières, il est possible que le PBR des actions reçues soit moindre que le montant de la souscription[43].

Par contre, lorsque la contribution a eu pour effet d'augmenter la valeur de la société ayant émis les actions, la portion du PBR qui est refusée par l'effet du paragraphe 69(1) L.I.R. peut tout de même être incluse au PBR du contribuable selon l'alinéa 53(1)c) L.I.R.[44] Sous réserve de certaines conditions, l'alinéa 53(1)c) L.I.R. peut donc avoir pour effet d'annuler les conséquences défavorables pouvant résulter de l'application de l'alinéa 69(1)a) L.I.R.

L'alinéa 53(1)c) L.I.R. prévoit que le montant versé à titre d'« apport de capital » à une société augmente le PBR des actions de cette société détenues par le contribuable. Par contre, cette disposition requiert le respect préalable de certaines conditions.

Il doit être raisonnable de considérer que cet apport n'est pas effectué dans le but de conférer un avantage à une personne liée. La loi ne définit pas l'expression « apport de capital », elle ne fait que prévoir que cet apport doit être effectué autrement que sous forme de prêt, de disposition d'actions d'une société étrangère affiliée et d'une disposition de bien à l'égard de laquelle un choix selon le paragraphe 85(1) L.I.R. a été effectué[45].

---

43 AGENCE DU REVENU DU CANADA, décision anticipée 2003-0046167, « Section 50 – Shares of insolvent corporation », 16 décembre 2003; AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 3M0953A, « APFF 1993 – Diverses questions », question 33, 8 octobre 1993; 9323280, « Souscription d'actions dans une société insolvable », 8 septembre 1993.

44 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-456R, « Biens en immobilisation – Certains rajustements du prix de base », 30 octobre 1992, par. 6; AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2010-0373371C6, « Souscription des unités d'une SEC – Section 54; 69(1)a); 53(1)e); 52(2)c); 251(1)c) », 8 octobre 2010; 2005-011906l17, « Montant d'aide-actions », 16 mai 2005; 1990-261, « Capitalization of debt – Interplay of sections 69 and 80 », novembre 1990; 1991-129, « Capitalization of debt – Interplay of sections 69 and 80 », novembre 1991; 9323280, précité, note 43; 9229570, « Contribution of capital », 4 novembre 1992.

45 Al. 53(1)c) L.I.R.

L'ARC interprète cette expression comme signifiant[46] :

> « […] l'Agence du revenu du Canada est d'avis qu'une transaction qui augmente le capital d'une société sans que cette dernière n'offre de contrepartie à l'égard de cette augmentation peut donner lieu à un apport en capital aux fins de l'alinéa 53(1)c). Par exemple, il y a apport en capital lorsque l'actionnaire a payé le prix total des actions sans valeur nominale et qu'il accepte, par la suite, de verser une somme supplémentaire à la société[47]. »

D'une manière générale, l'ARC considère qu'une augmentation du capital versé d'une société sans émission d'actions en contrepartie est considérée comme étant un « apport de capital » aux fins de l'alinéa 53(1)c) L.I.R. Par contre, pour que cet apport se traduise par une augmentation du PBR des actions détenues par le contribuable, il est nécessaire que la JVM des actions de la société autrement détenues par la personne qui effectue la contribution augmente[48].

Il n'est pas nécessaire que la JVM des actions de la société augmente d'un montant correspondant à l'apport, il suffit d'une augmentation négligeable[49]. Cependant, l'ARC exige une augmentation véritable de la JVM des actions[50]. Dans le cas où la JVM des actions est « négative » et que la contribution n'est pas suffisante pour augmenter la JVM des actions de

---

46 À quelques reprises, l'ARC a indiqué qu'un « apport en capital » n'est pas synonyme de « surplus d'apport ». À cet effet, voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 1991-204, « Contribution of capital », septembre 1991; rrrr379, « Meaning of "contribution of capital" », 10 mai 1990; 9229570, précité, note 44.

47 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2009-032495117, « Prix de base rajusté des actions d'une société », 1er décembre 2009; Richard S. BISCARO, Bryan W. DATH et Mark SYMES, « Table ronde de Revenu Canada », dans *1992 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1993, pp. 54:1-75, question 28, aux pages 54:56-57.

48 L'ARC a déjà indiqué que pour bénéficier de l'augmentation du PBR prévue à l'alinéa 53(1)c) L.I.R., il est nécessaire que le contribuable détienne des actions immédiatement après la contribution. À cet effet, voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 1991-117, « Tax treatment of proceeds of disposition », novembre 1991.

49 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 3M0953A, précité, note 43; 9323280, précité, note 43; AGENCE DU REVENU DU CANADA, décision anticipée 2002-0174053, « Internal reorganization », 2003; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-456R, précité, note 44, par. 5.

50 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9122247, « Conversion of debt into shares », 10 janvier 1992.

manière à ce qu'elle devienne positive, l'alinéa 53(1)c) L.I.R. pourrait être inapplicable.

Le fait d'interposer une société nouvellement constituée entre la société à perte et la société profitable permet de diminuer considérablement les chances que le paragraphe 69(1) L.I.R. puisse s'appliquer à la souscription aux actions privilégiées de Nouco1 et Nouco2. En effet, la JVM des actions devrait toujours être égale à la somme investie, et ce, en raison du fait que la nouvelle société n'a aucun passif préexistant. Ainsi, la JVM des actions devrait être le reflet du montant de la souscription. Dans cette optique, il est préférable de souscrire à des actions privilégiées d'une nouvelle société au lieu d'investir directement dans la société à perte.

Dans une situation similaire à celle visée par la décision anticipée, les actions privilégiées de Nouco1 et Nouco2 émises à Dco devraient avoir un PBR et une JVM égaux au montant de la souscription. Le fait que Nouco1 et Nouco2 utilisent le produit de la souscription pour effectuer un prêt ne portant pas intérêt ne devrait pas affecter la détermination du PBR de Dco étant donné que la JVM des actions privilégiées doit être établie au moment où Dco acquiert les actions et non pas à un moment ultérieur.

2.7. MESURES DE PROTECTION

Comme il a été mentionné précédemment, l'intérêt des structures analysées est qu'elles optimisent la situation fiscale du contribuable. Néanmoins, la fiscalité n'est souvent que l'accessoire d'objectifs commerciaux supérieurs. D'une façon générale, les contribuables voudront du même coup s'assurer que la structure de consolidation n'expose pas indûment les opérations profitables du groupe. Dans ce contexte, nous croyons que la juxtaposition des Structures 1 et 2 peut permettre l'atteinte de ces objectifs dans la mesure où des mécanismes de protection sont mis en place dès l'implantation de la structure.

Dans cette optique, les étapes de la Structure 1 permettent à la société à profit d'obtenir une déduction dans la première année d'imposition alors que les étapes de la Structure 2 permettent le transfert d'une dépense d'intérêt pour les années subséquentes tout en offrant une protection accrue à l'encontre des créanciers de la société à perte. Cette protection sera recherchée par plusieurs contribuables, car la protection des opérations profitables est une préoccupation constante lors de la mise en place d'une structure de consolidation de pertes.

À ce titre, certaines mesures additionnelles peuvent être utilisées. Nous en commenterons quelques-unes qui sont d'intérêt général et peuvent s'appliquer dans la plupart des structures de consolidation de pertes. Afin de simplifier la compréhension des mesures, nous nous inspirerons des transactions et abréviations énoncées à la section 1. du présent texte.

2.7.1. Caractéristiques des actions privilégiées

2.7.1.1. Droit au dividende

D'un point de vue administratif, l'ARC exige que la société à profit reçoive des dividendes sur les actions privilégiées qui soient plus élevés que les intérêts et autres dépenses connexes. Pour s'en assurer, certaines décisions anticipées prévoient dans la description du capital des actions privilégiées qu'elles confèrent à leur détenteur un dividende cumulatif à un taux de 0,01 % supérieur au taux d'intérêt de la dette contractée par la société à profit[51]. Il s'agit en fait d'un mécanisme de rajustement implicite et automatique qui semble reconnu par l'ARC.

Il est possible d'ajouter que le taux d'intérêt sera déterminé au moment de l'implantation des transactions proposées et au début de chaque année subséquente. Ainsi, le montant du dividende et de l'intérêt peut être déterminé chaque année selon la capacité de la société à perte d'effectuer une contribution au surplus d'apport afin de financer le paiement du dividende couru et impayé.

Dans l'éventualité où la société à perte ne serait pas en mesure de financer le dividende pour une année donnée, il n'est pas clair si la décision anticipée obtenue lie toujours l'ARC, et ce, en raison du fait que les transactions proposées n'auraient pas été implantées de la manière décrite dans la demande de décision[52]. Par contre, d'un point de vue technique, l'intérêt payable pour cette année devrait être déductible par la société à profit dans la mesure où cette dernière a déjà reçu un dividende. En effet, selon la règle du revenu brut énoncée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Entreprises Ludco*, la réception d'un seul dividende devrait être

---

[51] AGENCE DU REVENU DU CANADA, décisions anticipées 2003-0181283, « Loss utilization », 2003; 2003-0013723, « In-house loss utilization », 2003; 2005-0143711R3, « Loss utilization in a related group of companies », 2005; 2008-0297571R3, « Loss », 2009.

[52] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 70-6R5, « Décisions en matière d'impôt sur le revenu », 17 mai 2002, par. 6.

suffisante pour assurer la déductibilité des intérêts en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R.

2.7.1.2. Rachat

En s'inspirant des étapes décrites dans la section 1., le produit du rachat des actions privilégiées de Nouco1 peut être satisfait par un paiement en espèces, la livraison d'un bien ayant une JVM égale à la valeur de rachat des actions privilégiées ou par la livraison du Billet d'Aco. Pour sa part, Nouco2 peut racheter ses actions privilégiées contre un paiement en espèces ou la « livraison d'un bien (incluant le Billet 2 d'Aco) dont la JVM » au moment du rachat est égale au montant total devant être versé lors du rachat[53].

Ainsi, dans l'éventualité où la société à perte (Aco aux fins de l'exemple) devait éprouver des difficultés financières et qu'il soit nécessaire de démanteler la structure sans circulation d'argent, Nouco1 peut racheter les actions privilégiées détenues par la société profitable (Dco aux fins de l'exemple) en livrant le Billet d'Aco en paiement. De cette manière, Nouco1 obtient le remboursement du prêt effectué à Aco et rachète ses actions sans avoir recours à un prêt externe.

Par contre, selon la description des actions privilégiées de Nouco2, il semble que son obligation de racheter les actions détenues par Aco ne sera respectée qu'à concurrence de la JVM du Billet 2 d'Aco[54]. Ainsi, dans une situation similaire où la santé financière de la société à perte est incertaine, Nouco2 pourrait être forcée d'utiliser d'autres fonds afin d'effectuer le paiement du produit du rachat des actions détenues par Dco.

Le fait de prévoir que le produit du rachat peut être satisfait par la livraison d'un bien offre la possibilité de démanteler la structure de consolidation sans avoir recours à un prêt d'un jour. Généralement, pour démanteler la Structure 1, Aco aurait effectué un emprunt d'un jour afin de

---

[53] On peut se questionner sur la possibilité que Nouco2 réalise un gain sur règlement de dette lorsque Dco réclamera le rachat des actions privilégiées dans l'hypothèse où Nouco2 satisfait à cette obligation en livrant un bien ayant une JVM inférieure au principal de son obligation. Pour plus de détails à l'égard du risque de valeur, voir la section 2.7.3. du présent texte.

[54] Dco, à titre de détentrice des actions privilégiées de Nouco1, ne pourra pas exiger un montant supérieur à la JVM du Billet d'Aco, mais le montant de sa créance à l'égard du rachat des actions privilégiées de Nouco2 pourrait être supérieur à la JVM du Billet 2 d'Aco.

rembourser le Billet d'Aco, Nouco1 aurait utilisé ces fonds afin de racheter les actions privilégiées détenues par Dco et cette dernière aurait utilisé le produit du rachat pour rembourser le Billet de Dco. Une fois le prêt de Dco remboursé, Aco aurait remboursé le prêt d'un jour. Toutefois, dans l'hypothèse où la société à perte devait éprouver des difficultés à l'égard de ses créanciers externes, il existe un risque que les créanciers prioritaires d'Aco s'opposent au remboursement du prêt dû à Nouco1.

C'est dans cette optique que les mécanismes de protection dont nous faisons état trouvent leur pertinence, car ils permettent le démantèlement de la structure par le transfert d'actifs et semblent limiter le risque d'exposition des actifs de la société profitable. De plus, ce mécanisme permet d'éviter les frais associés à un emprunt d'un jour. La Structure 2 est également démantelée sans faire circuler d'argent.

Il importe de souligner que l'ARC a rendu plusieurs décisions anticipées favorables lorsqu'il était prévu que le démantèlement de la structure de consolidation s'effectue sans circulation d'argent[55]. Par conséquent, l'ARC ne semble pas exiger le transfert de fonds.

2.7.2. Recours limité

En s'inspirant des étapes décrites dans la section 1., les termes du Billet de Dco prévoient que le recours d'Aco est limité aux actions privilégiées de Nouco1 qui sont grevées d'une sûreté réelle en faveur d'Aco. Ainsi, les actifs utilisés dans l'entreprise de Dco ne risquent pas d'être saisis en satisfaction du billet émis à Aco. En ce qui a trait à la Structure 2, il ne semble pas nécessaire de prévoir que le recours d'Aco à l'égard du Billet de Perteco est limité aux actions privilégiées de Nouco2 puisque aucun prêt n'est effectué en faveur de Dco, la société à profit[56]. Compte tenu du fait que la Structure 2 est implantée entre la société à perte et deux filiales

---

[55] AGENCE DU REVENU DU CANADA, décisions anticipées 2010-0353911R3, « Loss utilization », 2010; 2008-0289771R3, précité, note 23; 2009-0324861R3, « Loss consolidation », 2009; 2003-0181283, précité, note 51; 2003-0013723, précité, note 51; 2005-0143711R3, précité, note 51; 2009-0312611R3, « Loss utilization », 2009.

[56] Le même mécanisme a été utilisé dans les décisions suivantes : AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Décision en matière d'impôt sur le revenu* ATR-44, « Utilisation des déductions et des crédits au sein d'un groupe de corporations liées », 17 février 1992; AGENCE DU REVENU DU CANADA, décisions anticipées 2007-0227931R3, « Loss utilization proposal », 28 mai 2008; 2003-0020553, précité, note 4.

nouvellement constituées, il ne semble pas nécessaire de prévoir que le recours des créanciers d'Aco est limité à un actif identifié de Perteco. Pour des raisons similaires, il ne semble pas nécessaire de prévoir que les recours de Nouco1 et Nouco2 sont limités à l'égard du Billet d'Aco et du Billet 2 d'Aco. En effet, comme ces prêts sont effectués en faveur de la société à perte, les difficultés financières de cette dernière ne devraient pas constituer un risque pour Dco.

D'une manière générale, une société est redevable de ses dettes sur l'ensemble de ses biens. Le fait de limiter le recours d'un créancier à un actif identifié peut être considéré comme étant l'octroi d'une option d'achat. Ainsi, lors de l'émission du Billet de Dco, Aco pourrait être considérée comme ayant acquis une option d'achat sur les actions privilégiées de Nouco1. L'acquisition d'une option sur un bien déterminé par un créancier vise à le protéger advenant le défaut du débiteur. Par contre, dans la mesure où la débitrice est la société la plus solvable, l'option vise principalement à protéger cette dernière.

Une option confère le droit au détenteur d'acquérir un bien, mais le détenteur n'a pas l'obligation de l'exercer. Ainsi, Aco a le droit d'acquérir les actions privilégiées de Nouco1 en satisfaction du Billet de Dco, et ce, sans en avoir l'obligation. Cependant, dans la mesure où Dco refuse de rembourser le billet, Aco ne peut exercer son recours à l'encontre d'aucun autre actif que les actions privilégiées de Nouco1.

Dans certaines circonstances, il serait possible de scinder le prêt portant intérêt en deux portions et de prévoir que la société profitable utilise chaque portion afin de souscrire à une catégorie d'actions privilégiées distincte. Ainsi, le recours du créancier à l'égard de chaque prêt serait limité aux actions de la catégorie acquise avec le prêt en particulier[57].

2.7.2.1. Déductibilité des intérêts – Obligation conditionnelle

Pour être déductible, l'intérêt doit être payé ou payable en vertu d'une obligation légale. Dans la mesure où l'obligation peut être considérée comme étant de nature conditionnelle, l'intérêt ne sera donc pas déductible en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. Une obligation est considérée comme étant conditionnelle lorsque son existence dépend d'un évènement futur et

---

[57] AGENCE DU REVENU DU CANADA, décision anticipée 2009-0332571R3, « Loss consolidation – Related or affiliated », 2010.

incertain[58]. Pour être en présence d'une véritable obligation légale, il doit être certain que le paiement sera effectué et il est nécessaire que le montant et le moment du paiement soient déterminés[59]. Par contre, une obligation ne sera pas conditionnelle du seul fait que l'exigibilité du paiement est reportée. Plusieurs jugements ont analysé la déductibilité des intérêts à l'égard d'une dette dont les termes limitent les recours du créancier à un actif identifié et non à tout autre actif du débiteur.

Dans l'affaire *Global Communications Ltd.* c. *La Reine*[60], la Cour d'appel fédérale a analysé la déductibilité des intérêts payés sur une débenture dont le recours était limité à un actif préidentifié. Les termes de la débenture précisaient que l'intérêt était payable uniquement selon les flux monétaires générés par l'entreprise du débiteur. La Cour d'appel fédérale a indiqué que l'obligation de payer les intérêts était incertaine et tributaire d'un évènement futur et incertain. Sur cette base, l'intérêt n'était pas « payable » selon une obligation légale. La déductibilité de l'intérêt fut donc refusée puisque l'obligation de payer était de nature conditionnelle et donc soumise à l'application de l'alinéa 18(1)e) L.I.R.

La Cour suprême du Canada dans l'affaire *La Reine* c. *McLarty*[61] a analysé une question similaire à l'égard de la déductibilité des frais d'exploration au Canada. Tout comme dans l'affaire *Global Communications*, le billet émis par le contribuable prévoyait que le recours du créancier était limité à des actifs identifiés et que l'intérêt ne serait payable que sous réserve de la réalisation de certaines conditions. Le plus haut tribunal du pays a refusé d'appliquer les enseignements de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Global Communications* en précisant que cette dernière n'avait pas tenu compte du fait qu'à l'échéance du billet, le créancier avait un recours contre l'actif donné en garantie. Bien que les intérêts n'étaient payables que dans la mesure où le contribuable procédait à la vente de certains actifs ou concédait des licences à leur égard, le billet stipulait qu'une somme était due à l'échéance, et ainsi l'obligation était absolue.

---

58 *Wawang Forest Products Ltd. et autres* c. *La Reine*, [2001] 2 C.T.C. 233 (C.A.F.); *Winter* c. *Inland Revenue Commissioners*, 1961, 1963 A.C. 235 (U.K. H.L.).

59 *Samuel F. Investments Ltd.* c. *MRN*, [1988] 1 C.T.C. 2181 (C.C.I.).

60 [1999] 3 C.T.C. 536 (C.A.F.) (« *Global Communications* »). Voir également *Redclay Holdings Ltd.* c. *La Reine*, [1996] 2 C.T.C. 2347 (C.C.I.); *Barbican Properties Inc.* c. *La Reine*, [1996] 2 C.T.C. 2615 (C.C.I.); conf. par [1997] 1 C.T.C. 2383 (C.A.F).

61 [2008] 4 C.T.C. 221 (C.S.C.) (« *McLarty* »).

Dans l'affaire *Hill* c. *La Reine*[62], la Cour canadienne de l'impôt a conclu que le simple fait que le recours d'un créancier à l'égard d'un prêt est limité à saisir le bien acquis par le débiteur avec le produit du prêt n'a pas pour effet de rendre l'obligation conditionnelle. Le contribuable avait contracté une hypothèque dont le recours du créancier était limité à l'immeuble acquis par le contribuable (débiteur). La valeur de l'immeuble a subséquemment diminué de telle sorte que le montant du principal et des intérêts courus et impayés était supérieur à la JVM de l'immeuble. La Cour canadienne de l'impôt a conclu que le fait que la valeur du bien en garantie soit moindre n'avait pas pour effet de nier l'existence de l'obligation légale de payer les montants dus. Ainsi, le fait qu'il soit possible que le créancier ne soit pas en mesure de recouvrer la totalité du prêt et des intérêts n'a pas de répercussion sur l'existence même de l'obligation.

Récemment, dans l'affaire *Collins* c. *La Reine*[63], la Cour d'appel fédérale a confirmé, en *obiter dictum*, qu'une obligation de payer l'intérêt sur une dette ne devient pas conditionnelle simplement parce que le recours du créancier est limité à un bien et que la valeur de ce bien est inférieure au principal de l'obligation et des intérêts courus et impayés au moment où la créance devient exigible.

Dans le cas où les termes d'un instrument de dette prévoient que le recours du créancier est limité, le moment du paiement peut être modifié, mais le quantum des intérêts payables n'est pas altéré. En ce sens, le fait que le recours d'un créancier soit limité à un actif donné ne devrait pas avoir de répercussion sur l'obligation légale de pourvoir au paiement des intérêts. Ainsi, dans la mesure où le débiteur fait défaut de rembourser son obligation, le créancier pourrait prendre en paiement le bien visé.

En l'espèce, les termes du Billet de Dco prévoient que le recours d'Aco à l'égard du principal de l'obligation est limité aux actions privilégiées de Nouco1. Ainsi, les recours d'Aco ne semblent pas limités pour ce qui est de l'intérêt couru et impayé. De plus, le paiement de l'intérêt de Dco ne semble pas être reporté dans le temps, comme c'était le cas dans les affaires *McLarty* et *Global Communications*. Par conséquent, l'obligation de Dco de pourvoir au paiement des intérêts ne devrait pas être considérée comme étant de nature conditionnelle.

---

62 [2010] 4 C.T.C. 2548 (C.C.I.).

63 [2010] 3 C.T.C. 100 (C.A.F.).

2.7.2.2. Exercice de l'option

Sur la base que la JVM des actions privilégiées de Nouco1 ne risque pas d'être supérieure au principal du Billet de Dco, Aco ne devrait pas réaliser de gain en capital lors de la prise en paiement des actions de Nouco1 détenues par Dco. Toutefois, il existe des situations où la société à perte peut éprouver des difficultés financières importantes, auquel cas le Billet d'Aco dû à Nouco1 risque de perdre une partie de sa valeur, et ainsi avoir pour conséquence de diminuer la valeur des actions privilégiées de Nouco1 détenues par la société profitable. En effet, suivant l'hypothèse où Nouco1 est une société nouvellement constituée, il semble logique de croire que la valeur des actions privilégiées de Nouco1 est tributaire de la valeur du Billet d'Aco, et ce, en raison du fait que ce billet est le seul actif de Nouco1. Ce faisant, dans la mesure où les créanciers d'Aco réclament le paiement du Billet de Dco et que cette dernière livre les actions privilégiées de Nouco1 en paiement, Dco pourrait réaliser un gain sur règlement de dette[64].

D'un autre côté, Dco a l'option de rembourser son obligation par voie de compensation, et ainsi il serait possible d'arguer que la livraison d'un bien équivaut au paiement complet de l'obligation.

2.7.3. Mode de paiement – La compensation

Les termes du Billet de Dco prévoient que le principal du billet peut être réglé a) en espèces, b) par la livraison d'un bien dont la JVM au moment du rachat est égale au montant du principal, c) par la livraison des actions privilégiées de Nouco1 ou d) par voie de compensation avec le Billet d'Aco. Ainsi, selon les étapes décrites à la section 1. du présent texte, Aco et Dco ont réciproquement l'option d'acquérir ou de livrer les actions privilégiées de Nouco1 en paiement du Billet de Dco.

Selon les termes du billet, lorsque Dco recevra le Billet d'Aco, elle pourra rembourser son obligation par compensation. Dans l'éventualité où Aco est solvable au moment de la compensation, Dco et Aco ne devraient pas réaliser de gain sur règlement de dette puisque la JVM et le principal du Billet d'Aco devraient être égaux.

---

[64] Le Billet de Dco devrait probablement être considéré comme une « obligation commerciale » au sens du paragraphe 80(1) L.I.R. En effet, l'intérêt sur ce billet devrait être déductible dans le calcul du revenu imposable de Dco. La différence entre le principal de l'obligation et le montant payé est considérée comme étant un « montant remis », tel qu'il est défini au paragraphe 80(1) L.I.R.

Toutefois, l'impact découlant de la compensation se pose lorsque lorsqu'une société à perte, comme c'est toujours le cas dans les structures de consolidation de pertes, est impliquée.

2.7.3.1. Position de l'ARC

La position traditionnelle de l'ARC est que, lors d'une compensation, il y a paiement lorsqu'il est raisonnable de croire que le contribuable a reçu un bien dont la valeur est au moins égale au principal de l'obligation[65]. Cette position semble être appuyée par le fait que l'article 80 L.I.R. s'applique dans la mesure où il y a un « montant remis »[66].

Lors de la compensation d'une dette, le montant remis d'un débiteur devrait être égal au principal de son obligation moins la JVM de la dette qu'il détient[67]. Sur cette base, il n'est pas clair, selon la position des autorités fiscales, si la société à profit risque de réaliser un gain sur règlement de dette par l'effet de la compensation.

Cependant, il importe de noter que l'ARC a indiqué qu'aucun gain sur règlement de dette ne devrait résulter de la compensation d'un prêt sans intérêt et d'un prêt portant intérêt par voie de compensation[68].

---

[65] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-293R, « Gain d'un débiteur provenant d'un règlement de dette », 16 juillet 1979, par. 12; AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2007-0248441R3, « Loss consolidation », 2007.

[66] Le terme « montant » est défini au paragraphe 248(1) L.I.R. comme signifiant « argent, droit ou chose exprimés sous forme d'un montant d'argent ». Cette définition semble donc soutenir la position voulant que l'article 80 L.I.R. considère qu'un paiement est effectué jusqu'à concurrence de la valeur du bien remis. De plus, l'alinéa 80(2)g) L.I.R. prévoit que lorsqu'une action du capital-actions du débiteur est émise au créancier, le montant du paiement est égal à la JVM des actions. Dans la même ligne de pensée, l'alinéa 80(2)g.1) L.I.R. prévoit que lorsque le créancier est actionnaire du débiteur, ce dernier est réputé avoir effectué un paiement d'un montant égal à l'augmentation de valeur des actions détenues par le créancier qui découle du règlement de la dette. Par contre, l'alinéa 80(2)h) L.I.R. prévoit que lorsqu'une dette est réglée par l'émission d'une nouvelle dette, le débiteur est réputé avoir effectué un paiement égal au principal de la nouvelle créance. Ainsi, il serait possible d'arguer que le législateur a voulu prévoir une exception au principe voulant que le montant du paiement ne soit pas égal à la JVM du bien donné.

[67] La détermination de la JVM d'un bien est une question de fait. Voir l'affaire *CIT Financial Ltd.* c. *La Reine*, [2004] 4 C.T.C. 9 (C.A.F.).

[68] AGENCE DU REVENU DU CANADA, décisions anticipées 2008-0297571R3, précité, note 51; 2009-0312611R3, précité, note 55; 2005-0143711R3, précité,

(à suivre…)

Bien que les décisions anticipées rendues dans le cadre de structures de consolidation de pertes n'abordent pas directement la question de la valeur des éléments compensés, certaines d'entre elles prévoient dans la section visant le démantèlement de cette structure que la dette due soit réglée en totalité ou en partie par voie de compensation[69]. D'autres décisions anticipées prévoient clairement que la compensation opère paiement complet[70].

2.7.3.2. Jurisprudence

Dans l'affaire *Armstrong* c. *MRN*[71], la Cour canadienne de l'impôt a indiqué qu'un paiement fait par voie de compensation équivaut à un paiement complet des obligations éteintes. La Cour souscrit aux propos formulés par le Conseil privé dans l'affaire *Trinidad Lake Asphalt Operating Company, Limited* c. *Commissioners of Income Tax for Trinidad and Tobago* :

> « "Nothing is clearer", he said, "than that if parties account with each other, and sums are stated to be due on the one side, and sums to an equal amount due on the other side of that account, and those accounts are settled by both parties, it is exactly the same thing as if the sums due on both sides had been paid. Indeed, it is a general rule of law, the in every case where a transaction resolves into paying money by A. to B., and then handing it back again by B. to A., if the parties meet together and agree to set one demand against the other, they need not go through the form and ceremony of handing the money backwards and forwards"[72]. » (Notre soulignement)

Sur cette base, le juge Booner conclut que la compensation est considérée comme étant un paiement en espèces et non pas comme un paiement en nature. Plusieurs jugements subséquents ont confirmé les conclusions de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Armstrong*[73].

(…suite)
note 51; 2003-0013723, précité, note 51; 2003-0181283, précité, note 51; 2009-0324861R3, précité, note 55; 2010-0353911R3, précité, note 55.

69 AGENCE DU REVENU DU CANADA, décisions anticipées 2003-0181283, précité, note 51; 2008-0297571R3, précité, note 51; 2009-0312611R3, précité, note 55; 2005-0143711R3, précité, note 51; 2003-0013723, précité, note 51.

70 AGENCE DU REVENU DU CANADA, décisions anticipées 2009-0324861R3, précité, note 55; 2010-0353911R3, précité, note 55.

71 88 D.T.C. 1015 (C.C.I.) (« *Armstrong* »).

72 [1945] A.C. 1.

73 *Wood* c. *La Reine*, [2001] 4 C.T.C. 2959 (C.C.I.) (procédure informelle) (« *Wood* »); *Humphrey* c. *La Reine*, [1994] 1 C.T.C. 2549 (C.C.I.); *Blais* c. *MRN*, [1990] C.T.C. 2005 (C.C.I.); *Lamarche* c. *La Reine*, [1996] 2 C.T.C. 2062 (C.C.I.); *Merchant* c.
(à suivre…)

Par contre, la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Fisher* c. *La Reine*[74] nuance les enseignements du juge Booner dans l'affaire *Armstrong* en citant le passage suivant tiré du recueil *The Law of Set-Off in Canada* de Kelly R. Palmer :

> « Set-off is entirely distinct from payment. Payment is satisfaction of a claim made by or on behalf of a person against whom the claim is brought. The person paying performs the obligation in respect of which claim arises, which thereby becomes extinguished. Set-off exempts a person entitled to it from making any satisfaction of claim brought against him, or of so much of the claim as equals the amount which he is entitled to set off, and thus to the extent of his set-off he is discharged from performance of the obligation in respect of which the claim arises.
>
> Where there has been a payment, the party against whom the claim is brought pleads payment or accord and satisfaction, which in effect alleges that the claim no longer exists. On the other hand, a plea of set-off in effect admits the existence of the claim, and sets up a cross-claim as being ground on which the person against whom the claim is brought is excused from payment and entitled to judgment on the plaintiff's claim.
>
> That is not to say, however, that set-off cannot be used for payment under any circumstances. Should the parties agree that a set-off of mutual debts will be satisfactory payment, then the agreement will stand. This is more a matter of contract than set-off[75]. » (Notre soulignement)

Ainsi, même s'il existe une distinction juridique entre un « paiement » et une « compensation », la jurisprudence semble considérer que lorsque l'intention des parties est que la compensation soit considérée comme un paiement complet, les parties seront mutuellement réputées avoir payé leur obligation respective. Pour ce faire, les parties doivent démontrer que leur intention était que la compensation opère paiement[76]. En ce sens, il serait opportun de prévoir dans les termes de la note que la compensation équivaut au paiement complet de l'obligation[77].

(…suite)

La Reine, [2011] 1 C.T.C. 2171 (C.C.I.) (procédure informelle); *Tolhoek* c. *La Reine*, 2006 CCI 681 (procédure informelle); *Hallet* c. *La Reine*, [2003] 1 C.T.C. 2400 (C.C.I.) (procédure informelle); *Gibson* c. *La Reine*, [1996] 1 C.T.C. 2105 (C.C.I.) (procédure informelle).

74 2000 D.T.C. 3612 (C.C.I.) (procédure informelle).

75 Kelly R. PALMER, *The Law of Set-Off in Canada*, Aurora (Ont.), Canada Law Book Inc., 1993, pp. 17-18.

76 *Wood*, précité, note 73.

77 AGENCE DU REVENU DU CANADA, décision anticipée 2010-0353911R3, précité, note 55. Dans cette décision, les étapes visant le démantèlement prévoient ceci : (à suivre…)

Plusieurs jugements ont indiqué que le terme « payé » prévu à l'alinéa 60(1)b) L.I.R. ne devait pas être interprété comme impliquant nécessairement un transfert de fonds et que la compensation de deux dettes est considérée comme un montant « payé »[78]. Lorsque les dettes mutuelles sont éteintes par voie de compensation, les contribuables sont réputés avoir reçu le montant ayant réduit leur dette respective[79].

Il est intéressant de noter que la définition de « montant remis » prévue au paragraphe 80(1) L.I.R. énonce que le montant remis doit être réduit du « montant payé » par le contribuable en règlement du principal de la dette. Ainsi, l'interprétation jurisprudentielle à l'égard du terme « payé » aux fins de l'alinéa 60(1)b) L.I.R. devrait aussi être applicable à la définition de « montant remis ».

Par conséquent, à la lumière des conclusions du jugement de la Cour canadienne de l'impôt rendu dans l'affaire *Armstrong* ainsi que sur l'interprétation judiciaire du terme « payé », de solides arguments peuvent être invoqués selon lesquels la compensation du Billet d'Aco avec le Billet de Dco ne devrait pas entraîner de gain sur règlement de dette étant donné que les deux billets ont le même principal.

2.7.4. Prêt subordonné

La subordination d'un prêt signifie qu'il prend un rang de préférence inférieur aux autres dettes du débiteur. Les exigences de certaines conventions de prêts ainsi que d'autres impératifs commerciaux peuvent justifier la subordination des prêts effectués dans le cadre d'une structure d'utilisation de pertes. Ainsi, les créanciers existants conserveront leur rang préférentiel.

D'un point de vue fiscal, la subordination d'un élément de dette peut permettre d'appuyer la valeur d'un autre prêt et ainsi éviter la réalisation d'un gain en capital lors du paiement. En effet, lorsqu'un prêt est effectué en faveur d'une société éprouvant des difficultés financières, le billet émis peut

(…suite)

« LossCo and A Co. will agree to settoff the amount due under Loan 2 against the corresponding amount due under the LossCoNote as payment in full and the obligations under Loan 2 will be cancelled. »

78 *Krupa* c. *La Reine*, 2004 CCI 531, 4 C.T.C. 2469 (C.C.I.) (procédure informelle); *Blais* c. *MRN*, [1990] C.T.C. 2005 (C.C.I.).

79 *Morrison* c. *La Reine*, 2010 CCI 429 (procédure informelle).

ne pas avoir un plein PBR lorsque la société débitrice et la société créancière ont un lien de dépendance. Dans ce cas, le remboursement du billet risque d'entraîner la réalisation d'un gain en capital pour son détenteur.

Le coût d'un bien aux fins de la détermination du montant d'un gain en capital correspond généralement au coût supporté par le contribuable pour acquérir le bien[80]. Par contre, la loi prévoit certaines règles particulières qui doivent être considérées pour établir le coût d'un bien. Selon l'alinéa 69(1)a) L.I.R., le PBR d'un « bien acquis » est réputé être égal à la JVM du bien et non pas au véritable coût supporté par le contribuable. Ainsi, dans la mesure où un billet est un « bien acquis » d'une personne avec laquelle il a un lien de dépendance, cette disposition est susceptible de trouver application[81].

L'ARC a indiqué que lorsque le contrat de vente ne prévoit pas si le billet équivaut à un paiement complet de l'obligation, il n'est pas clair si le billet peut être vu comme étant une « immobilisation acquise » par le contribuable :

> « We should also note that in a situation where a promissory note is received by a spouse as consideration for capital property transferred to a spouse or spouse trust in a situation similar to the one described in your letter, we would have to examine the relevant agreements to determine if a promissory note is in fact "capital property" within the meaning of section 54 of the Act or "property" as defined under subsection 248(1) of the Act. In our view, the issuance of a promissory note acknowledges the existence of a debt but may not itself be a capital property "acquired" by the spouse. For example, where the sales agreement does not clearly support the contention that a promissory note has been accepted as absolute payment, it is arguable the note may not be regarded as capital property acquired[82]. »

Un billet est généralement considéré comme étant la démonstration d'une promesse de payer un certain montant d'argent à un moment déterminé[83]. Ainsi, il serait possible, sur la base de la définition de « bien »

---

[80] *La Reine* c. *Striling*, [1985] 1 C.T.C. 275 (C.A.F.).

[81] Un billet ou une note est généralement considéré comme étant la preuve d'une promesse de payer un certain montant à un moment déterminé.

[82] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 1999-0001435, « Transfer of capital property to a spouse », 29 février 2000; 1999-0004935, « Adjusted cost base of promissory note received from spouse », 11 février 2000. Voir également AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-436R (annulé), « Reserves-Where Promissory Notes are Included in Disposal Proceeds », 24 novembre 1983.

[83] *Pineo* c. *La Reine*, [1986] 2 C.T.C. 71 (C.F. 1re inst.).

prévue au paragraphe 248(1) L.I.R., qu'un billet ne soit pas un « droit » mais en fait un instrument visant à faciliter la preuve de l'existence de l'obligation entre les parties. Cependant, la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Blair* c. *MRN*[84] a analysé la nature d'une note afin de déterminer si elle était détenue par le contribuable à titre de bien en immobilisation ou de bien inventaire. Ainsi, la jurisprudence semble considérer qu'une note peut être un « bien en immobilisation » au sens de l'article 54 L.I.R. Dans le même sens, le paragraphe 51(1) L.I.R. prévoit certaines règles applicables lorsqu'un contribuable acquiert une action d'une société en échange d'une immobilisation qui est soit une obligation, soit un billet de la société dont les termes confèrent à son détenteur un droit d'échange. Cette disposition semble prendre pour hypothèse qu'un billet peut être considéré comment étant une immobilisation d'un contribuable.

À la lumière de ce qui précède, il existe une incertitude quant à savoir si l'alinéa 69(1)a) L.I.R. est applicable aux fins de déterminer le PBR d'un billet, et donc si le calcul du PBR doit considérer la valeur intrinsèque de la note ou s'il doit plutôt refléter le PBR du bien transféré. Dans tous les cas, le fait de prévoir que tout autre élément de dette est subordonné à une note en particulier devrait soutenir le fait que le PBR du billet est égal à son principal.

CONCLUSION

Tel qu'il a été mentionné précédemment, l'implantation de la Structure 1 et de la Structure 2 de manière concomitante permet de profiter des mécanismes de protection inhérents à la Structure 2 tout en procurant à Dco une déduction en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. dans l'année d'imposition au cours de laquelle la Structure 1 est implantée. Pour pallier certains risques quant à la protection des actifs de la société à profit durant la période où la Structure 1 est en place, plusieurs mécanismes contractuels peuvent être prévus par les parties tout en assurant l'efficacité fiscale de la structure.

---

[84] [1994] 1 C.T.C. 2319 (C.C.I.). Voir également *Financial Collection Agencies (Quebec) Ltd.* c. *MRN*, [1990] 1 C.T.C. 2178 (C.C.I.).

CONSÉQUENCES FISCALES INSOUPÇONNÉES DE L'UTILISATION DE LA DETTE DANS UN CONTEXTE TRANSFRONTALIER



Julie Bouthillier
Avocate
Directrice principale,
fiscalité corporative
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

1. LES RÈGLES DE CAPITALISATION RESTREINTE – PARAGRAPHE 18(4) DE LA *LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU* 17:3

1.1. OBJECTIF DU PARAGRAPHE 18(4) L.I.R. 17:3
1.2. CONDITIONS D'APPLICATION 17:3
1.2.1. Intérêts payés ou payables par une entité autre qu'une société résidant au Canada 17:3
1.2.2. Dettes impayées envers des non-résidents déterminés 17:4
1.3. CALCUL DU RATIO DETTE/ÉQUITÉ 17:5
1.4. RÈGLE ANTIÉVITEMENT – PARAGRAPHE 18(6) L.I.R. 17:5
1.5. ÉVOLUTION À SUIVRE 17:8

2. PRÊTS SANS INTÉRÊT OU À FAIBLE TAUX D'INTÉRÊT – ARTICLE 17 L.I.R. 17:8

2.1. OBJECTIF DE L'ARTICLE 17 L.I.R. 17:8
2.2. CONDITIONS D'APPLICATION DU PARAGRAPHE 17(1) L.I.R. 17:8
2.2.1. Montant impayé pour une période de 12 mois 17:9
2.2.2. Caractère raisonnable du taux d'intérêt 17:9
2.2.3. Somme due par une personne non résidente 17:9
2.3. CONSÉQUENCES FISCALES 17:10
2.4. EXCEPTIONS 17:10
2.4.1. Interaction avec les paragraphes 15(2) et 214(3) L.I.R. – Paragraphe 17(7) L.I.R. 17:10
2.4.2. Prêts aux SÉA – Paragraphe 17(8) L.I.R. 17:11
2.5. RÈGLE ANTIÉVITEMENT – CRÉANCES INDIRECTES 17:12
2.5.1. Exception relative aux prêts ou transferts de biens exclus 17:13
2.5.2. Exceptions du paragraphe 17(3) L.I.R. 17:13

3. LES PRÊTS EN AMONT CONSENTIS PAR DES SÉA – PARAGRAPHES 90(4) À 90(10) L.I.R. PROPOSÉS 17:14

3.1. OBJECTIF DES PARAGRAPHES 90(4) À 90(10) L.I.R. PROPOSÉS 17:14
3.2. CONDITIONS D'APPLICATION 17:15
3.3. CONSÉQUENCES FISCALES 17:16
3.3.1. Inclusion au revenu 17:16
3.3.2. Déduction dans le calcul du revenu 17:16
3.3.3. Remboursement du prêt 17:17
3.4. ENTRÉE EN VIGUEUR ET PÉRIODE TRANSITOIRE 17:20

1. LES RÈGLES DE CAPITALISATION RESTREINTE – PARAGRAPHE 18(4) DE LA *LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU*[1]

1.1. OBJECTIF DU PARAGRAPHE 18(4) L.I.R.

Il peut être fiscalement avantageux pour un actionnaire non résident de financer les activités de ses filiales canadiennes par l'intermédiaire de prêts intercompagnies, plutôt que par voie d'équité lorsque le taux d'imposition auquel il est assujetti est inférieur au taux d'imposition canadien ou qu'il dispose de pertes autres qu'en capital. Il en est de même si le taux applicable aux retenues à la source sur les intérêts est inférieur à celui payé sur les dividendes. En effet, l'intérêt réduit le revenu imposable de la filiale canadienne et est imposé, entre les mains du non-résident, à un taux moindre.

Le paragraphe 18(4) L.I.R. vise donc à limiter la déduction des intérêts payés par une société canadienne lorsque le ratio dette/équité de la société excède un ratio de 2:1.

1.2. CONDITIONS D'APPLICATION

Plus précisément, le paragraphe 18(4) L.I.R. s'applique afin de limiter la déductibilité des intérêts lorsque les conditions suivantes sont remplies :

- les intérêts sont payés ou payables par une société résidant au Canada;
- les intérêts sont déductibles par ailleurs dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année d'imposition; et
- les intérêts sont payés ou payables sur des dettes impayées envers des non-résidents déterminés.

1.2.1. Intérêts payés ou payables par une entité autre qu'une société résidant au Canada

Le paragraphe 18(4) L.I.R. ne s'applique donc pas aux intérêts payés par les sociétés de personnes, les fiducies, ainsi que par les succursales canadiennes des sociétés non résidentes. Le Groupe consultatif sur le régime

---

[1] L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.) et mod. (« L.I.R. »). Le présent texte ne tient pas compte des changements annoncés lors du Budget fédéral du 29 mars 2012.

canadien de fiscalité internationale, dans le rapport soumis au ministre des Finances le 10 décembre 2008[2], a d'ailleurs suggéré d'étendre l'application des règles de capitalisation restreinte à ces entités. À l'heure actuelle, le ministre des Finances n'a pas encore donné suite à ces recommandations. L'Agence du revenu du Canada (« ARC ») a toutefois déjà indiqué dans le passé qu'elle appliquerait la règle générale antiévitement (« RGAÉ ») lorsqu'une société de personnes est créée dans le but d'éviter l'application du paragraphe 18(4) L.I.R.[3]

1.2.2. Dettes impayées envers des non-résidents déterminés

L'expression « dettes impayées envers des non-résidents déterminés » est définie au paragraphe 18(5) L.I.R.

Cette définition vise toutes les dettes impayées par une société résidant au Canada, que ces dettes soient de nature courante ou de nature capital, si les conditions suivantes sont remplies :

- Les dettes sont payables par la société aux personnes suivantes :

  – aux actionnaires non résidents déterminés, c'est-à-dire aux actionnaires ne résidant pas au Canada et détenant seuls ou avec d'autres personnes avec lesquelles ils ont un lien de dépendance des actions du capital-actions de la société conférant à leur détenteur au moins 25 % des votes; ou de la juste valeur marchande (« JVM ») de l'ensemble des actions émises et en circulation; et

  – aux personnes non résidentes ayant un lien de dépendance avec un actionnaire déterminé de la société.

  Les dettes détenues par des tiers n'ayant entre eux aucun lien de dépendance n'entrent jamais dans le calcul de capitalisation restreinte. Il en est de même des dettes détenues par des résidents canadiens, sous réserve de l'application du paragraphe 18(6) L.I.R. (voir ci-dessous).

---

[2] GROUPE CONSULTATIF SUR LE RÉGIME CANADIEN DE FISCALITÉ INTERNATIONALE, *Promouvoir l'avantage fiscal international du Canada*, 10 décembre 2008.

[3] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0123631R3.

- Des intérêts sont déductibles ou seraient déductibles, sans tenir compte du paragraphe 18(4) L.I.R., dans le calcul du revenu de la société au cours de l'année au titre de la dette en question. Les dettes ne portant pas intérêt ou n'étant pas utilisées par la société en vue d'en tirer un revenu ne sont donc pas des « dettes impayées envers des non-résidents déterminés ».

1.3. CALCUL DU RATIO DETTE/ÉQUITÉ

Le montant d'intérêt non déductible dans le calcul de la société résidant au Canada se calcule comme suit :

$$A \quad * \quad \frac{[B - 2 * (C + D + E)]}{B}$$

Où :

A : les intérêts payés ou payables sur des « dettes impayées envers des non-résidents déterminés ».

B : la moyenne des montants représentant chacun, pour un mois civil se terminant dans l'année, le montant le plus élevé auquel s'élevaient les « dettes impayées envers des non-résidents déterminés ».

C : les bénéfices non répartis (« BNR ») de la société au début de l'année d'imposition.

D : la moyenne des montants représentant le surplus d'apports de la société au début d'un mois civil se terminant dans l'année d'imposition.

E : la moyenne des montants représentant le capital versé de la société au début d'un mois civil se terminant dans l'année, à l'exclusion du capital versé au titre des actions d'une catégorie quelconque du capital-actions de la société dont une personne autre qu'un actionnaire non résident déterminé de la société est propriétaire.

1.4. RÈGLE ANTIÉVITEMENT – PARAGRAPHE 18(6) L.I.R.

Le paragraphe 18(6) L.I.R. contient une règle spécifique antiévitement applicable lorsqu'un prêt a été consenti par un actionnaire déterminé ou une personne non résidente ayant un lien de dépendance avec un tel actionnaire à une autre personne (« Premier Prêt ») à la condition que cette personne

consente un prêt à une société résidant au Canada (« Deuxième Prêt »). Dans un tel cas, le moindre du Premier Prêt et du Deuxième Prêt est réputé avoir été consenti directement par le prêteur initial à la société résidant au Canada aux fins de l'application du paragraphe 18(4) L.I.R.

Exemples

1) Société nouvellement constituée

Dans le cadre d'une acquisition transfrontalière, il n'est pas rare qu'une société canadienne soit formée en vue d'acquérir une cible canadienne pour ensuite être fusionnée avec cette dernière.

Or, tel qu'il est mentionné ci-dessus, c'est le capital versé de la société au début de chacun des mois civils se terminant dans l'année qui entre dans le calcul du ratio d'endettement de la société aux fins du paragraphe 18(4) L.I.R. Une lecture stricte de la disposition pourrait donc nous amener à conclure que, lorsqu'une société est constituée au cours d'un mois civil donné, la société n'a pas de capital versé au début de ce mois aux fins du calcul de son ratio d'endettement.

L'ARC a toutefois indiqué que, dans le cas des sociétés nouvellement constituées, l'expression « au début du mois civil » signifie le premier moment de la date de constitution et que le capital investi dans la société au premier moment du jour de sa constitution peut par conséquent être pris en compte dans le calcul du ratio d'endettement pourvu que le mois civil se termine dans l'année d'imposition de la société[4].

Dans cette même interprétation technique, l'ARC a également indiqué que lorsqu'aucun mois civil ne se terminait au cours d'une année d'imposition donnée, le paragraphe 18(4) L.I.R. n'était pas un problème.

2) Intérêt à un taux déraisonnable

Les intérêts payés à des non-résidents au-delà d'un taux raisonnable ne sont pas déductibles en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. Ces derniers ne peuvent donc être pris en compte dans le calcul du paragraphe 18(4) L.I.R., et ce, même si la dette entre dans le calcul du ratio d'endettement de la société.

---

4 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-0286611E5.

Prenons l'exemple d'une société canadienne ayant un capital versé de 1 M$ et des dettes de 4 M$ envers son unique actionnaire non résident. La société engage une dépense de 400 000 $ par année, dont une somme de 100 000 $ n'est pas déductible en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. Dans un tel cas, une dépense de 150 000 $, soit 50 % [(4 M$ - 2 ∗ 1 M$) / 4 M$] de la dépense d'intérêt déductible par ailleurs, est refusée en vertu du paragraphe 18(4) L.I.R. (en sus de la dépense de 100 000 $ non déductible en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R.).

3) Actions détenues par un résident du Canada ou par un tiers

Seul le capital versé au titre d'actions détenues par des actionnaires non résidents déterminés entre dans le calcul du ratio d'endettement d'une société aux fins du paragraphe 18(4) L.I.R. Le capital versé relatif à des actions détenues par une personne résidant au Canada ou par un tiers n'ayant aucun lien de dépendance avec la société ne peut donc être pris en compte.

Prenons l'exemple suivant.

Une société non résidente, NRco, détient une société canadienne, Canco 1, qui elle-même détient toutes les actions de Canco 2. NRco désire acquérir une nouvelle société, Cibleco, pour une somme de 30 M$. Pour diverses raisons non fiscales, NRco voudrait faire l'acquisition de Cibleco par l'intermédiaire de Canco 2. NRco veut financer l'acquisition par voie de dettes transfrontalières puisque son taux d'imposition est moins élevé que celui payé par Canco 2.

Or, si NRco consent un prêt directement à Canco 2 afin de lui permettre d'acquérir Cibleco, le capital versé de Canco 2 ne pourra pas être pris en compte dans le calcul du ratio d'endettement aux fins du paragraphe 18(4) L.I.R. puisque la totalité du capital versé est attribuable à des actions détenues par Canco 2, qui n'est pas un actionnaire non résident déterminé. Seuls les BNR de Canco2 entreront donc dans le calcul du ratio d'endettement.

Afin d'éviter ce problème, il est possible de recourir à une série de prêts, soit un prêt de NRco à Canco 1 et un prêt de Canco 1 à Canco 2. Dans un tel cas, les règles de capitalisation restreinte s'appliquent au niveau de Canco 1 et non au niveau de Canco 2 puisque le prêt consenti de Canco 1 à Canco 2 ne constitue pas une dette impayée envers un non-résident déterminé.

À cet égard, nous notons que le paragraphe 18(6) L.I.R. pourrait s'appliquer afin que le prêt consenti par Canco 1 soit réputé avoir été consenti directement à Canco 2.

Toutefois, lors de la conférence annuelle de l'Association fiscale internationale, l'ARC a indiqué qu'elle n'appliquerait pas le paragraphe 18(6) L.I.R. si les conditions suivantes étaient respectées :

i) le paragraphe 18(4) L.I.R. s'applique au premier prêt (puisque le prêteur est un actionnaire non résident déterminé de Canco 1 ou une personne non résidente ayant un lien de dépendance avec un tel actionnaire); et

ii) Canco 1 et Canco 2 sont des personnes liées (autrement qu'en raison de l'application de l'alinéa 251(5)b) L.I.R.)[5].

1.5. ÉVOLUTION À SUIVRE

Selon le rapport du Groupe consultatif sur le régime canadien de fiscalité internationale présenté au ministre des Finances le 10 décembre 2010, le ratio d'endettement devrait être réduit de 2:1 à 1,5:1 et le régime devrait être étendu aux sociétés de personnes, aux fiducies et aux succursales canadiennes de sociétés non résidentes.

2. PRÊTS SANS INTÉRÊT OU À FAIBLE TAUX D'INTÉRÊT – ARTICLE 17 L.I.R.

2.1. OBJECTIF DE L'ARTICLE 17 L.I.R.

L'article 17 L.I.R. est une disposition spécifique de prix de transfert ayant pour but de prévenir l'octroi de prêts sans intérêt ou à faible taux d'intérêt à des non-résidents et de prévenir l'exportation du revenu.

2.2. CONDITIONS D'APPLICATION DU PARAGRAPHE 17(1) L.I.R.

Le paragraphe 17(1) L.I.R. s'applique lorsque les conditions suivantes sont respectées :

---

[5] AGENCE DU REVENU DU CANADA, document 2010-0366541C6, 19 mai 2010.

- une personne non résidente est débitrice d'une créance d'une société résidant au Canada (l'application du paragraphe 17(1) L.I.R. n'est donc pas limitée aux relations prêteur-emprunteur);

- la créance est impayée depuis plus d'un an ou demeure impayée pendant plus d'un an; et

- l'intérêt se calcule à un taux inférieur à un taux raisonnable pour la période de l'année d'imposition pendant laquelle la créance était due.

2.2.1. Montant impayé pour une période de 12 mois

Selon le paragraphe 37(1) de la *Loi d'interprétation*[6], l'expression « année » s'entend de toute période consécutive de 12 mois. Contrairement au paragraphe 15(2.1) L.I.R., qui parle d'un délai d'un an suivant la fin d'année, le délai d'un an du paragraphe 17(1) L.I.R. commence à courir au moment où une somme devient due.

Selon l'ARC, le paragraphe 17(1) L.I.R. s'applique rétroactivement à compter du moment où le prêt est octroyé si ce dernier demeure impayé pendant plus d'un an.

2.2.2. Caractère raisonnable du taux d'intérêt

Le paragraphe 17(1) L.I.R. ne s'applique que si le taux d'intérêt est inférieur à un taux d'intérêt raisonnable, lequel peut être inférieur au taux prescrit.

La raisonnabilité du taux d'intérêt n'est pas déterminée « une fois pour toutes ». Une réévaluation est nécessaire chaque année.

Le caractère raisonnable du taux d'intérêt est une question de fait et dépend de facteurs tels que la solvabilité du débiteur, la nature des garanties fournies, etc.

2.2.3. Somme due par une personne non résidente

Le paragraphe 17(1) L.I.R. ne s'applique que si le débiteur est une personne non résidente et ne s'applique donc pas directement aux dettes dues

---

6 L.R.C. (1985), ch. I-21 et mod.

par une société de personnes dont certains associés ne résident pas au Canada.

Le paragraphe 17(6) L.I.R. contient toutefois une règle de transparence en vertu de laquelle chaque associé est réputé être débiteur d'une portion de la dette ou du prêt en proportion de la JVM de sa participation dans la société de personnes.

2.3. CONSÉQUENCES FISCALES

Il faut inclure dans le calcul du revenu une somme égale aux intérêts qui seraient payables par la société canadienne s'ils étaient calculés au taux prescrit, moins les montants suivants :

- les intérêts effectivement inclus dans le calcul du revenu de la société canadienne à l'égard de la créance;

- certains montants reçus ou à recevoir par la société d'une fiducie; et

- les montants inclus dans le calcul du revenu de la société canadienne à titre de revenu étranger accumulé, tiré de biens (« RÉATB ») qu'il est raisonnable d'imputer aux intérêts sur la créance dans le cas où le paragraphe 17(2) L.I.R. s'applique et que la société canadienne est réputée créancière d'une somme prêtée par l'une de ses sociétés étrangères affiliées (« SÉA ») à un non-résident (voir ci-dessous).

2.4. EXCEPTIONS

2.4.1. Interaction avec les paragraphes 15(2) et 214(3) L.I.R. – Paragraphe 17(7) L.I.R.

L'article 17 et le paragraphe 15(2) L.I.R. peuvent s'appliquer à la même situation. L'exemple le plus simple de ce type de situation est celui où un prêt est octroyé par une société résidant au Canada à son actionnaire non résident.

Le paragraphe 17(7) L.I.R. vise à régir ce type de situation et prévoit que si le prêt a été assujetti à une retenue d'impôt de la partie XIII L.I.R. et que cette retenue n'a pas été remboursée en vertu du paragraphe 227(6.1) L.I.R., le paragraphe 17(1) L.I.R. ne s'applique pas.

2.4.2. Prêts aux SÉA – Paragraphe 17(8) L.I.R.

Le paragraphe 17(1) L.I.R. s'applique également aux prêts consentis par une société résidant au Canada à l'une de ses SÉA. Toutefois, lorsque la SÉA utilise les fonds reçus de la société canadienne à certaines fins admissibles, le paragraphe 17(1) L.I.R. ne s'applique pas.

Plus précisément, le paragraphe 17(8) L.I.R. prévoit que le paragraphe 17(1) L.I.R. ne s'applique pas à une société résidant au Canada pour une année d'imposition de celle-ci relativement à une somme due par une société étrangère affiliée contrôlée (« SÉAC ») de la société, dans la mesure où il est établi que cette somme est attribuable :

- à un prêt ou à une avance d'argent ayant été utilisé à des fins admissibles, soit afin de tirer un revenu d'une entreprise exploitée activement au sens du paragraphe 95(1) L.I.R. ou de gagner un revenu inclus, en vertu du paragraphe 95(2) L.I.R., dans le calcul de son revenu provenant d'une entreprise exploitée activement ou pour consentir un prêt ou une avance d'argent à une autre société étrangère affiliée contrôlée de la société dans le cas où l'intérêt serait recaractérisé en vertu du paragraphe 95(2) L.I.R. à titre de revenu provenant d'une entreprise exploitée activement; ou

- à l'exploitation d'une entreprise exploitée activement, au sens du paragraphe 95(1) L.I.R.

À cet égard, il est important de noter que le test mentionné ci-dessus doit être satisfait tout au long de la période au cours de laquelle la somme demeure due. Si le test n'est pas **satisfait à un moment** au cours de la période, par exemple, parce que le prêt consenti par une SÉA à une autre SÉA a été remboursé et que la SÉA tarde, sans raison, à rembourser le prêt consenti par la société canadienne, le paragraphe 17(8) L.I.R. cesse de s'appliquer et le paragraphe 17(1) L.I.R. s'applique à compter de la date de l'octroi du prêt.

Il est également important de noter que les mots « dans la mesure où » ont été introduits afin de s'assurer que le paragraphe 17(1) L.I.R. ne s'applique qu'à la portion du prêt ne respectant pas les tests du paragraphe 17(8) L.I.R. et non à la totalité du prêt[7]. Cela étant dit, le libellé de la disposition ne semble pas tout à fait clair et pourrait être interprété comme viciant la totalité du prêt.

---

[7] Voir les notes techniques relatives au projet de loi d'exécution du Budget de 2007.

L'article 17 L.I.R. contient également des règles similaires au paragraphe 20(3) L.I.R. dans le cas de refinancement de la dette.

2.5. RÈGLE ANTIÉVITEMENT – CRÉANCES INDIRECTES

Le paragraphe 17(1) L.I.R. s'applique également, par le biais du paragraphe 17(2) L.I.R., aux créances consenties indirectement par une société résidant au Canada à une personne non résidente.

Dans un tel scénario, au moins trois parties sont impliquées : une société résidant au Canada, un intermédiaire (autre qu'une société résidant au Canada) et un débiteur non résident.

Plus précisément, le paragraphe 17(2) L.I.R. s'applique lorsque les conditions suivantes sont remplies :

i) une personne (sauf une société résidant au Canda) est débitrice d'une créance d'une personne ou d'une société de personnes; et

ii) il est raisonnable de conclure que la personne ou la société de personnes donnée a consenti un prêt du fait qu'une société résidant au Canada a effectué un prêt ou transfert de biens (sauf un prêt ou transfert de biens exclu) au profit d'une personne ou d'une société de personnes. Cette personne ou la société de personnes pourrait être l'intermédiaire, mais il pourrait également s'agir d'une autre personne.

Le paragraphe 17(2) L.I.R. peut donc s'appliquer même s'il n'y a pas de créance avec la société canadienne.

Lorsque le paragraphe 17(2) L.I.R. s'applique, la société résidant au Canada est réputée avoir consenti un prêt au débiteur non résident d'une somme égale à la somme due par le débiteur non résident à l'intermédiaire.

En vertu du paragraphe 17(2) L.I.R., la société résidant au Canada n'est donc pas réputée être créancière de la somme due à l'intermédiaire, mais plutôt d'une autre créance du même montant. Ce libellé est problématique lorsque l'intermédiaire est une SÉAC de la société résidant au Canada et qu'une somme est incluse à titre de RÉATB dans le revenu de la société résidant au Canada à l'égard de la somme due à l'intermédiaire. En effet, pour bénéficier de la déduction prévue au paragraphe 17(1) L.I.R. à l'égard du RÉATB, l'intérêt réputé et le RÉATB doivent être générés par la même créance. Le 3 septembre 2002, le ministre des Finances a donc émis une lettre d'intention dans laquelle il annonce son intention d'amender le

paragraphe 17(2) L.I.R. afin de prévoir que la société résidant au Canada est réputée être créancière de la même dette que l'intermédiaire.

2.5.1. Exception relative aux prêts ou transferts de biens exclus

L'exception relative aux prêts ou transferts de biens exclus ne s'applique que dans le cadre de l'application de la règle antiévitement prévue au paragraphe 17(2) L.I.R. et non dans le cadre de prêts consentis directement par une société résidant au Canada.

L'expression « prêt ou transfert de biens exclu » est définie au paragraphe 17(15) L.I.R.

De manière générale, cette exception vise les prêts consentis par une société résidant au Canada à un intermédiaire si le prêt porte intérêt à un taux qui n'est pas inférieur à celui sur lequel un prêteur et un emprunteur n'ayant aucun lien de dépendance auraient pu s'entendre.

Elle vise également les transferts de biens à un intermédiaire ayant eu lieu à leur JVM sauf si l'intermédiaire est une SÉA de la société résidant au Canada ou d'une personne ayant un lien de dépendance avec cette dernière et que le transfert est effectué en contrepartie d'actions du capital-actions de la SÉA.

Elle vise finalement les dividendes payés par une société résidant au Canada et les sommes versées en réduction du capital versé d'une société résidant au Canada.

2.5.2. Exceptions du paragraphe 17(3) L.I.R.

Le paragraphe 17(3) L.I.R. contient deux exceptions à l'application du paragraphe 17(2) L.I.R.

La première exception vise les prêts consentis par un intermédiaire à un débiteur non résident lorsque l'intermédiaire et le débiteur non résident sont tous deux des SÉAC de la société canadienne. Le paragraphe 17(2) L.I.R. ne s'applique donc pas dans le cas où une société canadienne transfère des fonds en contrepartie d'actions de l'une de ses SÉAC (« SÉAC 1 ») afin de permettre à cette dernière de consentir un prêt à une autre de ses SÉAC (« SÉAC 2 »). Les prêts existant entre deux SÉAC d'une même société canadienne ne sont donc pas assujettis aux règles du paragraphe 17(1) L.I.R.

Dans ce contexte, il est toutefois important de noter que l'expression « société étrangère affiliée contrôlée » est définie au paragraphe 17(15) L.I.R. et se veut plus restrictive que celle prévue au paragraphe 95(1) L.I.R. De manière générale, les actions d'une société non résidente détenues par des non-résidents ne peuvent être prises en compte afin de déterminer le contrôle de la société non résidente.

La seconde exception vise les créances existant entre un intermédiaire et un débiteur non liés et dont les termes correspondent à ceux qui auraient été convenus entre personnes n'ayant pas de lien de dépendance. Trois conditions doivent être remplies pour que cette exception s'applique. Premièrement, l'intermédiaire et le débiteur ne doivent pas être liés. Deuxièmement, les modalités de la créance doivent être telles que des personnes n'ayant entre elles aucun lien de dépendance auraient accepté de les conclure, sans tenir compte du prêt consenti ou du bien transféré, selon le cas, par la société résidant au Canada. Finalement, si la créance portait intérêt, l'intérêt n'aurait pas à être inclus dans le calcul du RÉATB de l'intermédiaire.

3. LES PRÊTS EN AMONT CONSENTIS PAR DES SÉA – PARAGRAPHES 90(4) À 90(10) L.I.R. PROPOSÉS

3.1. OBJECTIF DES PARAGRAPHES 90(4) À 90(10) L.I.R. PROPOSÉS

Dans le cadre des propositions législatives concernant les SÉA publiées le 19 août 2011[8], le ministre des Finances a annoncé l'introduction de nouvelles règles visant à assurer l'intégrité du régime de surplus. Inspirées du paragraphe 15(2) L.I.R., ces règles régissent les prêts en amont consentis par des SÉA.

En effet, avant la publication de ces règles, il était possible de reporter indéfiniment l'imposition des surplus imposables d'une SÉA par l'octroi de prêts en amont puisque de tels prêts échappaient à l'application du paragraphe 15(2) L.I.R.

---

[8] CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives concernant les sociétés étrangères affiliées*, 19 août 2011.

L'ARC avait d'ailleurs indiqué qu'elle n'entendait pas appliquer la RGAÉ à ce type de stratagème, compte tenu du libellé clair du paragraphe 15(2) L.I.R.[9]

3.2. CONDITIONS D'APPLICATION

Le paragraphe 90(4) L.I.R. proposé s'applique lorsque les conditions suivantes sont remplies :

- le prêt est octroyé par une SÉA d'un contribuable. Le terme « SÉA » est défini au paragraphe 95(1) L.I.R.;

- le prêt est octroyé à un débiteur déterminé, c'est-à-dire, de manière générale, au contribuable ou à une personne ayant un lien de dépendance avec le contribuable (à l'exception de SÉAC du contribuable au sens de l'article 17 L.I.R.);

- le paragraphe 15(2) L.I.R. ne s'applique pas. Le paragraphe 15(2) L.I.R. continue donc de s'appliquer lorsqu'une SÉA consent un prêt à un particulier résidant au Canada.

Toutefois, en vertu du paragraphe 90(5) L.I.R. proposé, le paragraphe 90(4) L.I.R. proposé ne s'appliquera pas si l'une des conditions suivantes est remplie :

- la dette ou le prêt est remboursé dans les deux ans suivant la date où le prêt ou la dette a été consenti, autrement que dans le cadre d'une série de prêts ou d'autres opérations et remboursements; et

- la dette a été contractée dans le cours normal des activités de l'entreprise du créancier ou le prêt a été consenti dans le cours normal des activités de l'entreprise de prêt d'argent du prêteur si, au moment où la dette a été contractée ou le prêt consenti, des arrangements sont conclus de bonne foi en vue du remboursement de la dette ou du prêt dans un délai raisonnable.

Des règles particulières s'appliquent lorsque le prêt est consenti par ou à une société de personnes.

---

[9] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9807063.

3.3. CONSÉQUENCES FISCALES

3.3.1. Inclusion au revenu

Lorsque le paragraphe 90(4) L.I.R. proposé s'applique à l'égard d'un prêt ou d'une dette, le contribuable doit inclure un montant égal au montant de ce prêt ou de cette dette multiplié par son pourcentage de droit au surplus dans le calcul de son revenu. Par exemple, si un contribuable détient 50 % des actions ordinaires d'une société non résidente et que cette société non résidente n'a qu'une seule catégorie d'actions émises et en circulation, 50 % de tout prêt consenti par la SÉA au contribuable ou à une personne ayant un lien de dépendance avec le contribuable devra être inclus dans le calcul du revenu du contribuable (sous réserve de l'application d'une des exceptions mentionnées ci-dessus).

3.3.2. Déduction dans le calcul du revenu

Le contribuable a toutefois droit à une déduction annuelle égale au montant des dividendes qui auraient pu être payés, directement ou indirectement, par la SÉA au moment de l'octroi du prêt ou de la naissance de la dette et qui auraient été pleinement déductibles en vertu des alinéas 113(1)a) à 113(1)b) L.I.R. dans le calcul du revenu du contribuable (voir l'exemple de calcul ci-dessous).

La déduction n'est toutefois disponible que si les conditions suivantes sont remplies tout au long de l'année pour laquelle la déduction est demandée et pour chacune des années précédentes :

- aucun dividende n'a été versé depuis que la dette ou le prêt a été consenti par la SÉA ou par l'une des SÉA qui fait partie de la chaîne de SÉA dont les surplus pourraient être regroupés et inclus dans le calcul de la déduction; et

- aucun autre prêt consenti ou dette contractée ne repose sur les mêmes soldes de surplus.

Le montant déduit doit être inclus dans le calcul du revenu du contribuable l'année suivante. Le contribuable peut toutefois prendre une nouvelle déduction s'il remplit toujours les conditions mentionnées plus haut au cours de l'année.

3.3.3. Remboursement du prêt

Lors du remboursement du prêt ou d'une partie du prêt, le contribuable a le droit de déduire une portion du montant inclus, en proportion de la partie remboursée.

Exemples

1) Dividendes « pleinement déductibles » et surplus imposable

Faits

1) Canco, une société résidant au Canada et ayant une année d'imposition se terminant le 31 décembre, détient toutes les actions de SÉAC 1;

2) le 1er janvier 2012, SÉAC 1 consent un prêt de 100 000 $ à Canco;

3) en date du 1er janvier 2012, SÉAC 1 a les surplus suivants à l'égard de Canco :

   - surplus exonéré (« SE ») : 75 000 $,
   - surplus imposable (« SI ») : 20 000 $,
   - montant intrinsèque d'impôt étranger applicable : 5 000 $;

4) en 2014, le prêt n'est toujours pas remboursé;

5) en date du 1er janvier 2014, SÉAC 1 a les surplus suivants :

   a) surplus exonéré : 200 000 $,

   b) surplus imposable : 40 000 $,

   c) montant intrinsèque d'impôt étranger applicable : 10 000 $.

Conséquences fiscales

- Inclusion d'un montant de 100 000 $ dans le calcul du revenu de Canco en vertu du paragraphe 90(3) L.I.R. proposé pour l'année 2012;
- calcul de la déduction annuelle :

– somme qui aurait été réputée prélevée sur le SE de SÉAC 1 : 75 000 $,

– somme qui aurait été réputée prélevée sur le SI de SÉAC 1 : 20 000 $,

– somme déductible à l'égard du dividende qui aurait été prélevé sur le SI de SÉAC 1 :

Impôt étranger applicable :	5 000 $
× Facteur fiscal approprié (4) - 1 =	3
	15 000 $*

– vu la possibilité de faire un choix au titre du « montant intrinsèque d'impôt étranger disproportionné », il aurait été possible de payer un dividende distinct de 15 000 $, lequel aurait été pleinement déductible. Une somme de 15 000 $ devrait donc être déductible à l'égard de la somme qui aurait été réputée prélevée sur le SI,

– la déduction est de 90 000 $. Il n'y a pas de possibilité, selon les règles actuellement proposées, de faire un choix pour réduire le PBR des actions.

2) Dividendes « pleinement déductibles » et surplus hybride

Faits

1) Canco, une société résidant au Canada et ayant une année d'imposition se terminant le 31 décembre, détient toutes les actions de SÉAC 1;

2) le 1er janvier 2012, SÉAC 1 consent un prêt de 100 000 $ à Canco;

3) en date du 1er janvier 2012, SÉAC 1 a les surplus suivants à l'égard de Canco :

- SE : 75 000 $,
- surplus hybride (« SH ») : 20 000 $,
- montant intrinsèque d'impôt étranger applicable : 2 500 $;

4) en 2014, le prêt n'est toujours pas remboursé;

5) en date du 1er janvier 2014, SÉAC 1 a les surplus suivants :

   a) SE : 200 000 $,

   b) SI : 40 000 $,

   c) montant intrinsèque d'impôt étranger applicable : 5 000 $.

Conséquences fiscales

- Inclusion d'un montant de 100 000 $ dans le calcul du revenu de Canco en vertu du paragraphe 90(4) L.I.R. proposé pour l'année 2012;

- calcul de la déduction annuelle :

  – somme qui aurait été réputée prélevée sur le SE de SÉAC 1 : 75 000 $,

  – somme qui aurait été réputée prélevée sur le SH de SÉAC 1 : 20 000 $,

  – somme déductible à l'égard du dividende qui aurait été prélevé sur le SI de SÉAC 1 :

    - Somme déductible selon le sous-alinéa 113(1)a.1)(i) L.I.R.

      50 % du dividende : 10 000 $*

    - Somme déductible selon le sous-alinéa 113(1)a.1)(ii) L.I.R.

      Moindre de

Impôt étranger applicable :	2 500 $	
× 3,5 =	3,5	
	8 750 $*	8 750 $
Somme visée au sous-alinéa 113(1)a.1)(i) L.I.R.	10 000 $	

    - Total : 18 750 $

- la somme qui serait déductible à l'égard des dividendes qui auraient été prélevés sur le SH (18 750 $) est inférieure au montant du dividende. Vu l'impossibilité de faire un choix au titre de « montant intrinsèque d'impôt étranger disproportionné », les dividendes prélevés sur le SH ne bénéficient pas d'une pleine déduction,

- la déduction est donc limitée à 75 000 $.

3.4. ENTRÉE EN VIGUEUR ET PÉRIODE TRANSITOIRE

Les paragraphes 90(4) à 90(10) L.I.R. s'appliquent à compter de la date de publication des propositions législatives, c'est-à-dire à compter du 19 août 2011.

Toutefois, toute dette ou tout prêt impayé à cette date est réputé être une dette ou un prêt distinct reçu le 19 août 2011.

IMPACT DE LA NOUVELLE *LOI SUR LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS* SUR LES RÉORGANISATIONS



Philippe Asselin
Avocat, associé
Lavery



Valérie Boucher
Avocate, associée
Lavery

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 18:3

1. ALLÈGEMENTS ET MODERNISATION 18:4

1.1. TEST COMPTABLE ET TEST DE SOLVABILITÉ 18:4
1.2. CORRECTION DES STATUTS ET CERTIFICATS 18:6
1.3. CORRECTION D'ERREURS 18:8
1.4. HEURE DE PRISE D'EFFET 18:9
1.5. INCESTE CORPORATIF 18:11
1.5.1. Inceste corporatif « involontaire » 18:12
1.5.2. Inceste corporatif « volontaire » 18:14
1.6. CONTINUATION 18:18
1.6.1. Avantages 18:18
1.6.2. Exportation sous le régime de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* 18:20
1.6.3. Importation d'une société régie par la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* 18:22

1.7. RECONSTITUTION 18:24

2. CAPITAL-ACTIONS 18:25

2.1. CATÉGORIES DIFFÉRENTES COMPORTANT LES MÊMES DROITS 18:25
2.2. MONTANT INFÉRIEUR POUVANT ÊTRE VERSÉ AU COMPTE DE CAPITAL-ACTIONS ÉMIS ET PAYÉ 18:27
2.3. *HIGH-LOW SHARES* 18:30
2.4. VOTE PAR CATÉGORIE 18:30

3. CHANGEMENTS IMPORTANTS DE STRUCTURE 18:31

3.1. ALIÉNATION AFFECTANT LA POURSUITE D'ACTIVITÉS SUBSTANTIELLES 18:31
3.2. DISSOLUTION 18:34
3.3. ARRANGEMENTS 18:36
3.4. FUSION 18:36
3.4.1. Fusion simplifiée 18:36
3.4.2. Non-application du paragraphe 87(2.11) L.I.R. 18:36

CONCLUSION 18:38

INTRODUCTION

La *Loi sur les sociétés par actions*[1] est entrée en vigueur le 14 février 2011. Cette loi, qualifiée d'innovatrice par plusieurs, propose un tout nouveau régime pour les personnes morales anciennement régies par les parties I et IA de la *Loi sur les compagnies*[2]. Les dernières modifications significatives à la loi québécoise remontant au début des années 1980, la *Loi sur les sociétés par actions* était très attendue par la communauté juridique et le monde des affaires. Le gouvernement québécois a présenté une loi moderne, inspirée en grande partie de la législation déjà en vigueur au Canada, dont la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*[3], surpassant même cette dernière à certains égards. Il faut noter que le législateur a effectué une harmonisation non seulement législative, mais également terminologique, puisque dorénavant il faudra utiliser le terme « société par actions » au lieu de « compagnie ». Notons que cette harmonisation terminologique avait déjà été effectuée dans le *Code civil du Québec*[4], et ce, dès 1994.

Les principaux acteurs touchés par les nouvelles dispositions de la *Loi sur les sociétés par actions* sont les petites et moyennes entreprises (« PME »), puisque plus de 30 000 entreprises au Québec sont visées par cette loi, dont la quasi-totalité est composée de PME.

Bien que la *Loi sur les sociétés par actions* se veuille innovatrice à plusieurs égards, certains principes contenus à la *Loi sur les compagnies* survivent à ce réaménagement législatif.

Le présent texte ne constitue pas une revue exhaustive de la *Loi sur les sociétés par actions*, mais vise plutôt à présenter certains impacts des lois sur les réorganisations d'entreprises et fiscales, avec des exemples pratiques. Il se divise en trois grandes sections :

- les allègements apportés par la nouvelle loi et sa modernisation;
- les dispositions relatives au capital-actions;

---

1 L.R.Q., c. S-31.1 (« L.S.A. »).

2 L.R.Q., c. C-38 (« L.C. »).

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

4 L.Q. 1991, c. 64.

- les dispositions touchant les changements de structure ou changements importants.

1. ALLÈGEMENTS ET MODERNISATION

1.1. TEST COMPTABLE ET TEST DE SOLVABILITÉ

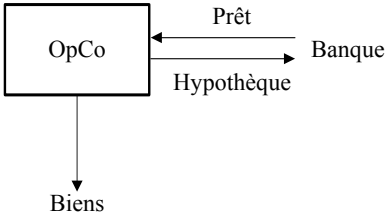
La *Loi sur les compagnies* prévoyait l'obligation de respecter certains tests lors d'opérations ayant une incidence sur le capital-actions d'une compagnie (notamment lors du rachat d'actions, de la réduction du capital-actions émis et payé avec remboursement et du paiement d'un dividende), soit le test comptable (valeur de l'actif ne devant pas être inférieure au total du passif et du capital-actions émis et payé) et le test de solvabilité (capacité d'acquitter son passif à échéance). L'exigence relative au respect du test comptable n'est pas reprise dans la *Loi sur les sociétés par actions*. Le respect du test de solvabilité, quant à lui, demeure pour la plupart des opérations[5]. Les administrateurs qui s'apprêtent à approuver une des opérations corporatives pour laquelle le test de solvabilité est applicable doivent donc se demander s'il y a des motifs raisonnables de croire que la société ne peut, ou qu'elle ne pourrait en raison de l'opération projetée, acquitter son passif à échéance. S'ils approuvent une telle opération alors que le test de solvabilité n'est pas respecté, les administrateurs peuvent engager leur responsabilité[6].

La *Loi sur les sociétés par actions* élimine l'application de toutes les restrictions relativement à l'octroi d'une aide financière aux actionnaires; dans ce cas, l'application du test de solvabilité est aussi écartée. Cela facilite le financement de groupes de sociétés. À titre d'exemple, imaginons une société exploitante, financée par une institution financière, qui a actuellement trois lignes d'affaires distinctes et qui souhaite réorganiser ses affaires de manière que chaque ligne d'affaires soit exploitée par une société distincte.

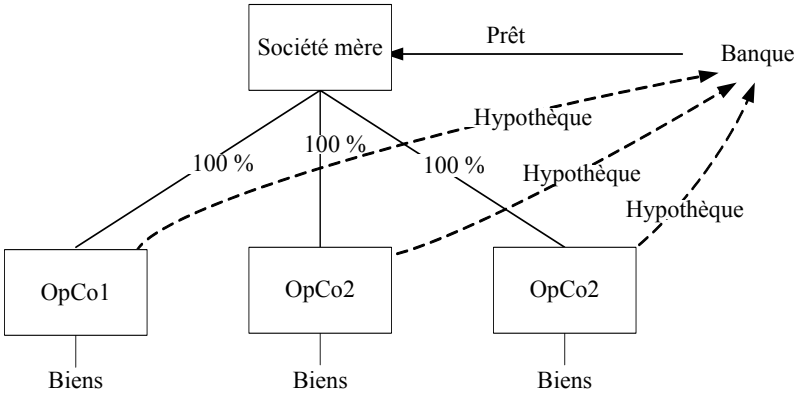
---

5 Voir notamment les articles 95 à 97 L.S.A. relativement au paiement du prix d'achat ou de rachat d'actions, l'article 101 L.S.A. relativement à la réduction du montant du capital-actions et l'article 104 L.S.A. relativement au paiement d'un dividende.

6 Art. 156 L.S.A.



Dans un tel scénario, l'institution financière, qui avait des sûretés sur l'ensemble des biens de la société exploitante avant la réorganisation, ne voudra pas prendre plus de risques en raison de la restructuration des opérations de sa cliente. Elle insistera donc pour que chaque nouvelle filiale lui consente des sûretés sur ses biens. Dans l'hypothèse où, à la suite de la réorganisation, la société mère était l'emprunteur auprès de l'institution financière, et que chacune des filiales exploitantes donnait une hypothèque sur ses biens afin de garantir les obligations de sa société mère auprès de cette institution, on se retrouverait dans une situation d'aide financière à l'actionnaire par chacune des filiales.



En vertu de la *Loi sur les compagnies*, une telle situation entraînait immanquablement des complications compte tenu du fait que les tests comptable et de solvabilité devaient être respectés pour que cette aide financière soit valide. Dans les faits, ni les comptables du groupe de sociétés ni ses avocats ne donnaient d'avis professionnel sur le respect des tests. Les avocats, notamment, prévoyaient toujours une réserve dans leur avis juridique adressé au prêteur, à l'égard de l'application de ces tests. Les institutions financières, leurs clients et les professionnels concernés choisissaient parfois de restructurer le financement, par exemple, en faisant

en sorte qu'une des filiales exploitantes soit l'emprunteur (plutôt que ce soit la société mère). Tous ces tracas sont derrière eux maintenant avec la disparition de l'application des tests comptable et de solvabilité à cette situation.

1.2. CORRECTION DES STATUTS ET CERTIFICATS

Les articles 246 à 260 L.S.A. prévoient la possibilité d'obtenir la correction des statuts d'une société, dans diverses circonstances. Sauf exception, une telle correction rétroagit à la date et, le cas échéant, à l'heure figurant sur le certificat initialement délivré par le registraire des entreprises[7]. De plus, ces dates et heures peuvent elles-mêmes être corrigées[8].

En cas d'erreur manifeste, soit une erreur de référence, de saisie, de transcription ou de semblable nature[9], la correction peut être demandée au registraire des entreprises par le biais d'une demande de correction. Cette demande de correction peut être faite par la société[10] ou elle peut être effectuée dans les 60 jours suivant la délivrance du certificat qui se rapporte aux statuts comportant l'erreur, par le représentant de la société à qui le registraire des entreprises a transmis les statuts et le certificat qui s'y rapporte[11]. Dans ce dernier cas, la demande peut être présentée sans l'autorisation du conseil d'administration ni celle des actionnaires. Le praticien verra dans cette nouvelle mesure de correction une façon de corriger une erreur d'écriture sans avoir à importuner son client.

La correction d'une irrégularité, d'une illégalité ou de toute erreur autre qu'une erreur manifeste se fait, quant à elle, par statuts de modification[12]. Dans ce cas, trois scénarios possibles peuvent se présenter :

- si la correction ne risque pas de porter atteinte aux droits des créanciers ou des actionnaires de la société, une déclaration à cet effet, signée par un administrateur ou dirigeant, doit être jointe aux statuts de modification;

---

7 Art. 249 L.S.A.

8 Art. 249, al. 2 L.S.A.

9 Art. 246 L.S.A.

10 Art. 253 et suiv. L.S.A.

11 Art. 257 à 260 L.S.A.

12 Art. 252 L.S.A.

- si la correction risque de porter atteinte aux droits des actionnaires, cette correction doit être autorisée par une résolution adoptée à l'unanimité[13] par les actionnaires dont les droits seraient atteints par la correction, y compris ceux détenant des actions ne comportant pas le droit de vote ou, à défaut, par le tribunal. La résolution des actionnaires ou le jugement, selon le cas, doit être joint aux statuts de modification;

- si la correction risque de porter atteinte aux droits des créanciers de la société, elle doit être autorisée par le tribunal[14] et le jugement autorisant la correction doit être joint aux statuts de modification.

La Cour d'appel du Québec, dans l'affaire *Riopel* c. *Agence de revenu du Canada*[15], a permis la correction de statuts de fusion et d'un contrat de transfert d'actions, invoquant notamment les articles 246 à 249 L.S.A. La Cour a jugé que ces documents ne reflétaient pas la réelle intention des parties. En effet, les parties avaient donné leur assentiment à une réorganisation précise mais, à leur insu, leurs instructions n'ont pas été suivies par les professionnels chargés de mettre en place la réorganisation. Afin de corriger une première erreur, commise dans les statuts de fusion, les professionnels ont modifié certaines transactions prévues, sans attirer l'attention des parties sur ces changements. Ainsi, alors que les parties avaient approuvé une réorganisation dans laquelle un transfert d'actions intervenait, suivi d'une fusion, les documents signés par les parties consistaient plutôt en une fusion suivie d'un transfert d'actions. Malheureusement, le remède choisi par les professionnels pour remédier à l'erreur commise dans les statuts de fusion a entraîné des conséquences fiscales imprévues pour une des parties. Au moment de rendre un jugement visant à réconcilier la volonté des parties et les écrits qui auraient dû la constater, la Cour a donc invoqué les nouvelles dispositions de la loi. La Cour a) a permis aux parties de substituer aux statuts de fusion, contrat de transfert d'actions et formulaires de roulement initiaux de nouvelles versions de ces documents; b) a déclaré que le contrat de transfert d'actions avait effet depuis le 30 octobre 2004, les statuts de fusion conservant la date originale du 1er novembre 2004; c) a permis aux parties de faire parvenir les formulaires de roulement corrigés à l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») et à l'Agence du revenu du Québec (« Revenu Québec ») dans les 10 jours suivant la date de l'arrêt de la Cour, comme s'ils avaient été signés

---

13 Art. 247 L.S.A.

14 *Id*.

15 2011 QCCA 954.

et transmis le 1er novembre 2004; d) a déclaré que ces substitutions et rectifications, qui font concorder les écrits avec la volonté des parties, sont opposables à l'ARC, à Revenu Québec ainsi qu'au registraire des entreprises; et e) a ordonné à l'ARC, à Revenu Québec et au registraire des entreprises de faire le nécessaire pour donner suite aux conclusions de la Cour.

1.3. CORRECTION D'ERREURS

Les articles 458 et 459 L.S.A., inspirés de dispositions législatives de la Colombie-Britannique, introduisent la possibilité de demander au tribunal la correction d'une erreur ou de ses conséquences juridiques. Le tribunal peut aussi valider tout acte vicié en raison d'une telle erreur. Dans ce contexte, le mot « erreur » s'entend notamment d'une omission, d'un défaut, d'un vice de forme, d'une méprise ou d'une irrégularité survenus dans la conduite des affaires internes[16] d'une société et qui entraîne : a) la violation d'une disposition de la *Loi sur les sociétés par actions*, b) un défaut de conformité par rapport aux statuts, au règlement intérieur de la société ou à une convention unanime des actionnaires, ou c) l'inobservation d'une mesure ou d'une décision prise par les actionnaires, le conseil d'administration ou un de ses comités.

On peut faire un parallèle entre ces dispositions et la doctrine de la « rectification » connue des juridictions de common law qui permet des corrections lorsqu'il y a divergence entre l'intention commune des parties et l'écrit[17]. Bien que le résultat obtenu soit comparable, la Cour d'appel du Québec n'a pas souhaité importer cette doctrine dans notre droit civil, jugeant que « le droit civil québécois compte déjà tous les outils nécessaires pour permettre, à certaines conditions, qu'il soit donné effet selon l'intention commune véritable des parties à un contrat dont la rédaction ne reflète pas cette intention »[18].

---

16 L'article 2 L.S.A. définit les « affaires internes » comme les relations, autres que d'entreprise, entre la société, les personnes morales du même groupe et leurs actionnaires, administrateurs et dirigeants.

17 Voir notamment l'arrêt *Juliar* c. *Canada*, (1999) 46 O.R. (3e) 194; appel rejeté par la Cour d'appel de l'Ontario, (2000) 50 O.R. (3e) 728; autorisation d'appel à la Cour suprême refusée, [2001] 1 R.C.S. vi.

18 *SMRQ* c. *Services environnementaux AES inc.*, 2011 QCCA 394, J.E. 2011-470, par. 13, requête pour autorisation d'appel à la Cour suprême déposée le 5 mai 2011, dossier no 34235.

La Cour supérieure a appliqué l'article 458 L.S.A. dans l'affaire *9069-1841 Québec inc*. c. *Filtrum inc.*[19] et ordonné la correction de la date apparaissant sur un certificat de modification. Dans cette affaire, les administrateurs et les actionnaires de la société ont approuvé, par résolutions et règlement, diverses étapes d'un plan de réorganisation, lesquelles devaient toutes être complétées à la même date, soit le 5 juin 2007. Par omission (le tribunal ne fournit pas plus d'explications à ce sujet), les statuts de modification n'ont pas été déposés auprès du registraire des entreprises le 5 juin, mais plutôt le 14 juin 2007. Le tribunal a considéré que le dépôt tardif des statuts de modification constituait une omission dans la conduite des affaires internes de la société ayant entraîné l'inobservation d'une décision prise par l'assemblée des actionnaires et le conseil d'administration de la société. Le défaut d'avoir déposé les statuts de modification à la date à laquelle le reste de la réorganisation avait été effectué avait fait en sorte qu'un dividende déclaré subséquemment dans le cadre de la réorganisation, mais toujours en date du 5 juin, n'avait pas été valablement déclaré. L'ARC avait donc établi une cotisation pour avantage imposable consenti à l'actionnaire de la société. Les conclusions de ce jugement visent donc la correction de la date apparaissant sur le certificat de modification et la correction des registres corporatifs de la société, mais elles ne contiennent toutefois aucune ordonnance ou déclaration visant expressément l'ARC ou le registraire des entreprises.

1.4. HEURE DE PRISE D'EFFET

La *Loi sur les sociétés par actions* prévoit la possibilité d'obtenir qu'une heure de prise d'effet précise soit indiquée sur les certificats délivrés en vertu de la loi (par exemple les certificats de constitution[20], de fusion[21], de continuation[22], de changement de régime[23] ou de modification[24]), ce qui facilitera les réorganisations corporatives et fiscales, lesquelles requièrent régulièrement le respect d'une séquence d'opérations établie.

---

19 2011 QCCS 1570.

20 Art. 10 L.S.A.

21 Art. 286 L.S.A.

22 Art. 293 L.S.A.

23 Art. 303 L.S.A.

24 Art. 245 L.S.A.

Par exemple, lorsque la fusion de deux sociétés est envisagée et que certaines transactions préalables doivent être réalisées, l'inscription d'une heure de prise d'effet de la fusion sur le certificat de fusion permet d'éviter avec certitude la réalisation de conséquences fiscales fâcheuses.

Afin d'illustrer l'utilité de cette nouvelle mesure, prenons l'exemple suivant.

Société 1 et Société 2 envisagent de regrouper leurs activités en procédant par le biais d'une fusion.

Au cours de son année d'imposition 2011, Société 1 a réalisé un gain en capital de 1 M$.

À la suite de la réalisation du gain en capital, un montant de 500 000 $ a été ajouté au compte de dividendes en capital (« CDC ») de Société 1. Aucun dividende en capital n'a été versé par Société 1 au cours de son année d'imposition 2011. Le CDC de Société 1 s'établit actuellement à 500 000 $.

Au cours de son année d'imposition 2009, Société 2 a réalisé un gain en capital de 1 M$. À la suite de la réalisation du gain en capital, un montant de 500 000 $ a été ajouté au CDC de Société 2. Au cours de la même année, Société 2 a versé un dividende en capital de 500 000 $ à son actionnaire. À la suite du versement du dividende en capital, le CDC de Société 2 était nul.

Au cours de son année d'imposition 2010, Société 2 a réalisé une perte en capital de 1 M$. À la suite de la réalisation de cette perte en capital, un montant de 500 000 $ a donc réduit le CDC de Société 2. Société 2 s'est donc retrouvée en quelque sorte avec un CDC « négatif » de 500 000 $ par suite de la réalisation de sa perte en capital de 1 M$ étant donné qu'immédiatement avant ce moment, son CDC était nul.

Ainsi, Société 1 a tout avantage à verser un dividende en capital correspondant à son CDC, soit 500 000 $, avant qu'elle fusionne avec Société 2 afin d'éviter que son CDC ne soit perdu. En effet, à la suite de la fusion, la société issue de la fusion est réputée être la même société que chaque société remplacée et en être la continuation aux fins du calcul de son CDC conformément à l'alinéa 87(2)z.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[25]. En conséquence, le CDC de la société issue de la fusion de Société 1 et de

---

[25] L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.) et mod. (« L.I.R. »); *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (« L.I. »), art. 550.

Société 2 serait donc de 0 $ si aucun dividende en capital n'était versé par Société 1 préalablement à la fusion. Aucun dividende en capital ne pourrait donc être versé à la suite de la fusion.

De plus, dans la mesure où le dividende en capital de 500 000 $ était versé par Société 1 le même jour que la fusion, il serait recommandé d'inscrire sur le certificat de fusion une heure de prise d'effet de la fusion postérieure au versement du dividende en capital.

En effet, les autorités fiscales considèrent généralement que le moment d'une fusion a lieu au premier instant de la journée où elle survient, sauf si la réalisation de transactions préalables à la fusion nécessite le respect d'un ordre chronologique différent[26].

Ainsi, dans notre exemple, l'inscription sur le certificat de fusion d'une heure de prise d'effet de la fusion postérieure au versement par Société 1 d'un dividende en capital de 500 000 $ permettrait d'éviter toute ambiguïté quant au moment de la fusion et, ainsi, quant à l'application potentielle de l'impôt de la partie III L.I.R.

1.5. INCESTE CORPORATIF

De façon générale, en vertu du deuxième alinéa de l'article 86 L.S.A., la filiale d'une personne morale ne peut détenir des actions du capital-actions de cette dernière.

Les articles 86, 87 et 88 L.S.A. prévoient toutefois des situations où l'inceste corporatif est accepté ou toléré pour une période de temps donnée.

Certaines exceptions au principe général ne seront pas traitées dans le présent texte[27]. Notre analyse ne portera que sur celles pouvant généralement survenir dans le cadre de la réalisation de certaines transactions ou réorganisations qui entraînent des situations d'inceste corporatif dites involontaires ou volontaires.

---

[26] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2004-0086741C6, « IT-474R Amalgamation time », 8 octobre 2004; 2010-03732011C6, « Change of control and amalgamation », 8 octobre 2010.

[27] Voir notamment le second alinéa de l'article 87 L.S.A. qui prévoit que l'inceste corporatif est permis lorsque les actions sont détenues à titre d'administrateur du bien d'autrui, de mandataire ou de créancier hypothécaire.

L'article 88 L.S.A. oblige une société qui devient la filiale[28] d'une personne morale à se départir des actions qu'elle détient dans celle-ci dans les cinq ans à compter du moment où elle devient une telle filiale. Ainsi, lorsqu'une société a acquis les actions d'une personne morale à un moment où elle n'était pas sa filiale, elle a un délai de cinq ans pour en disposer si elle le devient subséquemment (le délai de cinq ans commençant à courir au moment où la société devient la filiale de l'autre personne morale). Nous désignons cette situation d'inceste corporatif « involontaire ». La situation de l'inceste corporatif « involontaire » était traitée de façon semblable en vertu de la *Loi sur les compagnies*[29].

Le premier alinéa de l'article 86 L.S.A. prévoit qu'une société peut détenir les actions de sa personne morale mère pour une période maximale de 30 jours, indépendamment des circonstances ayant mené à l'acquisition de ces actions. Cette innovation, que l'on qualifie d'inceste corporatif « volontaire », pour le moins souhaitée, simplifie grandement la mise en place de réorganisations corporatives et fiscales au cours desquelles une situation d'inceste corporatif qualifiée de « volontaire » est créée.

À cet égard, la *Loi sur les sociétés par actions* comporte un avantage certain sur la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* qui ne prévoit pas cette dernière possibilité.

De plus, la *Loi sur les sociétés par actions* édicte que la filiale ne peut exercer les droits de vote rattachés aux actions qu'elle détient dans le capital-actions de sa personne morale mère, et ce, quel que soit le contexte d'acquisition des actions (inceste corporatif « volontaire » ou « involontaire »).

Afin de différencier les situations d'inceste corporatif « involontaire » et « volontaire » ainsi que de démontrer l'utilité de la nouvelle mesure prévue au premier alinéa de l'article 86 L.S.A., nous avons préparé les deux exemples qui suivent.

1.5.1. Inceste corporatif « involontaire »

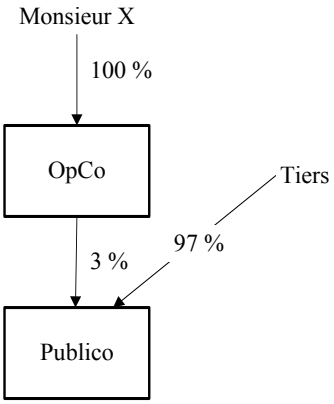
M. X détient la totalité des actions émises et en circulation d'Opco et cette dernière détient 3 % des actions émises et en circulation de Publico. Le

---

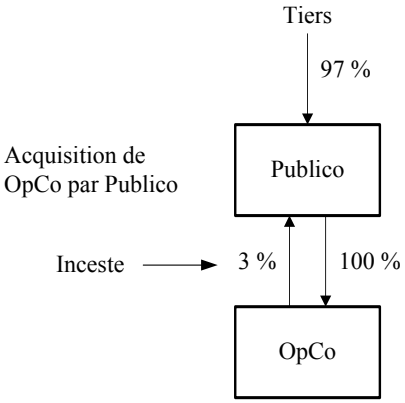
[28] La définition du mot « filiale » a été élargie et comprend dorénavant les « sous-filiales ».

[29] Art. 123.45 L.C.

reste des actions émises et en circulation de Publico est détenu par des tiers. L'organigramme se présente donc de la façon suivante :



M. X souhaite vendre les actions qu'il détient dans Opco et Publico désire acquérir lesdites actions. Publico procède donc à l'acquisition de la totalité des actions d'Opco détenues par M. X. À la suite de cette transaction, l'organigramme de Publico et d'Opco se présente comme suit :



La réalisation de cette transaction entraîne une situation d'inceste corporatif puisque Opco détient des actions du capital-actions de sa société mère.

Au moment où la transaction est survenue, Opco détenait déjà les actions dans Publico. Ainsi, l'acquisition des actions de Publico par Opco s'est effectuée à un moment où Opco n'était pas la filiale de Publico.

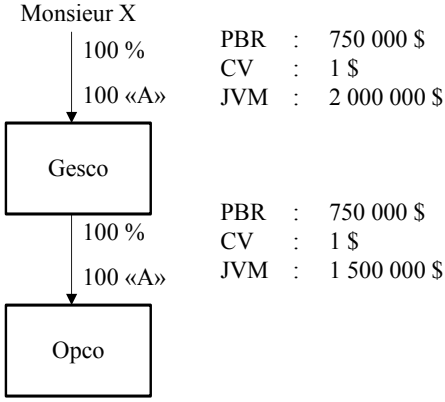
En conséquence, Opco devra se départir des actions de Publico dans les cinq ans de l'acquisition des actions de son capital-actions par Publico conformément à l'article 88 L.S.A. et elle ne sera pas soumise aux règles plus contraignantes du premier alinéa de l'article 86 L.S.A.

1.5.2. Inceste corporatif « volontaire »

M. X détient la totalité des actions émises et en circulation de Gesco, soit 100 actions de catégorie A qui ont un prix de base rajusté (« PBR ») de 750 000 $, un capital versé (« CV ») de 1 $ et une juste valeur marchande (« JVM ») de 2 M$. M. X a cristallisé son exonération de gain en capital antérieurement sur les actions de catégorie A de Gesco.

Gesco détient la totalité des actions émises et en circulation d'Opco, soit 100 actions de catégorie A qui ont un PBR de 750 000 $, un CV de 1 $ et une JVM de 1,5 M$. Gesco détient également d'autres actifs qui ont une JVM de 500 000 $.

L'organigramme se présente donc comme suit :



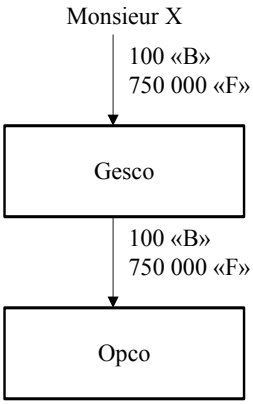
M. X souhaite disposer des actions d'Opco, mais désire monnayer son exonération de gain en capital. Pour le moment, M. X ne peut bénéficier de son exonération de gain en capital étant donné qu'il ne détient que des actions de Gesco.

Afin de permettre à M. X de monnayer son exonération de gain en capital, certaines transactions préalables devront donc être effectuées.

M. X effectuera tout d'abord un roulement interne de la totalité des actions de catégorie A qu'il détient dans Gesco conformément à l'article 85 L.I.R.[30] En contrepartie, M. X recevra 100 actions ordinaires de catégorie B (avec droit de vote et avec droit de participation) et 750 000 actions privilégiées (sans droit de vote et sans droit de participation) de catégorie F de Gesco qui auront un PBR total de 750 000 $, un CV total de 1 $ et une JVM totale de 750 000 $. L'utilisation de l'article 85 L.I.R. permettra d'isoler le PBR total des actions de catégorie A dans une seule catégorie d'actions, en l'occurrence les actions de catégorie F, en vertu de l'alinéa 85(1)g) L.I.R.[31]

Gesco procédera également à un roulement interne des actions de catégorie A qu'elle détient dans Opco conformément à l'article 85 L.I.R.[32] En contrepartie, Gesco recevra 100 actions ordinaires de catégorie B (avec droit de vote et avec droit de participation) et 750 000 actions privilégiées de catégorie F (sans droit de vote et sans droit de participation) d'Opco qui auront un PBR total de 750 000 $, un CV total de 1 $ et une JVM totale de 750 000 $. L'article 85 L.I.R. sera également utilisé dans cette situation afin d'isoler le PBR total des actions de catégorie A dans les actions de catégorie F que détiendra Gesco dans Opco[33].

À la suite des roulements décrits ci-dessus, l'organigramme se présentera comme suit :



Catégorie «F»:
PBR : 750 000 $
CV : 1 $
JVM : 2 000 000 $

Catégorie «F»:
PBR : 750 000 $
CV : 1 $
JVM : 1 500 000 $

30 Art. 518 L.I.

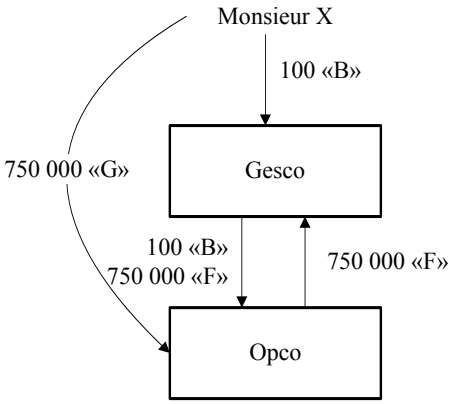
31 Art. 528 L.I.

32 Art. 518 L.I.

33 Al. 85(1)g) L.I.R.; art. 528 L.I.

M. X transférera, conformément à l'article 85 L.I.R.[34], la totalité des actions de catégorie F qu'il détient dans Gesco en faveur d'Opco. En contrepartie, M. X recevra 750 000 actions privilégiées de catégorie G (sans droit de vote et sans droit de participation) d'Opco ayant un PBR total de 750 000 $, un CV total de 1 $ et une JVM totale de 750 000 $.

À la suite du transfert, l'organigramme se présentera comme suit :



La réalisation de cette dernière transaction entraînera une situation d'inceste corporatif. En effet, Gesco sera la société mère d'Opco puisqu'elle détiendra la totalité des actions avec droit de vote d'Opco, soit les actions de catégorie B, et Opco détiendra des actions de catégorie F de Gesco acquises de M. X.

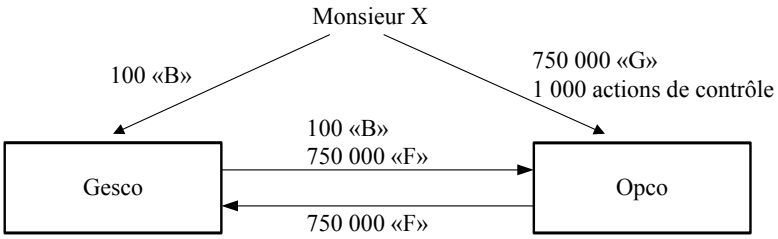
En vertu de la *Loi sur les compagnies*, le transfert en faveur d'Opco par M. X des actions de catégorie F qu'il détenait dans Gesco n'aurait pu être effectué étant donné que l'inceste corporatif « volontaire » était interdit. Des transactions préalables auraient donc dû être effectuées afin de permettre ledit transfert et ainsi éviter de se retrouver dans une situation d'inceste corporatif.

Par exemple, M. X aurait pu souscrire à des actions avec droit de vote d'Opco lui conférant le contrôle de cette dernière avant de lui transférer les actions de catégorie F détenues dans Gesco. En procédant de la sorte, Gesco aurait perdu son statut de société mère d'Opco, permettant ainsi la détention par Opco des actions de catégorie F.

---

[34] Art. 518 L.I.

À la suite de la souscription par M. X d'actions avec droit de vote d'Opco et au transfert à celle-ci des actions de catégorie F de Gesco par M. X, l'organigramme se présenterait comme suit :



Depuis l'entrée en vigueur de la *Loi sur les sociétés par actions*, cette étape additionnelle est superflue puisque l'inceste corporatif « volontaire » est maintenant toléré en vertu du premier alinéa de l'article 86 L.S.A. dans la mesure où la situation d'inceste se résorbe à l'intérieur d'un délai de 30 jours.

Par suite du transfert en faveur d'Opco par M. X des actions de catégorie F qu'il détenait dans Gesco, cette dernière procédera au rachat des actions de catégorie F de son capital-actions détenues par Opco et émettra en contrepartie un billet de 750 000 $ en faveur d'Opco. Le rachat entraînera la réalisation d'un dividende imposable déductible dans le calcul du revenu d'Opco qui ne sera pas assujetti à l'application du paragraphe 55(2) L.I.R.[35] étant donné que le PBR total desdites actions correspondra à la JVM de celles-ci[36].

Subséquemment, Opco rachètera les actions de catégorie F de son capital-actions détenues par Gesco et émettra en contrepartie un billet de 750 000 $ en faveur de Gesco. Le rachat entraînera la réalisation d'un dividende imposable déductible dans le calcul du revenu de Gesco qui ne sera pas assujetti à l'application du paragraphe 55(2) L.I.R.

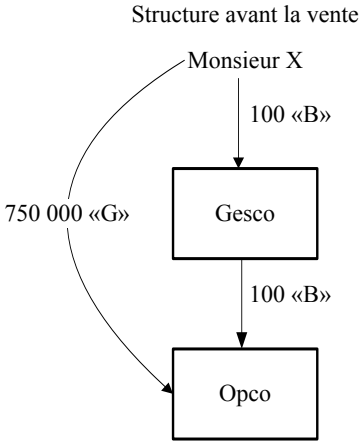
---

35 Art. 308.1 et 308.2 L.I.

36 En effet, le passage introductif du paragraphe 55(2) L.I.R. prévoit notamment que l'un des objets de l'opération ou de l'événement doit être de diminuer sensiblement la partie du gain en capital qui, sans le dividende, aurait été réalisée lors de la disposition des actions. Or, dans cette situation, le rachat ne pourrait avoir pour effet de diminuer le gain en capital, étant donné qu'aucun gain en capital ne peut être ainsi réalisé.

Par la suite, les billets émis de part et d'autre par Opco et Gesco seront annulés par compensation.

L'organigramme se présentera donc comme suit avant la vente des actions d'Opco.



Après la réalisation de ces transactions, la vente des actions d'Opco pourra être effectuée et M. X sera ainsi en mesure de monnayer l'exonération de gain en capital cristallisée sur ses actions de catégorie G d'Opco.

1.6. CONTINUATION

Selon la *Loi sur les sociétés par actions*, il est maintenant possible de continuer une société par actions étrangère sous le régime de la *Loi sur les sociétés par actions* (importation) et de continuer une société par actions régie par cette dernière loi (« société par actions québécoise ») sous le régime d'une autre loi (exportation), sous réserve de certaines conditions.

1.6.1. Avantages

La possibilité de continuer une société par actions québécoise sous le régime de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* et l'inverse pourra être fort utile dans le cadre de réorganisations de sociétés. Auparavant, lorsque le regroupement de deux entités régies respectivement par la *Loi sur les compagnies* et la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* était envisagé, il fallait obligatoirement liquider l'une d'elles dans l'autre. En effet, la fusion de ces deux personnes morales n'était pas possible en raison

de l'absence de dispositions permettant l'importation et l'exportation des sociétés dans la *Loi sur les compagnies*. En vertu de la *Loi sur les sociétés par actions*, il est maintenant possible de continuer l'une des deux sociétés sous le régime de l'autre loi pour ensuite les fusionner.

Au plan commercial, la fusion est généralement plus simple à réaliser que la liquidation. Par exemple, dans le cas où la société est propriétaire d'immeubles, aucune publication n'est requise au registre foncier au moment d'effectuer une fusion. Par contre, si une société propriétaire d'un immeuble est liquidée, la liquidation entraîne un transfert de l'immeuble devant être publié. De même, si la société est détentrice de marques de commerce ou de brevets, aucune publication n'est nécessaire auprès de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada en cas de fusion, dans la mesure où le nom du propriétaire de la marque ou du brevet, selon le cas, demeure inchangé. Encore ici, puisque la liquidation entraîne un transfert de propriété, la publication du transfert des marques de commerce ou des brevets est requise.

Finalement, les différentes ententes commerciales signées par une société avec ses banquiers, ses fournisseurs, ses clients ou autres partenaires d'affaires prévoient assez fréquemment que la liquidation ou la dissolution d'une partie à l'entente doit être considérée comme un cas de défaut. Il est moins répandu de prévoir que la fusion d'une partie constitue un cas de défaut. En conséquence, au moment d'effectuer une fusion, il devrait y avoir moins de consentements à obtenir auprès de tiers cocontractants que dans le cas d'une liquidation et dissolution.

D'un point de vue fiscal, la continuation de sociétés par actions étrangères en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions* et l'exportation de sociétés par actions québécoises nous offrent également plus de flexibilité qu'auparavant. En effet, la possibilité de procéder par voie de fusion dans des situations précises nous permet de bénéficier de certains avantages fiscaux qui sont inhérents aux fusions et dont on ne pouvait ainsi profiter lorsqu'on réalisait une liquidation.

L'objectif du présent texte n'est pas de présenter une étude exhaustive des avantages et inconvénients que peut offrir une fusion par rapport à une liquidation. Nous exposerons uniquement quelques éléments susceptibles de favoriser la fusion de sociétés par actions.

Dans le cas d'une fusion, les pertes d'une société remplacée peuvent être utilisées par la société issue de la fusion lors de sa première année

d'imposition[37]. Lors d'une liquidation, les pertes d'une filiale ne peuvent être utilisées par la société mère qu'au cours des années d'imposition de celle-ci qui commencent après le début de la liquidation[38].

L'amortissement disponible pour une société donnée peut également être un élément déterminant dans le choix de procéder par voie de fusion ou de liquidation. En effet, lors d'une fusion, la société remplacée peut prendre de l'amortissement pour son année d'imposition se terminant immédiatement avant la fusion alors que la filiale ne peut prendre aucun amortissement pour son année d'imposition qui comprend la liquidation.

Bien qu'elle ne soit pas déterminante, la présence de dettes entre sociétés pour lesquelles un regroupement est envisagé peut influer sur le mode de transaction choisi. Par exemple, le paragraphe 80.01(3) L.I.R.[39] prévoit qu'une dette est réputée avoir été réglée pour un montant égal à son coût indiqué lors de la fusion du créancier et du débiteur sans nécessité de produire un choix en ce sens aux autorités fiscales. Lors de la liquidation d'une société, le même traitement peut être obtenu. Par contre, un choix doit être effectué à cet égard sur le formulaire prescrit et celui-ci doit être produit dans les délais prescrits[40].

1.6.2. Exportation sous le régime de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*

La continuation d'une société par actions québécoise sous le régime de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* doit être approuvée par une résolution spéciale des actionnaires (au moins les deux tiers des voix exprimées lors d'une assemblée)[41]. L'autorisation de se continuer doit ensuite être demandée au registraire des entreprises. Cette demande d'autorisation doit notamment être accompagnée d'une déclaration attestant que les actionnaires de la société ne subiront aucun préjudice par suite de la continuation[42]. Une copie des articles pertinents de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* doit alors être remise au registraire des entreprises de

37 Par. 87(2.1) L.I.R.; art. 547.1 L.I.

38 Par. 88(1.1) L.I.R.; art. 564.2 et suiv. L.I.

39 Art. 485.20 L.I.

40 Par. 80.01(4) L.I.R.; art. 485.21 L.I.

41 Art. 298 L.S.A.

42 Art. 299 L.S.A.

manière à lui démontrer que la société, une fois continuée, sera toujours une personne morale, conservera ses droits et obligations à ce titre et demeurera partie à toute procédure judiciaire ou administrative à laquelle elle est partie[43].

L'attestation qui est ensuite délivrée par le registraire des entreprises doit être déposée auprès de Corporations Canada, accompagnée :

- des clauses de prorogation (Formulaire 11) accompagnées du Formulaire « Siège social initial et premier conseil d'administration » (Formulaire 2)[44];

- d'un rapport Nuans et d'une réservation de nom;

- d'une copie des articles pertinents de la *Loi sur les sociétés par actions*, soit les articles qui permettent la continuation;

- d'un avis juridique confirmant que la *Loi sur les sociétés par actions* permet l'exportation vers la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* et que la *Loi sur les sociétés par actions* ne s'appliquera plus aussitôt que la société aura été prorogée sous le régime de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*.

Avec le temps, on espère que les formalités seront réduites et qu'il ne sera plus requis de déposer copie des articles pertinents de la *Loi sur les sociétés par actions* ni d'avis juridique, comme c'est déjà le cas pour la plupart des autres provinces canadiennes qui se qualifient de juridictions « préapprouvées » par Corporations Canada[45].

Après examen des documents, Corporations Canada délivrera un certificat de prorogation indiquant comme date d'entrée en vigueur la date de réception de la demande, à moins qu'une date d'entrée en vigueur ultérieure n'ait été demandée. À la date figurant sur le certificat de prorogation, la

---

43 Art. 300 L.S.A.

44 Par. 187(3) L.C.S.A., lequel fait référence aux articles 19 et 106 L.C.S.A.

45 Voir le recueil d'information sur la prorogation (importation) disponible sur le site Internet de Corporations Canada (en ligne : http://www.ic.gc.ca/eic/site/cd-dgc.nsf/fra/cs02720.html). Au moment de la publication du présent texte, la *Loi sur les sociétés par actions* est devenue une loi préapprouvée par Corporations Canada et les formalités sont donc réduites.

Loi canadienne sur les sociétés par actions s'applique à la société par actions québécoise comme si elle avait été constituée en vertu de cette loi et les clauses et le certificat de prorogation sont réputés constituer les statuts constitutifs et le certificat de constitution de la société prorogée[46]. Corporations Canada transmet une copie du certificat de prorogation au registraire des entreprises et publie sur son site Internet un avis précisant le nom de la société et la date d'entrée en vigueur de sa prorogation. Le registraire des entreprises délivre finalement un certificat de changement de régime[47].

1.6.3. Importation d'une société régie par la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*

La prorogation d'une société fédérale sous le régime de la *Loi sur les sociétés par actions* doit être approuvée par résolution spéciale des actionnaires. Dans un tel cas, chaque action de la société, assortie ou non du droit de vote, emporte droit de vote quant à la prorogation[48]. La société doit ensuite présenter une demande requérant une lettre de satisfaction de la part de Corporations Canada qui stipule que le directeur nommé en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* est satisfait que la prorogation n'aura aucun effet défavorable tant pour les créanciers que pour les actionnaires de la société. La demande visant à obtenir une telle lettre doit être accompagnée des documents suivants[49] :

- une copie des dispositions pertinentes de la *Loi sur les sociétés par actions* permettant la continuation;

- un avis juridique confirmant que la *Loi sur les sociétés par actions* permet la prorogation d'une société constituée en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* et prévoit les droits énumérés au paragraphe 188(10) L.C.S.A. (c'est-à-dire que la société par actions québécoise est propriétaire des biens et responsable des obligations de la société fédérale prorogée, qu'aucune atteinte n'est portée aux causes d'actions déjà nées, que la société par actions québécoise remplace la

---

46 Par. 187(5) L.C.S.A.

47 Art. 302 L.S.A.

48 Par. 188(4) L.C.S.A.

49 Voir CORPORATIONS CANADA, Énoncé de politique 9.4, « Étapes à suivre pour effectuer une opération d'exportation », 22 mars 2010 (en ligne : http://www.ic.gc.ca/eic/site/cd-dgc.nsf/fra/cs01052.html).

société fédérale prorogée dans les poursuites civiles, pénales ou administratives engagées par ou contre celle-ci et que toute décision judiciaire ou quasi judiciaire rendue en faveur de la société fédérale prorogée ou contre elle est exécutoire à l'égard de la société par actions québécoise);

- une déclaration solennelle d'un administrateur ou d'un dirigeant autorisé de la société, selon laquelle les actionnaires ont été dûment informés des conséquences de la prorogation sur leurs droits et intérêts, la prorogation a été approuvée par une résolution spéciale des actionnaires et cette prorogation ne causera pas de préjudice ni aux actionnaires ni aux créanciers de la société.

S'il y a des dissidents, une déclaration d'un administrateur ou d'un dirigeant selon laquelle la société s'engage à respecter le droit à la dissidence prévu par l'article 190 L.C.S.A., dispose de fonds suffisants pour payer les actionnaires qui ont fait valoir leur dissidence et a pris des mesures pour faire en sorte que ces fonds soient disponibles pour satisfaire à cette exigence doit être jointe à la demande.

Encore ici, il est souhaitable que cette procédure soit simplifiée et que le Québec devienne l'une des juridictions pour lesquelles Corporations Canada n'exige qu'une lettre transmise par un représentant de la société selon laquelle les actionnaires de la société ont approuvé la prorogation par résolution spéciale, comme l'exige le paragraphe 188(5) L.C.S.A.[50]

La lettre de satisfaction émise par Corporations Canada doit être transmise au registraire des entreprises avec les statuts de continuation[51]. Le registraire délivre ensuite un certificat de continuation, qui atteste de la continuation de l'existence de la société fédérale en société régie par la *Loi sur les sociétés par actions*, à la date et, le cas échéant, à l'heure figurant sur ce certificat[52]. Les statuts de continuation sont réputés être les statuts de constitution de la société. Le registraire transmet lui-même un exemplaire du certificat de continuation à Corporations Canada, en vertu de l'article 295 L.S.A. À la réception de celui-ci, Corporations Canada délivre un certificat

---

[50] C'est le cas actuellement pour l'Alberta, la Colombie-Britannique, le Manitoba, le Nouveau-Brunswick, la Nouvelle-Écosse, l'Ontario, la Saskatchewan, Terre-Neuve-et-Labrador et le Yukon. Au moment de publier le présent texte, le Québec a été ajouté à cette liste.

[51] Art. 292 L.S.A.

[52] Art. 293 L.S.A.

de changement de régime avec effet rétroactif à la date d'entrée en vigueur du certificat de continuation[53]. La *Loi canadienne sur les sociétés par actions* cesse de s'appliquer à la société à partir de cette date.

1.7. RECONSTITUTION

Il est maintenant possible de reconstituer une société dissoute volontairement ou pour défaut de production de ses déclarations annuelles, sur demande au registraire des entreprises[54]. Il est également possible de reconstituer une société dissoute judiciairement, sur demande au tribunal[55]. La reconstitution d'une compagnie à laquelle s'appliquait la *Loi sur les compagnies* qui a été dissoute ou liquidée volontairement ou par le seul effet de la loi est aussi permise[56]. Cette reconstitution a un effet rétroactif; ainsi, la société est réputée n'avoir jamais été dissoute (sous réserve des droits acquis par un tiers après la dissolution de la société)[57]. Les statuts de la société au moment de sa dissolution sont les statuts de la société reconstituée.

Dans le cadre de réorganisations de sociétés, la reconstitution peut surtout être utile lorsqu'une société a été liquidée et dissoute volontairement et que les parties concernées ont omis certaines formalités préalables. Prenons l'exemple d'une société propriétaire d'immeubles qui est liquidée et dissoute volontairement sans que les transferts d'immeubles soient publiés au registre foncier. Si l'actionnaire unique de la société, qui a reçu l'ensemble de ses biens au moment de la liquidation, souhaite, quelques années plus tard, se départir des immeubles en faveur d'un tiers, il pourra reconstituer la société pour effectuer la publication du transfert en sa faveur. En vertu de la *Loi sur les compagnies*, il était plus difficile de remédier à une telle situation du fait que la reconstitution n'était pas autorisée. À une certaine époque, la seule façon de faire était d'obtenir la signature du Curateur public dans un acte de transfert[58], ce qui engendrait des délais et des coûts plus importants que ceux liés à une reconstitution.

---

53 Par. 188(7) L.C.S.A.

54 Art. 365 L.S.A.

55 Art. 366 L.S.A.

56 Art. 365, al. 2 L.S.A.

57 Art. 371 L.S.A.

58 Cette responsabilité a par la suite été transférée à Revenu Québec, Direction principale des biens non réclamés.

2. CAPITAL-ACTIONS

Certaines règles relatives au capital-actions, qui étaient prévues selon la *Loi sur les compagnies*, ont été reprises dans la *Loi sur les sociétés par actions*. Il est donc encore possible, pour une société régie par la *Loi sur les sociétés par actions*, d'émettre des actions avec valeur nominale[59]. La possibilité d'émettre des actions non entièrement payées a aussi été conservée par le législateur québécois[60]. Cette particularité de la *Loi sur les sociétés par actions* est utile notamment dans le cadre de la mise sur pied d'une fiducie entre vifs qui souscrit à des actions du capital d'une société.

La *Loi sur les sociétés par actions* intègre aussi certaines règles relatives au capital-actions qui sont inspirées de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* dont, notamment, celle qui prévoit que les actions émises par une société doivent toujours être nominatives[61] et que l'émission d'actions « au porteur » est interdite. Par ailleurs, le fractionnement d'actions est dorénavant clairement autorisé par l'article 51 L.S.A.

2.1. CATÉGORIES DIFFÉRENTES COMPORTANT LES MÊMES DROITS

Le troisième alinéa de l'article 49 L.S.A. mentionne que les statuts d'une société par actions peuvent prévoir plusieurs catégories d'actions comportant les mêmes droits et restrictions.

En vertu de la *Loi sur les compagnies*, les statuts d'une compagnie ne pouvaient prévoir différentes catégories d'actions ayant les mêmes caractéristiques. C'est pourquoi des éléments distinctifs quelque peu « factices » étaient ajoutés afin de différencier les catégories d'actions utilisées par les actionnaires concernés qui souhaitaient détenir des actions de catégories différentes ayant les mêmes droits.

La création de différentes catégories d'actions ayant les mêmes droits peut s'avérer très utile lors de la mise en place de certaines structures corporatives et plus particulièrement lorsque les actionnaires d'une société ont des statuts différents aux fins fiscales.

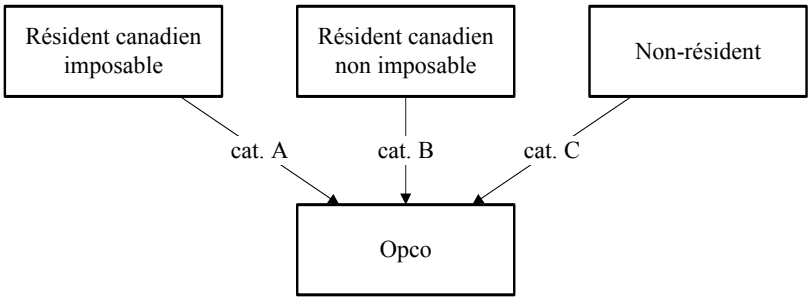
---

[59] Art. 43 L.S.A.

[60] Art. 53 L.S.A.

[61] Art. 46 L.S.A.

Afin d'illustrer l'utilité d'utiliser des actions de catégories différentes comportant les mêmes droits, nous avons préparé l'exemple suivant.



Dans cet exemple, trois actionnaires détiennent chacun des actions de catégories différentes ayant les mêmes droits. Chacun des actionnaires a un statut différent aux fins fiscales (un résident canadien imposable, un résident canadien non imposable et un non-résident).

La détention par chacun des actionnaires de ce type d'actions permettra d'optimiser l'utilisation de certains comptes fiscaux d'Opco et de préserver le capital versé rattaché à un actionnaire.

Tout d'abord, lorsqu'Opco réalisera un gain en capital imposable, elle pourra verser un dividende en capital provenant de son CDC uniquement à son actionnaire qui est un résident canadien. En effet, le versement d'un dividende en capital à une entité non imposable ne présente évidemment aucun avantage pour celle-ci. De même, le versement d'un dividende en capital à un non-résident ne présente aucun intérêt puisque la retenue d'impôt de 25 % prévue à l'alinéa 212(2)b) de la partie XIII L.I.R. s'applique au versement d'un dividende en capital.

Opco pourra également verser tous les dividendes déterminés provenant de son compte de revenu à taux général (CRTG) à son actionnaire résident canadien pour les mêmes motifs que ceux exprimés au paragraphe précédent à l'égard des dividendes en capital.

De plus, la détention respective d'actions de catégorie A, B et C d'Opco par ses différents actionnaires permettra d'éviter une dilution du capital versé entre les différentes catégories d'actions. Par exemple, cela pourrait s'avérer fort utile dans la mesure où l'actionnaire non résident avait souscrit aux actions de catégorie C d'Opco pour un montant supérieur à celui des actions des catégories A et B détenues par les autres actionnaires d'Opco. En effet,

l'actionnaire non résident serait alors en mesure de récupérer sa mise de fonds totale sans payer d'impôt au Canada.

Bien que les autorités fiscales fédérale et provinciale aient mentionné[62] que la dilution du capital versé ne pouvait être envisagée depuis l'entrée en vigueur de la *Loi sur les sociétés par actions* dans une situation similaire à celle présentée au paragraphe précédent, elles ont tout de même affirmé que la règle sur les biens identiques prévue au paragraphe 47(1) L.I.R. et à l'article 259 L.I. serait applicable. En conséquence, l'insertion de caractéristiques particulières aux différentes catégories d'actions pourrait être encore nécessaire dans certaines situations afin d'éviter d'être assujetti à la règle sur les biens identiques.

2.2. MONTANT INFÉRIEUR POUVANT ÊTRE VERSÉ AU COMPTE DE CAPITAL-ACTIONS ÉMIS ET PAYÉ

Le deuxième alinéa de l'article 70 L.S.A. permet de verser au compte de capital-actions émis et payé un montant moindre que la contrepartie reçue pour l'émission des actions même lorsqu'elles sont émises par la société à une personne n'ayant pas de lien de dépendance avec celle-ci.

Le consentement de la société émettrice, de la personne à qui les actions sont émises ainsi que de tous les actionnaires détenant des actions de la catégorie ou de la série d'actions ainsi émises doit être obtenu lorsque l'émission entraîne une dilution du capital-actions émis et payé.

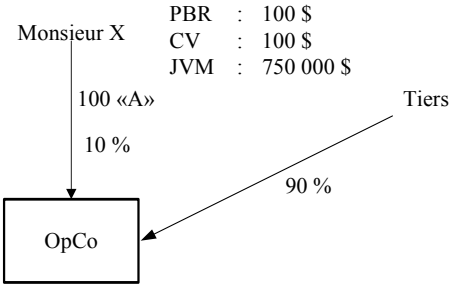
La *Loi sur les compagnies* ne prévoyait pas cette possibilité, ni ne contenait de disposition précise traitant des échanges ou conversions d'actions. En effet, afin d'être en mesure d'ajouter un montant inférieur à la contrepartie reçue par la société, un lien de dépendance devait exister entre la société et le souscripteur des actions. L'oubli ou l'ignorance de cette règle pouvait entraîner des conséquences fiscales négatives importantes.

Pour démontrer les problèmes que cet oubli pouvait engendrer, nous avons préparé l'exemple qui suit. M. X détient 100 actions de catégorie A (avec droit de vote et droit de participation) d'Opco, avec qui il n'a aucun lien de dépendance. Le reste des actions d'Opco est détenu par des personnes

---

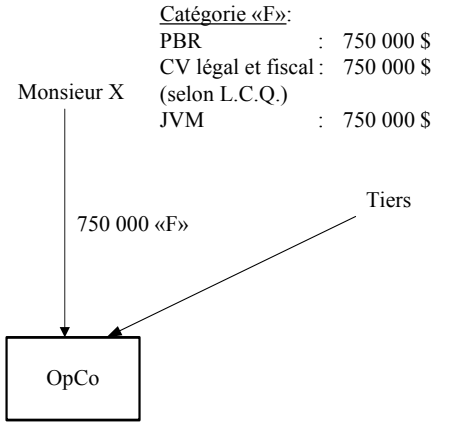
[62] Voir en ce sens AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2010-0373301C6, 8 octobre 2010 et « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2011*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2012, pp. 47:1-58, question 12., aux pages 47:24-25.

avec qui M. X n'a aucun lien de dépendance. Les 100 actions de catégorie A d'Opco détenues par M. X lui confèrent 10 % du vote d'Opco et ont un PBR total de 100 $, un CV total de 100 $ et une JVM totale de 750 000 $. L'organigramme se présente donc comme suit :



M. X souhaite cristalliser son exonération de gain en capital de 750 000 $.

M. X procède donc à un roulement interne des actions de catégorie A qu'il détient dans Opco conformément à l'article 85 L.I.R.[63] et choisit une somme convenue de 750 000 $ de façon à générer un gain en capital d'approximativement 750 000 $. En contrepartie du transfert, M. X reçoit 750 000 actions privilégiées de catégorie F d'Opco. Cette opération s'effectue par contrat entre la société et l'actionnaire concerné. À la suite du roulement, l'organigramme d'Opco se présente comme suit :



[63] Art. 518 L.I.

En vertu des dispositions de la *Loi sur les compagnies*, le capital-actions émis et payé des actions de catégorie F d'Opco détenues par M. X aurait été de 750 000 $. En effet, les dispositions de la *Loi sur les compagnies* ne permettaient pas qu'un montant moindre que la JVM des actions de catégorie A d'Opco soit ajouté à son compte de capital-actions émis et payé des actions de catégorie F étant donné que M. X n'a aucun lien de dépendance avec Opco.

Le capital versé fiscal desdites actions aurait également été de 750 000 $[64]. Le paragraphe 85(2.1) L.I.R.[65] ne serait d'aucune utilité dans cette situation puisque ce paragraphe réduit de façon générale le capital versé aux fins fiscales à la somme convenue entre le cédant et le cessionnaire. En considérant que la somme convenue dans notre exemple est de 750 000 $, aucune réduction du capital versé n'aurait été effectuée en vertu du paragraphe 85(2.1) L.I.R. En conséquence, M. X aurait réalisé un dividende imposable de 749 900 $ en vertu des paragraphes 84(3)[66] et 84(5)[67] L.I.R.

Heureusement, le deuxième alinéa de l'article 70 L.S.A. permet d'éviter que de telles conséquences désastreuses se produisent. Ainsi, dans notre exemple, le capital versé (légal et fiscal) des actions de catégorie F d'Opco détenues par M. X pourrait être de 100 $ en vertu du second alinéa de l'article 70 L.S.A., de l'article 73 L.S.A. et de l'article 89 L.I.R. et aucun dividende imposable ne serait ajouté dans le calcul du revenu de M. X.

Il est important de noter les nouvelles dispositions de l'article 89 L.S.A. qui obligent la société qui n'est pas un émetteur assujetti à aviser ses actionnaires, dans les 30 jours de toute acquisition de gré à gré qu'elle fait de ses actions, du nombre d'actions ainsi acquises, du nom des actionnaires de qui elle a acquis les actions, du prix payé pour ces actions, de la nature et de la valeur de toute contrepartie qui n'est pas en argent et de tout solde dû aux actionnaires de qui elle a acquis ces actions. Sur demande d'un actionnaire, la société doit fournir gratuitement une copie de l'entente pertinente. Dans un contexte de réorganisation, il ne faut pas oublier que cet article 89 L.S.A. est applicable en cas d'échange d'actions effectué contractuellement entre

---

64 Par. 89(1) L.I.R.; art. 570 L.I.

65 L'article 570 L.I. et le *Règlement sur les impôts*, R.R.Q., 1981, c. I-3, r.1 et mod., art. 570, font référence au capital versé déterminé selon les règles de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

66 Art. 506 et 508 L.I.

67 Art. 509 L.I.

une société et un actionnaire. Dans un tel cas, il serait possible de faire signer à tous les actionnaires (que leurs actions comportent ou non le droit de vote) un consentement à l'échange et une renonciation à l'avis prévu par l'article 89 L.S.A.

2.3. *HIGH-LOW SHARES*

Les praticiens utilisent parfois des *High-low shares*, soit des actions ayant une valeur de rachat élevée et un capital-actions émis et payé bas, dans le cadre de certaines transactions bien précises, notamment lors du gel des actions d'une société détenues par une personne donnée.

L'utilisation de *High-low shares* dans le cadre de la déclaration d'un dividende en actions était possible sous le régime de la *Loi sur les compagnies* en utilisant des actions avec valeur nominale. C'est pourquoi nous ne nous attarderons pas davantage sur ce sujet. Nous tenons simplement à mentionner que le deuxième alinéa de l'article 103 L.S.A. permet expressément l'émission de *High-low shares* dans le cadre de la déclaration d'un dividende en actions sans qu'il soit nécessaire dorénavant d'utiliser des actions avec valeur nominale.

2.4. VOTE PAR CATÉGORIE

La *Loi sur les sociétés par actions* innove par rapport à la *Loi sur les compagnies* en prévoyant dorénavant le vote des actionnaires par catégorie lorsque la résolution spéciale[68] : i) met fin à l'égalité entre les actionnaires détenant les actions d'une même catégorie ou série, ii) porte atteinte aux droits qui sont conférés par l'ensemble de ces actions, iii) autorise une modification aux statuts de la société en vertu de laquelle le conseil d'administration peut, sans l'autorisation des actionnaires, porter atteinte aux droits conférés par l'ensemble des actions d'une catégorie ou d'une série aux actionnaires les détenant, ou iv) autorise la société à réduire le montant de son capital-actions émis[69]. Un tel vote par catégorie n'est pas requis si la résolution spéciale porte atteinte d'une même façon à l'ensemble des actions émises par la société[70]. On note que l'approche du législateur québécois, qui a choisi de faire un énoncé de principe, est différente de celle adoptée dans la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, où on retrouve une longue

---

68 Art. 191 L.S.A.

69 Art. 192 L.S.A.

70 Art. 191, al. 4 et art. 192, al. 2 L.S.A.

énumération des situations dans lesquelles le vote par catégorie doit être tenu[71].

Lorsque les articles 191 et 192 L.S.A. trouvent application, une résolution spéciale (aux deux tiers) doit être adoptée séparément par les actionnaires de chacune des catégories ou séries d'actions visées, que celles-ci comportent ou non le droit de vote. Comme la *Loi sur les compagnies* ne prévoyait pas un tel vote par catégorie, plusieurs praticiens avaient l'habitude d'inclure, dans les statuts des compagnies régies par cette dernière loi, une disposition qui avait un effet similaire aux nouveaux articles 191 et 192 L.S.A. Cette disposition prévoyait fréquemment l'approbation de certaines mesures par les détenteurs d'au moins les trois quarts des actions de la catégorie concernée. Il pourrait être opportun de procéder à une modification de cette disposition (pour réduire le pourcentage de votes requis aux deux tiers, ou carrément de la retirer des statuts), dans le cadre d'une prochaine modification des statuts de la société concernée, pour éviter de faire double emploi avec les dispositions de la *Loi sur les sociétés par actions*.

3. CHANGEMENTS IMPORTANTS DE STRUCTURE

3.1. ALIÉNATION AFFECTANT LA POURSUITE D'ACTIVITÉS SUBSTANTIELLES

Les articles 271 à 275 L.S.A. font en sorte d'assujettir une vente, un échange ou une location de biens de la société à l'approbation de ses actionnaires, par résolution spéciale, lorsque l'opération en cause a pour conséquence d'empêcher la poursuite d'activités substantielles par la société. La notion d'« activités substantielles » est par ailleurs définie dans la loi. En effet, l'article 274 L.S.A. précise qu'une société est réputée poursuivre des activités substantielles lorsque les activités qu'elle poursuit après l'aliénation satisfont aux exigences suivantes :

- elles nécessitaient l'utilisation d'au moins 25 % de la valeur de l'actif de la société à la date de la fin de l'exercice précédant l'aliénation;

- elles ont généré, au cours de l'exercice précédant l'aliénation, au moins 25 % des produits ou du bénéfice avant impôts de la société.

---

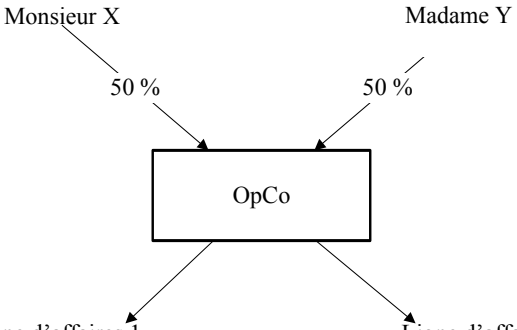
[71] Par. 176(1) L.C.S.A.

Notons que l'aliénation de biens d'une filiale est également visée par ces règles; dans un tel cas, l'actif, les produits et le bénéfice visés à l'article 274 L.S.A. sont calculés à partir de l'information financière consolidée de la filiale et de la société qui la contrôle. Finalement, il faut noter que la perte du contrôle d'une société sur sa filiale est réputée être une aliénation de la totalité des biens de cette filiale[72]. Ainsi, même une transaction visant un faible pourcentage des actions émises d'une filiale pourrait requérir l'approbation des actionnaires de la société mère si cette transaction avait pour effet de faire perdre le contrôle de la filiale, en faisant passer la détention de la société mère sous la barre de 50 %.

Le législateur québécois a eu la bonne idée de prévoir une exception pour les cas où l'aliénation est faite en faveur d'une filiale détenue en pleine propriété.

Nous tenterons maintenant d'illustrer l'application de ces dispositions.

Dans un premier exemple, imaginons la situation suivante :



Ligne d'affaires 1		Ligne d'affaires 2	
Actif	: 3,5 M$	Actif	: 1,5 M$
Produits	: 9 M$	Produits	: 4 M$
Bénéfice avant impôt	: 6,5 M$	Bénéfice avant impôt	: 2 M$

Opco désire procéder à la vente, en faveur d'un tiers, des biens lui permettant d'exploiter sa ligne d'affaires 1. Afin de déterminer quelles sont les approbations requises, il faut vérifier si Opco poursuivra des activités substantielles à la suite de l'aliénation projetée. Par suite de cette transaction, Opco ne détiendra plus que les biens qui lui servent à exploiter sa ligne

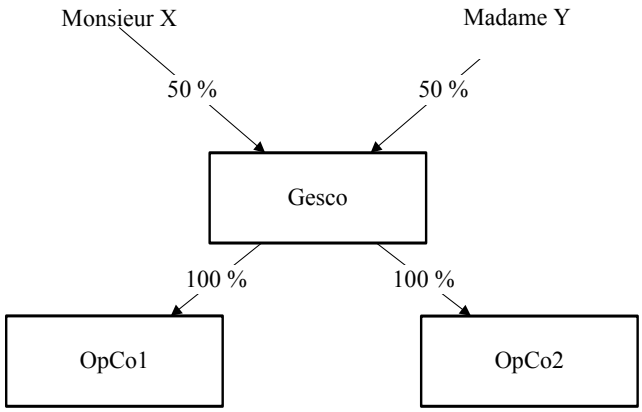
[72] Art. 275 L.S.A.

d'affaires 2 (en plus des liquidités générées par la transaction, bien sûr). Vérifions si les exigences de l'article 274 L.S.A. sont satisfaites :

- Actif : 1,5 M$/5 M$ = 30 %;
- Produits : 4 M$/13 M$ = 31 %;
- Bénéfice avant impôts : 2 M$/8,5 M$ = 23,5 %.

Dans cet exemple, les exigences de l'article 274 L.S.A. sont remplies et donc le conseil d'Opco peut autoriser la transaction sans obtenir le consentement des actionnaires. En effet, le paragraphe 2° du premier alinéa de l'article 274 L.S.A. prévoit que les activités poursuivies après la transaction doivent avoir généré, au cours de l'exercice précédant l'aliénation, au moins 25 % soit des produits, soit du bénéfice avant impôts de la société. En conséquence, le fait que ces activités aient généré moins de 25 % du bénéfice avant impôts de la société ne fait pas en sorte, à lui seul, que l'approbation des actionnaires soit requise.

Imaginons maintenant une situation différente, impliquant l'aliénation des biens d'une filiale :



Actif	: 3,5 M$	Actif	: 1 M$
Produits	: 9 M$	Produits	: 6 M$
Bénéfice avant impôt	: 6,5 M$	Bénéfice avant impôt	: 4 M$

Supposons que la transaction envisagée est celle de la vente, par Opco 1, de la totalité de ses éléments d'actif en faveur d'un tiers. Une telle transaction devrait-elle être approuvée par M. X et M^me^ Y en vertu de

l'article 273 L.S.A.? Pour répondre à cette question, il faut vérifier si les exigences de l'article 274 L.S.A. sont remplies, sur une base financière consolidée pour Gesco :

- Actif : 1 M$/4,5 M$ = 22 %;
- Produits : 6 M$/15 M$ = 40 %;
- Bénéfice avant impôts : 4 M$/10,5 M$ = 38 %.

Étant donné que les activités poursuivies par Gesco après la transaction nécessiteraient l'utilisation de moins de 25 % de la valeur de l'actif de Gesco, sur une base consolidée, à la date de la fin de l'exercice financier précédant la transaction, la transaction ne pourrait être réalisée sans le consentement, donné par résolution spéciale, de M. X et M^{me} Y.

On peut prévoir que l'application de ces nouvelles dispositions causera certains maux de tête aux avocats et aux comptables des entreprises dans le cadre de transactions projetées de leurs clients. Par contre, dans un contexte de réorganisation de sociétés, il sera généralement aisé d'obtenir la signature de l'ensemble des actionnaires, ou l'approbation de ceux-ci par résolution spéciale. Le praticien incertain quant à l'application des articles 271 à 275 L.S.A. sera bien avisé de prêcher par excès de prudence et d'obtenir le consentement des actionnaires lorsqu'il existe un doute.

3.2. DISSOLUTION

La *Loi sur les compagnies* prévoyait que les administrateurs d'une compagnie lors de sa dissolution étaient solidairement responsables des dettes de la compagnie qui existaient au moment de la dissolution. La *Loi sur les sociétés par actions*, tout comme la législation fédérale, n'impose aucune responsabilité aux administrateurs; elle prévoit plutôt que les actionnaires de la société au moment de sa dissolution sont, à compter de ce moment, tenus à l'exécution des obligations de la société jusqu'à concurrence de la valeur de la part du reliquat qu'ils ont reçue et, le cas échéant, des sommes impayées sur les actions qu'ils détiennent au moment de la dissolution[73].

Le législateur québécois a intégré dans la *Loi sur les sociétés par actions* l'ensemble des dispositions ayant trait à la liquidation d'une société. La

[73] Art. 305 L.S.A.

Loi sur la liquidation des compagnies[74] ne s'applique donc pas aux sociétés régies par la *Loi sur les sociétés par actions*.

En vertu de la *Loi sur les sociétés par actions*, la dissolution d'une société peut être approuvée de différentes façons, selon les faits applicables. Tout d'abord, une société qui n'a ni obligation, ni bien, ni actionnaire peut être dissoute du consentement de son conseil d'administration[75]. C'est clairement la situation la plus simple, mais certainement pas la plus fréquente.

Une société peut par ailleurs être dissoute du consentement de ses actionnaires, donné par résolution spéciale[76]. La société qui a des obligations ou des biens doit être liquidée préalablement à sa dissolution, conformément aux dispositions des articles 323 à 364 L.S.A. La liquidation n'est toutefois pas nécessaire lorsque les actionnaires détenant les actions comportant le droit de participer au partage du reliquat des biens de la société exigent que le conseil d'administration exécute les obligations de la société, en obtienne la remise ou y pourvoie autrement[77]. Lorsque le conseil est investi de ces fonctions, il doit ensuite partager le reliquat des biens de la société en argent, à moins d'être autorisé à le partager autrement par une résolution adoptée à l'unanimité par les détenteurs d'actions comportant le droit de participer au partage de ce reliquat, que ces actions comportent ou non le droit de vote[78].

La loi introduit une troisième façon de procéder à la dissolution d'une société, soit la déclaration de l'actionnaire unique[79]. Ces nouvelles règles peuvent sembler attrayantes à première vue, mais à bien y regarder on constate qu'elles devront être utilisées avec précaution, lorsque les circonstances s'y prêtent. En effet, l'actionnaire qui procède par déclaration assume la totalité des obligations de la société dès sa dissolution et il devient partie à toute procédure judiciaire ou administrative à laquelle était partie la société[80]. L'effet de cette déclaration de l'actionnaire unique est donc le même que celui qu'aurait une fusion entre une société et sa filiale détenue à

---

74 L.R.Q., c. L-4, art. 1.

75 Art. 316 L.S.A.

76 Art. 308 L.S.A.

77 Art. 309 L.S.A.

78 Art. 310 L.S.A.

79 Art. 312 à 315 L.S.A.

80 Art. 313 L.S.A.

part entière. De surcroît, lorsque l'unique actionnaire est une personne morale, les administrateurs de cette personne morale peuvent avoir une responsabilité personnelle solidaire des obligations de la société dissoute[81]. Il faudra donc être prudent avant d'avoir recours à une telle procédure de dissolution.

3.3. ARRANGEMENTS

Un chapitre entier porte sur les mécanismes de réorganisation et d'arrangement. Il prévoit notamment qu'en cas d'insuffisance des dispositions de la loi ou lorsque leur application est difficilement réalisable ou trop onéreuse dans les circonstances, une société capable d'acquitter son passif à échéance peut demander au tribunal d'approuver l'arrangement qu'elle propose.

3.4. FUSION

3.4.1. Fusion simplifiée

Les cas d'application de la fusion simplifiée, soit celle qui peut être approuvée par simple résolution du conseil d'administration de chacune des sociétés fusionnantes, et sans qu'une convention de fusion soit signée, sont plus nombreux en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions* qu'ils ne l'étaient selon la *Loi sur les compagnies*[82].

3.4.2. Non-application du paragraphe 87(2.11) L.I.R.[83]

Bien que la procédure simplifiée soit plus facilement accessible aujourd'hui, il ne faut pas oublier que le paragraphe 87(2.11) L.I.R. ne s'applique pas pour autant à plus de situations qu'auparavant. En effet, lors de la fusion d'une société mère et d'une ou de plusieurs filiales à 100 % de celle-ci (qualifiée de « fusion simplifiée » par les fiscalistes), le paragraphe 87(2.11) L.I.R. permet que les pertes subies par la société issue de la fusion soient reportées rétrospectivement à l'ancienne société mère conformément aux règles déterminées à cet égard par l'article 111 L.I.R.[84]

---

81 Art. 314 L.S.A.

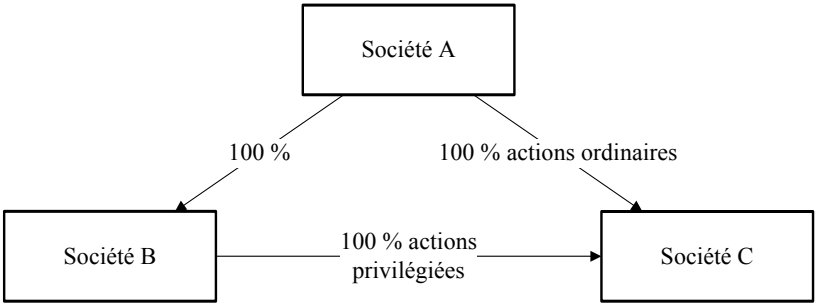
82 Art. 281 et 282 L.S.A.

83 Art. 547.1 L.I.

84 Art. 727 et suiv. L.I.

Il devient donc primordial de ne pas confondre la « procédure simplifiée » prévue par la *Loi sur les sociétés par actions* avec l'expression « fusion simplifiée » fréquemment utilisée par la communauté fiscale dans certaines situations.

L'exemple suivant illustre une situation où la procédure simplifiée prévue par la *Loi sur les sociétés par actions* peut être utilisée.



Dans cet exemple, la Société A détient la totalité des actions de la Société B et la totalité des actions ordinaires de la Société C. La Société B détient, quant à elle, la totalité des actions privilégiées de la Société C.

Dans cette situation, la procédure simplifiée prévue à la *Loi sur les sociétés par actions* pourrait être utilisée pour fusionner la Société B et la Société C contrairement à ce qui avait cours en vertu de la *Loi sur les compagnies*. Toutefois, le paragraphe 87(2.11) L.I.R.[85] ne pourrait s'appliquer puisque la fusion ne serait pas effectuée entre une société mère et sa filiale à 100 %, mais plutôt entre deux sociétés sœurs. Ainsi, les pertes ultérieures de la société issue de la fusion ne pourraient être reportées rétrospectivement aux années d'imposition de la Société B ou de la Société C se terminant avant la fusion.

Afin de bénéficier éventuellement du paragraphe 87(2.11) L.I.R., les actions ordinaires de la Société C détenues par la Société A pourraient par exemple être transférées, sur une base de roulement fiscal conformément à l'article 85 L.I.R.[86], en faveur de la Société B avant d'effectuer la fusion de

[85] Art. 547.1 L.I.

[86] Art. 518 L.I.

cette dernière avec la Société C. De cette façon, la Société C deviendrait une filiale à 100 % de la Société B avant la fusion. Les pertes ultérieures de la société issue de cette fusion pourraient être ainsi reportées rétrospectivement aux années d'imposition de la Société B terminées avant la fusion conformément à l'article 111 L.I.R.[87]

CONCLUSION

L'adoption de la *Loi sur les sociétés par actions* et sa mise en vigueur constituent un effort concerté de réforme du droit québécois des sociétés qu'on ne peut qu'applaudir. Malgré le nombre important de changements que comporte la *Loi sur les sociétés par actions* par rapport à la *Loi sur les compagnies*, l'entrée en vigueur de la *Loi sur les sociétés par actions* en février 2011 n'a pas obligé les sociétés qu'elle régit à effectuer des changements immédiats[88]. Cela dit, une mise à jour des documents corporatifs des sociétés existantes devenues assujetties à la *Loi sur les sociétés par actions* est souhaitable à plus ou moins longue échéance. Une telle mise à jour devrait inclure le remplacement des règlements généraux par un règlement intérieur conforme à cette loi, l'adoption de nouvelles formules de certificats d'actions et, si elle existe, la révision de la convention d'actionnaires afin de tenir compte des nouvelles dispositions de la *Loi sur les sociétés par actions* et de la *Loi sur la publicité légale des entreprises*[89].

Par ailleurs, pour les praticiens qui effectuent des réorganisations corporatives et fiscales pour leurs clients, les nouvelles dispositions de la *Loi sur les sociétés par actions* présentent sans aucun doute une avancée et devraient être accueillies avec enthousiasme.

---

87 Art. 727 et suiv. L.I.

88 Les compagnies qui étaient régies par la partie I L.C. devront cependant transmettre au registraire des entreprises des statuts de continuation dans les cinq ans suivant l'entrée en vigueur de la *Loi sur les sociétés par actions* en vertu de l'article 715 L.S.A.

89 L.R.Q., c. P-44.1.

ÉLÉMENTS DE LITIGE CORPORATIF



Dominic C. Belley
Avocat, associé
Norton Rose Canada
s.e.n.c.r.l., s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 19:3

1. CORRECTION ET RECTIFICATION 19:4

1.1. RECTIFICATION DES LIVRES ET REGISTRES 19:4
1.2. RECTIFICATION DE STATUTS 19:8
1.3. ANNULATION DE STATUTS 19:11
1.4. CORRECTION D'ERREURS 19:15

2. ANNULATION DU DIVIDENDE 19:18

2.1. VICE DE CONSENTEMENT 19:19
2.2. ERREUR « CLÉRICALE » 19:23

3. OPPOSABILITÉ AUX FINS FISCALES 19:23

3.1. PRINCIPES D'INTERPRÉTATION DES LOIS 19:23
3.2. CARACTÈRE ACCESSOIRE DU DROIT FISCAL 19:25
3.3. RECONNAISSANCE DE L'OPPOSABILITÉ 19:27

CONCLUSION 19:29

INTRODUCTION

L'entrée en vigueur au Québec de la *Loi sur les sociétés par actions*[1], le 14 février 2011, a ouvert la porte à un certain nombre de recours judiciaires désormais applicables aux sociétés régies par cette loi ainsi que, selon les circonstances, à leurs actionnaires, administrateurs, créanciers, etc. Ces recours judiciaires sont d'une utilité certaine pour solutionner des problèmes qui surgissent, plus souvent qu'autrement, dans le cadre d'opérations d'actions ou de réorganisations, alors que l'on constate une irrégularité qui entrave la bonne marche de l'opération ou de la réorganisation. Ce peut être un nombre d'actions émis erroné ou incorrectement inscrit dans les livres et registres; des actions émises au mauvais actionnaire ou pour une mauvaise catégorie d'actions; des attributs (par exemple, vote, dividende, reliquat) décrits de façon inexacte, etc.

Plusieurs recours maintenant prévus dans la *Loi sur les sociétés par actions* se retrouvaient sous une forme ou une autre dans la partie IA de la *Loi sur les compagnies*[2] ou ont un équivalent dans la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*[3]. Tous ces recours ont en commun d'être à la fois peu connus tout en étant incontournables lorsqu'une irrégularité, en apparence insoluble, empêche ou ralentit le processus transactionnel, sans parler des impacts négatifs qu'une telle irrégularité peut entraîner sur le plan fiscal et ainsi que sur le plan de la responsabilité professionnelle.

Le présent texte vise donc à donner un éclairage à ces divers recours afin qu'ils soient mieux compris, à savoir la rectification de livres et registres, la rectification de statuts, l'annulation de statuts et la correction d'erreurs. Par ailleurs, bien que ce recours ne se retrouve pas en tant que tel dans la *Loi sur les sociétés par actions* ou dans la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, ce texte abordera le recours en annulation de dividende. Finalement, puisque l'on ne peut ignorer quel impact la rectification, la correction ou l'annulation, une fois ordonnée, aura sur le plan fiscal, la question de l'opposabilité à l'Agence du revenu du Québec (« ARQ ») et à l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») sera discutée à la fin du texte.

---

1 L.R.Q., c. S-31.1 (« L.S.A. »).

2 L.R.Q., c. C-38 (« L.C. »).

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

1. CORRECTION ET RECTIFICATION

En ce qui concerne la *Loi sur les sociétés par actions*, que ce soit une requête en rectification de livres et registres, en rectification de statuts, en annulation de statuts ou encore en correction d'erreurs, c'est le même tribunal qui a compétence, à savoir la Cour supérieure du Québec, conformément à l'article 2. La même conclusion s'impose en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, conformément à l'article 2 également[4].

1.1. RECTIFICATION DES LIVRES ET REGISTRES

Le pouvoir de la Cour de rectifier les livres et registres d'une société se trouve aux articles 456 et 457 L.S.A., lesquels se lisent comme suit :

> « **456.** La société, ainsi que toute personne intéressée, peut demander au tribunal de rendre une ordonnance afin que soit rectifié, dans ses livres, tout renseignement nominatif ou d'une autre nature si un tel renseignement y a été inscrit, supprimé ou omis prétendument à tort.
>
> **457.** Le tribunal peut, à l'occasion de la demande de rectification, rendre toute ordonnance qu'il estime appropriée et, notamment :
>
> 1° ordonner la rectification des livres de la société;
>
> 2° enjoindre à la société de ne pas convoquer ni tenir d'assemblée ni de verser de dividende avant cette rectification;
>
> 3° déterminer le droit d'une partie à l'inscription, au maintien, à la suppression ou à l'omission de son nom, dans les registres ou livres de la société;
>
> 4° ordonner l'indemnisation de toute partie qui a subi un préjudice. »

La *Loi canadienne sur les sociétés par actions* prévoit essentiellement le même régime à l'article 243, lequel se lit comme suit :

> « **243.** (1) La société, ainsi que les détenteurs de ses valeurs mobilières ou toute personne qui subit un préjudice, peut demander au tribunal de rectifier, par ordonnance, ses registres ou livres, si le nom d'une personne y a été inscrit, supprimé ou omis prétendument à tort.

---

[4] Dans le présent texte, lorsqu'il sera question de la Cour ou du tribunal, ce sera pour faire référence à la Cour supérieure du Québec, à moins que le contexte ne réfère à une autre juridiction.

(2) Le demandeur qui agit en vertu du présent article doit donner avis de sa demande au directeur; celui-ci peut comparaître en personne ou par ministère d'avocat.

(3) En donnant suite aux demandes visées au présent article, le tribunal peut rendre les ordonnances qu'il estime pertinentes et, notamment :

a) ordonner la rectification des registres ou autres livres de la société;

b) enjoindre à la société de ne pas convoquer ni tenir d'assemblée ni de verser de dividende avant cette rectification;

c) déterminer le droit d'une partie à l'inscription, au maintien, à la suppression ou à l'omission de son nom, dans les registres ou livres de la société, que le litige survienne entre plusieurs détenteurs ou prétendus détenteurs de valeurs mobilières ou entre eux et la société;

d) indemniser toute partie qui a subi une perte. »

Il ressort de ces dispositions que la Cour a les pouvoirs suivants :

1) ordonner la rectification des livres de la société;

2) enjoindre à la société de ne pas convoquer ni tenir d'assemblée ni de verser de dividende avant cette rectification;

3) déterminer le droit d'une partie à l'inscription, au maintien, à la suppression ou à l'omission de son nom, dans les registres ou livres de la société;

4) ordonner l'indemnisation de toute partie qui a subi un préjudice.

Ces pouvoirs peuvent être exercés par la Cour dès que des faits précis sont prouvés, à savoir : dans le cas de la *Loi sur les sociétés par actions*, qu'un renseignement nominatif ou d'une autre nature a été inscrit, supprimé ou omis à tort dans les livres de la société; et, dans le cas de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, si le nom d'une personne y a été inscrit, supprimé ou omis à tort.

Le bassin de personnes habilitées à déposer une telle requête est plutôt large, à savoir : dans le cas de la *Loi sur les sociétés par actions*, la société, ainsi que toute personne intéressée; et, dans le cas de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, la société, ainsi que les détenteurs de ses valeurs mobilières ou toute personne qui subit un préjudice.

Un bon exemple d'une situation où la Cour a exercé son pouvoir de rectifier les livres et registres d'une société est l'affaire *Pan-O-Lac Ltée* c. *Guimond*[5], en application de l'article 243 L.C.S.A. La juge Lacroix résume succinctement les faits comme suit :

> « 3. Le 25 mai 1994, une convention de roulement d'actions intervient entre Coop Petit-Paris et Pan-O-Lac, par laquelle cette dernière se porte acquéreur de six actions que la Coop Petit-Paris détient dans le capital-actions du Groupe régional de développement forestier 02 inc. et émet en contrepartie 6 000 actions de catégorie "A" de son propre capital social en faveur de Coop Petit-Paris.
>
> 4. Le 25 mai 1994, une résolution des administrateurs de Pan-O-Lac approuve ce roulement d'actions entre les parties.
>
> […]
>
> 6. Quelques mois après la transaction, le 27 octobre 1994, ces mêmes 6 000 actions sont inscrites par erreur au nom de Ferme Petit-Paris.
>
> 7. L'inscription dans le registre, telle que recommandée dans la résolution, n'a jamais lieu au nom de Coop Petit-Paris.
>
> 8. Odilon Guimond et Marcelle Côté admettent n'avoir jamais souscrit ni payé les 6 000 actions de catégorie "A" du capital social. Ils admettent également que ces actions ne leur ont pas été émises[6]. »

Sur la base des faits prouvés ci-dessus, et procédant à rectifier les livres et registres, la juge Lacroix a rendu les ordonnances suivantes :

> « 110. **AUTORISE** Pan-O-Lac Ltée à procéder à la rectification de ses registres de la façon suivante, soit :
>
> A) Inscrire au registre des valeurs mobilières les 6 000 actions de catégorie "A" émises au nom de la mise en cause Coopérative Forestière de Petit-Paris et ce, en date du 27 octobre 1994;
>
> B) Radier du registre des valeurs mobilières l'inscription faite en date du 27 octobre 1994 de 6 000 actions de catégorie "A" au nom des intimés (Ferme du Petit-Paris Enr.);

---

5 C.S. Chicoutimi, n° 150-05-002392-001, 1er février 2002, j. Lacroix.

6 *Id.*, par. 3, 4, 6, 7 et 8.

C) Radier du registre de transfert le transfert de 3 000 actions de catégorie "A" des intimés (Ferme du Petit-Paris Enr.) au mis en cause Marcel Mailhot en date du 11 novembre 1998;

D) Inscrire au registre des transferts un transfert de 1 424,69 actions de catégorie "A" des intimés (Ferme du Petit-Paris Enr.) au mis en cause Marcel Mailhot en date du 11 novembre 1998;

E) Radier du registre de transfert le transfert de 4 000 actions de catégorie "A" des intimés (Ferme du Petit-Paris Enr.) au mis en cause Syndicat des producteurs de bois du Saguenay-Lac-St-Jean en date du 19 mars 1999;

F) Radier du registre des valeurs mobilières 3 000 actions de catégorie "A" inscrites au nom de Marcel Mailhot en date du 11 novembre 1998 pour que l'inscription se lise dorénavant 1 424,69;

G) Radier du registre des valeurs mobilières 4 000 actions de catégorie "A" inscrites en faveur du mis en cause Syndicat des producteurs de bois du Saguenay-Lac-St-Jean en date du 19 mars 1999;

H) Radier du registre des valeurs mobilières 1 424,69 actions de catégorie "A" inscrites au nom des intimés (Ferme du Petit-Paris Enr.);

111. **ORDONNE** à Pan-O-Lac Ltée de rembourser à Marcel Mailhot la somme de 18 000 $ représentant le prix de 6 $ l'action pour 3000 actions de catégorie "A" payé le 1er novembre 1998 avec en sus la plus-value des actions de catégorie "A" en date du présent jugement et intérêts au taux légal en date du présent jugement;

112. **ORDONNE** à Pan-O-Lac Ltée de rembourser au Syndicat des producteurs de bois du Saguenay-Lac-St-Jean la somme de 24 000 $ représentant le prix de 6 $ l'action pour 4 000 actions de catégorie "A" payé le 16 mars 1999 avec en sus la plus-value des actions de catégorie "A" en date du présent jugement et intérêts au taux légal en date du présent jugement; […][7] »

On peut également considérer l'application des articles 456 et 457 L.S.A. et 243 L.C.S.A. pour rectifier des livres et registres lorsque des actions ont été émises en nombre trop élevé; lorsqu'un nombre trop élevé d'actions a été racheté et que lesdites actions doivent être émises rétroactivement; lorsque les actions ont été émises pour une valeur erronée; ou encore lorsque les actions ont purement et simplement été réparties et inscrites au nom du mauvais actionnaire.

---

7 *Id.*

1.2. RECTIFICATION DE STATUTS

Le pouvoir de la Cour de rectifier les statuts d'une société se trouve aux articles 246 à 250 L.S.A., lesquels se lisent comme suit :

> « **246.** Les statuts peuvent être corrigés des erreurs qu'ils comportent, ainsi que des irrégularités et des illégalités qui s'y trouvent.
>
> Dans la présente section, est assimilée à une erreur manifeste l'erreur de référence, de saisie, de transcription ou de semblable nature.
>
> **247.** L'autorisation du tribunal est requise lorsque la correction des statuts risque de porter atteinte aux droits des créanciers de la société.
>
> Il en est de même lorsque la correction risque de porter atteinte aux droits des actionnaires, à moins qu'elle ne soit autorisée par une résolution adoptée par tous les actionnaires dont les droits seraient atteints par la correction, y compris ceux détenant des actions ne comportant pas le droit de vote.
>
> **248.** La société, de même que toute autre personne intéressée, peut demander au tribunal d'autoriser la correction des statuts de la société.
>
> La demande doit être notifiée au registraire des entreprises.
>
> Le tribunal peut rendre toute ordonnance qu'il estime appropriée pour corriger l'erreur, l'irrégularité ou l'illégalité.
>
> **249.** La correction des statuts de la société rétroagit à la date et, le cas échéant, à l'heure figurant sur le certificat qu'avait délivré le registraire des entreprises relativement aux statuts que l'on corrige, à moins qu'un jugement ne prévoie une date et une heure, le cas échéant, ultérieures à celles-ci.
>
> Toutefois, si la date ou l'heure des statuts est corrigée, la correction prend effet à la date et, le cas échéant, à l'heure ainsi corrigées pourvu que ces date et heure soient postérieures à la date de réception, par le registraire des entreprises, des statuts que l'on corrige.
>
> **250.** Le registraire des entreprises peut, de sa propre initiative ou à la demande de toute personne intéressée, demander à une société de corriger une erreur manifeste que comportent les statuts déposés au registre des entreprises. »

La *Loi canadienne sur les sociétés par actions* prévoit essentiellement le même régime à l'article 265, lequel se lit comme suit :

> « **265.** (1) En cas d'erreur dans les statuts, les avis ou les certificats ou autres documents, le directeur peut, afin de les rectifier, demander aux administrateurs ou actionnaires de la société de prendre toute mesure raisonnable, notamment

d'adopter des résolutions et de lui envoyer les documents se conformant à la présente loi.

(2) Il ne peut cependant procéder à la demande que s'il est convaincu que les rectifications ne porteraient pas préjudice aux actionnaires ou créanciers de la société.

(3) À la demande de la société ou de toute autre personne intéressée en vue de faire rectifier les erreurs contenues dans des documents visés au paragraphe (1), le directeur peut permettre que les documents rectifiés lui soient envoyés si :

a) les rectifications sont approuvées par les administrateurs de la société, sauf dans le cas d'erreurs manifestes ou faites par le directeur lui-même;

b) le directeur est convaincu que les rectifications ne porteraient pas préjudice aux actionnaires ou créanciers de la société et qu'elles reflètent l'intention visée à l'origine.

(4) Si les rectifications, de l'avis du directeur, de la société ou de toute personne intéressée qui les désire, risquent de porter préjudice aux actionnaires ou créanciers de la société, l'une ou l'autre de ces personnes peut saisir le tribunal de la question pour qu'il établisse les droits des parties en cause et, s'il y a lieu, rende une ordonnance afin de rectifier le document.

(5) Avis de la demande de la société ou de toute autre personne intéressée doit être envoyé au directeur et celui-ci peut comparaître en personne ou par ministère d'avocat.

(6) Le directeur peut exiger la restitution du document à rectifier, délivrer un certificat rectifié et enregistrer tout autre document rectifié.

(7) Le document rectifié porte la date de celui qu'il remplace, la date rectifiée – dans le cas où la rectification porte sur la date du document – ou celle précisée par le tribunal, s'il y a lieu.

(8) Le directeur donne sans délai avis des modifications importantes apportées par le certificat rectifié dans une publication accessible au grand public. »

Le pouvoir d'intervention de la Cour naît de la preuve de deux faits : d'une part, lorsque les statuts contiennent des erreurs, des irrégularités ou des illégalités et que, d'autre part, la correction des statuts risque de porter atteinte aux droits des créanciers de la société.

Les personnes qui peuvent déposer la requête sont la société elle-même ainsi que toute personne intéressée. Par ailleurs, le Registraire des entreprises (selon la *Loi sur les sociétés par actions*) et le Directeur (selon la

Loi canadienne sur les sociétés par actions) doivent être mis en cause lors de la présentation de la requête.

Un bon exemple d'une situation où la Cour a exercé son pouvoir de rectifier les statuts d'une société est l'affaire *Canada (P.G.)* c. *Gestion R.F. & Fils inc.*[8], en application de l'article 123.141 L.C., l'ancêtre des articles 250 à 256 L.S.A. Le juge Fraiberg résume succinctement les faits comme suit :

> « 9. The irregularity complained of was brought to the attention of the Court clearly and fully and, it appears from contemporaneous proof that at the time of the amalgamation, it was intended that two classes of shares of Gestion R.F. & Fils Inc., A and B, be created, that Robert Faille was to hold the Class A shares and his sons Miguel and Mathieu were to hold the Class B shares.
>
> 10. The *Companies Act* provides in Article 123.12 that if classes of shares are provided for in the constituting articles, their characteristics must be described so as to distinguish them one from the other. In the original articles of amalgamation, Class A and Class B shares contained absolutely no distinction, so that on their face the articles of amalgamation were, for that reason, irregular and required correction.
>
> 11. Furthermore, the shareholders' agreement entered into as of June 1, 1995, the effective date of the articles of amalgamation, indicates quite clearly that the father and the sons are to hold different classes of shares having different values.
>
> 12. Madame Justice Zerbisias was therefore satisfied on the proof presented that the motion was well-founded. Indeed, the very interest in avoiding adverse tax consequences that prompts the fisc of Canada to now attack her judgment was what expressly motivated the motion for rectification[9]. »

Pour d'autres exemples de rectifications de statuts, on peut consulter les affaires suivantes : *Boutique Pénélope inc.* c. *L'inspecteur général des institutions financières*[10]; *9108-6710 Québec inc.* c. *L'inspecteur général des institutions financières*[11]; *Filtrum inc.* c. *Registraire des entreprises du*

---

8 [2002] R.J.Q. 178 (C.S.) (« *Gestion R.F. & Fils* »).

9 *Id.*, par. 9 à 12.

10 C.S. Québec, n° 200-05-002285-935, 7 septembre 1993.

11 C.S. Rouyn-Noranda, n° 600-14-000254-035, 3 décembre 2003.

Québec[12] et *Encadrements Ste-Anne inc.* c. *Registraire des entreprises du Québec*[13].

1.3. ANNULATION DE STATUTS

Le pouvoir de la Cour d'annuler les statuts d'une société se trouve aux articles 265 à 270 L.S.A., lesquels se lisent comme suit :

> « **265.** Le conseil d'administration peut demander l'annulation des statuts de la société, autres que les statuts de constitution, et du certificat qui s'y rapporte lorsque leur transmission au registraire des entreprises découle d'une erreur.
>
> Le conseil d'administration autorise l'un de ses membres ou un dirigeant de la société à signer les documents nécessaires à l'annulation des statuts.
>
> **266.** L'autorisation du tribunal est requise lorsque l'annulation des statuts risque de porter atteinte aux droits des créanciers de la société.
>
> Il en est de même lorsque l'annulation risque de porter atteinte aux droits des actionnaires, à moins qu'elle ne soit autorisée par une résolution adoptée par tous les actionnaires dont les droits seraient atteints par l'annulation, y compris ceux détenant des actions ne comportant pas le droit de vote.
>
> **267.** La société, de même que toute autre personne intéressée, peut demander au tribunal d'autoriser l'annulation des statuts de la société.
>
> La demande doit être notifiée au registraire des entreprises.
>
> Le tribunal peut, à cette fin, rendre toute ordonnance qu'il estime appropriée.
>
> **268.** La demande d'annulation, ainsi que les droits prévus par la Loi sur la publicité légale des entreprises (chapitre P-44.1), sont transmis au registraire des entreprises.
>
> Lorsque l'annulation ne risque pas de porter atteinte aux droits des créanciers ou des actionnaires de la société, une déclaration à cet effet, signée par l'administrateur ou le dirigeant autorisé à la signer, doit être jointe à la demande d'annulation. Toutefois, si l'annulation risque de porter atteinte aux droits des actionnaires mais que ceux-ci l'ont autorisée en application de l'article 266, la résolution des actionnaires est jointe à la demande.

---

12 C.S. Québec, n° 200-05-018094-040, 17 juin 2004.

13 C.S. Québec, n° 200-05-018098-041, 21 juin 2004.

Lorsque l'annulation risque de porter atteinte aux droits des créanciers ou des actionnaires de la société et que ces derniers ne l'ont pas autorisée, un jugement autorisant l'annulation doit être joint à la demande.

Sont également joints à la demande d'annulation :

1° une copie des statuts à annuler;

2° tout autre document que peut exiger le ministre, le cas échéant.

269. Les statuts et le certificat qui s'y rapporte sont annulés du fait de la délivrance, par le registraire des entreprises, d'un certificat attestant de l'annulation, établi conformément aux dispositions du chapitre XVIII.

270. Sous réserve des droits des tiers, les statuts annulés et le certificat qui s'y rapporte sont réputés n'avoir jamais existé. »

La *Loi canadienne sur les sociétés par actions* prévoit essentiellement le même régime à l'article 265.1, lequel se lit comme suit :

« **265.1** (1) Le directeur peut, dans les circonstances réglementaires, annuler les statuts d'une société et les certificats y afférents.

(2) Il ne peut cependant les annuler que s'il est convaincu que l'annulation ne porterait pas préjudice aux actionnaires ou créanciers de la société.

(3) À la demande de la société ou de toute autre personne intéressée, le directeur peut, dans les circonstances réglementaires, annuler les statuts et les certificats y afférents si :

a) l'annulation est approuvée par les administrateurs de la société;

b) le directeur est convaincu que l'annulation ne porterait pas préjudice aux actionnaires ou créanciers de la société et qu'elle reflète l'intention d'origine.

(4) Si l'annulation des statuts ou des certificats y afférents, de l'avis du directeur, de la société ou de toute personne intéressée qui la désire, risque de porter préjudice aux actionnaires ou créanciers de la société, l'une ou l'autre de ces personnes peut saisir le tribunal de la question pour qu'il établisse les droits des parties en cause et, s'il y a lieu, rende une ordonnance d'annulation.

(5) Avis de la demande de la société ou de toute autre personne intéressée doit être envoyé au directeur et celui-ci peut comparaître en personne ou par ministère d'avocat.

(6) Le directeur peut exiger la restitution des certificats annulés.

d) indemniser toute partie qui a subi une perte. »

Le pouvoir d'intervention de la Cour naît de la preuve de deux faits : d'une part, lorsque les statuts contiennent des erreurs, des irrégularités ou des illégalités et que, d'autre part, la correction des statuts risque de porter atteinte aux droits des créanciers de la société.

Les personnes qui peuvent déposer la requête sont la société elle-même ainsi que toute personne intéressée. Par ailleurs, le Registraire des entreprises (selon la *Loi sur les sociétés par actions*) et le Directeur (selon la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*) doivent être mis en cause lors de la présentation de la requête.

Un bon exemple d'une situation où la Cour a exercé son pouvoir d'annuler les statuts (de fusion) d'une société est l'affaire *Remer Holdings inc.* c. *Registraire des entreprises du Québec*[14], en application de l'article 123.144 L.C., l'ancêtre des articles 265 à 270 L.S.A. Le juge Castonguay expose le problème comme suit :

« NATURE DU PROBLÈME FISCAL

[36] [La] difficulté réside dans l'application ou non d'une mesure transitoire créée lors de l'implantation de l'impôt sur le gain en capital et connue dans le jargon fiscal sous le vocable "Surplus de capital en main" (ci-après "SCEM").

[37] Voici d'ailleurs comment la Requérante expose sa situation fiscale quant au SCEM, n'eût été de la difficulté créée par la Transaction Papillon :

> "24. Le SCEM constitue un mécanisme transitoire mis en place le 1er janvier 1972, lors de l'entrée en vigueur du régime d'imposition des gains en capital. Il s'agit d'un compte fiscal exempt d'impôt qui contient, de façon générale, la portion des gains en capital accumulée sur un actif jusqu'au 31 décembre 1971. Le SCEM se matérialise lors de la vente de l'actif par la compagnie qui le détenait au 31 décembre 1971. En l'espèce, le SCEM devrait permettre la vente des 5 140 actions de Nuns Island Inc. par la Demanderesse sans que le gain en capital réalisé avant 1972 ne soit imposé, la Demanderesse ne devant s'imposer que sur le gain en capital réalisé après 1971."

---

14 2011 QCCS 26 (« *Remer Holdings* »).

> [38] C'est donc dire que le partage des derniers actifs de Nuns Island, dans l'état actuel des choses, provoquerait l'imposition du SCEM pour la période se situant entre 1955 et 1971, alors que si 2312 avait été liquidée en 1985 et s'il n'y avait pas eu de changement dans la catégorie d'actions (Classe E devenant Classe F) de Remer, aucun impôt n'aurait été payable. Ce dernier point est somme toute mineur, puisqu'aucune demande n'est formulée au Tribunal concernant la requalification des actions de Remer au sein de Nuns Island.
>
> POSITION DES PARTIES
>
> [39] Selon Remer et les Intervenants, l'imposition ou non du SCEM pour la période entre 1955 et 1971 constitue un "fait essentiel" au sens de l'article 123.144 de la *Loi sur les compagnies*.[10] (ci-après la "Loi") et, par le fait même, cautionne la demande de Remer en vue de l'annulation du certificat de fusion intervenue le 31 mai 1985 entre Remer et 2312.
>
> [40] Le Registraire s'oppose à cette demande, invoquant que Remer et les Intervenants ne peuvent recourir à la Loi et que de plus, ils tentent d'effectuer une planification fiscale rétroactive et que de toute façon, le présent recours serait prescrit. Outre ces principaux éléments, il avance subsidiairement plusieurs autres motifs de contestation[15]. »

On constate, des ordonnances du juge Castonguay, toute la latitude qu'a la Cour en semblables matières, malgré l'écoulement du temps :

> « [123] **ANNULE** les articles de fusion de Remer Holdings inc. et de 2312-0736 Québec inc. rétroactivement au 31 mai 1985;
>
> [124] **ORDONNE** la dissolution rétroactive de 2312-0736 Québec inc. au 31 mai 1985;
>
> [125] **ORDONNE** aux parties de s'entendre sur le choix d'un liquidateur, dans les 30 jours du présent jugement, ou à défaut d'entente, de présenter une requête en ce sens, le Tribunal restant saisi du dossier à la seule fin de la nomination d'un liquidateur[16]. »

On peut également considérer l'application des articles 265 à 270 L.S.A. et 265.1 L.C.S.A. dans le cas d'une série d'opérations qui, bien que commencée, voit ses objets devenir désuets et dont les protagonistes désirent rétablir le *statu quo ante* en annulant les opérations déjà mises en œuvre.

---

15 *Id.*, par. 36 à 40.

16 *Id.*, par. 123 à 125.

1.4. CORRECTION D'ERREURS

Le pouvoir de la Cour de corriger une erreur survenue dans la conduite des affaires internes d'une société se trouve aux articles 456 et 457 L.S.A., lesquels se lisent comme suit :

> « **458.** Le tribunal peut, à la demande de toute personne intéressée, rendre toute ordonnance appropriée afin qu'une erreur soit corrigée ou pour modifier les conséquences juridiques d'une telle erreur, ou pour valider tout acte vicié en raison d'une telle erreur. Il peut notamment, dans ce cadre, donner toute directive qu'il estime nécessaire.
>
> Pour l'application de la présente sous-section, le mot "erreur" s'entend notamment d'une omission, d'un défaut, d'un vice de forme, d'une méprise ou d'une irrégularité survenu dans la conduite des affaires internes d'une société et qui entraîne :
>
> 1° la violation d'une disposition de la présente loi, d'une loi à laquelle la présente loi a succédé ou d'un règlement pris en vertu de l'une de ces lois;
>
> 2° un défaut de conformité par rapport aux statuts, au règlement intérieur de la société ou à une convention unanime des actionnaires;
>
> 3° l'inobservation d'une mesure ou d'une décision prise par l'assemblée des actionnaires, le conseil d'administration ou l'un de ses comités.
>
> **459.** Avant de rendre une ordonnance en vertu de la présente sous-section, le tribunal prend en considération les effets qu'elle pourrait avoir sur la société et sur ses administrateurs, dirigeants, créanciers et actionnaires.
>
> À moins que le tribunal n'en décide autrement, une ordonnance ne peut porter atteinte aux droits d'un tiers sans que ce dernier ait été avisé de l'erreur visée par l'ordonnance. »

La *Loi canadienne sur les sociétés par actions* ne comporte pas d'équivalent à cet article, qui s'inspire du droit en vigueur en Colombie-Britannique, selon le *Document de référence – Explications et commentaires aux parlementaires sur le projet de loi sur les sociétés par actions* :

> « Cette disposition de droit nouveau est inspirée des paragraphes (1) et (2) de l'article 229 de la BCBCA. Il s'agit d'une disposition qui accorde à toute personne intéressée le droit de s'adresser au tribunal pour faire corriger une erreur ou pour modifier les conséquences juridiques d'une telle erreur. Dans le

> cas de ce recours également, la disposition accorde au tribunal un large pouvoir d'intervention pour résoudre le problème qui lui est soumis[17]. »

Il ressort de ces dispositions que la Cour a des pouvoirs on ne peut plus larges, à savoir : rendre toute ordonnance appropriée afin qu'une erreur soit corrigée, pour modifier les conséquences juridiques d'une telle erreur ou pour valider tout acte vicié en raison d'une telle erreur.

Toutefois, avant de rendre une ordonnance, le tribunal doit prendre en considération les effets qu'elle pourrait avoir sur la société et sur ses administrateurs, dirigeants, créanciers et actionnaires. Par ailleurs, à moins que le tribunal n'en décide autrement, une ordonnance ne peut porter atteinte aux droits d'un tiers sans que ce dernier ait été prévenu de l'erreur visée par l'ordonnance.

Ces pouvoirs peuvent être exercés par la Cour dès qu'un fait précis est prouvé, à savoir l'existence d'une erreur. Or, le terme « erreur » est défini à l'article 458 L.S.A., comme, notamment, une omission, un défaut, un vice de forme, une méprise ou une irrégularité survenu dans la conduite des affaires internes d'une société et qui entraîne :

1) la violation d'une disposition de la *Loi sur les sociétés par actions*, d'une loi à laquelle la *Loi sur les sociétés par actions* a succédé ou d'un règlement pris en vertu de l'une de ces lois;

2) un défaut de conformité par rapport aux statuts, au règlement interne de la société ou à une convention unanime des actionnaires;

3) l'inobservation d'une mesure ou d'une décision prise par l'assemblée des actionnaires, le conseil d'administration ou l'un de ces comités.

Il convient de noter que l'utilisation du terme « notamment » en introduction à la définition d'« erreur » indique qu'il s'agit d'une définition non exclusive qui peut comprendre autres choses selon les circonstances, dans la mesure où on peut les rattacher à l'une des trois conséquences énumérées à l'article 458 L.S.A. *in fine*.

---

[17] Raymond BACHAND, *Document de référence – Explications et commentaires aux parlementaires sur le projet de loi sur les sociétés par actions*, vol. II, Québec, Finances Québec, 2010, p. 381.

Les personnes qui peuvent déposer la requête ne sont pas à proprement parler décrites dans la *Loi sur les sociétés par actions*, puisque le « tribunal peut, à la demande de toute personne intéressée, rendre toute ordonnance appropriée ». Pour être habilité, le demandeur devra simplement prouver son intérêt.

Un bon exemple d'une situation où la Cour a exercé son pouvoir de corriger une erreur est l'affaire *9069-1841 Québec inc.* c. *Filtrum inc.*[18], où l'ensemble des opérations d'une réorganisation devait avoir lieu à une date précise, à savoir le 5 juin 2007, y compris un dividende versé sur une catégorie d'actions précise, alors que par erreur, des statuts de modification permettant la création de la catégorie d'actions en question n'ont été déposés que le 14 juin 2007. Pavant la voie à une interprétation large et libérale de ce nouveau pouvoir conféré à la Cour, le juge Parent a ordonné la correction suivante :

> « **[20] DÉCLARE** que la date du 14 juin 2007 figurant au certificat de modification, pièce P-10, est erronée.
>
> **[21] DÉCLARE** que la date erronée figurant au certificat de modification, résulte de l'omission du dépôt de la demande de modification, en date du 5 juin 2007, ayant entraîné l'inobservation d'une décision prise par l'assemblée des actionnaires et le conseil d'administration de la défenderesse.
>
> **[22] ORDONNE** la correction de la date figurant au certificat de modification, pour lui substituer la date du 5 juin 2007.
>
> **[23] DÉCLARE** que la correction rétroagit au 5 juin 2007.
>
> **[24] DÉCLARE** que la date du certificat de modification est le 5 juin 2007, à toute fin quelle qu'elle soit, et ce, sans autre formalité.
>
> **[25] ORDONNE** à la défenderesse et à la demanderesse de mettre à jour leurs livres et registres conformément au présent jugement afin de lui donner plein effet, notamment, mais sans restreindre la généralité de ce qui précède, par l'insertion d'une copie conforme du présent jugement dans le livre de procès-verbaux de la défenderesse à titre d'annexe au certificat de modification pour en faire partie intégrante[19]. »

Étant donné, il va de soi, que la jurisprudence en vertu de cet article de droit nouveau est, pour le moment, peu abondante, on pourra quand même se

---

[18] 2011 QCCS 1570.

[19] *Id.*, par. 20 à 25.

référer à la jurisprudence de la Colombie-Britannique, selon laquelle le pouvoir de correction d'erreur conféré à la Cour est essentiel et devrait être interprété de façon large et libérale. Le *locus classicus* de ce bassin de jurisprudence semble être l'affaire *U.S. Gold Corp.* v. *Atlanta Gold Corp.*[20], dans laquelle la Cour d'appel de la Colombie-Britannique était appelée à valider des procurations déficientes. Le juge Gibbs s'exprimait comme suit :

> « There are hundreds and perhaps thousands of corporations in this province, large and small, public and private, active and passive, with an infinite variety of assets and liabilities and objectives. Not all are efficiently administered by persons cognizant of all the nuances of the Articles or of the provisions of the statute. Mistakes in compliance are inevitable. It seems to me that by empowering the court to remedy omissions, defects, errors, or irregularities, [s. 229] represents tacit recognition that there will be mistakes and that a simple method of correcting the mistakes or alleviating adverse consequences flowing therefrom is a necessary and integral part of a sensible and workable system of corporate law.
>
> It seems to me further that when the omission, defect error or irregularity is what is commonly called "technical", as is the case here, the court ought not to be reluctant to rectify it[21]. »

On peut également considérer l'application des articles 458 et 459 L.S.A. pour valider la date d'une assemblée annuelle[22]; pour valider l'élection d'un administrateur[23]; ou encore pour rectifier des registres d'actions ou de transferts d'actions[24].

2. ANNULATION DU DIVIDENDE

Aucune disposition de la *Loi sur les sociétés par actions* ou de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* ne prévoit spécifiquement la possibilité d'annuler *ab initio* et avec effet rétroactif un dividende déclaré par le conseil d'administration. Si les recours décrits à la partie précédente sont épuisés ou ne s'appliquent simplement pas, on pourra considérer l'annulation d'un dividende comme solution. Les conditions d'ouverture d'une telle

---

20 (1989) 43 B.C.L.R. (2d) 71 (B.C.C.A.).

21 *Id.*, p. 76.

22 *U.S. Precious Metals Inc.* c. *Ruskin Dev. Ltd.*, [1986] CanLII 816 (B.C.C.A.).

23 *G. Elmitt Construction Ltd.* c. *Kaplan*, [1992] CanLII 581 (B.C.S.C.).

24 *Re Razzaq Holdings Ltd.*, 2000 BCSC 1929, et *Jorgensen* v. *San Jose Mines Ltd.*, 2004 BCSC 869.

demande sont décrites ci-dessous, et ce, sous deux angles, à savoir l'erreur qui a vicié le consentement des administrateurs ayant déclaré le dividende et l'erreur matérielle, aussi connue sous le nom d'erreur cléricale.

2.1. VICE DE CONSENTEMENT

Pour bien illustrer la situation où l'annulation d'un dividende pour cause de vice de consentement peut être pertinente, il y a lieu d'étudier le problème, malheureusement fréquemment vu en pratique, du dividende en capital en excès du compte de dividendes en capital (« CDC »)[25].

L'article 103 L.S.A. prévoit que le conseil d'administration peut déclarer un dividende et la société peut payer ce dividende[26]. Une fois qu'un dividende est déclaré par le conseil d'administration, l'actionnaire au bénéfice duquel le dividende a été déclaré a le droit de percevoir le dividende auprès de la société[27].

La *Loi de l'impôt sur le revenu*[28] comporte quant à elle une définition plutôt imprécise du terme « dividende ». Il faut donc lui donner son sens usuel aux fins fiscales, soit le rapport d'un investissement d'un actionnaire[29]. De façon générale, en vertu du paragraphe 82(1) L.I.R., le bénéficiaire d'un dividende imposable reçu d'une société résidant au Canada doit inclure ce montant dans le calcul de son revenu pour son année d'imposition. Par ailleurs, en vertu du paragraphe 89(1) L.I.R., l'expression « dividende imposable » se définit, *inter alia*, comme tout dividende autre qu'un dividende à l'égard duquel la société qui le verse a fait le choix prévu au paragraphe 83(2) L.I.R., soit le choix de verser un dividende en capital. Par le truchement des paragraphes 82(1) et 89(1) L.I.R., un dividende en capital n'est donc pas imposable entre les mains du bénéficiaire. En effet, en vertu du paragraphe 83(2) L.I.R. et de l'article 2101 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[30], une société privée peut choisir de payer un dividende en capital en produisant le Formulaire T2054. Lorsque la société a effectué ledit choix

---

25 Voir Dominic C. BELLEY, « Dividendes en excès du CDC : Une solution? », (2009), vol. 14, n° 2 *Stratège* 24-28.

26 Art. 103 et 115 L.C.S.A.

27 *Rondeau* c. *Poirier*, [1980] C.A. 35.

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

29 *La Reine* c. *McClurg*, [1990] 3 R.C.S. 1020; *Neuman* c. *MRN*, [1998] 1 R.C.S. 770.

30 C.R.C., 1978, ch. 945 et mod.

relativement au montant total du dividende, celui-ci est réputé être un dividende en capital jusqu'à concurrence du montant du CDC de la société immédiatement avant le moment donné et aucune partie du dividende n'est incluse dans le revenu du bénéficiaire du dividende. L'expression « compte de dividendes en capital » est également définie au paragraphe 89(1) L.I.R., lequel prévoit, *inter alia*, à l'alinéa 89(1)c.2) L.I.R., que le CDC comprend les montants inclus dans le calcul du revenu d'un contribuable au titre des immobilisations admissibles en vertu de l'alinéa 14(1)b) L.I.R. Une lecture attentive des articles 14, 54 et 248 L.I.R. permet de comprendre qu'il faut toutefois attendre que l'exercice soit terminé pour choisir de déclarer un dividende en capital relativement à de tels montants. Par ailleurs, en vertu des mêmes articles, une immobilisation admissible comprend, *inter alia*, une immobilisation incorporelle, comme l'achalandage.

Or, lorsque l'essentiel du produit de disposition des biens vendus par une société est relatif à de l'achalandage (la jurisprudence nous donne comme exemples des permis d'ambulances[31] et un portefeuille de polices d'assurance[32]) et que le dividende en capital est déclaré en cours d'exercice plutôt qu'après la fin de l'exercice, le CDC pourrait fort bien être nul au moment de la déclaration du dividende, et ce, purement et simplement pour une question de *timing*. Toutefois, après la fin de l'exercice, il aurait été tout à fait possible pour la société de déclarer un dividende en capital pour le même montant, et ce, entièrement libre d'impôt. Le problème réside dans le paragraphe 184(2) L.I.R., qui prévoit que la société qui a fait un choix en vertu du paragraphe 83(2) L.I.R. relativement au montant total d'un dividende payable par elle sur des actions d'une catégorie de son capital-actions doit payer, au moment du choix, un impôt égal à 75 % de l'excédent du montant total du dividende sur la partie de celui-ci réputée être un dividende en capital. C'est en vertu du paragraphe 184(2) L.I.R. que l'ARC établira une cotisation dès lors qu'elle aura en main l'extrait de la résolution déclarant le dividende et le Formulaire T2054 dans la mesure de tout excédent du CDC, et ce, malgré le fait qu'il ne puisse s'agir que d'une erreur de *timing* de la société ou de son professionnel.

Selon un certain point de vue, la déclaration d'un dividende constitue un contrat unilatéral entre la société qui le verse et l'actionnaire qui le reçoit

---

31 *Ambulances 2000 inc.* c. *Vézeau*, C.S. Iberville, n° 755-17-000670-060, 6 décembre 2006 (« *Ambulances 2000* »).

32 *Vigneault Lachance et Associés inc.* c. *Vigneault Lachance Services Financiers inc.*, C.S. Frontenac, n° 235-17-000019-089, 2 juillet 2008 (« *Vigneault Lachance* »).

conformément à l'article 1380 du *Code civil du Québec*[33]. En vertu de l'article 1385 C.c.Q., un contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter, à moins que la loi n'exige, en outre, le respect d'une forme particulière comme condition nécessaire à sa formation ou que les parties n'assujettissent la formation du contrat à une forme solennelle. En vertu des articles 311, 335 et 336 C.c.Q., l'expression de la volonté d'une société relativement à la déclaration d'un dividende doit généralement se faire par le biais de ses administrateurs, le tout, en conformité avec son règlement et le paragraphe 31(2) L.C. Par ailleurs, la déclaration d'un dividende est soumise à une forme particulière, soit que le dividende est déclaré aux termes d'une résolution adoptée par une majorité des administrateurs de la société.

Selon un autre point de vue, le dividende serait plutôt un acte juridique unilatéral et non un contrat à proprement parler. Dans l'affaire *Félix & Norton International Inc.* c. *P.G. Canada*[34], le juge Senécal adopte la deuxième école de pensée et conclut que le dividende était un acte juridique unilatéral (et non un contrat), tout en confirmant que les principes applicables à l'intégrité du consentement en matière contractuelle (discutés ici) valent pour l'acte juridique unilatéral, *mutatis mutandis*.

Par ailleurs, en vertu de l'article 322 C.c.Q., les administrateurs, dans l'exercice de leurs fonctions, doivent agir avec prudence et diligence et doivent agir avec honnêteté et loyauté dans l'intérêt de la société. À cet égard, en vertu de l'article 121 L.S.A.[35], un administrateur est présumé avoir agi avec l'habilité convenable et avec prudence et diligence s'il se fonde sur l'opinion ou le rapport d'un expert, tel un professionnel de l'impôt, pour prendre une décision, telle la déclaration d'un dividende en capital. Toutefois, dans la mesure où l'opinion du professionnel quant au montant du CDC lors de la déclaration du dividende s'avère erronée, on doit conclure que la décision même de déclarer le dividende se fonde sur une erreur. Or, en vertu de l'article 1400 C.c.Q., l'erreur vicie le consentement des parties ou de l'une d'elles lorsqu'elle porte, *inter alia*, sur tout élément essentiel qui a déterminé le consentement. En vertu de l'article 1407 C.c.Q., celui dont le consentement est vicié a le droit de demander la nullité du contrat.

---

33 L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »).

34 C.S. Montréal, n° 500-17-043235-087, 10 mars 2009, j. Senécal (« *Félix & Norton International* »).

35 Art. 123 L.C.S.A.

Finalement, en vertu de l'article 1606 C.c.Q., le contrat résolu est réputé n'avoir jamais existé : il est nul *ab initio*.

Dans la mesure où l'objet même de la déclaration d'un dividende, à la suite de la vente de la totalité des biens d'une société, est que ce dividende puisse être payé à partir du CDC de la société de telle sorte qu'il n'y ait aucune conséquence fiscale pour l'actionnaire bénéficiaire du dividende, s'il s'avère qu'en raison d'une erreur dans le calcul du CDC la déclaration du dividende déclenche des conséquences fiscales inattendues (et donne lieu à l'établissement d'une cotisation), la société pourrait s'adresser à la Cour supérieure pour faire annuler le dividende, auquel cas, la cotisation serait sans fondement et devrait subséquemment être annulée par l'ARC. C'est précisément la conclusion à laquelle en sont venus les juges Roy, Barakett et Sénécal dans trois jugements de 2006, 2008 et 2009 : *Ambulances 2000*, *Vigneault Lachance* et *Félix & Norton International*. Dans ces trois jugements, il avait été en outre démontré que :

1) l'absence de toute conséquence fiscale découlant de la déclaration des dividendes constituait un élément essentiel qui avait déterminé le consentement des sociétés, par le biais de leurs administrateurs, de déclarer les dividendes;

2) il n'y avait aucune autre raison de déclarer de tels dividendes; et

3) les sociétés, par le biais de leurs administrateurs, n'auraient jamais consenti à la déclaration des dividendes si elles avaient su ou si elles avaient été avisées en temps opportun qu'il y avait une possibilité que les déclarations des dividendes donnent lieu à un impôt, pour elles-mêmes ou les actionnaires bénéficiaires des dividendes.

On notera que l'erreur dans le calcul du CDC dans ces trois exemples n'était pas une erreur inexcusable au sens du *Code civil du Québec* (ce qui aurait pu être un empêchement à la demande d'annulation) puisque les administrateurs des sociétés étaient justifiés d'avoir recours aux services d'experts-comptables avant de procéder à la déclaration des dividendes en capital, ce qu'ils avaient fait. Les jugements *Ambulances 2000*, *Vigneault Lachance* et *Félix & Norton International* sont en droite ligne avec l'arrêt de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *B.E.A. Holdings Inc.* c. *Trafsys Inc.*[36], qui avait autorisé l'annulation rétroactive d'une opération ayant généré des conséquences fiscales qui n'avaient pas été escomptées.

---

[36] C.A. Montréal, n° 500-05-074753-029, 12 février 2004 (« *B.E.A. Holdings* »).

2.2. ERREUR « CLÉRICALE »

Lorsque l'erreur à la source de la déclaration du dividende n'est pas de nature à vicier le consentement donné par les administrateurs au sens des articles 1400 et 1407 C.c.Q., elle peut néanmoins donner ouverture à une correction de la résolution déclarant le dividende si elle est une erreur matérielle ou, pour utiliser un anglicisme, « cléricale ».

Un bon exemple de cette situation est l'affaire *Marbulk Canada Inc.* c. *P.G. Canada*[37], où Marbulk Canada Inc., une société privée, avait déclaré et payé, dans deux résolutions instrumentées sur un seul document, un dividende en capital à chacun de ses actionnaires, The CSL Group Inc., une société privée, et Algoma Central Corporation, une société publique. Du fait qu'Algoma Central Corporation était une société publique, le paiement d'un dividende en capital était non seulement inutile (un dividende imposable aurait, de toute façon, été déductible dans le calcul du revenu d'Algoma Central Corporation selon l'article 112 L.I.R.), mais il était préjudiciable pour Marbulk Canada Inc. puisqu'il réduisait le solde de son CDC définitivement.

Clairement, il s'agissait dans les circonstances d'une erreur cléricale et le juge Déziel a corrigé la résolution afin d'enlever toute référence à la déclaration et au paiement d'un dividende en capital à Algoma Central Corporation, pour plutôt déclarer qu'il s'agissait d'un dividende imposable.

3. OPPOSABILITÉ AUX FINS FISCALES

3.1. PRINCIPES D'INTERPRÉTATION DES LOIS

Si les règles d'interprétation des lois fiscales ont déjà fait l'objet de controverse, ce n'est plus le cas aujourd'hui. Ces règles sont énoncées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada* c. *Canada* : « L'interprétation d'une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s'harmonise avec la loi dans son ensemble[38]. »

---

37 C.S. Montréal, n° 500-17-050306-094, 8 décembre 2011.

38 [2005] 2 R.C.S. 601, par. 10.

L'interprétation « textuelle, contextuelle et téléologique », aussi appelée « approche moderne », est expliquée par Ruth Sullivan dans son traité, *Construction of Statutes*[39] :

1) Le sens textuel réfère au sens apparent de la disposition législative à l'étude, en se basant uniquement sur une lecture de la disposition, qu'elle soit claire ou ambiguë, sans preuve extratextuelle de l'intention du législateur. Toutefois, dès qu'il est établi, comme c'est souvent le cas, que le sens textuel n'est pas clair mais plutôt ambigu, la recherche du sens de la disposition exige une analyse du contexte et de l'objet de la disposition[40];

2) L'interprétation contextuelle réfère à tout ce qui contribue au sens du texte, autre que le texte de la disposition elle-même, et se divise généralement en trois catégories : le contexte « littéraire », à savoir la loi dans son ensemble; le contexte « juridique », à savoir le corpus juridique dans lequel opère la loi dans laquelle se retrouve la disposition à l'étude, y compris les autres lois, le droit constitutionnel, la common law, le droit civil et le droit international; et le contexte « externe », à savoir les circonstances dans lesquelles la disposition a été promulguée à l'origine et dans lesquelles elle s'applique aujourd'hui[41];

3) L'objet de la législation réfère quant à lui à l'intention du législateur, à la fois en ce qui concerne les buts que le législateur s'est fixés et les raisons sous-tendant la législation. Il y a deux manières généralement reconnues pour établir l'objet de la législation : la manière « directe », à savoir les descriptions explicites de l'objet que l'on retrouve dans la législation elle-même, l'historique législatif et les autres sources ayant valeur d'autorité; la manière « indirecte », à savoir l'objet inféré par les interprètes de la législation (principalement les juges, mais également les académiciens) en se basant sur une analyse contextuelle de la législation[42].

L'objectif ultime de cet exercice est d'en arriver à une interprétation qui soit cohérente avec le texte, le contexte et l'objet de la législation.

---

39 Ruth SULLIVAN, *Construction of Statutes*, 5e éd., Markham, Lexis-Nexis Canada, 2008.

40 *Id.*, pp. 7-9.

41 *Id.*, pp. 354-355.

42 *Id.*, pp. 269-270.

L'opposabilité des ordonnances de rectification, de correction et d'annulation aux autorités fiscales offre une occasion presque parfaite de tester la viabilité des règles d'interprétation.

3.2. CARACTÈRE ACCESSOIRE DU DROIT FISCAL

Aussi détaillées soient-elles, les lois fiscales ne constituent pas des codes complets et autosuffisants : pour donner vie aux conséquences fiscales prévues aux lois fiscales, encore faut-il que des droits et obligations existent en vertu du régime de droit privé applicable (que ce soit le droit civil ou la common law) et des diverses lois qui gravitent autour du droit privé, le complètent ou parfois en dérogent, comme, évidemment, la *Loi sur les sociétés par actions* et la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*.

Le principe qui veut que le régime fiscal ait un caractère accessoire est énoncé clairement par le juge Décary dans l'affaire *La Reine* c. *Lagueux & Frères inc.* :

> « In my opinion, fiscal law is an accessory system, which applies only to the effects produced by contracts. Once the nature of the contracts is determined by the civil law, in *Income Tax Act* comes into effect, but only then, to place consequences on those contracts. Without a contract, without a law and an obligation, there can be no fiscal levy. Application of the *Income Tax Act* is subject to a civil determination, whether such a determination be according to civil or common law[43]. »

Ce principe est énoncé autrement, mais tout aussi clairement par la juge McLaughlin (telle qu'elle l'était à l'époque) dans l'arrêt S*hell Canada Ltée* c. *Canada* :

> « Notre Cour a statué à maintes reprises que les tribunaux doivent tenir compte de la réalité économique qui sous-tend l'opération et ne pas se sentir liés par la forme juridique apparente de celle-ci: *Bronfman Trust*, précité, aux pp. 52 et 53, le juge en chef Dickson; *Tennant*, précité, au par. 26, le juge Iacobucci. Cependant, deux précisions à tout 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'œil, 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

[43] 74 D.T.C. 6569, 6572.

> véritables: *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298, au par. 21, le juge Bastarache[44]. »

Il ressort de ces principes que, par exemple, pour qu'un dividende, au sens du paragraphe 248(1) L.I.R., soit imposable en vertu du paragraphe 82(1) L.I.R., il faut nécessairement qu'une action ait été souscrite, émise et répartie conformément à la loi régissant la société qui a prétendument déclaré et payé le dividende[45], puisque la *Loi de l'impôt sur le revenu* s'appuie sur les rapports juridiques créés par les lois des sociétés. Il s'ensuit logiquement que si les lois des sociétés, ou encore le *Code civil du Québec*[46], prévoient la possibilité de rectifier ou de corriger rétroactivement des documents de telle sorte qu'ils reflètent correctement la réalité juridique que les documents déficients étaient censés refléter (ou encore d'annuler un dividende), ce sont les droits et obligations reflétés dans le document rectifié ou corrigé qui sont seuls générateurs des conséquences fiscales. Dans l'affaire *Gestion R.F. & Fils*, le juge Fraiberg l'exprime sans équivoque :

> « 10. The *Companies Act* provides in Article 123.12 that if classes of shares are provided for in the constituting articles, their characteristics must be described so as to distinguish them one from the other. In the original articles of amalgamation, Class A and Class B shares contained absolutely no distinction, so that on their face the articles of amalgamation were, for that reason, irregular and required correction.
>
> 11. Furthermore, the shareholders' agreement entered into as of June 1, 1995, the effective date of the articles of amalgamation, indicates quite clearly that the father and the sons are to hold different classes of shares having different values.
>
> 12. Madame Justice Zerbisias was therefore satisfied on the proof presented that the motion was well-founded. Indeed, the very interest in avoiding adverse tax consequences that prompts the fisc of Canada to now attack her judgment was what expressly motivated the motion for rectification.
>
> 13. The interested parties discovered that the omission of distinguishing features of the two classes resulted in a significant tax liability for Mr. Robert Faille even though it had been their intention, from the beginning, to avoid such a consequence.

---

44 [1999] R.C.S. 622, par. 39.

45 Voir, par exemple, *RNC Média inc.* c. *La Reine*, 2011 CCI 92.

46 Ou encore, en vertu des pouvoirs inhérents des juges des Cours supérieures nommés conformément à l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3 : *Brochu* c. *Les Placements Donald Brochu inc.*, 2007 QCCS 6500.

> 14. It would be unfair and contrary to the fundamental principles of our system of income tax that the treasury should frustrate licit contractual arrangements entered into by tax payers in good faith simply because they would result in less tax revenue.
>
> 15. Therefore, even though the Canadian tax authorities have assessed Robert Faille on the basis of the previous share values, it was available to the amalgamating companies to correct an obvious mistake, even though doing so is detrimental to the position the tax authorities have adopted in relation to the said taxpayer[47]. »

Quelle est la position des autorités fiscales à ce sujet?

3.3. RECONNAISSANCE DE L'OPPOSABILITÉ

De façon générale, l'ARC et l'ARQ requièrent, sur une base administrative, que les requêtes en rectification, correction et annulation de la nature de celles discutées dans le présent texte leur soient signifiées afin qu'elles puissent agir essentiellement à titre de mis en cause et faire des représentations à la Cour lors de la présentation de la requête[48].

Bien que la pratique de mettre en cause les autorités fiscales lors de l'institution de l'instance soit courante, elle n'est pas à proprement parler requise aux termes du *Code de procédure civile*[49] pour que la requête soit présentable, pas plus pour que le jugement leur soit opposable. Dans l'affaire *Imperial Tobacco Canada Ltée* c. *SMRQ*[50], le juge Barbe expose la règle dégagée de la jurisprudence comme suit :

> « [99] Dans l'arrêt *Dale c. Canada* [97 D.T.C. 5252 (C.F.A.)], la Cour d'appel fédérale devait se prononcer sur la validité d'un jugement rendu par une cour supérieure en matière de rectification d'un écrit. Dans cette affaire, afin d'effectuer une augmentation nécessaire du capital-actions autorisé, des lettres patentes étaient exigées. Toutefois, ces dernières n'avaient pas été obtenues. La société a donc obtenu un jugement d'une cour supérieure de la Nouvelle-Écosse déclarant que les actions privilégiées étaient réputées avoir été valablement émises au cours de l'année d'imposition en cause. Référant à l'arrêt *R. c. Wilson* [[1983] 2 R.C.S. 594] de la Cour suprême du Canada, la Cour d'appel fédérale décide :

---

47 *Gestion R.F. & Fils*, précité, note 8, par. 10-15.

48 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 22, 11 janvier 2002.

49 L.R.Q., c. C-25.

50 2006 QCCQ 8273.

> "48. Le premier principe affirme que le dossier d'une cour supérieure doit être considéré comme [Traduction] 'la vérité absolue tant qu'il n'a pas été infirmé' […]. Deuxièmement, une ordonnance qui n'a pas été annulée doit être appliquée intégralement [...]. Troisièmement, l'ordonnance a force exécutoire pour tous [...]. Quatrièmement, une attaque indirecte est réputée englober des procédures autres que celles visant précisément à obtenir l'infirmation ou l'annulation de l'ordonnance."

[100] Plus particulièrement, la Cour d'appel fédérale se prononça sur la compétence des autorités fiscales, représentées par le ministre compétent, de contester un jugement rendu par une cour supérieure en matière de fiscalité. La Cour précise ce qui suit :

> "49. [...] le ministre soutient qu'une ordonnance d'un tribunal qui a pour effet réécrire l'histoire fiscale ne le lie aucunement [...].
>
> 50. Il me semble tout simplement logique de soutenir qu'un tribunal refuserait de rendre une ordonnance rétroactive qui aurait pour effet juridique manifeste de réécrire l'histoire fiscale. En supposant qu'une telle ordonnance soit rendue, il serait tout à fait approprié de se demander si le ministre a le droit de ne pas en tenir compte aux fins de l'imposition. On pourrait être tenté d'autoriser une attaque de cette ordonnance pour des fins de révisionnisme fiscal dans les cas où l'on peut démontrer que l'ordonnance a été obtenue par fausse déclaration ou par non-divulgation de renseignements pertinents. [...]."

[101] L'arrêt Dale ne ferme pas la porte à une "attaque collatérale" d'un jugement d'une autre cour; ainsi la Cour écrit plus loin :

> "50. [...] Très vraisemblablement, les ordonnances révisionnistes seront obtenues par consentement, ou des circonstances où il est probable que les ramifications fiscales de l'ordonnance n'ont pas été exposées clairement au juge ou lorsque le juge est manifestement sympathique à la cause du contribuable. Deux décision antérieures à la décision Wilson illustrent adéquatement ce scénario de sympathie judiciaire; voir Bently c. Ministre du Revenu national (1954) 54 DTC 510 (C.A.I.) et Hobbs c. Ministre du Revenu national (1970), 70 DTC. 1744 (C.A.I). Dans les deux cas, il n'y avait manifestement pas de fondement légal, d'origine législative ou autre, pour délivrer les ordonnances à effet rétroactif qui avaient été demandées. En supposant, sans se prononcer sur ce point, que ces décisions tombent sous le coup de la catégorie d'exceptions reconnues dans l'arrêt Wilson, on peut facilement établir une distinction avec l'appel en l'espèce."

[102] Ce que la Cour d'appel fédérale enseigne, c'est qu'il est possible de s'interroger sur le droit pour le ministre d'attaquer une ordonnance qui aurait pour effet de réécrire l'histoire fiscale, mais seulement dans les cas où cette ordonnance aurait été obtenue par de fausses déclarations ou par non-divulgation de renseignements pertinents; ce n'est pas le cas en l'espèce eu

> égard à l'ordonnance rendue par la Cour supérieure le 26 novembre 2002 (P-12). La Requête en rectification d'un écrit (P-12) datée du 19 novembre 2002 fait état d'une divulgation de la situation de Imasco et de Détail[51]. »

Plus récemment, dans l'affaire *Remer Holdings*, le juge Castonguay nuançait quelque peu cette approche dans certaines circonstances, mais la maintenant quant au fond :

> « [90] Finalement, le Registraire plaide également que le présent recours constitue une planification fiscale rétroactive que l'Agence du Revenu du Canada aurait dû être mise en cause.
>
> [91] Le Tribunal ne peut retenir ces arguments pour les raisons suivantes.
>
> [92] La preuve a amplement démontré que Remer ne cherchait que le *statu quo*, pas à améliorer son sort. Ainsi, jusqu'au 31 mai 1985, Remer n'avait pas d'impôt à payer sur le gain en capital entre 1955 et le 31 décembre 1971.
>
> [93] Le seul but recherché par Remer au moyen des présentes procédures est de retrouver le statut fiscal qu'elle possédait *ante* 1985. On peut difficilement qualifier cette demande de planification fiscale rétroactive.
>
> [94] Finalement, aucun avis de cotisation n'ayant été émis puisque la disposition des derniers actifs de Nuns Island n'a toujours pas été effectuée, l'Agence du Revenu du Canada n'a aucun intérêt dans les présentes procédures[20].
>
> [95] Cela étant, le Tribunal conclut que les conditions d'application de l'article 123.144 de la Loi sont rencontrées pour 2312, tout comme pour les Intervenants. […][52] »

Voir également les affaires *Gestion R.F. & Fils* et *Ambulances 2000*.

CONCLUSION

Il y a 10 ans, les recours en rectification, en correction et en annulation visant à éviter, rétroactivement, des conséquences fiscales imprévues au moment de l'instrumentation des opérations étaient en pratique inexistants. Après la publication en 2000 de l'affaire *P.G. Canada* c. *Juliar*[53] en Ontario, suivie au Québec en 2001 de l'affaire *Gestion R.F. & Fils*, mais surtout, en

---

51 *Id.*, par. 99-102.

52 Précité, note 14, par. 90-95.

53 50 O.R. (3d) 728 (C.A.).

2004, de l'affaire *B.E.A. Holdings*[54], de telles requêtes ont pris un essor considérable. Leur pertinence et leur utilité ont été cristallisées dans la réforme du droit des sociétés québécois en 2011.

Reste à voir quelle sera la portée que donneront les tribunaux à ces dispositions. À la lumière de leur libellé, elle devrait être large, à l'image du degré de complexité grandissant des lois, tant celles relatives aux sociétés que les lois fiscales.

[54] Précité, note 36.

LA DÉDUCTION POUR GAINS EN CAPITAL DE 750 000 $ – MISE À JOUR



Daniel Gosselin
M. Fisc.
Associé, fiscalité
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.



Christian Thérien
CA
Associé, fiscalité
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.



Nathalie Beaudin
CA, LL.M. fisc.
Directrice, fiscalité
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 20:3

1. DÉFINITION D'« ACTION ADMISSIBLE DE PETITE ENTREPRISE » 20:4

1.1. TESTS D'ACTIF ET DE DÉTENTION AU MOMENT DE LA DISPOSITION DES ACTIONS – « ACTION ADMISSIBLE DE PETITE ENTREPRISE », ALINÉA A) 20:5
1.1.1. Analyse des termes « totalité ou presque » et « utilisé principalement » 20:6
1.1.2. Contrat d'achat-vente et SPCC 20:7
1.1.3. Modalités d'application 20:7
1.1.4. Actifs utilisés principalement dans une entreprise exploitée activement 20:8
1.2. TEST DE DÉTENTION SUR 24 MOIS – « ACTION ADMISSIBLE DE PETITE ENTREPRISE », ALINÉA B) 20:12
1.2.1. Règles de détention réputée 20:14

1.3. TEST D'ACTIF SUR 24 MOIS – « ACTION ADMISSIBLE DE PETITE ENTREPRISE », ALINÉAS C) ET D) 20:16
1.3.1. Conditions du test d'actif de 24 mois 20:17
1.3.2. Test d'actif supplémentaire de 90 % 20:19
1.3.3. Détention directe de biens – Test de base de 50 % 20:21
1.3.4. Détention indirecte de biens – Test de base de 50 % et test supplémentaire de 90 % 20:22
1.4. TESTS D'ACTIF ET DE DÉTENTION SUR 24 MOIS LIÉS AUX ACTIONS DE REMPLACEMENT – « ACTION ADMISSIBLE DE PETITE ENTREPRISE », ALINÉAS E) ET F) 20:37
1.5. RÈGLES LORS DE SITUATIONS DE CIRCULARITÉ – ALINÉA 110.6(15)B) L.I.R. 20:40

2. MISE À JOUR SUR LES RÈGLES ANTIÉVITEMENT LIÉES AUX ACTIONS ADMISSIBLES DE PETITE ENTREPRISE 20:44

2.1. GAIN EN CAPITAL NON DÉCLARÉ – PARAGRAPHE 110.6(6) L.I.R. 20:44
2.2. DISPOSITION AVEC CONTREPARTIE INFÉRIEURE À LA JUSTE VALEUR MARCHANDE – PARAGRAPHE 110.6(7) L.I.R. 20:47
2.3. DIVIDENDES INSUFFISANTS SUR ACTIONS AUTRES QUE PRESCRITES – PARAGRAPHES 110.6(8) ET 110.6(9) L.I.R. 20:48
2.3.1. Critères d'application du paragraphe 110.6(8) L.I.R. 20:48
2.3.2. Actions prescrites 20:48
2.3.3. Interprétations techniques 20:52
2.3.4. Partie importante du gain 20:53
2.3.5. Taux de rendement annuel moyen 20:54
2.4. IMPÔT DES ENFANTS MINEURS 20:55
2.5. APPLICATION DE LA RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT 20:56

3. STRUCTURES D'ACTIONNARIAT PARTICULIÈRES 20:56

3.1. ACTIONS À DIVIDENDES DISCRÉTIONNAIRES 20:57
3.2. REVENUS DE LOCATION D'IMMEUBLES ET LA DGC 20:58
3.3. ATTRIBUTION D'UN GAIN EN CAPITAL PAR UNE FIDUCIE ET DGC 20:60
3.4. STRUCTURE FIDUCIE/OPCO/GESCO POUR PURIFICATION 20:60

CONCLUSION 20:62

INTRODUCTION

Depuis 1985, la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1] permet à un particulier résidant au Canada de réclamer, sous certaines conditions, une déduction pour gains en capital[2] (« DGC ») dans le calcul de son revenu imposable lorsqu'il a réalisé un gain en capital sur certains biens. Jusqu'au 22 février 1994, une DGC pouvait être réclamée jusqu'à concurrence de 100 000 $ de gains en capital cumulatifs la vie durant sur tout genre de bien, à l'exception des biens immobiliers de placement disposés à partir du 1er mars 1992. Depuis 1985, la DGC est applicable pour les gains en capital sur les biens agricoles admissibles[3] et, depuis le 18 juin 1987, sur les actions admissibles de petites entreprises[4] (« AAPE »), jusqu'à concurrence de 500 000 $ de gains en capital la vie durant. Les biens de pêche admissibles[5] disposés depuis le 2 mai 2006 ont été ajoutés[6] aux biens donnant droit à la DGC. Lors du Budget fédéral de 2007[7], la DGC a été augmentée de façon à faire passer de 500 000 $ à 750 000 $ le gain en capital à l'abri de l'impôt sur les biens admissibles, permettant une économie d'impôt pouvant atteindre 181 000 $ pour un individu résidant au Québec[8]. La DGC est en fait passée de 250 000 $ à 375 000 $, étant donné que 50 % d'un gain en capital est inclus au revenu.

Le seul changement significatif depuis quelques années est celui apporté en 2009 concernant les acquisitions de contrôle d'une société s'étant produites après 2005, lorsque le législateur a ajouté la mention « sauf lorsqu'il s'agit de déterminer si une société est une société exploitant une petite entreprise ou une société privée sous contrôle canadien […] » au paragraphe 256(9) L.I.R. en vertu duquel l'acquisition de contrôle est réputée s'être produite au début de la journée de l'acquisition de contrôle, sauf si la société fait un choix fiscal. Cette modification permet qu'une

---

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

2 Art. 110.6 L.I.R.

3 Par. 110.6(1) « bien agricole admissible » L.I.R.

4 Par. 110.6(1) « action admissible de petite entreprise » L.I.R.

5 Par. 110.6(1) « bien de pêche admissible » L.I.R.

6 CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2005*, 23 février 2005.

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

8 750 000 $ × 50 % (taux d'inclusion du gain en capital dans le revenu) × 48,2 % (taux d'impôt combiné fédéral-Québec maximum).

société ne perde pas son statut de société exploitant une petite entreprise[9] (« SEPE »), requis pour la DGC sur des AAPE, lorsqu'elle est vendue en faveur d'une personne non résidente ou d'une société publique.

Dans le présent texte, nous démontrerons comment les concepts liés à la DGC pour AAPE, qui paraissent simples, peuvent dissimuler une multitude de pièges. Nous traiterons des nombreuses embûches et difficultés d'applications liées tout d'abord à la définition d'« action admissible de petite entreprise », puis aux dispositions antiévitement spécifiques qui existent pour restreindre l'application de la DGC. Finalement, nous discuterons de l'application de la DGC pour diverses structures d'actionnariat.

Les dispositions de la *Loi sur les impôts*[10] du Québec sont similaires à celles de la *Loi de l'impôt sur le revenu* de sorte que nous ne donnerons que les références à cette dernière loi.

1. DÉFINITION D'« ACTION ADMISSIBLE DE PETITE ENTREPRISE »

Les conditions prévues à la définition d'« action admissible de petite entreprise » au paragraphe 110.6(1) L.I.R. et les règles liées peuvent être regroupées en cinq catégories :

1) tests d'actif et de détention au moment de la disposition (« action admissible de petite entreprise », al. a));

2) test de détention sur 24 mois (« action admissible de petite entreprise », al. b));

3) test d'actif sur 24 mois (« action admissible de petite entreprise », al. c) et d));

4) tests d'actif et de détention sur 24 mois, liés aux actions de remplacement (« action admissible de petite entreprise », al. e) et f));

5) règles lors de situations de circularité (al. 110.6(15)b) L.I.R.).

Nous analyserons tour à tour ces cinq catégories de règles.

---

[9] Par. 248(1) « société exploitant une petite entreprise » L.I.R.

[10] L.R.Q., c. I-3 et mod.

1.1. TESTS D'ACTIF ET DE DÉTENTION AU MOMENT DE LA DISPOSITION DES ACTIONS – « ACTION ADMISSIBLE DE PETITE ENTREPRISE », ALINÉA A)

L'alinéa a) de la définition d'« action admissible de petite entreprise » indique ceci :

> « S'agissant d'une action admissible de petite entreprise d'un particulier (à l'exception d'une fiducie qui n'est pas une fiducie personnelle) à un moment donné, action du capital-actions d'une société qui, à la fois :
>
> a) au moment donné, est une action du capital-actions d'une société exploitant une petite entreprise, action dont le particulier, son époux ou conjoint de fait ou une société de personnes liée au particulier est propriétaire;
>
> b) […]. »

La définition de SEPE, qui se trouve au paragraphe 248(1) L.I.R., est la suivante :

> « "Société exploitant une petite entreprise" : sous réserve du paragraphe 110.6(15), société privée sous contrôle canadien et dont la totalité, ou presque, de la juste valeur marchande des éléments d'actif est attribuable, à un moment donné, à des éléments qui sont :
>
> a) soit utilisés principalement dans une entreprise que la société ou une société qui lui est liée exploite activement principalement au Canada;
>
> b) soit constitués d'actions du capital-actions ou de dettes d'une ou de plusieurs sociétés exploitant une petite entreprise rattachées à la société au moment donné, au sens du paragraphe 186(4) selon l'hypothèse que les sociétés exploitant une petite entreprise sont, à ce moment, des sociétés payantes au sens de ce paragraphe;
>
> c) soit visés aux alinéas a) et b).
>
> Pour l'application de l'alinéa 39(1)c) […]. »

En résumé, les actions disposées doivent, au moment de la disposition, être des actions d'une société privée sous contrôle canadien[11] (« SPCC ») dont la totalité ou presque (normalement plus de 90 %; voir plus loin) de la

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

juste valeur marchande (« JVM ») de ses éléments d'actif est attribuable, au moment considéré, à des éléments qui sont :

- utilisés principalement dans une entreprise que la société ou une société qui lui est liée exploite activement principalement au Canada; et/ou

- constitués d'actions ou de dettes de SEPE rattachées.

1.1.1. Analyse des termes « totalité ou presque » et « utilisé principalement »

Le terme « totalité ou presque » que l'on trouve dans la définition de SEPE ainsi qu'à l'alinéa d) (discuté plus loin) de la définition d'« action admissible de petite entreprise », n'est pas défini dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En conséquence, nous devons nous appuyer sur les décisions des tribunaux et les positions de l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») pour en définir le sens. L'ARC interprète depuis longtemps le terme « totalité ou presque » comme étant « 90 % ou plus »[12]. Il est intéressant de noter que l'interprétation des tribunaux a parfois été « un peu plus flexible ». En effet, les tribunaux ont accepté que des voitures utilisées à des fins d'affaires dans des proportions entre 80 % et 90 % puissent être considérées comme utilisées en « totalité ou presque » à des fins d'affaires[13].

Le terme « utilisé principalement » signifie « plus de 50 % »[14]. Ce test doit être fait pour chaque actif pris de façon individuelle[15]. Un élément d'actif doit donc, pour être « admissible », être utilisé principalement dans une entreprise que la société ou une société qui lui est liée exploite activement principalement au Canada.

---

12 « Table ronde de Revenu Canada », dans *1991 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1992, pp. 50:1-83, question 14, à la page 50:49; AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9401125, 13 avril 1994.

13 *McDonald* c. *La Reine*, 98 D.T.C. 2151 (C.C.I.); *Keefe* c. *La Reine*, 2003 D.T.C. 1526 (C.C.I.) (procédure informelle); *McKay* c. *La Reine*, [2001] 1 C.T.C. 2244 (C.C.I.) (procédure informelle); *Ruhl* c. *La Reine*, 98 G.T.C. 2055 (C.C.I.).

14 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0152031E5, 11 juillet 2006.

15 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9729155, 26 mars 1998.

1.1.2. Contrat d'achat-vente et SPCC

L'alinéa 251(5)b) L.I.R. indique qu'aux fins de la définition de « société privée sous contrôle canadien », il faut tenir compte des droits (comme s'ils étaient exercés) que des personnes ont d'acquérir des actions ou d'en contrôler les droits de vote ou d'obliger une société à racheter ou à annuler ses actions, ou des droits similaires. Ainsi, des ententes signées entre un vendeur et un acquéreur, si ce dernier ne réside pas au Canada ou s'il est une société publique, à l'égard des actions d'une société qui serait par ailleurs une SPCC, mais avant la vente desdites actions, peuvent faire perdre le statut de SPCC et donc de SEPE à cette société avant la vente des actions, empêchant ainsi que les actions soient des AAPE.

L'alinéa 110.6(14)b) L.I.R. vient atténuer cette problématique en indiquant ce qui suit :

> « […] pour déterminer si une société est une société exploitant une petite entreprise ou une société privée sous contrôle canadien, à un moment donné, le droit visé à l'alinéa 251(5)b) ne comprend pas un droit prévu par une convention d'achat-vente portant sur une action du capital-actions d'une société; […]. »

L'ARC indique dans une interprétation technique[16] qu'elle considère que seul un contrat bilatéral, où l'acquéreur a une obligation d'acquérir et le vendeur, l'obligation de vendre, sera une convention d'achat-vente visée à l'alinéa 110.6(14)b) L.I.R. L'ARC rajoute ceci : « Nous sommes d'avis qu'une option d'achat ou une option de vente d'actions ne constitue pas une convention d'achat-vente d'actions aux fins de l'application de l'alinéa 110.6(14)b) L.I.R. »

1.1.3. Modalités d'application

Rappelons que le test d'actif doit être fait au moment de la disposition des actions, en fonction des actifs totaux (et non sur des actifs nets des dettes) de la société et sur une base non consolidée, c'est-à-dire que le test doit être fait pour chacune des sociétés séparément.

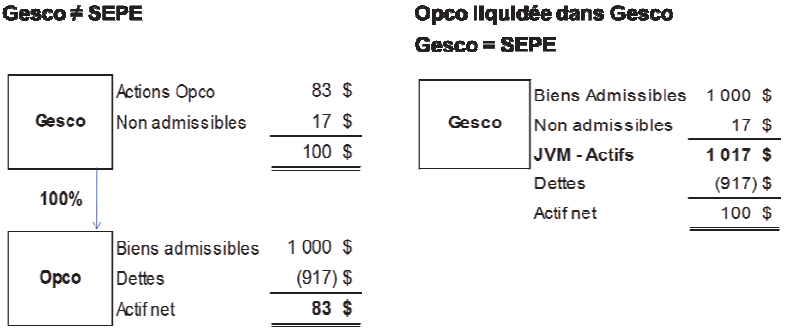
L'exemple qui suit illustre ce principe. La société de portefeuille (« Gesco ») détient les actions d'une société exploitante (« Opco »), qui représentent 83 % de la JVM de ses actifs et des biens non admissibles, qui,

---

[16] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0156745F, 11 octobre 2002.

eux, représentent 17 % de la JVM de ses actifs : ainsi, Gesco ne satisfait pas aux exigences du test de 90 % à l'égard de ses actifs. Par contre, Opco répond aux exigences du test de 90 %, car 100 % de ses actifs sont des biens admissibles. Si l'on procédait à un regroupement des deux sociétés, par exemple, en liquidant Opco dans Gesco, on satisferait aux exigences du test d'actif de 90 %.

Diagramme 1



1.1.4. Actifs utilisés principalement dans une entreprise exploitée activement

Pour déterminer si un bien a été utilisé principalement dans une entreprise, les tribunaux ont établi un principe. La cause *Ensite Ltd.* c. *La Reine*[17] sert de référence à ce sujet. Dans cette cause, il fallait déterminer si le revenu d'intérêts sur des dépôts en dollars américains dans des banques commerciales des Philippines constituait pour le contribuable du revenu de bien ou du revenu d'une entreprise exploitée activement. Les dépôts d'argent étaient liés à un arrangement financier pour mettre sur pied une usine aux Philippines. Le juge a indiqué ce qui suit :

> « Le critère applicable consiste non pas à déterminer si le contribuable s'est vu dans l'obligation d'employer un bien déterminé pour exploiter son entreprise, mais plutôt à se demander si ce bien a été utilisé pour satisfaire à une exigence qui devait être remplie pour qu'il puisse exploiter son entreprise. Dans cette dernière hypothèse, il s'agirait véritablement d'un bien employé et risqué dans l'entreprise […][18]. »

---

17 [1986] 2 R.C.S. 509 (« *Ensite* »).

18 *Id.*, par. 15.

L'ARC est venue reconnaître le principe du juge élaboré dans l'arrêt *Ensite*[19].

L'ARC a émis de nombreuses interprétations techniques où elle précise ce qu'elle considère être des biens admissibles ou non admissibles aux fins de la définition d'« action admissible de petite entreprise ».

L'ARC considère, entre autres, comme des actifs admissibles les biens suivants :

- liquidités (encaisse, placements à court terme) utilisées dans l'entreprise. En général, les liquidités seront considérées à titre d'actif admissible si elles représentent un excédent temporaire ou saisonnier, lorsque leur retrait déstabiliserait les finances de l'entreprise ou lorsque leur détention remplit une exigence d'affaires, tel un certificat de dépôt qu'un fournisseur doit maintenir. « L'ARC reconnaît qu'une gestion financière prudente demande que les entreprises maintiennent des actifs à court terme qui excèdent le passif à court terme. » Elle considérera cette exigence pour évaluer si les liquidités sont utilisées dans l'entreprise. Finalement, l'ARC a indiqué qu'elle considérera normalement les liquidités mises de côté pour effectuer des paiements en espèces aux employés en vertu d'un régime d'option d'achat d'actions « hybride », à titre d'actifs utilisés dans l'entreprise[20];

- montant à recevoir à la suite des ventes courantes de l'entreprise[21];

- prêt à recevoir si l'exploitation active de l'entreprise consiste à prêter de l'argent[22];

- hypothèques à recevoir à court terme pour une société de développement[23];

---

19 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 14.

20 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique, 2009-0330071C6, 9 octobre 2009.

21 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9301993, 9 février 1993.

22 *Id*.

23 *Id*.

- crédit d'impôt à l'investissement pour la recherche et le développement[24];

- acomptes provisionnels d'impôt payés par la société et requis par la loi[25];

- remboursements au titre de dividendes à recevoir[26];

- impôts à recevoir à la suite du report rétrospectif de pertes[27];

- prêts à des employés pour permettre d'acquérir des actions de la société, une maison ou une automobile, ainsi que les prêts à des employés qui sont aussi actionnaires, accordés aux mêmes conditions que les prêts aux autres employés;

- immeubles utilisés principalement pour l'exploitation de l'entreprise. L'ARC confirme, dans une interprétation technique[28], que l'évaluation doit être faite en fonction des faits en tenant compte des facteurs quantitatifs (nombre de pieds carrés de l'immeuble utilisés dans le cadre de l'entreprise active) et des facteurs qualitatifs (tels que l'intention réelle du contribuable lors de l'achat, l'usage actuel de l'immeuble ou la valeur locative de l'espace donné en location par rapport à celui utilisé pour l'entreprise exploitée activement);

- la portion d'un terrain qui n'est pas utilisée directement dans l'exploitation active de l'entreprise, mais qui fait partie d'un lot devant être acquis (lot minimal) pour pouvoir acquérir la portion du terrain utilisée directement dans l'entreprise. Dans le cas où une portion du terrain est acquise en vue d'en faire un usage dans l'avenir, et non pas pour satisfaire à une grandeur minimale devant être acquise, l'ARC

---

[24] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0169565, 22 avril 2003.

[25] *Id*.

[26] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2006-0174131C6, 9 mai 2006.

[27] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-0285291C6, 10 octobre 2008.

[28] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2009-0307931E5, 5 novembre 2009.

indique que cette portion du terrain ne serait normalement pas un bien utilisé principalement dans une entreprise active[29].

L'ARC considère, entre autres, comme des actifs non admissibles les biens suivants :

- excédent de liquidités qui est permanent, c'est-à-dire en surplus d'un niveau raisonnable[30];

- liquidités conservées pour compenser la portion à court terme de la dette à long terme[31];

- liquidités accumulées en prévision de l'achat d'une immobilisation ou du remboursement d'une dette à long terme[32]. Cette interprétation de l'ARC nous semble très stricte, notamment de considérer comme non admissibles les liquidités accumulées en prévision de l'achat d'une immobilisation pour l'entreprise ou du remboursement d'une dette à long terme obtenue pour financer l'entreprise;

- hypothèques à recevoir, sauf dans le cas où une société de développement a une hypothèque à court terme[33];

- prêt à une société de personnes (sauf si l'entreprise est le prêt d'argent)[34];

- actifs détenus par une fiducie dont la société est bénéficiaire[35];

---

29 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9231655, 3 février 1993.

30 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9514695, 26 juillet 1995.

31 *Id*.

32 *Id*.

33 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 21.

34 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9325245, 4 février 1994 et 9607525, 2 mai 1996.

35 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2006-0217301E5, 12 février 2008.

- actifs d'impôts futurs[36];

- surplus de pension actuariel[37];

- valeur de l'assurance vie détenue par la société. Toutefois, en vertu de l'alinéa 110.6(15)a) L.I.R., il ne faut considérer que la valeur de rachat pour calculer la JVM de cet actif lorsque la personne assurée détient des actions de la société. À la suite du décès de la personne assurée, la JVM du produit d'assurance vie est réputée correspondre (jusqu'à la disposition des actions) à la valeur de rachat de la police immédiatement avant le décès.

Enfin, il est important de souligner que lorsqu'une société détient une participation dans une société de personnes, il faut tenir compte, dans la détermination du pourcentage de biens admissibles et non admissibles de la société, des actifs sous-jacents[38], c'est-à-dire des biens détenus par la société de personnes.

1.2. TEST DE DÉTENTION SUR 24 MOIS – « ACTION ADMISSIBLE DE PETITE ENTREPRISE », ALINÉA B)

Le test de détention sur 24 mois est la deuxième condition requise pour que des actions respectent la définition d'« action admissible de petite entreprise ».

La loi précise à l'aliéna b) de la définition d'« action admissible de petite entreprise » ce qui suit :

> « "action admissible de petite entreprise" S'agissant d'une action admissible de petite entreprise d'un particulier (à l'exception d'une fiducie qui n'est pas une fiducie personnelle) à un moment donné, action du capital-actions d'une société qui, à la fois :
>
> a) […];

---

[36] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-0285301C6F, 10 octobre 2008.

[37] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9829955, 2 décembre 1998

[38] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9636835, 4 juillet 1997; AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 34.

b) tout au long de la période de 24 mois qui précède le moment donné, n'est la propriété de nul autre que le particulier ou une personne ou société de personnes qui lui est liée;

c) […]. »

Pour une action émise dans les 24 mois précédant la disposition, il faut tenir compte de l'alinéa 110.6(14)f) L.I.R., qui indique ceci :

« […] les actions émises après le 13 juin 1988 par une société en faveur d'une personne ou société de personnes donnée sont réputées avoir été la propriété, immédiatement avant leur émission, d'une personne qui n'était pas liée à la personne ou société de personnes donnée, sauf si les actions ont été émises :

(i) soit en contrepartie d'autres actions,

(ii) soit dans le cadre d'une opération ou d'une série d'opérations dans laquelle la personne ou société de personnes donnée a disposé, en faveur de la société , de biens qui représentent :

(A) soit la totalité, ou presque, des éléments d'actif utilisés dans une entreprise exploitée activement par cette personne ou par les associés de cette société de personnes,

(B) soit une participation dans une société de personnes dont la totalité, ou presque, des éléments d'actif sont utilisés dans une entreprise exploitée activement par les associés de la société de personnes.

(iii) soit en paiement d'un dividende en actions; […]. »

Il est intéressant de noter que cette disposition fiscale (point (ii) plus haut) ne renvoie pas à la JVM des actifs lorsqu'elle parle de « totalité ou presque », contrairement à la définition de « société exploitant une petite entreprise » au paragraphe 248(1) L.I.R. et aux tests d'actif sur 24 mois (discutés plus loin) de la définition d'« action admissible de petite entreprise » au paragraphe 110.6(1) L.I.R.

L'ARC a confirmé dans une interprétation technique[39] qu'elle considère que la personne qui a détenu l'action à un moment donné dans les 24 mois précédant la transaction devait être liée au particulier qui dispose des actions au moment de la détention et non au moment de la disposition ultime des actions. L'interprétation traite de la situation où un individu transfère à son

[39] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9133475, 19 mars 1992 et 9200975, 4 juin 1992.

épouse des actions qu'il a détenues pendant plus de 24 mois, puis les époux divorcent et ensuite, moins de 24 mois plus tard, l'ex-épouse dispose des actions. L'ARC confirme que les actions de l'ex-épouse respectent le test de détention de 24 mois même si pendant une partie de ces 24 mois son ex-époux les détenait, car bien que son ex-époux ne soit pas lié à elle au moment où elle dispose des actions, ils étaient liés l'un à l'autre au moment de la détention des actions par l'ex-époux.

1.2.1. Règles de détention réputée

Les alinéas 110.6(14)c) à 110.6(14)e) L.I.R. indiquent que des personnes ou sociétés de personnes sont réputées liées à une autre personne aux fins de la définition d'« action admissible de petite entreprise », dans des cas particuliers. Nous traiterons ici des quatre cas suivants :

i) Sous-alinéa 110.6(14)c)(i) L.I.R. – Fiducie personnelle et un bénéficiaire;

ii) Sous-alinéa 110.6(14)c)(ii) L.I.R. – Fiducie personnelle et une personne liée aux bénéficiaires;

iii) Alinéa 110.6(14)d) L.I.R. – Une société de personnes et un associé;

iv) Alinéa 110.6(14)d.1) L.I.R. – Une société de personnes de deuxième niveau et un associé.

1.2.1.1. Actions détenues par une fiducie personnelle

Tout d'abord, mentionnons que les mécanismes prévus aux paragraphes 104(6), 104(13), 104(21) et 104(21.2) L.I.R. font en sorte qu'une fiducie peut réaliser un gain en capital sur des AAPE et, si ce gain est payable à un bénéficiaire au cours de l'année du gain, ce bénéficiaire sera réputé avoir disposé des actions et avoir réalisé lui-même le gain en capital imposable aux fins de la DGC.

Une fiducie personnelle est réputée liée à une personne ou une société de personnes pendant chaque période tout au long de laquelle cette personne ou société de personnes est bénéficiaire de la fiducie[40]. Ainsi, si la fiducie détient un bien, qu'elle le transfère à un bénéficiaire et que celui-ci le vend dans un délai inférieur à 24 mois, il sera réputé lié à la fiducie aux fins du

[40] S.-al. 110.6(14)c)(i) L.I.R.

test de détention de 24 mois. De même, cette règle pourrait permettre qu'un particulier réclame la DGC sur un gain en capital imposable réalisé par une fiducie et payé à l'individu à titre de bénéficiaire, si la fiducie avait acquis ce bien de l'individu dans les 24 derniers mois.

En référence à cela, l'ARC s'est prononcée en statuant sur le fait qu'un rentier est lié à la fiducie gérant son régime d'épargne-retraite enregistré (« REÉR ») autogéré[41]. Il s'agit d'un sujet d'actualité, compte tenu des nouvelles règles sur les REÉR émises en 2011 qui pourront obliger des REÉR à transférer en faveur du rentier du REÉR des actions de sociétés privées qui ne se qualifieront plus comme placements admissibles pour le REÉR.

Une fiducie personnelle est aussi réputée liée, à l'égard des actions d'une société donnée, à la personne (« détenteur initial ») de qui elle a acquis les actions si, lors de la disposition des actions par la fiducie, l'ensemble des bénéficiaires de la fiducie (sauf les organismes de bienfaisance enregistrés) était lié au détenteur initial (ou l'aurait été si le détenteur initial avait été vivant à ce moment).

L'ARC confirme dans une interprétation technique[42] qu'un bénéficiaire, aux fins de cette règle, n'inclut pas un bénéficiaire éventuel qui peut être désigné comme bénéficiaire par les fiduciaires s'il n'a pas été ainsi désigné en date de la disposition des actions.

1.2.1.2. Actions détenues par une société de personnes

Une société de personnes (« SP » dans le diagramme ci-dessous) est réputée liée à chacun des associés de la société de personnes, aux fins du test de détention de 24 mois, même s'il s'agit d'un associé minoritaire[43].

Également, l'associé d'une société de personnes elle-même associé d'une autre société de personnes est réputé être l'associé de celle-ci[44].

---

41 AGENCE DU REVENU DU CANADA, décision anticipée 2001-0110035, 4 février 2002.

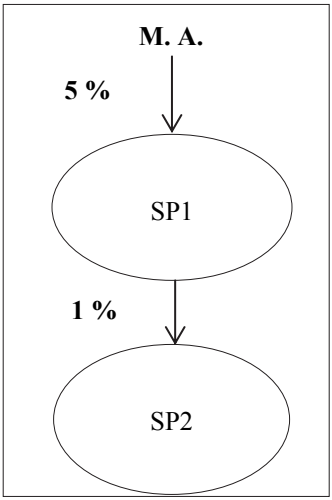
42 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0164995, 7 mai 2003.

43 Al. 110.6(14)d) L.I.R.

44 Al. 110.6(14)d.1) L.I.R.

Ainsi, dans l'exemple ci-dessous, M. A pourrait réclamer la DGC relativement à un gain en capital sur une AAPE réalisé par la société de personnes SP2 qui lui est attribué (*via* la société de personnes SP1) ou sur un gain réalisé relativement à une AAPE dont il a disposé et qui a été détenue dans les 24 derniers mois par lui, SP1 et/ou SP2.

Diagramme 2



1.3. TEST D'ACTIF SUR 24 MOIS – « ACTION ADMISSIBLE DE PETITE ENTREPRISE », ALINÉAS C) ET D)

La troisième condition de la définition d'« action admissible de petite entreprise » est celle que nous appelons le test d'actif de 24 mois. Au cours des dernières années, peu de changements ou de précisions ont été apportés à cet élément par le législateur, les tribunaux ou les autorités fiscales. En effet, il n'y a eu aucune modification législative récente, et peu d'interprétations techniques ou de jurisprudences récentes. Malgré ce fait, nous croyons important de traiter de cet élément, puisqu'il s'agit d'une condition qui peut être compliquée d'application et qui renferme plusieurs embûches. Dans ce contexte, nous examinerons en détail les conditions du test d'actif de 24 mois, ainsi que différents exemples pour en illustrer l'application.

1.3.1. Conditions du test d'actif de 24 mois

Les conditions du test d'actif de 24 mois se retrouvent aux alinéas c) et d) de la définition d'« action admissible de petite entreprise » du paragraphe 110.6(1) L.I.R. L'alinéa c) présente les conditions de ce que nous appelons le **test d'actif de base de 50 %**, alors que l'alinéa d) présente les conditions du test que nous appelons le **test d'actif supplémentaire de 90 %**.

Le test d'actif de base de 50 % se lit comme suit :

> « […] c) tout au long de la partie de la période de 24 mois qui précède le moment donné, où l'action est la propriété du particulier ou d'une personne ou société de personnes qui lui est liée, est une action du capital-actions d'une société privée sous contrôle canadien et dont plus de 50 % de la juste valeur marchande de l'actif est attribuable à des éléments visés aux sous-alinéas (i) ou (ii) :
>
> (i) des éléments utilisés principalement dans une entreprise que la société ou une société qui lui est liée exploite activement, principalement au Canada,
>
> (ii) des actions du capital-actions ou des dettes d'une ou plusieurs autres sociétés rattachées à la société – au sens du paragraphe 186(4), selon l'hypothèse que chacune de ces autres sociétés est une société payante au sens du même paragraphe – dans le cas où, à la fois :
>
> (A) tout au long de la partie de la période de 24 mois qui précède le moment donné se terminant au moment où la société a acquis ces actions ou ces dettes, nul autre que la société, qu'une personne ou société de personnes qui lui est liée ou qu'une personne ou société de personnes liée à une telle personne ou société de personnes n'en est propriétaire,
>
> (B) tout au long de la partie de la période de 24 mois qui précède le moment donné, où ces actions ou ces dettes sont la propriété de la société, d'une personne ou société de personnes qui lui est liée ou d'une personne ou société de personnes liée à une telle personne ou société de personnes, il s'agit d'actions ou de dettes de sociétés privées sous contrôle canadien et dont plus de 50 % de la juste valeur marchande de l'actif est attribuable à des éléments visés au sous-alinéa (i) ou au présent sous-alinéa […][45]. »

En termes généraux, le test d'actif de base de 50 % se résume aux quatre conditions suivantes :

---

[45] Par. 110.6(1) « action admissible de petite entreprise », al. c) L.I.R.

1) Le test doit être respecté à tout moment durant la période de 24 mois consécutifs précédant la disposition.

2) Les actions doivent appartenir au particulier, à une personne ou société de personnes qui lui est liée.

3) Les actions sont des actions de SPCC.

4) Plus de 50 % de la JVM de l'actif est attribuable à des biens admissibles.

1.3.1.1. Le test doit être respecté durant 24 mois consécutifs

L'une des conditions qui rend l'application du test d'utilisation de l'actif difficile est qu'il doit être respecté durant une période de 24 mois consécutifs. En effet, la loi prévoit que « tout au long de la partie de la période de 24 mois qui précède le moment donné […] »[46] le test doit être respecté. Il est intéressant de constater que l'ARC ne donne aucun « allègement administratif » lorsqu'elle précise ceci :

> « […] si à un moment quelconque durant la période de 24 mois qui précède le moment de la disposition, ne serait-ce que pour une courte période de temps, la société ne rencontre pas le test prévu à l'alinéa c) de ladite définition, les actions du capital-actions de cette société ne pourront être des actions admissibles de petite entreprise aux fins de l'application du paragraphe 110.6(2.1) L.I.R.[47] » (Notre soulignement)

Cette condition exige donc que la société à qualifier satisfasse au test d'actif à chaque instant de la période, et ce, sans exception. Si à un seul moment de la période de 24 mois, le niveau d'actif admissible descend sous le seuil exigé[48], alors le test d'actif n'est pas respecté. Dans un tel cas, les actions doivent être détenues pour une autre période de 24 mois suivant ce moment et remplir toutes les autres conditions de la définition d'« action admissible de petite entreprise », avant que ces actions puissent être admissibles à la DGC.

La question qui se pose en pratique est : combien de bilans doivent être analysés pour déterminer si la société se qualifie à son test d'actif de

---

46 *Id*.

47 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0030045, « Liquidité détenue momentanément », 10 octobre 2003.

48 Qui peut être « plus de 50 % » ou « 90 % ou plus », selon le cas.

24 mois? Évidemment, cela dépend de plusieurs facteurs propres à chaque société, tels que la complexité de l'entreprise, la stabilité des affaires tout au long de la période, la saisonnalité des affaires de l'entreprise, etc. En pratique, il est donc prudent de revoir tous les états bancaires mensuels et les états de placements de la société durant la période de 24 mois afin de déceler les actifs non admissibles qui pourraient compromettre la réussite de ce test d'actif.

1.3.1.2. Actif constitué à moins de 50 % de biens admissibles

Une autre situation empêchant la réussite du test de l'actif est celle où la société à qualifier détient des biens d'entreprise dont la JVM est inférieure à 50 % de la JVM de son actif total, mais qui détient des participations dans des sociétés rattachées dont la JVM doit être prise en compte pour l'atteinte du niveau de 50 % d'actifs admissibles. En effet, si la société à qualifier détient des participations dans des sociétés rattachées dont la JVM est nécessaire pour lui permettre d'atteindre le niveau de 50 % de biens admissibles, la société à qualifier doit alors respecter le test d'actif supplémentaire de 90 %.

1.3.2. Test d'actif supplémentaire de 90 %

Les conditions du test d'actif supplémentaire de 90 %[49] sont décrites à l'alinéa d) de la définition d'« action admissible de petite entreprise » comme suit :

> « […] d) dans le cas où, pour une période donnée comprise dans la période de 24 mois se terminant au moment donné, la totalité, ou presque, de la juste valeur marchande de l'actif d'une société donnée qui est la société ou une autre société rattachée à celle-ci n'est attribuable ni à des éléments visés au sous-alinéa c)(i), ni à des actions ou dettes de sociétés visées à la division c)(ii)(B), ni à une combinaison de tels éléments, actions ou dettes, le passage "plus de 50 %", à cette division, est remplacé, pour cette période donnée, par le passage "la totalité, ou presque," quant à chacune des autres sociétés rattachées à la société donnée; pour l'application du présent alinéa, une société n'est rattachée à une autre que si, à la fois :
>
> (i) elle y est rattachée, au sens du paragraphe 186(4), selon l'hypothèse qu'elle est une société payante au sens du même paragraphe;

[49] Le texte de la loi précise « totalité ou presque », toutefois aux fins du présent texte nous interprétons cette expression par 90 % et plus.

> (ii) l'autre société est propriétaire d'actions du capital-actions de la société et est réputée, pour l'application du présent sous-alinéa, propriétaire des actions du capital-actions d'une société quelconque qui sont la propriété d'une société dont les actions du capital-actions sont la propriété de l'autre société ou sont réputées l'être en application du présent sous-alinéa […]. »

En termes généraux, cela veut dire que, pour toute partie de la période de 24 mois précédant la disposition des actions pendant laquelle la société à qualifier ou une société qui lui est rattachée (selon la définition restreinte à l'alinéa d) de la définition d'« action admissible de petite entreprise ») n'atteint pas 90 % de biens admissibles compte tenu de placements dans des sociétés rattachées qui atteignent plus de 50 % de biens admissibles, les sociétés rattachées (selon la définition restreinte à l'alinéa d) de la définition d'« action admissible de petite entreprise ») à la société qui n'atteint pas 90 %, doivent atteindre 90 % de biens admissibles pour être prises en compte dans le test de 50 % de biens admissibles de la société qui en détient des actions ou dettes.

L'un des buts de ce test supplémentaire est d'éviter la répartition d'actifs non admissibles à travers une « cascade » de sociétés rattachées. En effet, une société qui n'atteint pas le test de 50 % pourrait, sans ce test supplémentaire, transférer une quantité suffisante d'actifs admissibles et non admissibles à de nouvelles sociétés rattachées afin de satisfaire au test d'actif de base de 50 % dans toutes les sociétés.

De façon générale, dans un groupe de « sociétés en cascade », une seule société peut ne respecter que le test d'actif de base de 50 % sans respecter le test de 90 %, et voir tout de même ses actions détenues par une autre société prises en compte dans le test d'actif de cette autre société aux fins de la définition d'« action admissible de petite entreprise ». Toutes les autres sociétés du groupe devront satisfaire au test d'actif supplémentaire de 90 % pour voir leurs actions détenues par une autre société prises en compte dans le test d'actif de cette autre société aux fins de la définition d'« action admissible de petite entreprise ».

Des exemples chiffrés, plus loin, permettront de démystifier cette disposition fiscale et de visualiser son effet.

Si l'on tient compte du test d'actif de base et du test d'actif supplémentaire, il y a donc trois façons de satisfaire au test d'utilisation de l'actif à un moment donné de la période de 24 mois précédant la disposition des actions, soit :

1) Détention directe de biens (biens d'entreprises suffisants) – Test de base de 50 %.

2) Détention indirecte de biens (participations dans les sociétés rattachées à tenir compte) – Test de base de 50 % et Test supplémentaire 90 % – 50 %;

3) Détention indirecte de biens (participations dans les sociétés rattachées à tenir compte) – Test de base de 50 % et Test supplémentaire 50 % – 90 %.

1.3.3. Détention directe de biens – Test de base de 50 %

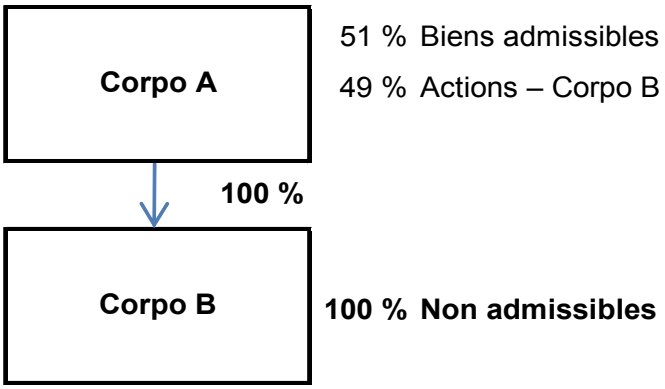
La façon la plus simple de satisfaire au test d'actif de 24 mois est celle où plus de 50 % de la JVM des biens détenus par une société à qualifier est attribuable à « des éléments utilisés principalement dans une entreprise que la société ou une société qui lui est liée exploite activement, principalement au Canada[50] ». Ainsi, la société n'a pas à recourir à la JVM de placements dans des sociétés rattachées pour réussir son test d'actif de 50 %. Nous utilisons l'expression « détention directe de biens » pour illustrer une telle situation.

Exemple de « détention directe de biens »

Dans l'exemple présenté au **diagramme 3**, la société Corpo A, qui est la société à qualifier, détient tout au long des 24 mois pertinents plus de 50 % de biens d'entreprise exploitée activement. La société Corpo A n'a pas besoin de prendre en compte la JVM des actions de la société Corpo B pour franchir la limite de plus de 50 % d'actifs admissibles. Dans un tel cas, Corpo A satisfait à son test d'actif de 24 mois.

[50] Par. 110.6(1) « action admissible de petite entreprise », s.-al. c)(i) L.I.R.

Diagramme 3



1.3.4. Détention indirecte de biens – Test de base de 50 % et test supplémentaire de 90 %

Nous utilisons l'expression « détention indirecte de biens » pour illustrer les situations où la société à qualifier détient des participations dans des sociétés rattachées dont la JVM est nécessaire, à un moment donné de la période de 24 mois, pour lui permettre d'atteindre le niveau de 50 % de biens admissibles**.** Pour qu'un placement d'une société donnée dans une autre société soit considéré comme un actif admissible au sens de l'alinéa c) de la définition d'« action admissible de petite entreprise » à un moment donné de la période de 24 mois, il faut que les trois conditions suivantes soient remplies[51] :

1) L'autre société doit être rattachée, au sens du paragraphe 186(4) L.I.R., à la société donnée.

2) La société donnée doit respecter le test de détention (tout au long des 24 mois) à l'égard des actions de la société rattachée. À cette fin, n'oublions pas l'alinéa 110.6(14)f) L.I.R. discuté plus tôt.

3) La société rattachée doit être une SPCC qui respecte le test d'actif de base de 50 % tout au long de la période de 24 mois en question.

---

[51] Par. 110.6(1) « action admissible de petite entreprise », s.-al. c)(ii) L.I.R.

1.3.4.1. Détention indirecte de biens – Test de base de 50 % – Sens de « rattachée »

Pour qu'un placement dans une société rattachée puisse être pris en compte à titre d'actif admissible dans le calcul du test d'actif, la société doit être rattachée au sens du paragraphe 186(4) L.I.R. Le paragraphe 186(4) L.I.R. prévoit qu'une société est rattachée à une autre société à un moment donné, dans l'un ou l'autre des cas suivants :

> « […]
>
> a) la société payante est contrôlée (autrement qu'au moyen du droit visé à l'alinéa 251(5)b)) par la société donnée à ce moment;
>
> b) la société donnée a possédé 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,
>
> (ii) d'autre part, des actions du capital-actions de la société payante dont la juste valeur marchande est de plus de 10 % de la juste valeur marchande de toutes les actions émises du capital-actions de la société payante. »

Le paragraphe 186(2) L.I.R. élargit comme suit l'expression « contrôlée » aux fins de l'alinéa 186(4)a) L.I.R. :

> « […] une société est contrôlée par une autre société si plus de 50 % des actions émises de son capital-actions (comportant plein droit de vote en toutes circonstances) appartiennent à l'autre société, à des personnes avec lesquelles cette autre société a un lien de dépendance ou à la fois à l'autre société et à des personnes avec lesquelles l'autre société a un lien de dépendance. »

1.3.4.2. Détention indirecte de biens – Test de base de 50 % – Test de détention de 24 mois

Pour qu'un placement (actions ou dettes) dans une société rattachée puisse être pris en compte à titre d'actif admissible dans le calcul du test d'actif d'une société donnée, le placement doit être détenu par nul autre que la société, une personne ou société de personnes qui lui est liée, ou une personne ou société de personnes liées à une telle personne ou société de personnes, durant la période de 24 mois précédant le moment de la disposition des actions à qualifier. Ainsi, dans le cas d'une détention indirecte de biens, il y a donc deux tests de détention d'actions de 24 mois à respecter, soit le test que doit respecter le particulier qui détient les actions à

qualifier et le test que doit respecter la société à qualifier (ou une société rattachée à celle-ci) à l'égard d'un placement dans une société rattachée.

N'oublions pas l'impact de l'alinéa 110.6(14)f) L.I.R. à l'égard des actions d'une société rattachée que l'on veut qualifier comme bien admissible pour une société donnée en vertu du sous-alinéa c)(ii) de la définition d'« action admissible de petite entreprise », lorsque ces actions sont émises dans les 24 mois précédant le moment requis pour la détermination du statut d'« action admissible de petite entreprise ». L'alinéa 110.6(14)f) L.I.R. indique ce qui suit :

> « […] les actions émises après le 13 juin 1988 par une société en faveur d'une personne ou société de personnes donnée sont réputées avoir été la propriété, immédiatement avant leur émission, d'une personne qui n'était pas liée à la personne ou société de personnes donnée, sauf si les actions ont été émises :
>
> (i) soit en contrepartie d'autres actions,
>
> (ii) soit dans le cadre d'une opération ou d'une série d'opérations dans laquelle la personne ou société de personnes donnée a disposé, en faveur de la société , de biens qui représentent :
>
> (A) soit la totalité, ou presque, des éléments d'actif utilisés dans une entreprise exploitée activement par cette personne ou par les associés de cette société de personnes,
>
> (B) soit une participation dans une société de personnes dont la totalité, ou presque, des éléments d'actif sont utilisés dans une entreprise exploitée activement par les associés de la société de personnes.
>
> (iii) soit en paiement d'un dividende en actions; […]. »

Ainsi, une action émise dans la période de 24 mois en question ne serait pas un bien admissible si elle n'a pas été émise dans les circonstances visées aux sous-alinéas 110.6(14)f)(i) à 110.6(14)f)(iii) L.I.R.

1.3.4.3. Détention indirecte de biens – Test de base de 50 % – Test d'actif de 24 mois

Pour qu'un placement (actions ou dettes) dans une société rattachée puisse être pris en compte à titre d'actif admissible dans le calcul du test d'actif d'une autre société, un test d'actif de 24 mois doit être respecté par la société rattachée, soit le même que le test à respecter par la société à qualifier, c'est-à-dire le test indiqué à l'alinéa c) de la définition d'« action

admissible de petite entreprise ». Il faut que plus de 50 % de la JVM de l'actif de la société rattachée soit attribuable à des :

a) biens utilisés dans une entreprise active – selon le sous-alinéa c)(i) de la définition d'« action admissible de petite entreprise »; ou

b) placements (actions ou dettes) dans une société rattachée (au sens du paragraphe 186(2) L.I.R.) – selon le sous-alinéa c)(ii) de la définition d'« action admissible de petite entreprise ».

Ainsi, dans le cas d'une détention indirecte de biens, il y a donc deux tests d'actif de 24 mois à respecter, soit le test que doit respecter la société à qualifier et le test que doit respecter la société rattachée.

1.3.4.4. Détention indirecte de biens – Test supplémentaire de 90 % – Sens de « rattachée »

Lorsqu'un placement (actions ou dettes) dans une société rattachée est pris en compte à titre d'actif admissible dans le calcul du test d'actif de base d'une autre société, et qu'il faille appliquer le test d'actif supplémentaire de 90 %, il est important de constater que le terme « rattachée » n'a pas le même sens pour l'application du test de base de 50 %[52] que pour l'application du test supplémentaire de 90 %[53].

Selon l'alinéa d) de la définition d'« action admissible de petite entreprise », soit pour le test supplémentaire, le sens de « rattachée » se décrit comme suit :

> « […] une société n'est rattachée à une autre que si, à la fois :
>
> (i) elle y est rattachée, au sens du paragraphe 186(4), selon l'hypothèse qu'elle est une société payante au sens du même paragraphe,
>
> (ii) l'autre société est propriétaire d'actions du capital-actions de la société et est réputée, pour l'application du présent sous-alinéa, propriétaire des actions du capital-actions d'une société quelconque qui sont la propriété d'une société dont les actions du capital-actions sont la propriété de l'autre société ou sont réputées l'être en application du présent sous-alinéa; […][54]. »

---

52 Prévu au paragraphe 110.6(1) « action admissible de petite entreprise », al. c) L.I.R.

53 Par. 110.6(1) « action admissible de petite entreprise », al. d) L.I.R.

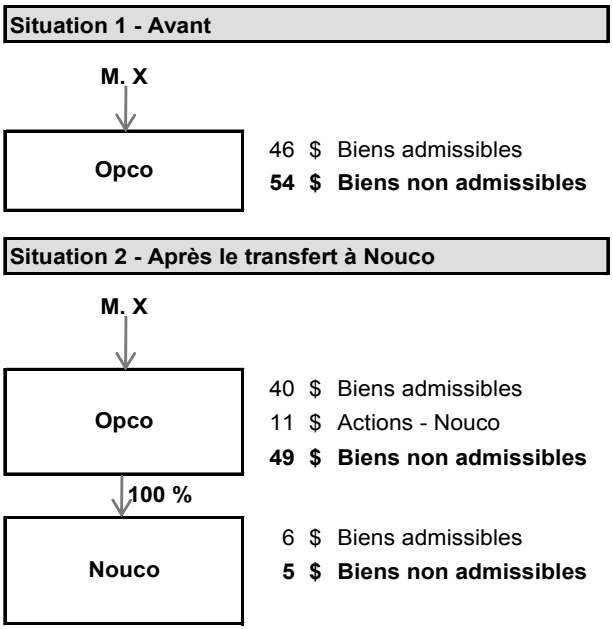
54 *Id*.

L'unique différence entre le sens de « rattachée » selon l'alinéa c) (test d'actif de base) et l'alinéa d) de la définition d'« action admissible de petite entreprise » (test d'actif supplémentaire) est la propriété d'actions, directe ou indirecte, qu'une société doit avoir dans ladite société rattachée aux fins du test d'actif supplémentaire. Une seule action suffit pour créer le « rattachement » entre deux sociétés selon l'alinéa d). Selon l'alinéa c) (test d'actif de base), une société peut être rattachée à une autre société sans pour autant que l'autre société détienne (directement ou indirectement) des actions de cette première société.

1.3.4.5. Détention indirecte de biens – Test supplémentaire de 90 % – Illustration de l'antidilution

Le **diagramme 4** ci-dessous illustre un exemple d'une dilution d'actifs non admissibles qui pourrait être réalisée, si l'alinéa d) n'existait pas, par le transfert de biens admissibles et non admissibles en faveur d'une nouvelle filiale. Dans la situation 1, la société Opco détient 54 % de biens non admissibles, soit un pourcentage insuffisant pour satisfaire au test d'actif de base de 50 %. Dans la situation 2, la société Opco incorpore la société Nouco et lui transfère 6 $ de biens admissibles et 5 $ de biens non admissibles. À la suite de ce transfert, Opco et Nouco respectent toutes deux le test d'actif de base de 50 %. Puisque Opco ne possède pas suffisamment de biens d'entreprise pour satisfaire au test d'actif de base de 50 %, Nouco doit respecter le test d'actif de base de 50 % afin que ses actions soient un actif admissible pour Opco, ce qui est le cas. Il y a toutefois application de l'alinéa d) dans cette situation puisque la société Opco ne peut respecter le test d'actif de 90 %, mais seulement le test de base de 50 %. Nouco doit donc respecter le test supplémentaire de 90 % pour que la JVM de ses actions puisse être prise en compte pour le test d'actifs admissibles pour la société Opco. Étant donné que la société Nouco ne respecte pas le test de 90 %, le test d'actif n'est pas respecté par la société Opco. La dilution n'a donc pas permis de satisfaire au test d'actif de 24 mois par la société Opco.

Diagramme 4



1.3.4.6. Exemple – Sociétés « rattachées » au sens de l'alinéa c) par rapport à l'alinéa d)

Le **diagramme 5** ci-dessous nous permet de comparer le sens du terme « rattaché » selon le test de base d'actif de 50 % (al. c) de la définition d'« action admissible de petite entreprise ») par rapport au test d'actif supplémentaire de 90 % (al. d) de la définition d'« action admissible de petite entreprise »). Aux fins du test de base de 50 %, la société Opco 3 est rattachée à la société Opco 1[55], à la société Gesco[56] et à la société Opco 2[57]. Par contre, aux fins du test supplémentaire de 90 %, la société Opco 3 est rattachée à la société Opco 1 et à la société Gesco uniquement. La société Opco 3 n'est pas rattachée à la société Opco 2, puisque Opco 2 ne détient pas d'actions d'Opco 3.

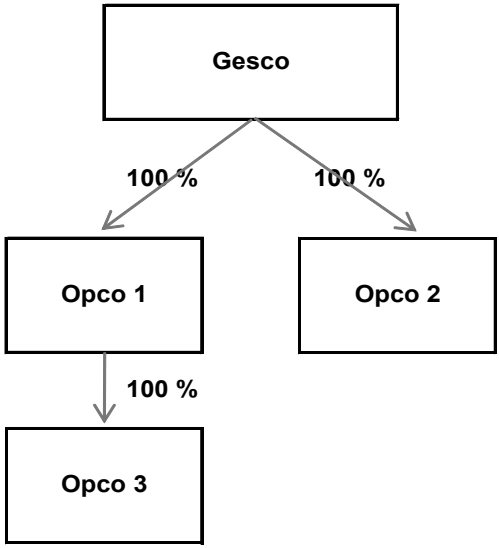
---

55 En vertu de l'alinéa 186(4)b) L.I.R.

56 *Id*.

57 En vertu de l'alinéa 186(4)a) et du paragraphe 186(2) L.I.R.

Diagramme 5



1.3.4.7. Exemple – Sociétés « liées » mais non « rattachées »

Le **diagramme 6** présente une situation où deux sociétés sont liées, mais non rattachées entre elles. Dans cet exemple, les contribuables A et B ne sont pas liés[58]. Les sociétés Opco 1 et Opco 2 sont liées puisqu'elles sont contrôlées par le même groupe de personnes[59]. Toutefois, la société Opco 1 n'est pas rattachée à la société Opco 2, puisque la société Opco 1 n'a pas de lien de dépendance ni avec A ni avec B et qu'elle n'est donc pas contrôlée par la société Opco 2[60]. Dans une telle structure, si la société Opco 2 octroie un prêt à la société Opco 1, le prêt ne pourra se qualifier à titre de bien admissible pour la société Opco 2, puisqu'il s'agit d'un placement dans une société non rattachée.

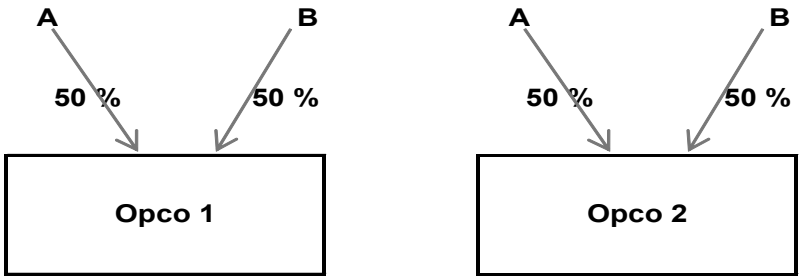
---

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

59 Au sens du sous-alinéa 251(2)c)(i) L.I.R.

60 En vertu de l'alinéa 186(4)a) et du paragraphe 186(2) L.I.R.

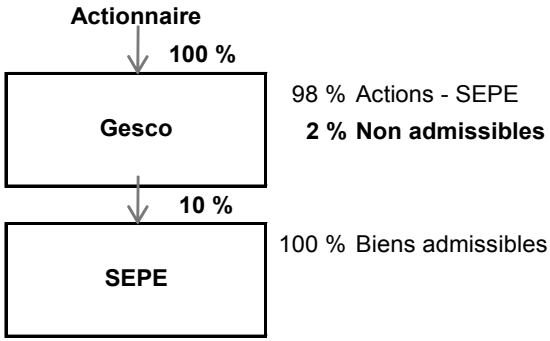
Diagramme 6



1.3.4.8. Exemple – Sociétés « non rattachées »

Le **diagramme 7** présente une situation désolante qui illustre bien l'importance du concept « rattaché » dans l'application du test d'actif de 24 mois. La société Gesco détient 10 % des actions d'une SEPE qui ne possède que des biens d'entreprise active. Dans ce cas, 98 % de la valeur des actifs de la société Gesco est relative aux actions de la société SEPE. Toutefois, puisque la société SEPE n'est pas rattachée à la société Gesco[61], la JVM des actions de SEPE ne peut être tenue en compte dans le calcul de la JVM des biens admissibles de la société Gesco. Les actions de la société Gesco ne se qualifient donc pas à titre d'AAPE.

Diagramme 7



[61] En effet, Gesco ne détient pas plus de 10 % des actions en vote et valeur de la société SEPE, comme requis à l'alinéa 186(4)b) L.I.R.

1.3.4.9. Détention indirecte de biens – Tests de 50 % – et de 90 % – Exemples

Les exemples un à sept qui suivent ont pour but d'illustrer l'application du test d'actif de base de 50 %, pour la période de 24 mois, et l'exigence de l'atteinte du test de 90 % « […] quant à chacune des autres sociétés rattachées à la société donnée […] »[62] contenue au test d'actif supplémentaire de 90 %.

Exemple 1 – Détention indirecte – Tests de 50 % – et de 90 %

Dans le **diagramme 8**[63], la société Opco est rattachée à la société Gesco au sens de l'alinéa d) de la définition d'« action admissible de petite entreprise ».

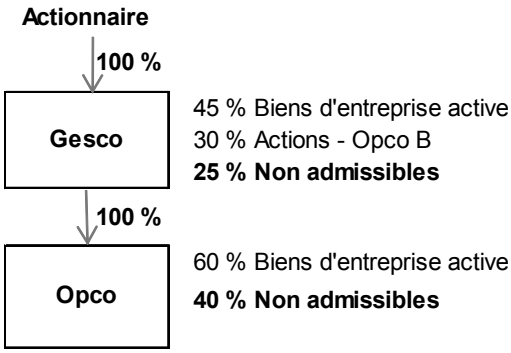
La société Gesco ne possède pas suffisamment de biens d'entreprise pour satisfaire au test de base de 50 %. La société Gesco doit qualifier les actions d'Opco à titre de biens admissibles si elle veut satisfaire au test d'actif. Par ailleurs, même si les actions d'Opco se qualifient à titre de biens admissibles, la société Gesco ne peut respecter le test supplémentaire de 90 %, puisqu'elle possède 25 % de biens non admissibles. Il y a donc application de l'alinéa d) de la définition d'« action admissible de petite entreprise ». La société Opco doit donc respecter le test supplémentaire de 90 % afin que Gesco puisse tenir compte de son placement dans Opco aux fins de son test d'actif. Étant donné que seulement 60 % de la JVM de l'actif de la société Opco est composée de biens admissibles, le test supplémentaire de 90 % n'est pas respecté par Opco et les actions de la société Opco ne se qualifient donc pas à titre de biens admissibles pour Gesco. Le test d'actif de 24 mois n'est donc pas respecté par la société Gesco.

---

62 Précité, note 53.

63 Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9428125, 10 mai 1995.

Diagramme 8



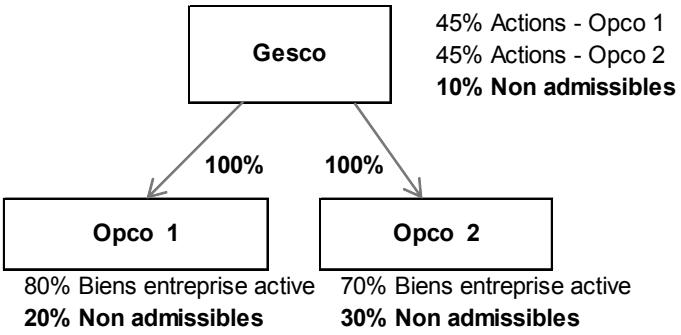
Exemple 2 – Détention indirecte – Test 90 % – 50 %

Dans le **diagramme 9**[64], les sociétés Opco 1 et Opco 2 sont rattachées à la société Gesco au sens de l'alinéa d) de la définition d'« action admissible de petite entreprise » de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La société Gesco doit qualifier les actions des sociétés Opco 1 et Opco 2 à titre de biens admissibles. Si les actions d'Opco 1 et Opco 2 se qualifient à titre de biens admissibles, la société Gesco pourra du même coup respecter le test supplémentaire de 90 %. Il n'y a donc pas application de l'alinéa d) de la définition d'« action admissible de petite entreprise » de la *Loi de l'impôt sur le revenu* aux sociétés rattachées Opco 1 et Opco 2. Puisque la société Gesco satisfait au test supplémentaire de 90 %, alors les sociétés rattachées Opco 1 et Opco 2 n'ont qu'à respecter le test de base de 50 %, pour que leurs actions puissent être considérées comme des biens admissibles pour la société Gesco. Enfin, comme la JVM de l'actif des sociétés Opco 1 et Opco 2 est composée à plus de 50 % de biens admissibles, le test de base de 50 % est respecté. Les actions des sociétés Opco 1 et Opco 2 se qualifient à titre de biens admissibles pour Gesco. Le test d'actif de 24 mois est respecté par la société Gesco.

---

64 *Id.*

Diagramme 9



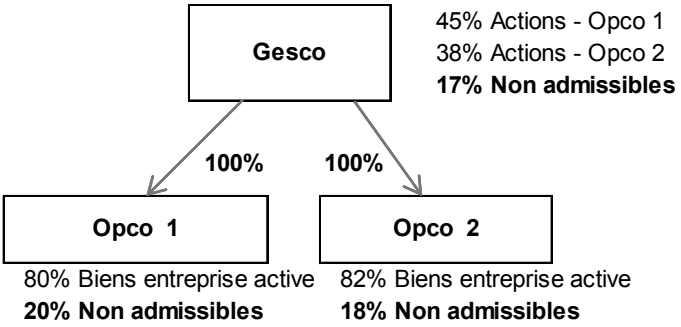
Exemple 3 – Détention indirecte – Test 50 % – 90 %

Le **diagramme 10**[65] est une variante de la situation présentée au **diagramme 9**. Dans cet exemple, la société Opco 2 a versé un dividende représentant 50 % de ses biens non admissibles à son actionnaire la société Gesco. Les sociétés Opco 1 et Opco 2 sont rattachées à la société Gesco au sens de l'alinéa d) de la définition d'« action admissible de petite entreprise ». La société Gesco doit, si elle veut respecter son test de base de 50 %, qualifier les actions des sociétés Opco 1 et Opco 2 à titre de biens admissibles. Toutefois, contrairement à l'exemple précédent, même si les actions d'Opco 1 et Opco 2 se qualifient à titre de biens admissibles, la société Gesco ne pourrait satisfaire au test supplémentaire de 90 %, puisqu'elle possède 17 % de biens non admissibles. Il y a donc application de l'alinéa d) de la définition d'« action admissible de petite entreprise » aux sociétés Opco 1 et Opco 2. Ainsi, puisque la société Gesco satisfait au test de base de 50 %, mais qu'elle ne respecte pas le test supplémentaire de 90 %, c'est donc aux sociétés rattachées Opco 1 et Opco 2 de satisfaire au test supplémentaire de 90 %. Étant donné que la JVM de l'actif des sociétés Opco 1 et Opco 2 est composée à 90 % ou moins de biens admissibles, le test supplémentaire de 90 % n'est pas respecté. Les actions des sociétés Opco 1 et Opco 2 ne se qualifient pas à titre de biens admissibles pour Gesco. Le test d'actif de 24 mois n'est donc pas respecté par la société Gesco. On constate par cet exemple qu'un seul versement de dividende a eu pour effet de faire échouer Gesco au test d'actif de 24 mois.

---

[65] *Id.*

Diagramme 10



Exemple 4 – Détention indirecte – Test 50 % – 90 %

Dans le **diagramme 11**[66], les sociétés Opco 1 et Opco 2 sont rattachées à la société Gesco au sens de l'alinéa d) de la définition d'« action admissible de petite entreprise ». La société Gesco ne possède pas suffisamment de biens d'entreprise pour satisfaire au test de base de 50 % sans considérer ses placements dans des sociétés rattachées. La société Gesco doit, si elle veut respecter son test de base de 50 %, qualifier au minimum les actions des sociétés Opco 1 à titre de biens admissibles[67]. Par ailleurs, même si les actions de la société Opco 1 se qualifient à titre de biens admissibles, la société Gesco ne pourra satisfaire au test supplémentaire de 90 %, puisqu'elle possède au minimum 47 % de biens non admissibles. Il y a donc application de l'alinéa d) de la définition d'« action admissible de petite entreprise » de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, à la société Opco 1. Ainsi, puisque la société Gesco respecte le test de base de 50 %, mais non le test supplémentaire de 90 %, c'est donc à sa société rattachée Opco 1 de satisfaire au test supplémentaire de 90 %. À noter que la société Opco 2 n'a pas à se qualifier au test d'actif de 24 mois, puisque la JVM des actions d'Opco 2 n'est pas prise en compte dans les biens admissibles de la société Gesco[68]. Étant donné que la JVM de l'actif de la société Opco 1 est

---

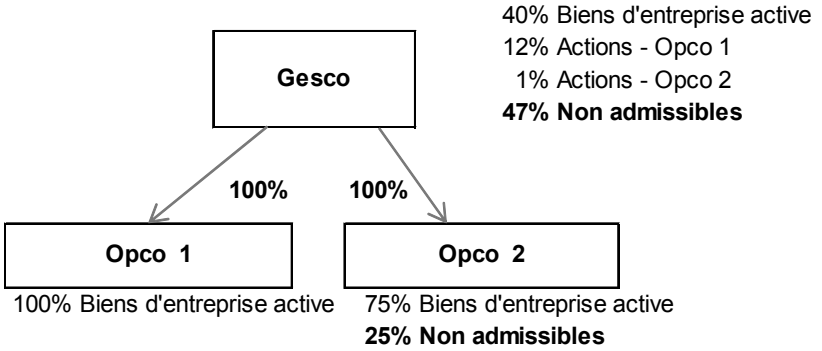
66 Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9330615, 28 juin 1994.

67 En qualifiant les actions de la société Opco 1, les biens admissibles seront de 52 % sur l'ensemble des actifs.

68 Cette position est en accord avec le document suivant : AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2011-0410871E5, 15 août 2011.

composée à 90 % et plus de biens admissibles, le test supplémentaire de 90 % est respecté. Les actions de la société Opco 1 se qualifient à titre de biens admissibles pour Gesco. Le test d'actif de 24 mois est respecté par la société Gesco.

Diagramme 11

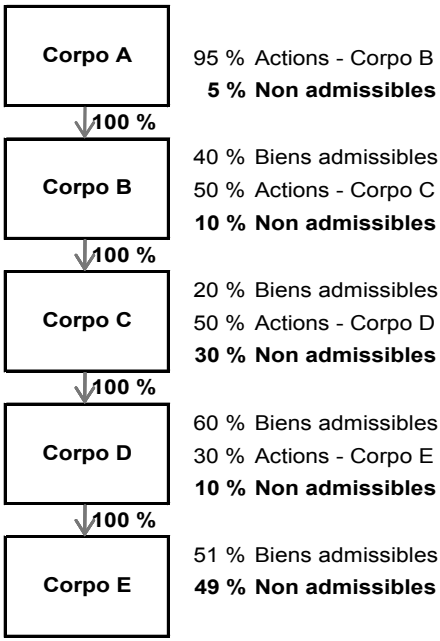


Exemple 5 – « Cascade de sociétés »

Dans le **diagramme 12**, les sociétés Corpo E, Corpo D, Corpo C et Corpo B sont rattachées à la société Corpo A au sens de l'alinéa d) de la définition d'« action admissible de petite entreprise ». La société Corpo A doit, si elle veut respecter son test de base de 50 %, qualifier les actions de la société Corpo B à titre de biens admissibles. Si les actions Corpo B se qualifient à titre de biens admissibles, la société Corpo A pourra satisfaire au test supplémentaire de 90 %, puisqu'elle ne possède que 5 % de biens non admissibles. La société Corpo B doit, si elle veut respecter son test de base de 50 %, qualifier au minimum les actions de la société Corpo C à titre de biens admissibles. Si les actions de Corpo C se qualifient à titre de biens admissibles, la société Corpo B pourra du même coup satisfaire au test supplémentaire de 90 %. La société Corpo C doit, si elle veut respecter son test de base de 50 %, qualifier au minimum les actions de la société Corpo D à titre de biens admissibles. Par ailleurs, même si les actions de la société Corpo D se qualifient à titre de biens admissibles, la société Corpo C ne pourra respecter le test supplémentaire de 90 %, puisqu'elle possède 30 % de biens non admissibles. Il y a donc application de l'alinéa d) de la définition d'« action admissible de petite entreprise », aux sociétés Corpo D et Corpo E. Puisque la société CORPO C respecte le test de base de 50 %, mais non le test supplémentaire de 90 %, c'est donc aux sociétés rattachées Corpo D et Corpo E de satisfaire au test supplémentaire de 90 %. Puisque la

JVM de l'actif de la société Corpo E est composée à 90 % ou moins de biens admissibles, le test supplémentaire de 90 % n'est pas respecté. Les actions de Corpo E ne se qualifient pas à titre de biens admissibles pour Corpo D et Corpo D ne respectera pas son test d'actif de 90 %. Le test d'actif de 24 mois n'est donc pas respecté par la société Corpo A. Il est à noter que même si Corpo D possède suffisamment de biens d'entreprise active pour respecter son test de base de 50 %, elle doit absolument satisfaire au test supplémentaire de 90 %. Étant donné que Corpo A fait partie d'une « structure de sociétés en cascade » dans laquelle une société a échoué le test supplémentaire de 90 %, alors, dans ce cas, toutes les sociétés rattachées à la société qui a échoué le test doivent satisfaire au test plus sévère de 90 %.

Diagramme 12

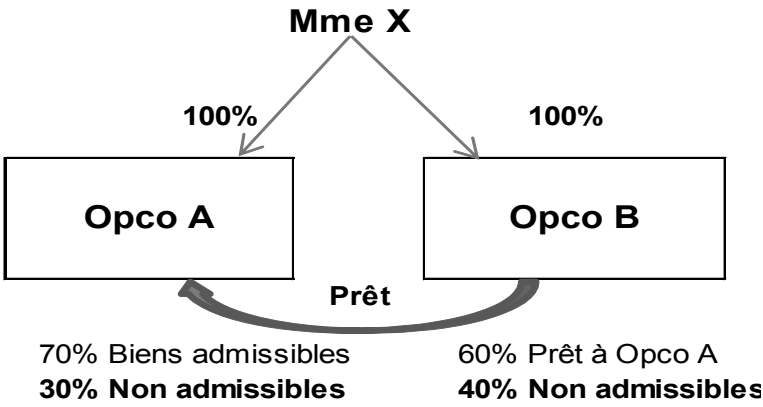


Exemple 6 – Prêt à une société sœur

Dans le **diagramme 13**, la société Opco B est la société à qualifier. La société Opco B ne possède aucun bien d'entreprise pour satisfaire au test de base de 50 %. La société Opco B doit, si elle veut respecter son test de base de 50 %, qualifier le prêt fait à Opco A à titre de bien admissible. Par ailleurs, la société Opco A n'est pas rattachée à la société Opco B au sens de

l'alinéa d) de la définition d'« action admissible de petite entreprise », mais elle l'est au sens de l'alinéa c) de la définition d'« action admissible de petite entreprise ». Il n'y a donc pas application de l'alinéa d) de la définition d'« action admissible de petite entreprise » à la société Opco A dans un tel cas. La société Opco A n'a pas à satisfaire au test supplémentaire de 90 %. Ainsi, pour que la JVM du prêt fait à Opco A puisse se qualifier à titre de bien admissible pour la société Opco B, la société Opco A doit respecter son test d'actif de base de 50 %. Étant donné que la JVM de la société Opco A est composée à 70 % de biens d'entreprise admissible, le test de base de 50 % est respecté par Opco A. La JVM du prêt fait à Opco A se qualifie comme bien admissible pour la société Opco B. Le test d'actif de 24 mois est respecté par la société Opco B.

Diagramme 13

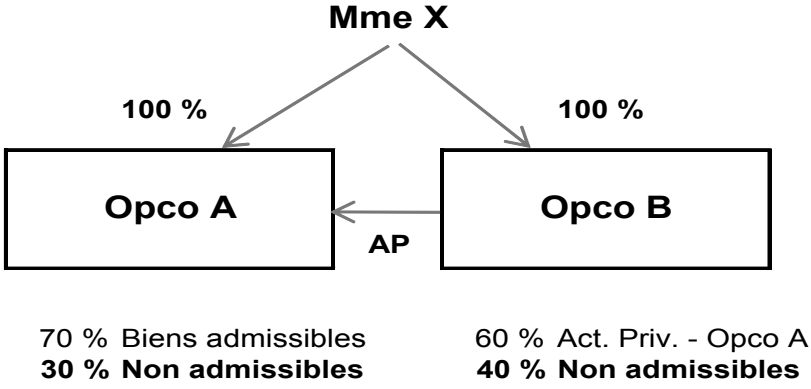


Exemple 7 – Actions d'une société sœur

Le **diagramme 14** est une variante de la situation présentée au **diagramme 13**. Dans cet exemple, la société Opco B détient des actions privilégiées de la société Opco A au lieu d'un prêt à celle-ci. La société Opco A est donc rattachée à la société Opco B au sens de l'alinéa d) de la définition d'« action admissible de petite entreprise », puisque la société Opco B est propriétaire d'actions d'Opco A. Il y a donc application de l'alinéa d) de la définition d'« action admissible de petite entreprise » à la société Opco A. Ainsi, puisque la société Opco B respecte le test de base de 50 %, mais non le test supplémentaire de 90 %, c'est à sa société rattachée Opco A de satisfaire au test supplémentaire de 90 %. Étant donné que la JVM de l'actif de la société Opco A est composée à 70 % de biens

admissibles, le test supplémentaire de 90 % n'est pas respecté. Les actions de la société Opco A ne se qualifient pas à titre de biens admissibles pour Opco B. Le test d'actif de 24 mois n'est pas respecté par la société Opco B. Il est donc intéressant de constater que le fait pour Opco B de posséder des actions privilégiées d'Opco A, plutôt qu'une créance, a pour résultat de faire échouer le test d'actif de 24 mois à la société Opco B.

Diagramme 14



1.4. TESTS D'ACTIF ET DE DÉTENTION SUR 24 MOIS LIÉS AUX ACTIONS DE REMPLACEMENT – « ACTION ADMISSIBLE DE PETITE ENTREPRISE », ALINÉAS E) ET F)

Les règles qui entourent les actions de remplacement visent à empêcher qu'une action se qualifie à la définition d'« action admissible de petite entreprise » lorsqu'elle est une action substituée au cours des 24 derniers mois à une action qui ne se qualifiait pas. Il y a deux dispositions qui sont applicables aux actions remplacées. La première que l'on trouve à l'alinéa e) de la définition d'« action admissible de petite entreprise » vise les actions remplacées qui sont détenues par un particulier. La seconde à l'alinéa f) de la définition d'« action admissible de petite entreprise » vise les actions de sociétés rattachées détenues par la société visée (aux fins du test d'actif d'une société). Ces deux dispositions sont les suivantes :

> « e) l'action qui, au cours de la période de 24 mois se terminant au moment donné, remplace une autre action n'est censée remplir les conditions de la présente définition que si l'autre action, à la fois :

(i) n'est la propriété de nul autre qu'une personne ou société de personnes visée à l'alinéa b) tout au long de la période commençant 24 mois avant le moment donné et se terminant au moment du remplacement,

(ii) est une action du capital-actions d'une société visée à l'alinéa c) tout au long de la partie de la période visée au sous-alinéa (i) au cours de laquelle une telle action est la propriété d'une personne ou société de personnes visée à l'alinéa b);

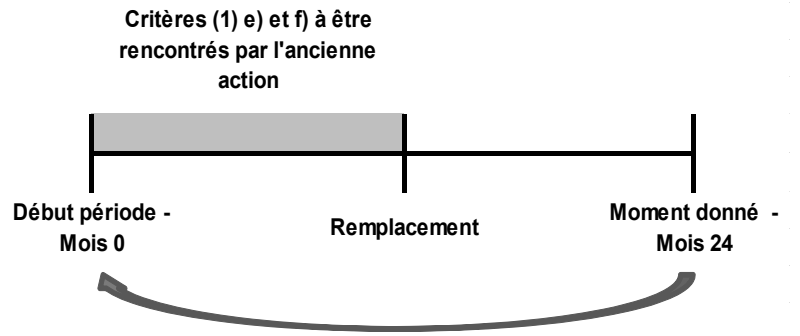
f) l'action visée au sous-alinéa c)(ii) qui, au cours de la période de 24 mois se terminant au moment donné, remplace une autre action n'est censée remplir les conditions de ce sous-alinéa que si l'autre action, à la fois :

(i) n'est la propriété de nul autre qu'une personne ou société de personnes visée à la division c)(ii)(A) tout au long de la période commençant 24 mois avant le moment donné et se terminant au moment du remplacement,

(ii) est une action du capital-actions d'une société visée à l'alinéa c) tout au long de la partie de la période visée au sous-alinéa (i) au cours de laquelle une telle action est la propriété d'une personne ou société de personnes visée à la division c)(ii)(A). »

Les actions de remplacement n'ont pas à être détenues pendant 24 mois suivant le remplacement. Par contre, les actions remplacées doivent satisfaire aux tests de détention et d'actif pour la partie de la période de 24 mois précédant le moment de remplacement[69].

Diagramme 15



[69] Par. 110.6(1) « action admissible de petite entreprise », s.-al. e)(i) L.I.R.

Exemple – Actions remplacées détenues depuis plus de 24 mois

M. X détient 100 % des actions de catégorie « A » d'Opco depuis cinq ans. La société Opco satisfait au test d'actif tout au long de cette période. Il détient aussi 100 % des actions dans une société de gestion Gesco. Monsieur cède ses actions de catégorie « A » d'Opco à Gesco en contrepartie d'actions « B » de Gesco. Il les détient pendant six mois, au cours desquels Gesco respecte le test d'actif, et il les vend ensuite. Puisque les règles sur les actions de remplacement s'appliquent, nous pouvons conclure que les actions de catégorie « B » de Gesco respectent le test de détention et le test d'actif de 24 mois, car il faut appliquer les tests aux actions remplacées (actions A d'Opco) pour les 18 mois précédant les six mois où les actions B leur ont été substituées.

Exemple – Actions remplacées détenues moins de 24 mois

Prenons le même exemple, mais avec la variante où M. X détient 100 % des actions de catégorie « A » d'Opco pendant 20 mois avant de les céder à Gesco. Dans cet exemple, nous concluons que les actions de catégorie « B » se qualifient comme AAPE, car les actions remplacées satisfont aux tests de détention et d'actif pour la partie (18 mois) de la période de 24 mois précédant le moment de remplacement. Par contre, l'ARC a mentionné en 2005 que l'action remplacée doit avoir été détenue par une personne liée au particulier durant la période de 24 mois précédant le moment de remplacement[70].

Cette interprétation nous semble erronée; en effet la *Loi de l'impôt sur le revenu* indique, à l'alinéa (1)e) de la définition d'« action admissible de petite entreprise », ceci :

> « L'action qui, au cours de la période de 24 mois se terminant au moment donné, remplace une autre action n'est censée remplir les conditions […] que si l'autre action […] n'est la propriété de nul autre qu'une personne […] tout au long de la période commençant 24 mois avant le moment donné et se terminant au moment du remplacement […][71]. » (Notre soulignement)

Nous avons récemment soumis à l'ARC nos commentaires à ce sujet en lui demandant de revoir son interprétation.

---

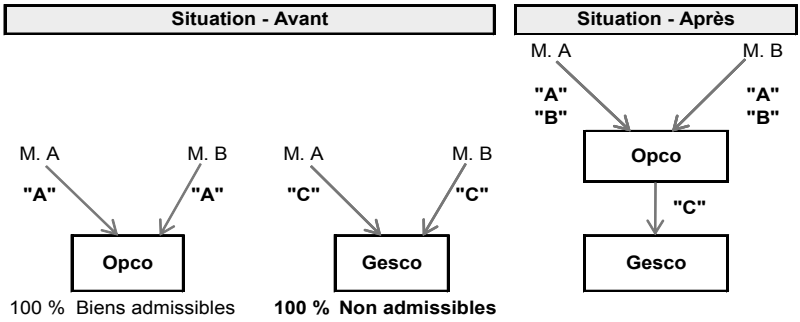
70 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0117791E5, 8 novembre 2005.

71 Précité, note 69.

Exemple – Actions remplacées ne sont pas des AAPE

Voici un dernier exemple qui montre une situation où les actions substituées ne répondent pas à la définition d'« action admissible de petite entreprise ».

Diagramme 16



Deux frères (M. A et M. B) détiennent les actions de catégorie « A » d'Opco et « C » de Gesco depuis plus de cinq ans au cours desquels Opco n'a détenu que des biens utilisés dans une entreprise exploitée activement au Canada et Gesco que des biens non utilisés dans une telle entreprise. M. A et M. B transfèrent les actions de catégorie « C » de Gesco à Opco en échange d'actions de catégorie « B » d'Opco. Par la suite, M. A et M. B vendent les actions moins de 24 mois après avoir fait le transfert. Opco a respecté le test d'actifs admissibles (à plus de 90 %) tout au long des 24 derniers mois. Lors de la vente, les actions de catégorie « A » d'Opco vont respecter la définition d'« action admissible de petite entreprise », mais pas les actions B. En effet, les règles d'actions de remplacement s'appliquent pour indiquer que les actions de catégorie « B » ne respectent pas le test d'actif, car les actions remplacées (catégorie « C ») ne se qualifiaient pas.

1.5. RÈGLES LORS DE SITUATIONS DE CIRCULARITÉ – ALINÉA 110.6(15)B) L.I.R.

Dans la définition d'« action admissible de petite entreprise », un problème de circularité lors du test d'actif d'une société peut survenir, si une société (par exemple, une filiale) détient des actions/dettes d'une autre société (par exemple, sa société mère) à laquelle elle est rattachée. Il pourrait arriver, en effet, que pour déterminer si une société (société mère) respecte le test d'actif, il faille déterminer si une société rattachée (filiale) à celle-ci

respecte le test d'actif mais que le test d'actif de cette société rattachée (filiale) dépend de l'atteinte ou non du test d'actif de la première société (société mère) si la société rattachée (filiale) détient des actions ou des dettes de la première société (société mère).

Pour résoudre ce problème de circularité, la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit à l'alinéa 110.6(15)b) L.I.R. ce qui suit :

> « b) la juste valeur marchande d'un élément d'actif d'une société donnée qui constitue une action du capital-actions ou une dette d'une autre société avec laquelle la société donnée est rattachée est réputée être nulle; pour l'application du présent alinéa, une société donnée n'est rattachée à une autre société que si les conditions suivantes sont réunies :
>
> (i) la société donnée est rattachée à l'autre société , au sens de l'alinéa d) de la définition de "action admissible de petite entreprise" au paragraphe (1),
>
> (ii) l'autre société n'est pas rattachée à la société donnée au sens du paragraphe 186(4), compte non tenu du paragraphe 186(2) et à supposer que l'autre société soit une société payante au sens du paragraphe 186(4),
>
> toutefois, le présent alinéa sert uniquement à déterminer si une action du capital-actions d'une autre société à laquelle la société donnée est rattachée est une action admissible de petite entreprise ou une action du capital-actions d'une société agricole familiale, et si l'autre société est une société exploitant une petite entreprise. »

Tentons de formuler cela autrement pour y voir clair. La JVM des actions/dettes d'une autre société (société mère) détenues par une société donnée (filiale) qui lui est rattachée (au sens de l'alinéa 110.6(1)d) de la définition d'« action admissible de petite entreprise »[72]) est réputée nulle, sauf si l'autre société (société mère) est rattachée (au sens du paragraphe 186(4) L.I.R. compte non tenu du paragraphe 186(2) L.I.R.[73]) à la société qui lui est rattachée (filiale). Pour comprendre cette disposition, il faut savoir que la définition de « société rattachée » au paragraphe 186(4) L.I.R. fait en sorte que, si une société B est rattachée à une société A, la société A n'est

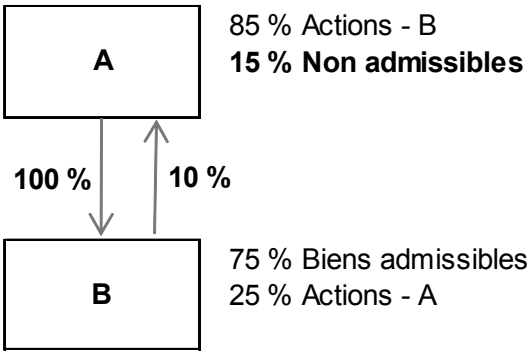
---

[72] Par. 110.6(1) « action admissible de petite entreprise », al. d) L.I.R., où il est indiqué que l'autre société doit détenir des actions (directement ou indirectement) de la société donnée en plus du fait que celle-ci lui est rattachée selon la règle de base au paragraphe 186(4) L.I.R.

[73] Le terme « rattaché » compte non tenu du paragraphe 186(2) L.I.R. couvre la situation où la société donnée rattachée (« filiale ») détient plus de 10 % des actions avec droit de vote et plus de 10 % de la JVM des actions émises de l'autre société (« société mère »).

normalement pas rattachée à la société B. Cette disposition d'anticircularité ne s'applique que pour déterminer si les actions de l'autre société (société mère) sont des AAPE et si la société donnée (filiale) est une SEPE. Les deux exemples qui suivent aideront à comprendre cette disposition fiscale.

Diagramme 17



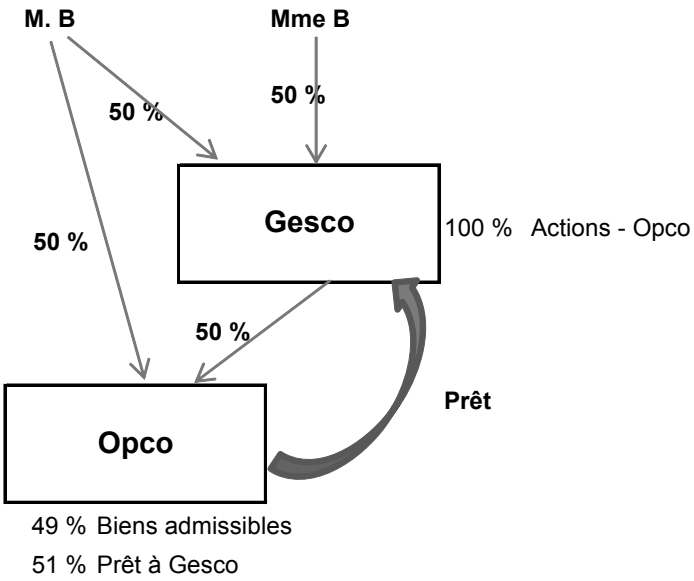
Dans ce premier exemple, au **diagramme 17**, la société B doit respecter le test de 90 % afin que les actions de B détenues par la société A soient un bien admissible pour A, lui permettant ainsi d'atteindre le test de 50 %, car A ne peut pas atteindre le test de 90 % qui aurait permis que B n'atteigne que 50 %[74]. Pour savoir si B satisfait au test de 90 %, il faut savoir si ses actions de A sont un bien admissible, donc si A respecte le test de 50 %. Il y a donc un problème de circularité. En vertu de l'alinéa 110.6(15)b) L.I.R., la JVM du placement de B dans la société A est réputée nulle, de sorte que 100 % des biens de B sont des biens admissibles permettant que les actions du capital-actions de A soient des AAPE.

Il faut noter que si la société B avait détenu plus de 10 % de participation dans la société A, la règle d'anticircularité ne s'appliquerait pas pour résoudre le problème de circularité.

---

[74] Précité, note 45 et note 53.

Diagramme 18



Dans ce deuxième exemple illustré au **diagramme 18**, M^me^ B désire vendre ses actions de la société Gesco et il faut déterminer si elles répondent à la définition d'« action admissible de petite entreprise ». La société Opco doit respecter le test de 50 % afin que ses actions détenues par Gesco soient un bien admissible pour Gesco, lui permettant d'atteindre le test de 90 %. Pour savoir si Opco respecte le test de 50 %, il faut savoir si son prêt à Gesco est un bien admissible. Il y a donc un problème de circularité. Gesco est rattachée à Opco au sens restreint du sous-alinéa 110.6(15)b)(ii) L.I.R. (car Opco ne détient pas plus de 10 % des actions (votes et JVM) de Gesco). Ainsi, pour déterminer si les actions de Gesco sont des AAPE, la JVM du prêt consenti par Opco à Gesco sera réputée nulle, permettant donc que les actions de Gesco respectent la définition d'« action admissible de petite entreprise ».

Par ailleurs, l'alinéa 110.6(15)b) L.I.R. n'est pas applicable pour déterminer si les actions d'Opco (la « société donnée » dans les explications

fournies avant les exemples) sont des AAPE (pour M. B)[75]. Le problème de circularité n'est donc pas réglé dans ce cas.

2. MISE À JOUR SUR LES RÈGLES ANTIÉVITEMENT LIÉES AUX ACTIONS ADMISSIBLES DE PETITE ENTREPRISE

La *Loi de l'impôt sur le revenu* contient des règles antiévitement spécifiques qui peuvent empêcher un particulier de réclamer la DGC relativement à un gain réalisé à la disposition d'AAPE, notamment pour les situations suivantes :

- gain de capital non déclaré (par. 110.6(6) L.I.R.);

- gain provient d'une disposition de bien faisant partie d'une série d'opérations dans le cadre de laquelle une société ou une société de personnes acquiert un bien pour une contrepartie inférieure à sa JVM (par. 110.6(7) L.I.R.);

- lorsqu'une partie importante du gain est attribuable au fait que des dividendes n'ont pas été versés sur certaines catégories d'actions (par. 110.6(8) et 110.6(9) L.I.R.).

Nous aborderons également la règle générale antiévitement (« RGAÉ ») visée au paragraphe 245(2) L.I.R., dans un contexte d'utilisation de la DGC.

2.1. GAIN EN CAPITAL NON DÉCLARÉ – PARAGRAPHE 110.6(6) L.I.R.

Le paragraphe 110.6(6) L.I.R. prévoit ce qui suit :

> « […] aucune somme n'est déductible en vertu du présent article, dans le calcul du revenu imposable d'un particulier pour une année d'imposition, au titre d'un gain en capital du particulier pour l'année si les conditions suivantes sont réunies :
>
> a) le particulier, sciemment ou dans des circonstances équivalant à faute lourde :
>
> (i) soit ne produit pas de déclaration de revenus pour l'année dans un délai d'un an suivant la date d'échéance de production qui lui est applicable pour l'année,

---

[75] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0109305, 19 avril 2002.

(ii) soit ne déclare pas le gain en capital dans sa déclaration de revenus pour l'année;

b) le ministre établit les faits qui justifient le rejet d'une déduction demandée aux termes du présent article. » (Notre soulignement)

Cette mesure s'applique distinctement à chaque année d'imposition pour laquelle un particulier réclame une DGC. Si cette mesure trouve effet pour une année donnée pour un contribuable, ce dernier ne sera pas automatiquement disqualifié à jamais aux fins de la réclamation d'une DGC pour une autre année. L'ARC a confirmé que l'application de cette mesure dans une année ne fait pas en sorte que le particulier ne pourra plus jamais bénéficier de la DGC dans les années ultérieures[76].

L'application de cette mesure dépend des faits de chaque situation et vise les cas où le particulier, sciemment ou dans des circonstances équivalant à faute lourde, ne produit pas de déclaration ou ne déclare pas le gain en capital. En interprétant cette disposition, les tribunaux ont donc eu à évaluer les faits présentés pour déterminer si le contribuable remplissait les conditions d'application.

Voici quelques exemples où la Cour canadienne de l'impôt a jugé que cette règle antiévitement s'appliquait au contribuable. Dans l'affaire *Dymond* c. *MRN*[77], la défense du contribuable qui invoque le fait qu'il vivait une situation stressante n'a pas été retenue par le tribunal. Dans l'affaire *Vitti* c. *La Reine*[78], un contribuable n'a pas déclaré le gain alors qu'il était au courant de son obligation de le déclarer, et la Cour a conclu à l'application du paragraphe 110.6(6) L.I.R.

À l'inverse, les tribunaux n'ont pas retenu les arguments de l'ARC et ont établi que le paragraphe 110.6(6) L.I.R. ne s'appliquait pas dans les situations suivantes :

---

76 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9122207, 10 janvier 1992.

77 [1990] 2 C.T.C. 2509 (C.C.I.).

78 [1999] 2 C.T.C. 2164 (C.C.I.); *Sidhu* c. *La Reine*, [2004] 2 C.T.C. 3167 (C.C.I.).

- Affaire *Ragobar* c. *La Reine*[79] : le particulier ne produit aucune déclaration sachant qu'aucun impôt n'est à payer et croyant naïvement qu'aucune déclaration ne devait être produite.

- Affaire *Godin* c. *MRN*[80] : malgré les instructions données au comptable, le gain en capital n'a pas été déclaré. La Cour n'a pas jugé que le contribuable a, sciemment ou dans des circonstances équivalentes à faute lourde, omis de déclarer le gain puisque le contribuable a transmis les instructions et n'a pas révisé ses déclarations.

- Affaire *Carlson* c. *La Reine*[81] : le particulier est un ingénieur peu familiarisé avec la comptabilité. Il s'est fié aux conseils du président de la société et de son vérificateur selon lesquels la transaction était sans conséquence fiscale et il n'a pas déclaré la vente des actions de la société.

- Affaire *Findlay* c. *La Reine*[82] : dans cette affaire, le comptable qui a produit la déclaration du particulier n'a pas déclaré le gain en capital. Les faits ont démontré que l'erreur du comptable n'équivalait pas à une faute lourde du contribuable.

- Affaires *Foisy* c. *La Reine*[83] et *Ounpuu* c. *La Reine*[84] : les contribuables ignoraient le délai d'un an prévu au paragraphe 110.6(6) L.I.R. Sachant qu'ils avaient droit à la DGC et qu'ils n'auraient aucun impôt à payer, les contribuables ont produit leurs déclarations en retard ou étaient sur le point de les produire. La Cour a déterminé que le fait de produire en retard n'équivalait pas à faute lourde.

En réponse à une question à la table ronde du congrès de 1993 de la Fondation canadienne de fiscalité[85], l'ARC a indiqué que le paragraphe 110.6(6) L.I.R. ne devrait pas s'appliquer à un contribuable qui n'a pas

---

79 [1995] 1 C.T.C. 2364 (C.C.I.).

80 [1995] 1 C.T.C. 2825 (C.C.I.).

81 [1998] 2 C.T.C. 2476 (C.C.I.).

82 [2000] 3 C.T.C.152 (C.A.F.).

83 [2001] 1 C.T.C. 2606 (C.C.I.).

84 [2009] 5 C.T.C. 2335 (C.C.I.).

85 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 4M09660, 7 février 1994.

déclaré le gain en capital, croyant qu'aucun gain n'était réalisé lors de la disposition d'un bien en se fondant sur l'opinion d'un évaluateur.

2.2. DISPOSITION AVEC CONTREPARTIE INFÉRIEURE À LA JUSTE VALEUR MARCHANDE – PARAGRAPHE 110.6(7) L.I.R.

En vertu du paragraphe 110.6(7) L.I.R. :

> « […] aucune somme n'est déductible en vertu du présent article, dans le calcul du revenu imposable d'un particulier pour une année d'imposition, au titre d'un gain en capital du particulier pour l'année si le gain provient d'une disposition de bien qui fait partie d'une série d'opérations ou d'événements :
>
> a) soit qui comprend un dividende reçu par une société et auquel le paragraphe 55(2) ne s'applique pas, mais auquel il s'appliquerait en l'absence de l'alinéa 55(3)b);
>
> b) soit dans le cadre de laquelle une société ou une société de personnes acquiert un bien pour une contrepartie bien inférieure à sa juste valeur marchande au moment de l'acquisition, sauf si l'acquisition résulte d'une fusion ou d'une unification de sociétés, de la liquidation d'une société ou d'une société de personnes ou d'une distribution de biens d'une fiducie en règlement de tout ou partie d'une participation d'une société au capital de la fiducie. »

Ainsi, la DGE n'est pas disponible si le gain provient d'une disposition de bien dans le cadre d'une transaction papillon, par exemple un gain en capital réalisé sur la disposition d'actions d'une société cessionnaire dans le cadre d'une transaction papillon[86] (al. 110.6(7)a) L.I.R.).

Deux interprétations techniques récentes démontrent l'application ou non de l'alinéa 110.6(7)b) L.I.R. Dans la première, l'ARC confirme que le contribuable pourrait ne pas avoir accès à la DGC lors de la disposition de ses actions ordinaires si dans la même série d'opérations il y a eu un rachat d'actions privilégiées pour une contrepartie inférieure à JVM[87].

Dans la seconde interprétation[88], l'ARC confirme que, dans le cadre d'une transaction où le choix prévu à l'article 85 L.I.R. est effectué, il faudra prendre en considération la JVM de la contrepartie reçue et non le montant

---

86 AGENCE DU REVENU DU CANADA, décision anticipée 9917383, 1999.

87 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2010-0388821E5, 12 janvier 2011.

88 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 14.

de la somme convenue choisie pour évaluer si l'alinéa 110.6(7)b) L.I.R. s'applique.

2.3. DIVIDENDES INSUFFISANTS SUR ACTIONS AUTRES QUE PRESCRITES – PARAGRAPHES 110.6(8) ET 110.6(9) L.I.R.

2.3.1. Critères d'application du paragraphe 110.6(8) L.I.R.

Il est prévu au paragraphe 110.6(8) L.I.R. qu'il n'est pas possible de réclamer de DGC :

> « […] au titre d'un gain en capital du particulier pour l'année provenant de la disposition d'un bien s'il est raisonnable de conclure, compte tenu des circonstances, qu'une partie importante du gain en capital est attribuable au fait que des dividendes n'ont pas été versés sur une action (sauf une action visée par règlement) ou que des dividendes versés sur une telle action au cours de l'année ou d'une année d'imposition antérieure étaient inférieurs au montant correspondant à 90 % du taux de rendement annuel moyen sur l'action pour cette année. »

2.3.2. Actions prescrites

La définition d'une action visée par règlement (« action prescrite ») est fort complexe et se retrouve à l'article 6205 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[89]. En termes généraux, il peut s'agir :

1) soit d'une action participante (« action prescrite-participante ») dont la valeur n'est pas « garantie » par une personne ou par un arrangement quelconque[90];

2) soit d'une action privilégiée (« action de gel ») émise dans le cadre d'un gel de l'accroissement de valeur d'actions participantes si les nouvelles actions avec droit de participation émises à la suite du « gel » sont des actions prescrites participantes qui sont émises à :

   a) l'auteur du gel[91],

---

89 C.R.C. 1978, ch. 945 et mod. (« R.I.R. »).

90 Al. 6205(1)a) R.I.R.

91 Sub. 6205(2)a)(ii)(A)(I) R.I.R.

b) une personne ayant un lien de dépendance avec lui[92],

c) une fiducie dont les bénéficiaires ne comprennent que l'auteur du gel ou des personnes ayant un lien de dépendance avec lui[93],

d) des employés[94], ou

e) une combinaison de ces personnes;

3) soit d'une action émise par certaines sociétés de placement variable.

La définition de « lien de dépendance » a été modifiée en 2001 (applicable après le 23 décembre 1998) pour prévoir qu'un contribuable et une fiducie sont réputés avoir entre eux un lien de dépendance dans le cas où le contribuable, ou une personne avec lequel il a un tel lien, a un droit de bénéficiaire dans la fiducie[95]. Avant cette modification, tous les bénéficiaires de la fiducie devaient avoir un lien de dépendance avec l'auteur du gel afin de pouvoir qualifier comme actions prescrites les actions privilégiées émises dans le cadre du gel, puisque les nouvelles actions prescrites-participantes appartenaient ainsi à une personne visée au paragraphe 2 c) plus haut. Depuis la modification en 2001, si un seul des bénéficiaires a un lien de dépendance avec l'auteur du gel, ce dernier et la fiducie seront réputés avoir entre eux un lien de dépendance. Il est donc possible dans le cadre d'un gel d'émettre des actions ordinaires en faveur d'une fiducie qui n'a qu'un seul bénéficiaire ayant un lien de dépendance avec l'auteur du gel et ainsi qualifier les actions de gel à titre d'actions prescrites selon la subdivision 6205(2)a)(ii)(A)(II) R.I.R., puisque les nouvelles actions prescrites-participantes appartiendraient ainsi à une personne visée au paragraphe 2 b) plus haut. Cela semble contraire à l'esprit de la subdivision 6205(2)a)(ii)(A)(III) R.I.R. Cette problématique a été portée à l'attention du ministère des Finances, mais celui-ci n'a toujours pas proposé de modifications législatives[96].

---

92 Sub. 6205(2)a)(ii)(A)(II) R.I.R.

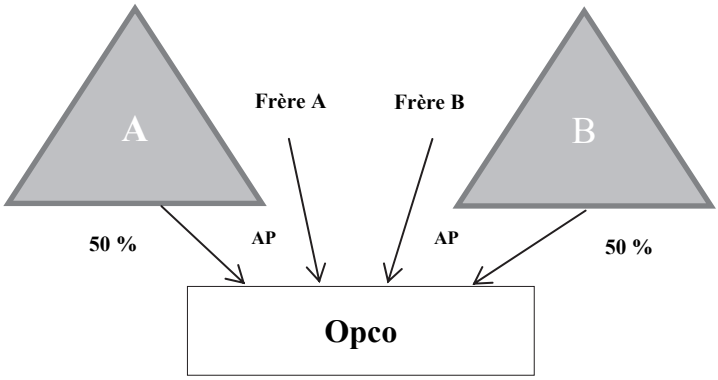
93 Sub. 6205(2)a)(ii)(A)(III) R.I.R.

94 Div. 6205(2)a)(ii)(B) R.I.R.

95 Al. 251(1)b) L.I.R.

96 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0031231E5, 27 mai 2004.

Diagramme 19

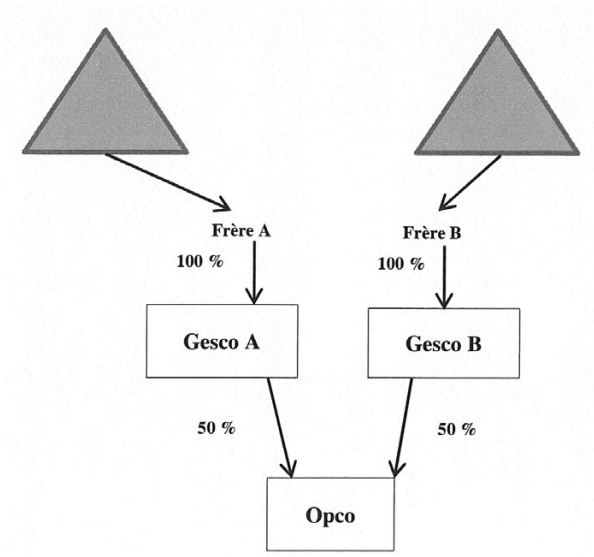


Dans cette situation, Frère A et Frère B détiennent chacun 50 % des actions ordinaires de la société Opco. Si un « gel » est effectué relativement à Opco et que Fiducie A et Fiducie B souscrivent à de nouvelles actions ordinaires, au moins un bénéficiaire de Fiducie A doit avoir un lien de dépendance avec Frère B et au moins un bénéficiaire de Fiducie B doit avoir un lien de dépendance avec Frère A, afin de pouvoir qualifier à titre d'actions prescrites les actions privilégies détenues par Frère A et Frère B à la suite du gel. Il est important de remarquer que Frère A a un lien de dépendance avec son frère[97] et avec la conjointe[98] de son frère, mais pas avec les enfants de son frère. Ainsi, si les seuls bénéficiaires de la Fiducie B sont les enfants de B, les actions privilégiées émises à Frère A dans le cadre du gel ne seraient pas des actions prescrites.

[97] Al. 251(2)a) et 251(6)a) L.I.R.

[98] Al. 251(2)a) et 251(6)a) L.I.R. et s.-al. 252(2)c)(ii) L.I.R.

Diagramme 20



Une solution pour éviter cette problématique serait que chaque frère transfère ses actions ordinaires d'Opco en faveur d'une société de portefeuille (Gesco) qu'il contrôle en effectuant le choix prévu à l'article 85 L.I.R. La participation de chaque frère dans sa société de portefeuille respective serait ensuite « gelée » en faveur d'une fiducie familiale. Ainsi, les actions privilégiées de Gesco A et Gesco B se qualifieraient à titre d'actions prescrites dans la mesure où un bénéficiaire de Fiducie A a un lien de dépendance avec Frère A seulement et dans la mesure où un bénéficiaire de Fiducie B a un lien de dépendance avec Frère B seulement.

Voici des exemples qui peuvent survenir en pratique et faire en sorte que le paragraphe 110.6(8) L.I.R. s'applique :

- Les actions ordinaires émises à la suite du « gel » doivent être des actions prescrites, c'est-à-dire des actions non convertibles (sauf en actions prescrites) et, en général, non « garanties ». Il faut éviter, dans les statuts constitutifs ou dans d'autres documents, un droit de conversion des actions ordinaires en actions d'une catégorie qui ne se qualifieront pas à titre d'actions prescrites.

- Il arrive que des actions privilégiées ne prévoyant aucun dividende, actions dites « de financement », soient émises par une société. De telles actions, non prescrites, pourraient faire en sorte qu'une partie importante du gain en capital sur des actions soit attribuable au fait que des dividendes n'ont pas été versés sur une action non prescrite.

- Si des actions privilégiées d'une société sont transférées en faveur d'une autre société en contrepartie d'actions privilégiées de cette autre société, il est probable que cet arrangement ne consiste pas à faire accroître la valeur de la société à d'autres actions (condition nécessaire au sous-alinéa 6205(2)a)(i) R.I.R.). Ces actions privilégiées de la nouvelle société ne seraient donc pas des actions prescrites.

- Lorsqu'un « gel » est effectué par des actionnaires n'ayant pas de lien de dépendance entre eux, au bénéfice de membres de leur famille respective ou d'une fiducie familiale, la condition au sous-alinéa 6205(2)a)(ii) R.I.R. ne serait pas remplie.

2.3.3. Interprétations techniques

Plusieurs interprétations ont été rendues par l'ARC sur la non-application du paragraphe 110.6(8) L.I.R.

En 1992, l'ARC a confirmé[99] qu'une action non prescrite ne pouvait pas devenir « rétroactivement » une action prescrite dans le cadre d'une réorganisation.

Dans le cadre du Congrès 1994[100] de l'Association de planification fiscale et financière, la situation suivante a été présentée : un individu détient la totalité des actions ordinaires et des actions privilégiées d'une société. L'ARC a indiqué que, dans cette situation, qu'elle n'appliquerait généralement pas le paragraphe 110.6(8) L.I.R. si des dividendes suffisants n'avaient pas été versés sur les actions privilégiées. De plus, l'ARC a précisé qu'elle étend ce principe dans des situations où les actionnaires n'ont pas entre eux de lien de dépendance et lorsqu'elle est d'avis qu'il n'y a pas d'abus. L'ARC indique qu'elle est prête à étudier chaque situation et qu'elle

---

[99] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 3M05210, 31 mars 1993.

[100] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 5M08340, 7 octobre 1994.

a émis des décisions anticipées favorables où le paragraphe 110.6(8) L.I.R. ne s'appliquait pas dans le cadre de transactions proposées.

Dans une autre interprétation technique[101], les faits étaient les suivants : un père détient des actions ordinaires et des actions privilégiées et une partie important d'un gain en capital latent sur les actions ordinaires provient du fait que des dividendes n'ont pas été versés sur les actions privilégiées. Dans le cadre du « gel », le père échange ses actions ordinaires et privilégiées en actions de gel et de nouvelles actions ordinaires sont émises aux enfants. Les actions de gel que le père reçoit sont donc des actions prescrites selon le paragraphe 6205(2) R.I.R. L'ARC conclut que le paragraphe 110.6(8) L.I.R. ne s'appliquera pas aux nouvelles actions ordinaires émises aux enfants, mais qu'il pourrait s'appliquer aux actions de gel détenues par le père.

2.3.4. Partie importante du gain

Le paragraphe 110.6(8) L.I.R. s'applique lorsqu'une partie importante du gain est attribuable au fait que des dividendes n'ont pas été versés sur une action (autre qu'une action prescrite). Afin de déterminer si cette partie du gain est une « partie importante », cette partie est normalement évaluée en pourcentage du gain, mais peut aussi l'être en dollars[102].

L'ARC est également d'avis qu'il faut évaluer si une partie du gain total, et non seulement du gain exonéré, est importante du fait que des dividendes n'ont pas été versés[103]. Ainsi, si un individu réalise un gain en capital de 2 M$ sur des AAPE, qu'il réclame une DGC sur 750 000 $ de ce gain, mais que 300 000 $ du gain en capital est attribuable au fait que des dividendes non pas été versés sur des actions non prescrites, la position de l'ARC pourrait être de refuser la DGC sur la base du paragraphe 110.6(8) L.I.R.

Une façon de régler ce problème, sous réserve de la RGAÉ prévue au paragraphe 245(2) L.I.R., serait peut-être de procéder, préalablement à la

---

[101] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9822855, 12 novembre 1998.

[102] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9700935, 17 juin 1997.

[103] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9515605, 19 juillet 1995 et 9431425, 20 mars 1995; « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 91*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1992, pp. 1429-1470, question 11.3., à la page 1458.

vente, à un échange de la totalité des actions de la société contre d'autres actions de celle-ci d'une JVM de 2 M$, de façon à cristalliser un gain en capital de 750 000 $ (par un choix fiscal approprié en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R.) et réclamer la DGC correspondante. Subséquemment, l'individu vendrait les actions de la société et réaliserait un gain en capital de 1,25 M$. Lors de la réalisation du gain de 750 000 $, on ne pourrait probablement pas dire qu'une partie importante du gain est attribuable au fait que des dividendes n'ont pas été versés. L'ARC a indiqué en 1992 qu'elle considérait que le paragraphe 110.6(8) L.I.R. ne s'appliquait pas dans une situation similaire[104], mais elle n'a pas voulu se prononcer dans le cas d'une cession d'actions par un individu à une société de portefeuille liée avec un choix fiscal en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. pour un montant égal à la JVM des actions moins la portion raisonnablement attribuable « aux dividendes insuffisants dans le passé[105] ».

2.3.5. Taux de rendement annuel moyen

Le paragraphe 110.6(8) L.I.R. prévoit une exception si des dividendes sont versés à un montant de 90 % ou plus du « taux de rendement annuel moyen sur l'action », en indiquant ceci :

> « […] aucune somme n'est déductible en vertu du présent article […] s'il est raisonnable de conclure, compte tenu des circonstances, qu'une partie importante du gain en capital est attribuable au fait que des dividendes n'ont pas été versés sur une action (sauf une action visée par règlement) ou que des dividendes versés sur une telle action au cours de l'année ou d'une année d'imposition antérieure étaient inférieurs au montant correspondant à 90 % du taux de rendement annuel moyen sur l'action pour cette année. »

Le paragraphe 110.6(9) L.I.R. définit ce taux ainsi :

> « Pour l'application du paragraphe (8), le taux de rendement annuel moyen sur une action d'une société – à l'exclusion d'une action visée par règlement – pour une année d'imposition est égal au taux de rendement annuel sous forme de dividendes qu'un investisseur avisé et prudent qui a acheté l'action le jour où elle a été émise s'attendrait à recevoir sur cette action au cours de l'année – à l'exclusion de la première année suivant l'émission – si les conditions suivantes étaient réunies :

---

[104] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9131265, 14 janvier 1992.

[105] AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 102.

a) il n'y a eu ni retard ou report dans le versement des dividendes, ni défaut de versement des dividendes, sur l'action;

b) le montant des dividendes payables sur l'action n'a pas varié d'une année sur l'autre (sauf si le montant des dividendes payables est exprimé en pourcentage invariable ou est fonction d'une différence invariable entre le dividende exprimé en taux d'intérêt et le taux d'intérêt généralement affiché du marché);

c) le produit à recevoir par l'investisseur à la disposition de l'action est le même montant que la société a reçu en contrepartie de l'émission de l'action. »

L'ARC confirme qu'il n'y a pas de « sursis » durant la première année malgré l'expression « à l'exclusion de la première année suivant l'émission » au paragraphe 110.6(9) L.I.R. Selon l'ARC, l'absence de dividende au cours de la première année pourrait faire en sorte que le paragraphe 110.6(8) L.I.R. s'applique; c'est uniquement pour le calcul du taux de rendement annuel moyen que la loi reconnaît que lors de la première année d'émission d'une action, qui est la partie de l'année d'imposition de la société pendant laquelle l'action est en circulation (selon l'interprétation de l'ARC), le montant des dividendes versés peut ne pas être représentatif d'un taux de rendement annuel moyen[106].

2.4. IMPÔT DES ENFANTS MINEURS

En général, l'impôt des enfants mineurs, prévu à l'article 120.4 L.I.R., qui a pour but de contrecarrer le fractionnement du revenu avec des enfants mineurs, s'applique aux dividendes reçus de sociétés privées par une personne de moins de 18 ans et cette personne s'impose sur ce type de revenu au taux d'impôt marginal le plus élevé (48,22 % en 2011 pour un particulier résidant au Québec).

À partir du 22 mars 2011, le gain en capital réalisé par un mineur (ou payé par une fiducie à un mineur) sur la disposition d'actions d'une société privée « qui sont transférées, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, à une personne avec laquelle il a un lien de dépendance » sera considéré comme un dividende imposable non déterminé et donc assujetti à l'impôt des enfants mineurs[107]. Il faudra donc vérifier soigneusement cette règle, qui pourrait s'appliquer lors de la cristallisation

[106] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9808565, 21 juillet 1998.

[107] CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives concernant la* Loi de l'impôt sur le revenu *et des règlements connexes*, 16 août 2011.

d'un gain en capital sur des AAPE détenues par un mineur ou détenues par une fiducie dans le cas où la fiducie paie le gain à un mineur, ou lors d'autres situations impliquant la réalisation d'un gain en capital par un mineur lors d'une transaction avec une personne avec qui il a un lien de dépendance.

Notons qu'un gain en capital imposable réalisé par une fiducie à la disposition d'une AAPE en faveur d'une personne sans lien de dépendance pourrait encore être payé/payable à un enfant mineur (qui pourrait réclamer sa DGC) sans être assujetti à l'impôt des enfants mineurs.

2.5. APPLICATION DE LA RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT

En 2010, l'ARC s'est prononcée[108], en citant des exemples, sur l'utilisation abusive de fiducies familiales et la possibilité d'appliquer la RGAÉ prévue au paragraphe 245(2) L.I.R. En rapport avec la DGC, l'ARC a cité la situation suivante qu'elle juge abusive et où elle appliquerait la RGAÉ :

> « Le fractionnement du gain en capital et multiplication de la déduction pour gain en capital
>
> Dans le cadre de la disposition des actions d'un contribuable, une structure comprenant une fiducie familiale et la participation de parties accommodantes est mise en place dans le but d'éviter l'impôt sur le gain en capital résultant de la disposition des actions et ce, au moyen de l'utilisation de la déduction pour gain en capital […]. »

Est-ce que l'ARC considère comme parties accommodantes les membres d'une famille qui se font verser par une fiducie familiale un gain en capital imposable réalisé sur des AAPE que la fiducie avait initialement acquises à la suite d'un gel successoral réalisé par un entrepreneur, puis qui redirigent les fonds reçus vers l'entrepreneur à son bénéfice, ou est-ce qu'elle vise plutôt des personnes non liées à l'entrepreneur?

3. STRUCTURES D'ACTIONNARIAT PARTICULIÈRES

Nous traiterons, dans la présente section, de trois situations impliquant des structures d'actionnariat particulières.

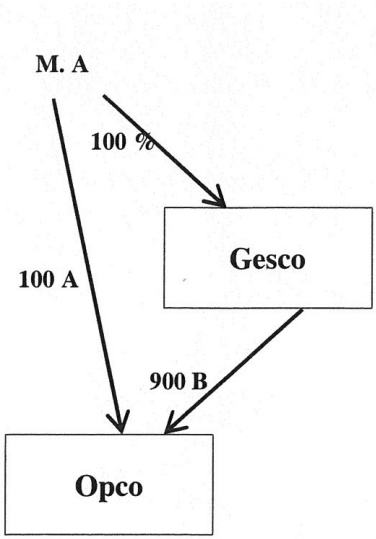
---

[108] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2010-0373621C6, 8 octobre 2010.

3.1. ACTIONS À DIVIDENDES DISCRÉTIONNAIRES

En 2010, l'ARC a fait des commentaires sur une situation d'actions à dividendes discrétionnaires dans une interprétation technique qu'elle a émise[109]. Le **diagramme 21** suivant illustre la situation.

Diagramme 21



La société exploitante (Opco) a émis 100 actions participantes à M. A pour 100 $ et 900 actions B à la société de portefeuille (Gesco) pour 900 $. Les actions B n'ont pas droit de vote, ni droit de participation, accordent un dividende à la discrétion des administrateurs et sont rachetables à 900 $. Au fil des années, Opco fait 200 000 $ de profits annuels et les verse à Gesco par des dividendes discrétionnaires. Après cinq ans, Opco rachète les actions B pour 900 $, et M. A vend ses actions d'Opco et veut réclamer la DGC. Une des questions posées à l'ARC était de savoir si elle considérait que la JVM des actions B était bien 900 $ lors de leur rachat, dans le but de s'assurer que le paragraphe 110.7(7) L.I.R. (rachat pour une contrepartie inférieure à la JVM) ne pouvait pas s'appliquer pour refuser la DGC à la vente des actions d'Opco par M. A. L'ARC a indiqué, dans l'interprétation technique[110], qu'elle ne se prononçait pas sur la valeur marchande, mais

[109] AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 87.

[110] *Id.*

qu'effectivement le rachat des 900 actions B pour 900 $ entraînerait l'application du paragraphe 110.6(7) L.I.R. pour refuser la DGC à M. A si la somme de 900 $ était inférieure à la JVM et que le gain en capital sur la disposition des actions de catégorie A par M. A faisait partie d'une série d'opérations ou d'évènements comprenant ce rachat.

Il faut donc être très prudent lors du rachat d'actions à dividendes discrétionnaires ou d'autres actions qui, à première vue, semblent avoir une valeur de rachat égale au capital versé, et l'on se doit d'étudier toutes les caractéristiques de ces actions afin de pouvoir déterminer leur valeur marchande lors du rachat et éviter le spectre du paragraphe 110.6(7) L.I.R.

3.2. REVENUS DE LOCATION D'IMMEUBLES ET LA DGC

La question se pose souvent à savoir si un gain sur des actions d'une société qui tire un revenu de location d'immeubles peut donner droit à la DGC.

La définition de « action admissible de petite entreprise » requiert que les actifs de la société soit : « […] utilisés principalement dans une entreprise que la société […] exploite activement principalement au Canada […] ».

La définition d'une « entreprise exploitée activement » que l'on trouve au paragraphe 248(1) L.I.R. indique ceci : « Relativement à toute entreprise exploitée par un contribuable résidant au Canada, toute entreprise exploitée par le contribuable autre qu'une entreprise de placement déterminée ou une entreprise de prestation de services personnels. »

La question principale à trancher est donc de savoir si le revenu de la société est du revenu provenant d'une « entreprise de placement déterminée » ou non. Une entreprise de placement déterminée est définie, aux paragraphes 248(1) et 125(7) L.I.R., comme suit : « Entreprise, sauf […] une entreprise de location de biens autres que des biens immeubles, dont le but principal est de tirer **un revenu de biens**, notamment des intérêts, des dividendes, des loyers et des redevances […] » sauf si « [...] la société emploie dans l'entreprise plus de cinq employés à plein temps tout au long de l'année […] ».

La DGC à la vente des actions pourrait donc être accessible si la société emploie plus de cinq employés à temps plein tout au long de l'année ou si le revenu de son revenu de location n'est pas du « revenu de biens » mais du « revenu d'entreprise ».

La Cour canadienne de l'impôt a établi, en 2008, que le fait d'avoir au moins un employé à temps partiel en plus de cinq employés à temps plein était considéré comme « plus de cinq employés à temps plein »[111], modifiant la position précédente de l'ARC qui exigeait d'avoir au moins six employés à temps plein. L'ARC a confirmé[112] qu'elle accepte la décision de la Cour sur l'exigence de l'existence de cinq employés à temps plein aux fins des définitions d'« entreprise de prestation de services personnels[113] » et d'« entreprise de placements déterminés[114] ».

Par ailleurs, l'ARC a indiqué, dans une interprétation technique en 2009, qu'elle considérait qu'une société exploitante serait considérée comme ayant plus de cinq employés à temps plein du fait qu'elle détenait des parts dans une société de personnes qui emploie plus de cinq employés à temps plein[115].

Par ailleurs, deux interprétations techniques émises par l'ARC viennent confirmer qu'une société qui loue des biens immeubles et rend des services connexes à ses locataires pourrait être considérée comme tirant un revenu d'entreprise (et non un revenu de biens) selon l'ampleur des services connexes fournis. Par exemple, la location de logements meublés avec quelques services de base (literie, vaisselle, télévision avec câble et ménage à l'arrivée) a été considérée comme du revenu de bien[116], tandis que la location de roulottes meublées avec services connexes plus poussés (vaisselle fournie, salle de lavage, électricité/téléphone/câble, déneigement, entretien du terrain, fourniture/lavage de la literie, entretien ménager, fourniture d'ampoules électriques/papier hygiénique, etc.) a été considérée comme du revenu d'entreprise[117].

---

111 *489599 B.C. Ltd.* c. *La Reine*, 2008 D.T.C. 4107 (C.C.I.).

112 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, nº 41, 23 décembre 2009.

113 Par. 125(7) « entreprise de prestation de services personnels » L.I.R.

114 Par. 125(7) « entreprise de prestation de placement déterminée » L.I.R.

115 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2009-0335731E5, 16 juin 2010.

116 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2010-0382091E5, 14 mars 2011.

117 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2010-0387741E15, 24 mai 2011.

Il est donc possible que des actions d'une société détenant des biens immobiliers donnés en location se qualifient à titre d'AAPE.

3.3. ATTRIBUTION D'UN GAIN EN CAPITAL PAR UNE FIDUCIE ET DGC

Tel qu'il a été mentionné plus haut dans ce texte, les mécanismes prévus aux paragraphes 104(6), 104(13), 104(21) et 104(21.2) L.I.R. font en sorte qu'une fiducie peut réaliser un gain en capital imposable sur des AAPE et, si ce gain est payable à un bénéficiaire au cours de l'année du gain, ce bénéficiaire sera réputé avoir disposé des actions et avoir réalisé lui-même le gain en capital lui-même aux fins de la DGC.

L'ARC confirme[118] qu'une fiducie ne peut verser à un bénéficiaire que la portion imposable d'un gain en capital par ailleurs admissible à la DGC et le bénéficiaire pourra réclamer la DGC sur ce gain. La portion non imposable pourra être conservée dans la fiducie ou verser à un autre bénéficiaire.

Nous avons vu plus tôt que, pour les règles sur la DGC, une fiducie personnelle est réputée liée à une personne ou une société de personnes pendant chaque période tout au long de laquelle cette personne ou société de personnes est bénéficiaire de la fiducie, et que, également, une société de personnes est réputée liée à chacun des associés de la société de personnes, aux fins du test de détention de 24 mois, même s'il s'agit d'un associé minoritaire. L'ARC confirme[119] qu'un bénéficiaire d'une fiducie, qui est elle-même l'associé d'une société de personnes, pourra bénéficier de la DGC si le gain en capital de la société de personnes attribué à la fiducie lui est attribué ou versé en vertu du paragraphe 104(21.2) L.I.R.

3.4. STRUCTURE FIDUCIE/OPCO/GESCO POUR PURIFICATION

La structure d'actionnariat (Opco/Fiducie/Gesco) illustrée dans le **diagramme 22** suivant est intéressante pour permettre la purification d'une société exploitante (Opco) afin qu'elle respecte les tests d'actif aux fins de la DGC, en versant des dividendes (normalement non assujettis à l'impôt entre sociétés canadiennes) à une société de portefeuille (Gesco) par

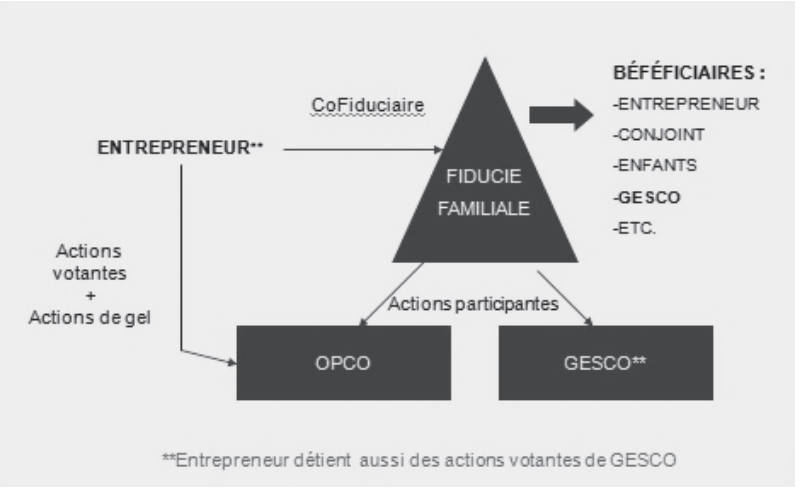
---

[118] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0001335, 12 septembre 2003.

[119] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2009-034711E5, 21 avril 2010.

l'intermédiaire d'une fiducie tout en continuant de bénéficier du gel à l'égard des sommes provenant de ces dividendes.

Diagramme 22



Il est important que le paragraphe 75(2) L.I.R. ne s'applique pas à une telle structure; lorsque le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique, un gain de la fiducie est réputé être un gain de la personne qui a disposé d'un bien en faveur de la fiducie dans certaines circonstances. Également, lorsque le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique à une fiducie, celle-ci ne peut normalement pas distribuer en franchise d'impôt à des bénéficiaires des biens qu'elle possède dont la JVM est supérieure au prix de base rajusté pour la fiducie. L'ARC a indiqué[120] qu'elle considère que le paragraphe 75(2) L.I.R. ne s'applique pas si une fiducie acquiert à la JVM des actions du Trésor d'une société qui est bénéficiaire discrétionnaire de la fiducie (l'ARC renversait ainsi sa position de 2005 et 2006). L'ARC indiquait cela par ces termes :

> « […] 75(2) […] ne devrait trouver application qu'à l'égard d'une personne qui avait la propriété du bien avant que ce dernier ne soit détenu par une fiducie […]. Or, étant donné qu'une société n'est pas propriétaire de ses propres actions

[120] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2006-0218501E5, 9 mars 2007 et 2009-0317641E5, 30 septembre 2009.

> avant leur émission, il s'ensuit que le paragraphe 75(2) ne s'appliquera pas […][121]. »

La structure d'actionnariat Opco/Fiducie/Gesco peut donc être utilisée dans un contexte de gel et de purification aux fins de la DGC.

CONCLUSION

Comme on l'a vu, les règles fiscales permettant de réclamer la DGC pour exempter 750 000 $ de gain en capital sur des AAPE sont parsemées d'embûches, que ce soit celles relatives aux critères de détention, aux critères sur le niveau d'actifs admissibles ou encore les différentes dispositions antiévitement. Il est donc primordial pour les contribuables et leurs conseillers de ne pas attendre d'être sur le point de réaliser la vente d'une société pour analyser tous ces aspects et peut-être constater qu'il est trop tard pour se placer en position de réclamer la DGC. Une revue périodique de la structure d'actionnariat de la société et des types de biens détenus par elle ainsi que par ses sociétés rattachées dans lesquelles elle détient des placements est essentielle. D'ailleurs, une des principales raisons pour laquelle les conseillers suggèrent à leurs clients de « cristalliser » leur DGC, c'est-à-dire de réaliser un gain en capital par des « transactions internes », de réclamer la DGC et d'obtenir de nouvelles actions de la société ayant un prix de base rajusté majoré, est d'utiliser la DGC pendant qu'on respecte tous les critères et de ne plus avoir à s'en soucier par la suite.

---

[121] AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 120.

LE GEL DE L'IMMOBILIER



Pierre T. Allard
Avocat
Associé, fiscalité
BCF s.e.n.c.r.l.



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

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 21:3

1. DÉTENTION PERSONNELLE 21:4

1.1. DE L'ACQUISITION, DE L'EXPLOITATION ET DU DÉCÈS 21:4
1.2. MATHÉMATIQUEMENT… 21:6
1.2.1. Revenus de bien générés par l'immeuble 21:8
1.2.2. Revenus d'entreprise admissibles à la DPE générés par l'immeuble 21:12
1.2.3. Revenus d'entreprise non admissibles à la DPE générés par l'immeuble 21:14
1.2.4. Constat général 21:17

2. DÉTENTION PAR UNE SOCIÉTÉ PAR ACTIONS 21:17

2.1. DE L'ACQUISITION, DE L'EXPLOITATION ET DU DÉCÈS 21:17
2.2. LE GEL 21:23
2.3. MATHÉMATIQUEMENT… 21:25

3. DÉTENTION PAR UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES 21:29

3.1. DE L'ACQUISITION, DE L'EXPLOITATION ET DU DÉCÈS 21:29
3.2. LE GEL 21:32
3.3. MATHÉMATIQUEMENT… 21:35

4. DÉTENTION PAR UNE FIDUCIE 21:37

4.1. DE L'ACQUISITION, DE L'EXPLOITATION ET DU DÉCÈS 21:37
4.2. LE GEL 21:39
4.3. MATHÉMATIQUEMENT… 21:40

ANNEXE 1 ..... 21:41

ANNEXE 2 ..... 21:42

ANNEXE 3 ..... 21:62

ANNEXE 4 ..... 21:76

ANNEXE 5 ..... 21:90

INTRODUCTION*

Le gel de l'immobilier fait l'objet depuis longtemps de débats quant à sa véritable utilité (ou si ce débat n'existe que dans la tête des auteurs du présent texte, nous croyons que ce sujet mérite un débat!). En effet, l'augmentation rapide de la valeur des immeubles au Québec, le vieillissement de la population et l'élimination de la taxe sur le capital sont autant de facteurs qui motivent une analyse en profondeur de cette question.

Dans ces nouvelles circonstances favorisant, de prime abord, la mise en place d'un gel immobilier, nous procéderons à l'analyse de plusieurs facettes de la détention de l'immobilier afin de déterminer si le gel est avantageux, dans quelles circonstances et en utilisant quelle structure. À cet égard, nous comparerons la détention d'immeubles par la voie d'une société par actions, d'une société en nom collectif et d'une fiducie avec la détention personnelle, et ce, dans le cas d'immeubles locatifs et d'immeubles utilisés dans l'exploitation d'une entreprise. Même si l'objectif de la présente analyse n'est pas de revoir en détail les conséquences de ces différents modes de détention de l'immobilier, lesquelles ont déjà fait l'objet de textes spécifiques à cet égard[1], nous résumerons les conséquences de ces différents modes de détention de l'immobilier, de l'acquisition de l'immeuble au décès du détenteur, et ce, afin d'effectuer une comparaison efficace. En effet, puisque le gel impliquera obligatoirement l'utilisation d'un véhicule juridique (société, société de personnes ou fiducies), il faut d'abord déterminer s'il existe un inconvénient plus grand que le bénéfice du gel à détenir un immeuble par ces véhicules ou si, au contraire, un avantage supplémentaire pourrait s'ajouter au bénéfice d'effectuer un gel.

Généralement, l'immobilier s'exerce dans un milieu où le fonds de roulement est une préoccupation et, par conséquent, où le paiement de l'impôt constitue un obstacle de tous les instants à gérer. Plusieurs promoteurs immobiliers agissent comme s'ils détenaient leur parc immobilier jusqu'à la fin des temps et augmentent ainsi la facture fiscale

* M^e^ Pierre T. Allard tient à remercier M^e^ Julie Lavigne, avocate, de BCF s.e.n.c.r.l., de sa précieuse collaboration à la rédaction du présent texte. Pour sa part, M. Luc Lacombe tient à remercier M^e^ Nancy Tapp, avocate, LL.M. fisc., et M. Pierre Brosseau, CA, tous deux de Raymond Chabot Grant Thornton, de leur précieuse participation à la rédaction du présent texte.

1 Jean-François THUOT, « Planifications particulières à la gestion d'un parc immobilier », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 12:1-48.

potentielle. En effet, un promoteur immobilier aura l'habitude de prendre le plus d'amortissement possible et de ne pas capitaliser ses dépenses (dans la mesure du possible) afin de réduire au maximum l'impôt immédiat payable et ainsi assurer un fonds de roulement décent. À cette fin, le promoteur immobilier aura également l'habitude de financer son fonds de roulement et son train de vie en refinançant la plus-value accumulée sur son parc immobilier. Cette façon de faire aura comme résultat final que tout sera dû à l'impôt et la facture fiscale lors de la vente ou lors du décès du propriétaire du parc immobilier sera très importante. Il est sensé de reporter l'impôt potentiel payable lors du décès du promoteur immobilier. À ce moment, tout tient donc à la possibilité de neutraliser ou de minimiser la double imposition qui semble, de prime abord, provenir du gel de l'immobilier.

1. DÉTENTION PERSONNELLE

La détention personnelle d'immeubles est encore fréquemment utilisée puisqu'il s'agit de la forme de détention la plus simple et puisque, jusqu'à tout récemment, la détention par voie d'une société par actions pouvait sembler désavantageuse, entre autres, à cause de la taxe sur le capital. Par ailleurs, comme nous le verrons plus bas, cette forme de détention peut engendrer d'autres inconvénients qui pourraient être globalement plus onéreux que ses avantages (ou plus onéreux que les inconvénients des autres structures).

1.1. DE L'ACQUISITION, DE L'EXPLOITATION ET DU DÉCÈS

Malgré sa simplicité, la détention personnelle d'immobilier a son lot d'inconvénients. Si ce n'était pas le cas, la présente analyse perdrait en effet toute son utilité!

Tout d'abord, un particulier qui acquiert un immeuble personnellement le fait avec des fonds imposés à son taux d'imposition personnel, et ce, que ces fonds proviennent d'un salaire (48,22 %) ou de dividendes versés d'une société par actions dont il est actionnaire (au taux marginal de 36,36 % si la société s'est imposée à un taux de 19 % sur ses profits ou à un taux de 32,81 % si la société s'est imposée à un taux de 26,9 % sur ses profits). Par conséquent, le fait d'acquérir un immeuble personnellement coûte plus cher à l'individu.

De plus, une des faiblesses de la détention personnelle n'est pas fiscale, mais financière : en effet, l'individu qui acquiert un immeuble personnellement ne bénéficiera pas d'une responsabilité limitée relativement à cet immeuble et tous les actifs de l'individu seront le gage des créanciers

potentiels relativement à cet immeuble. Cette particularité pourra être plus ou moins importante en fonction du type d'immeuble.

Évidemment, tous les revenus provenant d'un immeuble détenu personnellement seront imposés dans les mains du propriétaire, à son taux d'imposition marginal (soit jusqu'à 48,22 %) et ce revenu ne pourra pas faire l'objet de fractionnement avec des membres de la famille du propriétaire qui auraient un taux d'imposition effectif moindre (à moins d'être en mesure de verser un salaire pour des fonctions à l'égard de l'immeuble réellement assumées par un membre de la famille).

D'un autre côté, l'individu détenant un immeuble personnellement aura accès directement à l'équité qui s'accroîtra sur l'immeuble. À cet égard, il pourra donc subvenir à ses besoins en refinançant l'immeuble auprès d'institutions financières sans devoir payer d'impôts.

Quant à l'exploitation de l'immeuble, qu'il soit exploité par l'individu à titre d'immeuble locatif ou qu'il soit utilisé dans l'exploitation d'une entreprise, l'individu pourra appliquer toute perte locative ou perte d'entreprise relative à l'immeuble ou en résultant à l'encontre de tous ses revenus. Dans le cas d'un immeuble locatif, la dépense d'amortissement, quant à elle, pourra être prise par l'individu à l'encontre de ses revenus locatifs, mais seulement jusqu'à concurrence du revenu locatif net de l'individu. Par ailleurs, dans le cas d'un immeuble détenu par un individu et qui est utilisé dans l'exploitation d'une entreprise personnelle, l'individu pourra prendre une dépense d'amortissement sur l'immeuble à l'encontre de ses autres revenus.

La détention personnelle facilitera la gestion d'un immeuble où il pourrait y avoir une composante d'utilisation personnelle (par exemple, le propriétaire occupe un logement de son triplex). Dans ce contexte, il n'y a pas d'équivalents des règles d'avantages imposables applicables dans un contexte corporatif. Seules les dépenses devront être départagées entre la partie de l'immeuble qui génère un revenu et celle qui n'en génère pas.

En cas de décès de l'individu, puisque toute la valeur de l'immeuble se retrouve dans ses mains, la succession du défunt devra s'imposer sur le gain en capital résultant de la disposition présumée de l'immeuble suite au décès de l'individu, au taux de l'individu. Par ailleurs, puisque le coût de l'immeuble et les capitalisations à son égard, le cas échéant, auront été déboursés par l'individu personnellement, ces éléments viendront réduire d'autant le gain en capital résultant de la disposition présumée suite au décès. La succession du défunt devra de plus s'imposer sur la récupération

d'amortissement de l'immeuble, au taux individuel. Bref, la détention personnelle ne permettra pas de réduire les impôts au décès (ou au dernier décès lorsqu'il y a un legs au conjoint), mais elle ne créera pas non plus de risque de double imposition.

1.2. MATHÉMATIQUEMENT…

Ce résumé des principaux avantages et inconvénients de la détention personnelle est bien utile, mais qu'en est-il mathématiquement? Quel est l'impact réel de la détention personnelle de l'immeuble?

Pour illustrer l'avantage d'une structure par rapport à une autre, nous avons procédé à une analyse chiffrée réaliste et complète, dans le but de déterminer l'impact réel des structures de détention immobilière, incluant le gel.

Les chiffriers principaux utilisés aux fins de cette analyse se trouvent à l'annexe 1.

Lorsqu'on parle de détention immobilière, il est important de connaître la nature des revenus qui seront générés par l'immeuble. Dans ce contexte, nous procéderons à la comparaison entre la détention personnelle et la détention, par le biais d'une société par actions, d'un immeuble qui génère :

- un revenu de bien;
- un revenu actif admissible à la déduction pour petite entreprise (« DPE »);
- un revenu actif non admissible à la DPE.

De plus, ces trois situations seront analysées sur la base de la provenance des fonds pour l'acquisition de l'immeuble, soit de l'individu ou des surplus accumulés par la société par actions.

Dans chacune des situations, nous comparerons la détention par une société par actions et la détention personnelle d'un particulier en basant notre analyse sur les hypothèses suivantes :

- les revenus générés sont retirés durant une année donnée, sans vente de l'immeuble, sous forme de dividende à l'actionnaire en tenant compte d'un taux de rendement et de croissance des immeubles; dans cette

hypothèse, les revenus, lorsqu'ils sont versés sur une base annuelle, tiennent compte d'une portion de remboursement de capital. À des fins comparatives, nous avons limité le remboursement de capital au montant d'amortissement réclamé par la société. Dans nos scénarios, nous avons remboursé les avances de l'individu en totalité avant de lui verser un dividende;

- le retrait des liquidités générées sous forme de gain en capital plutôt que sous forme de dividende;

- la vente de l'immeuble dans une année donnée et la remise des sommes à l'actionnaire;

- le retrait des liquidités générées sous forme de gain en capital lors d'une disposition dans l'année donnée;

- dans le cadre d'un décès, nous avons présumé qu'une transaction « pipeline » serait effectuée.

Nous avons bâti nos différents scénarios de façon à pouvoir établir les incidences de certaines variables. Ainsi, nos calculs sont basés sur les variables de base suivantes :

- la répartition du coût entre la bâtisse et le terrain (80 % – 20 %);

- le taux de rendement net (revenus de location moins toutes les dépenses y afférentes) sur le capital investi (8 %) ajusté aux cinq ans selon la valeur de la bâtisse;

- la plus-value annuelle de l'immeuble (4 %);

- le taux d'amortissement de la bâtisse (4 %);

- le taux de rendement sur les liquidités de 8 % (dans ce genre de situation, les bénéfices réalisés par les sociétés qui investissent dans le domaine immobilier sont généralement réinvestis dans le même domaine, c'est pourquoi on utilise un taux équivalant au rendement net (8 %);

- un taux d'actualisation de 3 %;

- les taux d'imposition marginaux maximums pour le particulier ont été utilisés. À cet égard, nous vous invitons à consulter l'annexe 1.

Les pourcentages utilisés ont été établis afin de refléter concrètement la réalité du domaine immobilier. De plus, nous n'avons pas, volontairement, tenu compte du levier financier inhérent à l'obtention d'une hypothèque. En effet, ultimement, c'est le rendement sur le capital investi qui compte. C'est pourquoi nous parlons de rendement net de location.

1.2.1. Revenus de bien générés par l'immeuble

Des tableaux relatifs aux revenus de biens générés par l'immeuble sont reproduits à l'annexe 2, « Revenu de bien », ci-après : le tableau 1 de l'annexe 2 représente le scénario sommaire avec les variables de base alors que le tableau 2 de cette même annexe montre le calcul détaillé permettant de réaliser le tableau 1 sommaire.

Actuellement, pour qu'il y ait avantage à détenir l'immeuble par l'intermédiaire d'une société, il faudrait attendre 28 ans du vivant et 33 ans dans le cas du décès. Dans la situation d'une vente, il faudrait que la société soit incorporée pendant au moins 33 ans pour qu'on en retire un avantage.

Regardons maintenant les incidences de la fluctuation des variables.

1.2.1.1. Impacts du taux de rendement net sur les liquidités

L'augmentation du taux de rendement sur les liquidités améliore le délai requis pour qu'il y ait avantage à procéder à la détention au moyen d'une société par actions[2]. Ainsi, avec un taux de rendement de 12 %, 23 années, soit 5 ans de moins, sont requises avant qu'il y ait avantage à détenir un immeuble par la voie d'une société (si l'on tient compte d'un amortissement de 4 %); pour un décès, le délai serait de 22 ans (soit 11 ans de moins). À 4 %, cela prendrait beaucoup plus de 40 ans pour qu'on en retire un avantage. Aussi bien dire qu'il n'est pas avantageux de détenir l'immeuble par l'intermédiaire d'une société.

La logique s'explique en partie par l'intégration imparfaite du taux sur le revenu de placement gagné par une société par actions si on le compare au taux d'un particulier. La réduction plus grande du nombre d'années au décès, si on la compare à la période de détention, s'explique par le fait que la

[2] À cet effet, voir les tableaux 3, 4 et 5 de l'annexe 2, « Revenu d'un bien », dans lesquels nous avons modifié le taux de rendement net sur les liquidités à 0 %, 4 % et 12 % respectivement au lieu de 8 % dans notre hypothèse de base (tableau 1 de l'annexe 2).

transaction « pipeline » permet un taux d'intégration favorable au décès, ce qui n'est pas le cas du vivant.

Il est important de noter que le taux de rendement sur les liquidités touche significativement les résultats.

Dans la situation où il y aurait disposition des actions de la société, compte tenu de l'impôt en main remboursable au titre de dividende (« IMRTD ») et de la perte de l'avantage fiscal liée à l'amortissement (avec un taux de rendement de 2 %), on retirerait alors un avantage certain à incorporer l'immeuble), si la disposition survient après 29 ans d'incorporation (33 ans si le taux de rendement est à 8 %). Si le taux de rendement est plutôt de 4 %, les délais sont trop longs (beaucoup plus que 40 ans).

Nous remarquons donc que le taux de rendement sur les liquidités a une influence importante sur la décision d'utiliser un « véhicule corporatif » pour la détention d'un immeuble. Plus le taux est élevé, plus les délais pour qu'il y ait un avantage à l'incorporation diminuent. L'influence d'une variation de taux de rendement net sur le capital a une influence semblable, mais moins grande avec les années.

1.2.1.2. Impact de la plus-value annuelle de l'immeuble

L'augmentation du taux de croissance de 2 % (donc un taux de 6 %) retarde à 31 ans du vivant (au lieu de 28 ans) et à 37 ans dans le cas d'un décès (au lieu de 33 ans) l'avantage de procéder à la détention de l'immeuble au moyen d'une société par actions.

La logique nous mène au même résultat compte tenu de la non-intégration du taux entre le revenu de placement gagné par une société par actions et lorsqu'il est gagné personnellement par l'individu[3].

La diminution du taux de croissance de 2 % réduit le délai à 26 ans du vivant et à 30 ans dans le cas du décès.

---

[3] À cet effet, voir les tableaux 6 et 7 de l'annexe 2, « Revenu d'un bien », dans lesquels nous avons modifié la plus-value annuelle à 2 % et à 6 % respectivement en remplacement de notre hypothèse de base à 4 % (tableau 1 de l'annexe 2).

Le taux de croissance de la valeur des immeubles a une incidence inverse de celle du rendement sur les liquidités. En effet, une augmentation du taux prolonge le délai pour que la détention corporative soit avantageuse.

1.2.1.3. Impact de l'amortissement

L'utilisation de l'amortissement retarde de quelques années l'avantage de procéder par une détention corporative. En effet, sans amortissement, le délai serait de 27 ans du vivant (au lieu de 28 ans) et de 29 ans au décès (au lieu de 33 ans).

Bien qu'à première vue il puisse sembler bizarre, ce constat est tout à fait explicable. En effet, le fait de prendre un amortissement permet au particulier d'avoir plus de liquidités à réinvestir. En conséquence, il faut un plus grand nombre d'années afin que l'incorporation soit avantageuse. Nous avons donc comparé notre hypothèse de base avec un amortissement de 4 % (tableau 1 de l'annexe 2) avec le tableau 8 de l'annexe 2 dans lequel il n'y a aucun amortissement.

Il est intéressant de constater l'incidence de la réclamation d'amortissement. Toutefois, en pratique, la réclamation d'un amortissement est favorable d'un point de vue du *cash-flow*, car on retarde le paiement des impôts dans le temps.

1.2.1.4. Variation de la répartition de la valeur bâtisse – terrain à 60 % – 40 % (au lieu de 80 % – 20 %)

Dans notre hypothèse de base, la répartition de la valeur est de 80 % pour la bâtisse et de 20 % pour le terrain (voir le tableau 1 de l'annexe 2). Nous avons comparé cette variable avec une répartition de 60 % pour la bâtisse et de 40 % pour le terrain (tableau 9 de l'annexe 2). Cette variation à la répartition entre le terrain et la bâtisse fait en sorte qu'il y a moins d'amortissement qui peut être réclamé, il en résulte donc une récupération moindre à l'échéance. Cette variation favorise la détention corporative de l'immeuble. Le délai du vivant demeure à 28 ans et à 31 ans au décès.

L'incidence financière plus importante au décès s'explique par le fait que la transaction « pipeline » favorise les biens non amortissables au niveau des taux d'intégration. Pour ce qui est du vivant, cette variation de 20 % entre le terrain et la bâtisse équivaut approximativement à une baisse de 1 % du taux d'amortissement et a donc une incidence infime.

1.2.1.5. Alors, doit-on détenir l'immeuble personnellement lorsqu'il génère du revenu de bien?

Sans planification, il ne fait aucun doute, dans le cas où les liquidités sont dans les mains du contribuable personnellement, que l'immeuble doit être conservé dans les mains du contribuable sur le plan financier.

Toutefois, la détention de l'immeuble par voie corporative doit être vue dans le cadre d'investissements à très long terme impliquant un gel successoral ou une planification testamentaire, ou dans des cas spécifiques impliquant le fractionnement de revenu. La clé afin qu'elle puisse devenir avantageuse plus rapidement réside dans un taux de rendement élevé sur les liquidités.

Cependant, lorsque l'immeuble est détenu de façon personnelle et qu'on veut le transférer dans une société par actions, un des problèmes rencontrés concerne le refinancement. Effet, il arrive bien souvent que l'hypothèque soit supérieure au coût fiscal, à la suite des refinancements basés sur la plus-value non réalisée de l'immeuble. Ce genre de situation ajoute un désavantage à incorporer l'immeuble. En effet, le contribuable devrait alors assumer une charge fiscale supplémentaire sur une moindre valeur correspondant à la différence entre la valeur fiscale du bien et le montant de l'hypothèque. Parfois, il est possible de compenser cet écart par le transfert d'autres actifs à la société, en même temps que le transfert de l'immeuble et de l'hypothèque, afin d'éviter cette imposition. Toutefois, ces actifs devront générer des rendements importants pour ne pas trop retarder les bénéfices de l'incorporation.

Dans la situation inverse, où les liquidités nécessaires à l'acquisition de l'immeuble sont dans la société par actions et que le solde d'IMRTD est nul, pour remettre une somme de 1 M$ dans les mains d'un actionnaire par voie de dividende ordinaire pour l'acquisition d'un immeuble, la société devrait posséder une somme de 1 571 339 $.

Dans le tableau 10 de l'annexe 2, on peut remarquer que lorsque le taux de rendement net sur les liquidités est d'au moins 3 %, il y a un avantage à la 13^{e} année d'acquérir l'immeuble au sein de la société par actions et lorsque le taux est de 4 % ou plus, l'avantage de la détention corporative se retrouve dès la première année. Dans la situation d'un décès ou d'une vente, l'avantage survient dès le départ.

On constate donc qu'il n'y a aucun avantage à sortir l'argent de la société pour acquérir l'immeuble si l'argent s'y trouve au départ[4].

Regardons encore une fois les incidences de la fluctuation des variables avec de nouvelles données.

1.2.2. Revenus d'entreprise admissibles à la DPE générés par l'immeuble

L'annexe 3, « Revenu d'entreprise admissible à la DPE », renferme des tableaux relatifs aux revenus d'entreprises admissibles à la DPE générés par l'immeuble. Ainsi, les variables de base se trouvent au tableau 1 de l'annexe 3 et le calcul détaillé au tableau 2 de l'annexe 3.

Selon les hypothèses de base, dès la première année, il y a un avantage à la détention corporative de l'immeuble, et ce, autant du vivant qu'au décès ou à la vente.

1.2.2.1. Impacts du taux de rendement net sur les liquidités

Dans cette situation, les incidences de la fluctuation des variables sont les mêmes que dans un cas de revenu de bien.

Lorsqu'il y a un rendement net sur les liquidités (même aussi infime que 1 %), il y a un avantage dès l'année 5 (2 % – 2 ans) de procéder à la détention d'un immeuble par voie corporative du vivant et de 10 ans pour le décès (à 2 % – 5 ans). Dans le cas d'une vente, l'avantage est immédiat. Bien entendu, à un rendement de 0 %, il n'y a jamais d'avantage à détenir l'immeuble par une société, étant donné que l'intégration n'est pas parfaite. À 4 %, l'avantage survient dès la deuxième année. Nous avons donc comparé un taux de rendement de 0 %, 1 % et 2 % dans les tableaux 3, 4 et 5 de l'annexe 3.

On constate donc qu'un faible rendement sur les liquidités est suffisant pour favoriser la détention de l'immeuble dans une société par actions. Ces liquidités pourraient donc être placées en dépôts à terme et cela serait suffisant.

---

[4] À cet effet, voir le tableau 12 de l'annexe 2, « Revenu de bien », ci-après; pour le calcul détaillé, voir le tableau 11 de l'annexe 2, « Revenu de bien ».

1.2.2.2. Impact de la plus-value annuelle de l'immeuble

Pour le revenu de bien, le taux de croissance de la valeur de l'immeuble agit négativement sur l'avantage lié à la détention corporative d'un immeuble. Les tableaux 6 et 7 de l'annexe 3, « Revenu d'entreprise admissible à la DPE », représentent respectivement une plus-value de 2 % et 6 %. Pour voir l'incidence du taux de croissance, nous avons utilisé un taux de rendement sur les liquidités de 2 %. Au-delà de ce pourcentage, il était impossible d'en établir l'impact.

On constate que le délai demeure à trois ans du vivant et passe à six ans au décès lorsque la croissance de la valeur de l'immeuble passe de 4 % à 6 %. En conséquence, l'influence est très négligeable dans cette situation.

1.2.2.3. Impact de l'amortissement

Tout comme pour le revenu de bien, l'utilisation de l'amortissement retarde le moment où la détention de l'immeuble par le biais d'une société par actions est avantageuse. En effet, la réclamation d'amortissement permet à la société d'avoir davantage de liquidités à distribuer à l'actionnaire. Tel qu'il a été vu précédemment, l'intégration imparfaite est en faveur du particulier. Le tableau 8 de l'annexe 3 représente une situation où l'amortissement est de 0 % et peut être comparé à l'hypothèse de base (tableau 5 de l'annexe 3). Nous avons utilisé, aux fins de comparaison, une hypothèse de base avec un taux de rendement sur les liquidités de 2 %. Dans cette situation, le délai passe à trois ans (*versus* deux ans) au vivant et à quatre ans (*versus* cinq ans) au décès. Pour la vente, l'avantage demeure toujours immédiat. La réduction de la durée au décès s'explique par l'avantage que procure la transaction « pipeline ».

1.2.2.4. Variation de la répartition de la valeur bâtisse – terrain à 60 % – 40 % (au lieu de 80 % – 20 %)

L'influence de cette variable est identique à celle énoncée pour le revenu de bien. Cette réduction de la partie amortissable réduit l'avantage lié à l'incorporation à quatre ans au décès (au lieu de cinq ans). Toutefois, elle prolonge à trois ans (*versus* deux ans) du vivant. Cependant, sur le plan financier, ce sont des montants infimes. Dans le cas d'une vente, cela n'a pas d'influence, compte tenu du grand avantage que procure la vente, soit la possibilité de bénéficier d'un taux de gain en capital au lieu d'un dividende sur les liquidités à sortir de la société.

1.2.2.5. Alors, doit-on détenir l'immeuble personnellement lorsqu'il génère du revenu d'entreprise admissible à la DPE?

Compte tenu du fait que le taux d'imposition d'un revenu actif admissible à la DPE est inférieur au taux d'imposition d'un revenu de placement, la détention corporative d'un immeuble dans ce cadre est avantageuse dès qu'il y a un rendement sur les liquidités d'au moins de 2 %. En effet, puisque le taux d'imposition est moindre, des surplus d'encaisse supérieurs sont générés et la société par actions peut les réinvestir. Donc, qu'il y ait augmentation de la plus-value ou non de l'immeuble, dès qu'il y a un rendement de 1 %, l'avantage penche du côté de la détention par le biais d'une société par actions.

Dans la situation où le capital est déjà accumulé au sein de la société, il ne fait aucun doute qu'il est très avantageux de procéder à l'achat de l'immeuble par l'intermédiaire de la société par actions. Les avantages d'une telle détention seront présents dès la première année (voir tableau 10, annexe 3) dans toutes les situations (pendant la détention, au moment d'un décès ou d'une vente).

En effet, l'argent de départ qui n'est pas envoyé à l'impôt, soit 571 339 $, génère des revenus supplémentaires et favorise encore plus la détention de l'immeuble dans la société.

1.2.3. Revenus d'entreprise non admissibles à la DPE générés par l'immeuble

À l'annexe 4, « Revenu d'entreprise non admissible à la DPE », on trouvera des tableaux relatifs aux revenus d'entreprise non admissible générés par l'immeuble. Ainsi, les variables de base se trouvent au tableau 1 de l'annexe 4 et le calcul détaillé au tableau 2 de cette même annexe.

Il s'agit d'une situation mitoyenne se situant entre celle dont l'immeuble génère du revenu de bien et celle dont l'immeuble génère du revenu d'entreprise admissible à la DPE. En effet, le taux effectif est supérieur au taux du revenu d'entreprise admissible à la DPE, mais inférieur au taux du revenu de placement.

En fonction des hypothèses de base, le délai nécessaire pour que l'utilisation d'une société soit avantageuse dans le cadre de la détention d'un immeuble serait de six ans du vivant et de huit ans au décès. Dans le cas d'une vente, l'avantage serait immédiat. En effet, lors de la vente, il est

possible de convertir un dividende en gain en capital et de bénéficier d'un taux d'imposition moindre (soit 8,7 %).

1.2.3.1. Impacts du taux de rendement net sur les liquidités

Le même principe que celui du revenu actif admissible à la DPE s'applique ici. Une augmentation du taux de rendement net sur les liquidités réduit les délais afin que la détention d'un immeuble par une société par actions soit avantageuse. Avec un taux de rendement de 12 %, il faut quatre ans de détention afin de rentabiliser la détention d'un immeuble par une société par actions (ou six ans si aucun amortissement n'est pris). Dans le cas d'un décès, le délai passerait à six ans (ou huit ans) et, pour la vente, il demeure immédiat. En effet, dans le cas d'une vente, on profite de la différence de taux d'imposition entre un dividende et un gain en capital. Dans le cas où le taux serait de 4 %, il faudrait plus de 12 ans pour favoriser la détention corporative d'un immeuble et 14 ans dans le cas d'un décès[5].

1.2.3.2. Impact de la plus-value annuelle de l'immeuble

Les mêmes principes que pour un revenu de bien ou admissible à la DPE s'appliquent relativement à ce facteur. Une augmentation du taux de croissance du marché augmente légèrement le délai pour qu'il y ait un avantage à la détention corporative d'un immeuble. Toutefois, cela est peu visible. Avec un taux de croissance de 10 %, cela augmenterait le délai à sept ans (*versus* six ans) du vivant et ne changerait rien dans le cas du décès (huit ans). Dans le cas d'une vente, l'incorporation demeure avantageuse dès le départ à cause de la différence des taux d'imposition entre un gain en capital et un dividende. Par contre, l'avantage réel survient au moment de la vente étant donné que la récupération est imposée à un taux corporatif inférieur[6].

1.2.3.3. Impact de l'amortissement

La réclamation de l'amortissement a un effet négatif au décès sur la détention corporative de l'immeuble, tout comme pour le revenu de bien et celui admissible à la DPE. Dans la situation du vivant, cela est un peu différent. Le délai est augmenté à sept ans (*versus* six ans). Cela s'explique par le fait que le taux d'imposition net (DPE – 19 %, revenu de bien

---

5 À cet égard, les tableaux 3, 4 et 5 de l'annexe 4 présentent respectivement les résultats avec des taux de 0 %, 4 % et 12 %.

6 Les tableaux 6 et 7 de l'annexe 4 peuvent être consultés et représentent les résultats avec des taux respectifs de 2 % et 6 %.

(46,57 % - 26,67 %) à 19,9 %) de la société est plus élevé, ce qui laisse moins d'argent dans la société, d'où l'augmentation du délai relatif à la détention corporative de l'immeuble.

1.2.3.4. Variation de la répartition de la valeur bâtisse – terrain à 60 % – 40 % (au lieu de 80 % – 20 %)

Tout comme dans la situation du revenu actif admissible à la DPE, la variation de la répartition bâtisse-terrain affecte légèrement de façon négative la détention corporative de l'immeuble. Tel qu'il a été indiqué précédemment, une variation de la répartition équivaut à une réduction du taux d'amortissement. Toutefois, comme les incidences sont infimes, cela ne se reflète que très peu dans le résultat. Le délai demeure au vivant à six ans et au décès à huit ans[7].

1.2.3.5. Alors, doit-on détenir l'immeuble personnellement lorsqu'il génère du revenu d'entreprise non admissible à la DPE?

En ce qui concerne les immeubles générant du revenu d'entreprise non admissible à la DPE, bien qu'il nécessite quelques années de plus de détention afin que la détention corporative soit pleinement efficace, si on la compare à du revenu admissible à la DPE, les conclusions restent les mêmes que celles mentionnées précédemment et donc l'avantage est favorable à la détention corporative de l'immeuble à moyen terme.

Dans la situation d'une vente, cela est avantageux dès le départ, compte tenu du fait que cela permet de bénéficier de l'avantage du taux d'imposition entre un gain en capital et un dividende (8,7 %).

Un des éléments clés qui doit faire partie de la décision est le taux de rendement sur les liquidités. Un taux de rendement insuffisant élimine l'avantage de procéder à une détention corporative de l'immeuble. Le taux de rendement agit donc de façon marquée sur les résultats.

---

[7] Le tableau 9 de l'annexe 4 illustre bien ce fait s'il est comparé à l'hypothèse de base (tableau 1).

Enfin, dans la situation où les liquidités se retrouvent au sein de la société par actions, cela favorise la détention corporative de l'immeuble dès le départ[8].

1.2.4. Constat général

En fonction de ce qui précède, la détention d'un immeuble par l'intermédiaire d'une société est avantageuse dans le cas d'un revenu actif ou lorsque l'argent nécessaire à l'acquisition de l'immeuble se trouve déjà dans la société. En ce qui concerne le revenu de bien, sans une planification adéquate, la détention devrait être entre les mains du particulier.

La variable qui influence le plus les résultats est celle du rendement sur les liquidités. Plus le rendement est élevé, plus la détention de l'immeuble par le biais d'une société par actions est favorable. Enfin, lorsque le revenu est actif, il ne faut pas oublier l'avantage important de l'admissibilité des actions de la société à la déduction à l'égard du gain en capital de 750 000 $.

Maintenant que nous avons comparé la détention personnelle *versus* la détention corporative, nous analyserons les options possibles pour procéder au gel d'immeubles, que ceux-ci soient détenus à l'origine par une société par actions, une société de personnes ou une fiducie.

2. DÉTENTION PAR UNE SOCIÉTÉ PAR ACTIONS

2.1. DE L'ACQUISITION, DE L'EXPLOITATION ET DU DÉCÈS

Jusqu'en janvier 2011, la détention d'immobilier par la voie d'une société par actions était régulièrement écartée comme solution pour les immeubles ayant une certaine valeur, surtout en raison du désavantage causé par la taxe sur le capital et la double imposition potentielle au décès de l'actionnaire de la société par actions. La taxe en capital étant maintenant abolie, il est plus qu'à propos de reconsidérer les avantages et inconvénients de la détention d'immobilier par la voie d'une société par actions pour en révéler les réelles conséquences.

Tout nouvel immeuble acquis par une société par actions pourrait coûter beaucoup moins cher à l'individu s'il est acquis avec des fonds imposés au taux corporatif actif (19 % ou 26,9 %, selon le cas). Si l'acquéreur ne gagne pas du revenu actif dans une société, le taux corporatif passif (46,57 %) est

8 Voir le tableau 9 de l'annexe 4.

également inférieur au taux marginal supérieur personnel, mais dans une mesure beaucoup moins importante. De plus, l'immeuble n'a pas besoin d'être acquis pour l'exploitation de l'entreprise pour profiter de la mise de fonds à même des profits imposés au taux corporatif actif. Ce résultat pourra être atteint dans la mesure où la structure permet le paiement d'un dividende corporatif non assujetti à l'impôt de la partie IV de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[9] de la société exploitant une entreprise à la société qui achètera l'immeuble. S'il n'est pas possible de payer un tel dividende, un prêt entre les sociétés donnera le même résultat (il faudrait faire attention par contre à la gestion de la protection des actifs dans le groupe de sociétés). Cette possibilité n'existe pas dans le cas où l'immeuble serait acquis personnellement puisque les règles d'avantages à l'actionnaire ou d'inclusion d'un prêt dans les revenus de l'actionnaire[10] viendraient s'appliquer sur le montant fourni par la société à l'individu pour l'acquisition de l'immeuble.

Un autre avantage non négligeable de la détention d'un immeuble par une société par actions est la protection qu'offre ce véhicule à son actionnaire contre les créanciers potentiels de la société par actions. Par contre, il est important de noter que la protection ne s'étend pas à tous les problèmes environnementaux qui pourraient surgir puisqu'en vertu des lois environnementales, les administrateurs d'une société par actions ont une certaine responsabilité à cet égard[11]. De plus, tout financement institutionnel ou bancaire de la société par actions, que ce soit pour ses opérations ou pour l'acquisition d'immeubles, sera potentiellement garanti par un cautionnement personnel de l'actionnaire. La protection contre les créanciers couvre donc principalement les créanciers ordinaires de la société par actions (par exemple, les fournisseurs qui ne pourraient être payés en raison d'un taux d'inoccupation plus élevée qu'anticipée, ce qui peut être particulièrement le cas dans les immeubles à vocation commerciale) ainsi que les poursuites extracontractuelles qui pourraient être intentées contre la société par actions. Par ailleurs, en ce qui a trait à une société par actions opérante, il est important de garder à l'esprit que dans le cas où l'immeuble est détenu par la même société par actions que celle qui exploite l'entreprise, l'immeuble ne sera pas protégé des créanciers potentiels de la société par actions exploitant l'entreprise ni de tous les risques reliés à l'exploitation de l'entreprise.

---

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

10 Par. 15(2) L.I.R.

11 *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., c. Q-25.

De plus, la société par actions qui détient un immeuble dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise verra ses revenus d'entreprises imposés à un taux de 19 % pour la première tranche de 500 000 $ de profits et à un taux de 26,9 % en 2012 pour l'excédent (28,4 % en 2011). Si la société par actions détient un immeuble à des fins locatives, celle-ci sera imposée à un taux de 46,57 % sur ses revenus de location si la société par actions n'a pas plus de cinq employés à temps plein, 26,67 % duquel revenu sera ajouté au compte d'IMRTD pour un impôt net corporatif de 19,9 % une fois l'IMRTD récupéré. Dans la mesure où les profits ne sont pas extraits dans les mains de l'actionnaire, les taux corporatifs sont donc plus avantageux que les taux individuels. À cet égard, l'actionnaire désirant sortir les profits de la société par actions devra s'imposer au taux de 36,35 % sur les dividendes ordinaires et au taux de 32,81 % en 2012 (31,85 % en 2011) sur les dividendes déterminés. Par conséquent, le refinancement de l'immeuble dans la société par actions pourra servir à financer les activités de la société par actions, mais il sera beaucoup moins efficace pour servir à financer le train de vie de l'individu puisqu'il devra s'imposer, à tout le moins, sur un dividende afin de sortir les fonds de la société par actions.

Contrairement à la détention personnelle, la détention d'un immeuble locatif par une société par actions permet à l'actionnaire de cette société par actions de fractionner le revenu de cette société avec les membres majeurs de sa famille, sauf avec son ou sa conjoint(e) tant qu'il est vivant[12], en intégrant ces membres comme actionnaires de la société par actions. Par ailleurs, dans le cas d'une société par actions détenant un immeuble utilisé dans l'exploitation d'une entreprise[13], il sera possible à l'actionnaire d'intégrer les membres majeurs de sa famille, incluant son ou sa conjoint(e), dans l'actionnariat de la société afin d'effectuer du fractionnement de revenus avec ceux-ci et ainsi réduire le taux d'imposition effectif global de la famille.

D'un autre côté, toutes pertes d'entreprise ou en capital réalisées par la société par actions seront encapsulées dans la société par actions et ne pourront pas être appliquées à l'encontre des autres revenus de l'individu.

Au décès de l'actionnaire détenant les actions de la société par actions, laquelle est propriétaire de l'immeuble, la succession du défunt devra s'imposer sur le gain en capital résultant de la disposition présumée des actions qu'il détient dans le capital de la société par actions. Dans la mesure

---

12 Art. 74.4 L.I.R.

13 C'est-à-dire dans la mesure où la société par actions se qualifie comme une « société exploitant une petite entreprise » (« SEPE »).

où l'immeuble a été acquis et financé par un tiers directement dans la société par actions, ou que celui-ci a été transféré par voie de roulement en faveur de la société par actions en contrepartie de l'émission d'actions et de la prise en charge du prêt hypothécaire par la société par actions, les actions détenues par l'actionnaire de la société par actions auront vraisemblablement un coût nominal et une juste valeur marchande (« JVM ») élevée. Par conséquent, la succession du défunt devra s'imposer sur un gain en capital égal à la différence entre la JVM des actions de la société par actions (soit essentiellement la valeur nette de l'immeuble détenu par la société par actions) et le coût de celles-ci. Le gain en capital imposable résultant de la disposition présumée à la suite du décès serait donc beaucoup plus élevé que si cet immeuble avait été détenu personnellement. Cependant, cela permet tout de même de convertir une récupération d'amortissement en gain en capital. Dans la mesure où les actions détenues par l'actionnaire défunt ne sont pas des « actions admissibles de petite entreprise »[14] (les actions pourraient se qualifier si l'immeuble est utilisé principalement dans l'exploitation de l'entreprise), il sera impossible pour le défunt d'utiliser sa déduction pour gains en capital (« DGC ») afin d'éponger une partie ou la totalité du gain en capital résultant de la disposition présumée à son décès.

À la suite du décès de l'actionnaire de la société par actions, il sera important de déterminer si la succession désire conserver le gain en capital résultant du décès du particulier ou si l'on désire plutôt transformer ce gain en capital en dividende. Selon la réponse à cette question, la succession pourra procéder à une réorganisation de type « pipeline »[15] ou à la conversion du gain en capital en dividende par la voie de rachats d'actions (et l'utilisation du paragraphe 164(6) L.I.R. aux fins de réduire le gain du défunt). Puisque ce type de réorganisations a fait l'objet d'un texte spécifique[16], nous vous invitons à lire ce texte pour plus de détails.

---

[14] Par. 110.6(1) L.I.R.

[15] La possibilité d'effectuer une transaction « pipeline » efficacement dans toutes les situations est remise en question par les autorités fiscales. L'application du paragraphe 84(2) L.I.R. neutraliserait l'efficacité d'une telle réorganisation. Par contre, des décisions anticipées favorables dans un contexte de décès continuent d'être données (AGENCE DU REVENU DU CANADA, décision anticipée 2010-0377601R3, 2010). Une structure adéquate et une présentation des faits appropriées semblent être la clé pour réussir l'opération avec succès.

[16] Pierre T. ALLARD et Diane HAMEL, « Planification *post mortem* en fonction des nouveaux taux de dividendes », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 7:1-40.

En plus de l'impôt au décès, dans l'éventualité de la vente subséquente de l'immeuble par la société par actions, celle-ci entraînerait un impôt corporatif sur le gain en capital ainsi que sur la récupération et, subséquemment, un impôt individuel lors de la sortie des fonds de la société par actions (compte de dividendes en capital (« CDC »), compte de revenu à taux général (CRTG)) puisque rares sont les acheteurs qui désirent acheter les actions d'une société par actions détenant un immeuble au lieu d'acheter l'immeuble, en grande partie parce qu'ils perdent ainsi la possibilité d'augmenter la base d'amortissement de l'immeuble au prix qu'ils paient pour celui-ci. Cependant, il est possible d'en établir l'inconvénient pour l'acheteur et en tenir compte dans le prix de vente des actions.

Les possibilités de majorer le coût de l'immeuble par le coût des actions de la succession se limitent aux biens non amortissables, donc au terrain. Cette majoration serait effectuée dans le cadre du pipeline. Rares sont les situations où l'augmentation de la valeur du terrain (ou des terrains) seule permettrait la transposition complète du coût des actions. Dans ce cadre, la gestion de la double imposition potentielle devient une préoccupation. Nous donnerons des pistes de solution à cet égard plus loin dans le texte.

L'alinéa 13(7)e) L.I.R. vise à limiter le montant du coût en capital qui servira à l'amortissement fiscal lorsque le bien est acquis d'une personne ayant un lien de dépendance. Le montant du coût en capital aux fins du calcul du gain en capital ne sera pas rajusté selon ce paragraphe pour éviter la double imposition.

Sommairement, le montant du coût en capital sera limité au coût du vendeur auquel on ajoute la portion imposable du gain en capital. La politique fiscale sous-jacente à cette disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est d'éviter qu'il puisse être possible de créer de l'amortissement sur la portion non imposable du gain en capital.

Il existe toutefois une exception à ce principe si l'acquisition s'effectue à la suite d'un décès. La notion de « par suite du décès » est précisée au paragraphe 248(8) L.I.R. Il faut préciser par contre que l'équivalent du sous-alinéa 13(7)e)(iii) L.I.R. concernant une acquisition pour une valeur moindre que le coût de celui qui dispose est repris à l'alinéa 70(5)c) L.I.R., de sorte qu'il ne sera pas possible de transformer en gain en capital, ce qui aurait été autrement une récupération d'amortissement pour le disposant en raison d'une baisse temporaire de la valeur du bien lors de la disposition. L'exception au décès ne s'applique donc que concrètement qu'aux sous-alinéas 13(7)e)(i) et 13(7)e)(ii) L.I.R. Cette différence de traitement entre une acquisition du vivant du disposant ou à son décès peut sembler

logique ou non selon le point de vue. En effet, il pourrait être allégué que puisqu'on choisit rarement le moment de notre mort, il n'y a pas de planification liée à cet événement et donc que le montant n'a pas à être limité. D'un autre côté, compte tenu du fait que dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* un don du vivant ou au décès donne généralement les mêmes conséquences, il peut paraître surprenant que ce ne soit pas le cas aux fins de l'amortissement, car l'alinéa 13(7)e) L.I.R. s'appliquera à un don. Au moins un auteur soulève que les dispositions de l'alinéa 13(7)e) L.I.R. et les dispositions s'appliquant au décès devraient être uniformisées[17].

L'alinéa 13(7)e) L.I.R. crée également une distinction entre la détention en indivision et en société de personnes au décès lorsqu'un immeuble est détenu par plus d'une personne. Cette distinction semble s'inscrire dans la logique où ces deux modes de détention ne donneront pas le même résultat quant à l'amortissement (pour une indivision, c'est l'indivisaire qui décide de prendre l'amortissement et cette décision peut être différente d'un indivisaire à l'autre; l'amortissement se prend par la société de personnes et cette décision aura le même effet conjoint pour tous les associés) et en ce qui concerne l'effet au décès (l'indivisaire aura de la récupération d'amortissement le cas échéant; la disposition d'une part de la société de personnes donnera généralement lieu à un gain en capital et n'entraînera pas la disposition de l'immeuble pour la société).

Mentionnons que le traitement différent de l'alinéa 13(7)e) L.I.R. au décès pourrait apporter un inconvénient non négligeable à un transfert à une société de personnes ou à une société par actions pour effectuer un gel. En effet, si un individu transfère un immeuble et qu'il décède peu de temps après le transfert ou avant que l'immeuble ne prenne de la valeur, ses héritiers ne pourront bénéficier de la majoration complète de la base d'amortissement jusqu'à concurrence de la valeur marchande. Par contre, le transfert pourrait éviter une récupération de l'amortissement déjà pris au moment du décès particulièrement s'il n'est pas nécessaire d'effectuer une disposition partielle intentionnelle pour majorer la base fiscale de l'immeuble au décès comme il a été expliqué auparavant. Cet inconvénient doit donc être soupesé, entre autres, en fonction de l'âge de l'individu, son coût, son amortissement déjà pris, la probabilité que l'immeuble prenne de la valeur à court terme et les possibilités d'extraire des liquidités d'une société par actions sans impôts en utilisant le coût de l'immeuble.

---

[17] Daniel SANDLER, « Character Rolls: Property Transfers and Characterization Issues », (1996), vol. 44, n° 3 *Revue fiscale canadienne* 605-679, pp. 675-676.

Pour conclure, serait-il possible de faire valoir que si un défunt prévoyait expressément dans son testament que les liquidateurs doivent faire en sorte qu'une société par actions qui détient un immeuble dispose partiellement de cet immeuble en faveur de la succession dans le cadre d'une réorganisation selon les paramètres expliqués auparavant, que cette acquisition est effectuée « par suite du décès » et donc que l'alinéa 13(7)e) L.I.R. ne viendrait pas limiter le montant du coût en capital aux fins de l'amortissement pour les héritiers? Il y a peu d'interprétation des autorités fiscales sur cette notion qui répondent à une telle interrogation, mais les réponses données à la Table ronde 2006 du congrès de l'APFF n'excluent pas complètement cette possibilité[18]. De plus, la définition donnée à cette notion au paragraphe 248(8) L.I.R. semble suffisamment large pour soutenir cette argumentation.

2.2. LE GEL

Comme il a été démontré plus haut, la détention d'immobilier personnellement ou par voie d'une société par actions peut potentiellement avoir des conséquences fiscales importantes au décès du propriétaire de l'immeuble ou des actions de la société par actions, selon le cas. À cet égard, il devient donc impératif d'évaluer la possibilité et l'opportunité de procéder au gel de la valeur de cet actif et ses conséquences.

Dans des circonstances où un immeuble ou un parc immobilier est détenu personnellement et que le propriétaire désire procéder au gel de celui-ci par l'utilisation d'une société par actions, l'individu devra transférer l'immeuble qu'il détient déjà dans une société par actions, sans impact fiscal par voie de roulement. À cet égard, selon la structure de capital émis de la société par actions, le transfert de l'individu en faveur de la société par actions pourrait être exempt de droits de mutation[19]. En contrepartie du transfert, la société par actions supportera la dette hypothécaire reliée à l'immeuble transféré (jusqu'à concurrence du moindre du coût et de la fraction non amortie du coût en capital (« FNACC »)[20]) et elle émettra des actions privilégiées de roulement dont la valeur de rachat correspondra à la différence entre la JVM de l'immeuble transféré et la dette hypothécaire

---

18 *«* Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 51:1-26, question 12., réponse b), à la page 51:19.

19 *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*, L.R.Q., c. D-15.1 (« L.D.M.I. »), art. 19.

20 Al. 85(1)b) et 85(1)e) L.I.R.

prise en charge. Il est fréquent que la dette sur l'immeuble ne puisse pas être supportée en totalité par la société par actions parce qu'elle est supérieure au moindre de la FNACC et du coût. Dans ce cas, il faudra transférer d'autres actifs pour compenser la différence. Dans l'éventualité où la dette hypothécaire est inférieure au moindre de la FNACC et du coût de l'immeuble, il serait également possible d'émettre un billet au montant de la différence en faveur de l'individu afin de lui permettre de récupérer une partie ou la totalité du coût qu'il a payé, sans impôts. Cet excédent pourra toujours être versé au capital versé des actions émises en contrepartie du roulement et être retiré plus tard, sans impôts.

Concurremment au roulement, une fiducie discrétionnaire au bénéfice des membres de la famille de l'individu est créée et les actions ordinaires de la société par actions sont émises en faveur de cette fiducie. Le gel pourrait également être effectué directement en faveur d'autres personnes, par exemple les enfants. Cette dernière possibilité serait choisie dans une situation où la flexibilité offerte par la fiducie ne semblerait pas nécessaire.

Si l'immeuble est déjà détenu par une société par actions et que l'actionnaire de celle-ci désire procéder au gel de la société par actions, ce gel s'effectuerait par la conversion ou l'échange des actions détenues par l'individu en actions privilégiées de gel ayant une valeur de rachat égale à la valeur de la société par actions au moment du gel (coût et capital versé nominal) et par l'émission concurrente d'actions ordinaires en faveur d'une fiducie familiale créée au bénéfice des membres de la famille de l'individu.

Dans tous les cas, il sera souvent conseillé d'émettre des actions privilégiées de vote de la société par actions en faveur de l'auteur du gel 1) afin de contrôler en faveur de qui le contrôle de la société par actions sera transféré dans l'éventualité du décès de l'auteur du gel par le testament de ce dernier et 2) afin de s'assurer qu'à aucun moment un changement de fiduciaire de la fiducie ne puisse entraîner un changement de contrôle de la société par actions, et donc une fin d'année présumée, en raison de la détention du contrôle de la société par actions par la fiducie[21].

---

[21] *MRN* c. *Consolidated Holding Company Limited*, 72 D.T.C. 6007 (C.S.C.); AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0087761E5, 24 mai 2005 et repris dans AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 34, 27 avril 2006, p. 11; *Yvonnette Côté-Létourneau et Marcel Létourneau* c. *La Reine*, 2007 D.T.C. 768 (C.C.I.).

À la suite du gel, advenant le décès de l'individu, les actions détenues par la fiducie (ou les bénéficiaires du gel s'il n'y a pas de fiducie) ne feraient l'objet d'aucune disposition présumée et l'impôt serait ainsi différé sur la valeur des actions détenues à ce moment par la fiducie. Si une fiducie n'est pas utilisée pour le gel, il existe toujours un risque qu'un des bénéficiaires du gel décède avant l'auteur du gel (même si cela ne devait pas arriver statistiquement parlant) rendant ainsi le gel plus onéreux que le *statu quo*. Par ailleurs, les actions de gel détenues au moment du décès par le défunt feraient l'objet d'une disposition présumée à leur valeur de rachat et la succession du défunt devra s'imposer sur le gain en capital résultant de cette disposition présumée. Par contre, plus le gel sera mis en place rapidement (voire au moment de l'acquisition de l'immeuble), plus l'auteur du gel aura de temps pour se faire racheter ses actions de gel, petit à petit, pour subvenir à ses besoins et ainsi réduire ou complètement éliminer la valeur que celui-ci détiendra dans ses mains à son décès.

Finalement, malgré la mise en place d'un gel, dans l'éventualité du décès de l'auteur du gel avant que celui-ci ne se soit fait racheter la totalité des actions de gel qu'il détient, il y aura un potentiel de double imposition dans l'éventualité d'une vente subséquente de l'immeuble par la société par actions.

2.3. MATHÉMATIQUEMENT…

Nous vous renvoyons à la section 1.2. pour l'analyse de l'avantage à exploiter ou non un immeuble par une société par actions.

Par ailleurs, malgré la théorie, comment la double imposition se reflète-t-elle dans les faits? Quel est l'effet réel d'un gel par la voie d'une société par actions? Quand devient-il avantageux fiscalement de procéder à un gel d'une société par actions détenant un immeuble dont les revenus générés sont nécessaires à l'actionnaire principal pour subvenir à ses besoins?

Nous tenons pour acquis que puisqu'un immeuble est un actif dont la valeur ne cessera jamais de croître pourvu que la perspective soit à long terme, il y a un avantage à procéder à un gel de l'immobilier dans la mesure où il n'en résulte peu ou pas de double imposition. De plus, nous rappelons que nous travaillons avec l'hypothèse où les liquidités sont généralement insuffisantes et que la possibilité de différer le paiement de tout impôt ne peut être qu'une bonne nouvelle. À cet égard, basé sur les faits ci-dessous, voici le résultat d'un gel d'immobilier au moyen d'une société par actions si la double imposition n'est pas gérée.

- En date d'aujourd'hui :
  - JVM totale de l'immeuble : 2 000 000 $;
  - coût de la bâtisse : 800 000 $;
  - coût du terrain : 200 000 $;
  - FNACC : 376 000 $.
- Au moment du décès, dans 20 ans :
  - JVM totale de l'immeuble : 4 400 000 $;
  - JVM des actions de gel : 2 000 000 $;
  - coût de la bâtisse : 800 000 $;
  - coût du terrain : 200 000 $;
  - FNACC : 178 000 $;
  - coût des actions de gel : 576 000 $.

Au décès, lorsque les actions ont été « gelées », il survient une double imposition. En effet, au décès, le défunt est réputé avoir disposé de ses actions à leur JVM. Il en résulte donc un gain en capital équivalent à la différence entre la JVM des actions et le prix de base rajusté (« PBR ») des actions. Lors de la liquidation de la société, une perte en capital est générée lors du rachat des actions (puisque le produit de disposition est réduit du dividende de liquidation). Ainsi, supposons que, plus d'un an après, lorsque la succession a été dans l'impossibilité d'appliquer la perte générée sur le gain en capital du défunt en vertu du paragraphe 164(6) L.I.R. ou sur ses propres gains, il survient une double imposition, puisque la succession s'impose sur un dividende de liquidation et n'utilise pas la perte en capital à l'encontre du gain du défunt. Cela représente donc un impôt supplémentaire équivalant à 24 % du dividende imposable lors du rachat des actions, plus l'impôt sur le gain attribuable au terrain. Toutefois, cet impôt pourrait être éliminé par une planification fiscale adéquate, permettant l'augmentation du

coût du terrain avant la vente, à la suite d'un transfert des actions de la société à une autre société, suivi d'une liquidation[22].

On constate que le coût d'impôt supplémentaire est semblable, quel que soit le genre de revenu généré (actif, bien, revenu). L'absence de planification fiscale adéquate retarde donc le délai requis afin que la détention d'un immeuble par une société par actions soit avantageuse. Dans le cas d'un revenu actif admissible à la DPE, le délai est de 30 ans (*versus* 1 an), celui du revenu actif autre à 35 ans (*versus* 8 ans) et celui du revenu de bien est de plus de 40 ans (*versus* 33 ans).

La première méthode pour gérer et limiter le problème de double imposition consiste à racheter les actions de gel du vivant de son détenteur (plutôt que de lui verser un dividende, par exemple). Non seulement cette stratégie est très efficace pour limiter la double imposition, mais elle permettra de différer encore plus longtemps un montant appréciable d'impôts autrement payable au décès de l'auteur du gel. Cette stratégie est particulièrement efficace si le rachat permet de récupérer de l'IMRTD.

Comme ce ne sera pas dans toutes les situations où il sera possible de racheter la totalité des actions de gel avant le décès, nous proposons la méthode optionnelle suivante. Afin de limiter ou d'éliminer la double imposition résultant du gel de l'immobilier au moyen d'une société par actions, nous suggérons les étapes suivantes, telles qu'elles sont reflétées dans les tableaux joints en annexe 5 ci-après. Tout d'abord, immédiatement après le décès du défunt, la société par actions procède à une vente partielle de l'immeuble en faveur de la succession afin que la société par actions réalise un gain en capital sur la bâtisse et le terrain égal au gain en capital résultant de la disposition présumée des actions de gel détenues par le défunt à son décès (il est possible qu'en raison de la disposition partielle la société réalise également une partie de la récupération de l'amortissement). Par la suite, la société par actions procède au rachat des actions de gel pour un montant égal à la somme du CDC créé par la disposition partielle plus le montant du dividende imposable nécessaire pour récupérer (ou plutôt ne pas payer) l'IMRTD. Il résultera de cette étape un dividende en capital non imposable de 712 000 $, un dividende imposable de 695 247 $ ainsi qu'une perte en capital de 1 407 247 $, laquelle perte en capital pourra être reportée à l'encontre du gain en capital du défunt à certaines conditions. À cet égard, il est important de vérifier si le montant du dividende en capital utilisé dans

---

[22] À cet égard, voir les scénarios de base, soit les tableaux 1 des annexes 2, 3 et 4 ci-après.

cette opération n'excède pas la moitié du montant du rachat puisque, si c'est le cas, les dispositions du paragraphe 112(3.2) L.I.R. viendront s'appliquer pour limiter l'utilisation de la perte à cet égard. Finalement, le solde de 592 753 $ sera extrait de la société par actions en faisant une réorganisation de type « pipeline ». L'immeuble pourra par la suite être vendu au tiers par la succession et la société par actions. Comme les actions auront été complètement rachetées ou achetées (valeur de 2 M$) et que la valeur transférée de l'immeuble par la société par actions sera inférieure à 2 M$, la succession et éventuellement les héritiers auront une somme à recevoir importante de la société par actions (dans notre exemple, la somme due est de 525 741 $). Ce billet pourra servir à extraire des liquidités de la société par actions (provenant de l'immeuble ou d'une autre source si la société par actions exploite une entreprise ou reçoit des dividendes d'une autre société) sans impôts.

Comme vous pourrez le constater, la mise en place de la transaction ci-dessus permet de réduire la double imposition résultant du décès et de la vente subséquente de l'immeuble de 230 000 $ environ et permet d'utiliser la totalité du CDC et la presque totalité du compte d'IMRTD de la société par actions. Le choix de la réorganisation se fera cas par cas puisque, bien que la société par actions crée de la double imposition, la situation ne sera pas complètement désavantageuse s'il est possible d'utiliser le CDC et l'IMRTD excédentaire en utilisant d'autres sources de revenus de la société. Nous pourrions presque écrire que la double imposition constitue un problème si la société ne possède que des immeubles. De plus, l'impôt total payable dans ces circonstances n'excède l'impôt payable personnellement en cas de décès que de 70 000 $ approximativement si on le compare à une disposition d'un immeuble ayant les mêmes caractéristiques détenu personnellement mais, bien sûr, cet impôt excédentaire ne sera payable qu'au moment de la disposition de l'immeuble et non au décès. La possibilité de différer l'impôt pourrait donc compenser largement cette légère différence. Nous ne pouvons donc pas faire de « règle du pouce ». Chaque cas doit être analysé de façon individuelle. Une chose est certaine, la disposition partielle doit être envisagée sérieusement pour éviter une double imposition.

Il est toujours possible également de majorer le coût de certains actifs lors d'une transaction « pipeline » en utilisant les dispositions de l'alinéa 88(1)d) L.I.R. Par contre, cette majoration contient une limitation importante, car elle ne s'applique qu'aux biens non amortissables. Il faudrait donc une situation où l'immeuble (ou les immeubles), et particulièrement le terrain, a pris une très forte valeur depuis le gel pour pouvoir majorer complètement le coût de ce dernier d'un montant égal au coût des actions détenues par la succession.

3. DÉTENTION PAR UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES

3.1. DE L'ACQUISITION, DE L'EXPLOITATION ET DU DÉCÈS

À quelques exceptions près, les règles applicables à la détention d'un immeuble par une société de personnes suivent essentiellement les règles applicables à ses associés. En effet, puisque la société de personnes n'est pas un contribuable fiscal dans son sens complet, elle est essentiellement un véhicule *flow-through*.

Donc, si la société de personnes exploite une entreprise active et que ses associés sont des sociétés par actions, le revenu d'entreprise de la société de personnes sera imposé dans les mains des associés corporatifs au taux corporatif actif de ceux-ci (soit 19 % ou 26,9 %, selon le cas). La société de personnes n'ajoute donc pas de palier d'imposition et l'imposition se fera au niveau de l'associé (et celui de son actionnaire si celui-ci est une société par actions).

De plus, dans le cas d'une société en nom collectif, dans la mesure où ses associés sont des individus, ceux-ci ne bénéficieront pas de protection pour leurs actifs contre les créanciers de la société en nom collectif. En fait, les actifs des associés d'une société en nom collectif sont accessibles aux créanciers de la société en nom collectif dans l'éventualité où les biens de cette dernière sont insuffisants pour couvrir les dettes de la société[23]. La seule protection qu'un individu peut avoir à cet égard est de détenir sa participation dans la SENC par la voie d'une société par actions ou par la voie d'une fiducie. Finalement, dans le cas où la SENC détient un immeuble qui est utilisé par une société par actions dans l'exploitation de son entreprise, l'immeuble ainsi détenu par la SENC sera protégé contre les créanciers de l'entreprise.

Par contre, dans le cas d'une société en commandite, sous réserve des exceptions prévues à la loi[24], les commanditaires bénéficieront d'une certaine protection d'actif même s'ils sont des individus, puisque ceux-ci ne seront responsables des dettes de la société en commandite que jusqu'à concurrence des apports que le commanditaire a faits auprès de la société. Le commandité, quant à lui, ne bénéficie d'aucune protection d'actif puisqu'il

---

23 *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »), art. 2221.

24 Par. 2224 2) et art. 2247 C.c.Q.

est entièrement responsable des dettes de la société en commandite[25]. Pour cette raison, nous nous assurons de toujours avoir un commandité corporatif.

Sous réserve du caractère raisonnable de la répartition des revenus et des pertes de la société de personnes entre ses associés[26], cette structure permettra également à l'individu de faire du fractionnement de revenus avec les membres de sa famille en intégrant ceux-ci comme associés de la société de personnes ou surtout en ayant une fiducie familiale détenant des parts dans la société de personnes. Dans certaines circonstances, il sera même possible d'effectuer du fractionnement de revenus avec des enfants mineurs.

Sous réserve des règles applicables à un « associé déterminé »[27], auquel cas les pertes pouvant être déduites par celui-ci sont essentiellement limitées au montant que cet associé a mis à risque dans la société de personnes[28], puisque le revenu d'une société de personnes se calcule au niveau de la société de personnes, toute perte locative ou en capital générée par la société de personnes sera attribuée aux associés et pourra donc venir réduire leurs revenus.

Sous réserve des règles applicables à un « associé déterminé »[29], le refinancement d'un immeuble détenu par une SENC peut potentiellement servir à financer le train de vie de l'individu associé en retirant ces nouveaux fonds par voie de retraits de capital. Par contre, dans le cas d'une société en commandite, le refinancement d'un immeuble détenu par celle-ci afin de financer le train de vie d'un commanditaire n'est pas recommandé puisque cette opération aura potentiellement comme résultat de rendre le PBR de la part de ce commanditaire négatif et, dans ce cas, le commanditaire devra s'imposer sur ce montant à la fin de l'année[30].

Advenant le décès d'un associé d'une société de personnes, ce dernier aurait dû s'imposer sur le gain en capital résultant de la disposition présumée de son intérêt dans la société de personnes. En plus de l'impôt au décès, dans l'éventualité de la vente subséquente de l'immeuble par la société de

---

25 Art. 2246 C.c.Q.

26 Par. 103(1.1) L.I.R.

27 Par. 248(1) L.I.R.

28 Par. 96(2.2) L.I.R.

29 Par. 248(1) L.I.R.

30 Par. 40(3.11) et 40(3.1) L.I.R.

personnes, celle-ci entraînerait un impôt sur le gain en capital ainsi que sur la récupération pour les associés puisque, tout comme dans le cas d'une société par actions, rares sont les acheteurs qui désirent acheter les parts d'une société de personnes détenant un immeuble au lieu d'acheter directement l'immeuble, en grande partie parce qu'ils perdent ainsi la possibilité d'augmenter la base d'amortissement de l'immeuble au prix qu'ils paient pour celui-ci. La double imposition tant crainte applicable dans le cas de l'utilisation d'une société par actions se produit donc également dans le cas d'une société de personnes. Par contre, la gestion de la double imposition demeure plus simple que dans la société par actions. En effet, dans le cas du décès d'un associé et de la vente subséquente de l'immeuble par la société de personnes, il résultera une « double majoration » du PBR de la part transmise par le défunt à sa succession (et éventuellement ses héritiers)[31]. Tout d'abord, le PBR de la part de l'associé défunt sera augmenté à la JVM de celle-ci au moment du décès de l'associé[32]. De plus, lors de la vente de l'immeuble par la société de personnes, le PBR de la part de l'associé décédé sera augmenté de la part du gain en capital et de la récupération allouée à cet associé résultant du transfert de l'immeuble. Dans ce cas, le coût de la part de l'associé décédé sera supérieur à sa JVM. Dans l'éventualité où la société est dissoute avant la fin de l'année de la vente de l'immeuble, la perte en capital résultant de la disposition de l'intérêt dans la société de personnes pourrait être utilisée afin de venir réduire le gain en capital résultant de la vente de l'immeuble. Il n'est donc pas nécessaire de procéder à une réorganisation dans l'année du décès contrairement à une société par actions. Dans l'éventualité où la part de la société de personnes est simplement rachetée dans la même année que la vente de l'immeuble, mais que la société de personnes n'est pas dissoute, la perte devrait également être créée en temps opportun (c'est-à-dire la même année) pour permettre la déduction. En effet, le paragraphe 96(1.01) L.I.R. proposé vient régler le problème du *timing* de la majoration du PBR de la participation pour les revenus attribués durant l'année lorsqu'un associé se retire. Dans les situations où il ne sera pas possible de liquider ou de disposer de la participation dans la même année que la vente de l'immeuble, il sera toujours possible d'utiliser la perte en capital contre le gain en capital réalisé dans la mesure où la dissolution se produit avant la fin de la troisième année suivant la vente de l'immeuble[33]. Si la société de personnes possède plusieurs immeubles, cette technique

---

31 Michael I. ATLAS, « Recent Tax Issues Relating to Investing in Canadian Real Estate by Canadian Residents », dans *2010 Ontario Tax Conference*, Toronto, Fondation canadienne de fiscalité, 2010, pp. 7:1-18.

32 Par. 70(5) L.I.R.

33 Al. 111(1)b) L.I.R.

pourrait être plus difficilement applicable si les immeubles ne sont pas disposés en même temps ou sur une période de trois ans et moins et que la valeur de l'immeuble vendu n'est pas suffisante pour racheter complètement la part de gel. Dans un contexte de planification, il pourrait être suggéré de détenir un seul immeuble (ou un groupe d'immeuble qui sera vraisemblablement disposé en même temps) par société de personnes pour éviter cette situation problématique. Cette technique ne fonctionnerait pas pour la portion « récupération d'amortissement ». La perte en capital créée par cette portion du revenu attribué devrait être utilisée contre un autre gain en capital (ou encore réalisée dans l'année du décès afin de réduire le gain réalisé par le défunt). Il pourrait aussi être envisagé d'attribuer une proportion plus grande du gain en capital au détenteur des parts de gel plutôt que sa portion de récupération d'amortissement tout en s'assurant que le revenu imposable global soit le même. Par contre, cette technique devrait être appliquée avec précaution en tenant compte des dispositions de l'article 103 L.I.R.

De plus, comme il est possible de le faire dans le cas d'une société par actions en vertu de l'alinéa 88(1)d) L.I.R., l'alinéa 98(3)c) L.I.R. permet d'augmenter le coût de biens non amortissables détenus par une société de personnes lors de sa dissolution, plus précisément, le coût d'un terrain. Tout comme dans le cas d'une société par actions, ce *bump* est relativement limité puisqu'il ne s'appliquera qu'au terrain. Par contre, contrairement au *bump* en vertu de l'alinéa 88(1)d) L.I.R., il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu acquisition de contrôle afin de pouvoir utiliser le *bump* en vertu de l'alinéa 93(3)c) L.I.R. et le montant de l'augmentation du PBR du terrain n'est pas lié au montant de la valeur au moment du décès.

Finalement, contrairement à une société par actions, il ne sera pas possible pour un individu qui est détenteur d'une part d'une société de personnes d'utiliser la DGC à l'encontre du gain réalisé lors de la disposition présumée de cette part.

3.2. LE GEL

Comme avec la société par actions, il est possible de procéder au gel d'une société de personnes détenant un immeuble (ou de procéder au gel d'un immeuble en utilisant une société de personnes). En effet, après plusieurs années d'incertitude, la jurisprudence a récemment confirmé la possibilité de procéder à un gel d'une SENC dans la mesure où les mêmes

éléments économiques utilisés lors d'un gel successoral avec une société par actions peuvent être reproduits avec une société de personnes[34].

Si l'immeuble est déjà détenu par une société de personnes et que nous désirons procéder au gel de la société de personnes détenant cet immeuble, ce gel s'effectuera par la conversion des parts détenues par l'associé en parts de gel ayant une valeur de rachat égale à la valeur de la société de personnes au moment du gel (coût nominal) et par l'émission concurrente de parts ordinaires en faveur d'une fiducie familiale créée au bénéfice des membres de la famille de l'individu. Malgré le fait que les autorités fiscales n'aient pas statué sur le sujet[35]. Nous ne croyons pas qu'il soit nécessaire de procéder à un échange formel en vertu des dispositions du paragraphe 97(2) L.I.R. puisqu'il n'y a pas de disposition des parts des associés, mais plutôt une modification des caractéristiques de celles-ci. De plus, en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, un associé est associé de la société de personnes ou non, sans égard aux caractéristiques potentielles des parts qui pourraient être émises. Par ailleurs, selon un auteur[36], l'échange de parts dans le cadre d'un gel au moyen d'une société de personnes pourrait s'effectuer en vertu des dispositions du paragraphe 97(2) L.I.R. et, dans ce cas, le formulaire prescrit à cette fin devra être produit.

Tel qu'il a été mentionné plus haut, afin que le gel successoral au moyen d'une société de personnes soit valide, il doit refléter les mêmes éléments économiques qu'un gel successoral au moyen d'une société par actions. À cet égard, il est donc primordial que les parts de gel émises lors de la conversion soient rachetables au gré du détenteur, pour une valeur de rachat égale à la JVM des parts qui ont été converties en parts de gel, qu'elles donnent droit à une attribution de revenus préférentielle (habituellement un pourcentage du capital relatif aux parts de gel) et qu'elles donnent droit à une distribution préférentielle du capital de la société de personnes dans le cas de sa dissolution, et ce, jusqu'à concurrence du capital relatif aux parts de gel[37]. Nous irions même plus loin en disant que, puisque l'article 103 L.I.R. est une disposition qui n'a pas d'équivalent pour une société par actions, il est

---

34 *Krauss* c. *La Reine*, 2009 D.T.C. 1394 (C.C.I.) (« *Krauss* »).

35 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 97-26105, « Conversion partnership interest – same partnership », 10 février 1998.

36 Timothy P. KIRBY, « Estate Freezes: Not Just For Corporations », (2009), vol. XIII, n° I *Business Vehicles* 672-674.

37 *Id.*

préférable, par prudence, que l'associé qui effectue le gel de sa part reçoive au moins le même niveau de revenus qu'il recevait avant le gel.

Dans la mesure où l'immeuble est détenu par l'individu et qu'il désire procéder au gel par l'utilisation d'une société de personnes, l'individu devra transférer l'immeuble qu'il détient déjà dans une société de personnes, sans impact fiscal par voie de roulement en vertu du paragraphe 97(2) L.I.R. À cet égard, le formulaire prescrit devra être déposé auprès des autorités fiscales. En contrepartie du transfert, il recevra des parts privilégiées de roulement (qui devront avoir les mêmes caractéristiques que les parts de gel) dont la valeur de rachat sera égale à la JVM de l'immeuble transféré et la société de personnes supportera la dette grevant l'immeuble (coût des parts égal au moindre du coût et de la FNACC de l'immeuble, moins le montant de la dette supportée). Il est fréquent que la dette sur l'immeuble ne puisse pas être supportée en totalité par la société de personnes parce qu'elle est supérieure au moindre de la FNACC et du coût. Dans ce cas, la dette hypothécaire excédant le moindre de la FNACC et du coût de l'immeuble ne sera pas prise en charge par la société de personnes et demeurera dans les mains de l'individu. Concurremment au transfert de l'immeuble, les parts ordinaires de cette société de personnes seront émises en faveur d'une fiducie familiale créée au bénéfice des membres de la famille de l'individu ou directement en faveur des membres de la famille.

Dans le cas du transfert d'un immeuble en faveur d'une société de personnes, il est primordial de savoir qu'il n'existe aucune exonération en vertu de la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières.* En effet, tout transfert d'un immeuble par un individu en faveur d'une SENC ou d'une société en commandite devrait faire l'objet d'une imposition de droits de mutation. Par contre, puisque les droits de mutation ne sont imposés que sur publication du transfert au registre foncier, il est possible de publier un prête-nom à titre de propriétaire de l'immeuble, lequel prête-nom respectera les critères nécessaires afin d'être exonéré du paiement des droits de mutation. Une convention de prête-nom devra donc être conclue entre le prête-nom et la société de personnes. À cet égard, la fiducie qui détiendra les parts ordinaires de la société de personnes agira à titre de prête-nom pour la société de personnes aux fins de la publication du titre de propriété au registre foncier. Pour que la fiducie se qualifie aux fins de l'exonération des droits de mutation, ses bénéficiaires doivent être restreints à certaines personnes spécifiques, soit : l'auteur du transfert, ses ascendants ou descendants en ligne directe, son ou sa conjoint(e), le conjoint du fils, de la fille, du père ou de la mère de l'auteur du transfert ou qui est le fils, la fille,

le père ou la mère du conjoint de l'auteur du transfert[38]. La fiducie sera ainsi le propriétaire de l'immeuble au titre alors que la société de personnes sera le véritable propriétaire aux fins commerciales et fiscales.

À la suite de la mise en place du gel de la société de personnes, l'impact fiscal de l'« encaissement » des parts privilégiées par l'auteur du gel diffèrera totalement de l'impact fiscal résultant du rachat d'actions privilégiées de gel dans le cadre du gel d'une société par actions. En effet, dans le cas d'un gel au moyen d'une société par actions, il sera possible pour l'auteur du gel de réduire ou d'éliminer le gain en capital latent accumulé sur ses actions de gel d'une manière qui est essentiellement sans impôts (dans la mesure où la société par actions accumule par ailleurs de l'IMRTD). À cet égard, tout au long de sa vie, l'auteur du gel se verra racheter ses actions de gel, réalisant ainsi un dividende présumé[39] qui permettra à la société par actions de récupérer son IMRTD, lequel IMRTD récupéré équivaudra environ à l'impôt personnel qui sera payable par l'auteur du gel sur le dividende présumé résultant du rachat. Par contre, une telle planification n'existe pas dans le cas d'une société de personnes puisque tout rachat de parts de gel sans attribution de revenus rendra éventuellement le PBR de ces parts négatif et l'auteur du gel devra s'imposer sur ce montant de toute façon à son décès (ou avant s'il s'agit d'un associé déterminé). D'un autre côté, si un revenu est attribué à ces parts de gel, cela aura pour conséquence d'en augmenter la valeur et ainsi d'annuler tout effet bénéfique recherché par le gel. Serait-il possible de procéder au rachat de parts de gel par l'attribution de revenus, en précisant que ces attributions de revenus n'augmentent pas la valeur des parts de gel, et ainsi s'assurer que l'auteur du gel s'impose immédiatement sur ce revenu seulement? Cette question n'a malheureusement pas encore fait l'objet de discussion dans la doctrine ou dans la jurisprudence. Par ailleurs, il serait opportun de se demander si un tel traitement de parts de gel se qualifierait aux fins d'un gel successoral selon ce qui a été établi en vertu de l'arrêt *Krauss*.

3.3. MATHÉMATIQUEMENT…

Comment le gel au moyen d'une société de personnes diffère-t-il, mathématiquement, du gel au moyen d'une société par actions? Est-ce que la double imposition est moins grande? Est-il possible de réduire cette double imposition?

---

38 Par. 20e) L.D.M.I.

39 Par. 84(3) L.I.R.

À cet égard, basé sur les faits ci-dessous, voici le résultat d'un gel d'immobilier au moyen d'une société de personnes si la double imposition n'est pas gérée.

- En date d'aujourd'hui :
  - JVM totale de l'immeuble : 2 000 000 $;
  - coût de la bâtisse : 800 000 $;
  - coût du terrain : 200 000 $;
  - FNACC : 376 000 $.
- Au moment du décès, dans 20 ans :
  - JVM totale de l'immeuble : 4 400 000 $;
  - JVM des parts de gel : 2 000 000 $;
  - coût de la bâtisse : 800 000 $;
  - coût du terrain : 200 000 $;
  - FNACC : 178 000 $;
  - coût des parts de gel : 576 000 $.

Tel qu'il est expliqué plus haut, il est possible de gérer la double imposition résultant du gel de l'immobilier au moyen d'une société de personnes.

Au décès, il y aura disposition de la participation dans la société de personnes et réalisation d'un gain en capital. Lors du rachat de cette participation, il n'en résultera aucune autre incidence, car son PBR correspondra au montant reçu.

En ce qui concerne la double imposition, les incidences sont moins importantes. En effet, lors de la disposition subséquente de l'immeuble, les bénéfices générés par cette vente augmenteront le PBR des participations et, à la liquidation, une perte en capital sera réalisée. Compte tenu du fait que le gain réalisé à la disposition est attribué au contribuable, la perte réalisée à la

disposition de la participation viendra donc réduire ce gain et empêcher la double imposition. Seule la partie relative à la récupération d'amortissement créera une perte en capital qui ne pourra venir réduire le revenu provenant de la récupération.

De plus, pour ce qui est du *timing*, la cessation de la société doit avoir lieu avant le 31 décembre de l'année, si l'on désire utiliser la perte en capital sur la disposition de la participation à l'encontre des gains réalisés par la société de personnes. En effet, compte tenu du fait que l'ajout au PBR des revenus ne s'effectue qu'à la première journée suivant la fin d'année, la perte n'est réalisée qu'après ce moment. En conséquence, si la fin d'année est le 31 décembre, la perte en capital se réalisera uniquement l'année suivante. Une cessation des activités de la société de personnes, suivie de la remise de tous les actifs avant le 31 décembre, permet d'avoir une date de fin d'année avant le 31 décembre et de réaliser la perte dans la même année civile. Une autre façon serait de disposer de la participation pour réaliser la perte dans la même année civile.

Si la liquidation a lieu dans la première année suivant le décès, la double imposition sur la récupération d'amortissement serait éliminée. Tel qu'il a été indiqué précédemment, il faut faire attention à la fin d'année de la société de personnes qui doit se terminer au plus tard un an moins un jour suivant le décès, sinon, la double imposition sera maintenue. En conséquence, une planification dans la première année suivant le décès est avantageuse si l'amortissement a été réclamé.

4. DÉTENTION PAR UNE FIDUCIE

4.1. DE L'ACQUISITION, DE L'EXPLOITATION ET DU DÉCÈS

Le dernier véhicule pouvant être utilisé pour détenir directement un immeuble est la fiducie. L'utilisation de celle-ci n'est pas aussi répandue que l'utilisation des trois autres véhicules probablement parce qu'elle est optimale dans des circonstances bien précises.

Tout d'abord, si un individu désire acquérir un nouvel immeuble en utilisant une fiducie dont les bénéficiaires seront les membres de sa famille, la mise de fonds de la fiducie devra être financée uniquement avec un prêt au taux prescrit provenant d'un membre de la famille (naturellement, un prêt par une tierce personne est également possible, mais plutôt rare pour la portion non financée par le prêteur hypothécaire). En effet, si l'acquisition de l'immeuble par la fiducie est financée par un don ou par un prêt sans intérêt (lorsqu'un des bénéficiaires est le conjoint ou un enfant mineur) de

l'individu dont les membres de la famille sont bénéficiaires, des règles d'attribution viendront s'appliquer afin d'attribuer le revenu généré par l'immeuble ainsi financé par l'individu à celui-ci[40]. Cela aura pour conséquence d'anéantir toute stratégie de fractionnement de revenus avec les bénéficiaires de la fiducie et d'empêcher tout roulement à la sortie de l'immeuble en faveur des bénéficiaires lors de son attribution en leur faveur (sauf si l'attribution est faite en faveur du contributeur ou de son conjoint)[41].

De plus, comme dans le cas d'un immeuble acquis personnellement, il ne serait pas possible pour la fiducie désirant acquérir un immeuble de se financer à même un prêt à long terme provenant des profits d'une société par actions détenue par un bénéficiaire puisque ce prêt serait visé par le paragraphe 15(2) L.I.R.

Par ailleurs, dans le cas où un immeuble serait détenu par une fiducie, les bénéficiaires de cette fiducie profiteraient d'une protection d'actif puisqu'ils ne seraient pas les propriétaires de l'immeuble.

Les profits de la fiducie générés par l'immeuble qui ne sont pas attribués aux différents bénéficiaires (et donc imposés à leur taux) seront imposés dans la fiducie au taux de 48,22 % (ou au taux de 44,22 % dans le cas où le taux de l'impôt provincial de la fiducie calculé avec le taux progressif provincial des particuliers est inférieur à 20 %).

De plus, tout revenu généré par l'immeuble détenu par la fiducie et attribué à un bénéficiaire sera du revenu de bien pour ce bénéficiaire, même s'il s'agit de revenus de location provenant de l'exploitation d'une entreprise par la fiducie[42]. Par ailleurs, cette structure permettra à l'individu de faire du fractionnement de revenus avec les membres de sa famille (incluant les enfants mineurs sous réserve du respect des articles 74.2 et 120.4 L.I.R.) et ainsi bénéficier des taux progressifs plus bas des membres de sa famille.

Aucune DGC n'est d'ailleurs disponible relativement à la disposition potentielle de l'intérêt d'un bénéficiaire dans la fiducie ni en ce qui a trait à la disposition, présumée ou réelle, de l'immeuble par la fiducie.

---

40 Par. 75(2) L.I.R. et art. 74.1 et 74.2 L.I.R. pour les conjoints et les enfants mineurs.

41 Par. 107(4.1) L.I.R.

42 Al. 108(5)a) L.I.R.

Le refinancement de l'immeuble dans la fiducie peut potentiellement servir à financer le train de vie des bénéficiaires en attribuant les sommes ainsi empruntées aux bénéficiaires sous forme d'attribution de capital non imposable[43].

Finalement, au décès de l'individu, aucune incidence fiscale ne surviendra puisque ce sera la fiducie qui sera propriétaire de l'immeuble. Par contre, il est important de se souvenir qu'à moins d'une attribution à cet égard, la fiducie sera réputée disposer de tous ses actifs à leur JVM lors du 21e anniversaire de sa création et qu'elle devra donc s'imposer sur le gain en capital qui résultera de cette disposition présumée[44], à moins d'attribuer l'immeuble à un ou à plusieurs bénéficiaires par roulement fiscal[45] avant cette date.

4.2. LE GEL

Il n'est pas possible de transférer un immeuble ayant une plus-value sans incidence fiscale à une fiducie autre qu'une fiducie visée par l'article 73 L.I.R. En raison des règles particulières applicables à ce type de fiducie (règles d'attribution et disposition réputée dans la fiducie au décès de la ou des personne(s) visée(s)), la fiducie de l'article 73 L.I.R. aurait presque pour unique objectif la protection d'actif et serait de peu d'utilité dans le cadre d'un gel. Pour procéder donc efficacement au gel directement avec une fiducie autre qu'une fiducie de l'article 73 L.I.R., il faut soit acquérir l'immeuble directement dans la fiducie, soit le vendre ou le donner[46] à la fiducie avant que l'immeuble n'ait pris de la valeur, soit accepter la conséquence d'un transfert à la JVM (par exemple, parce que le propriétaire à des pertes fiscales utilisables). Dans ce contexte restrictif, il est compréhensible que la fiducie soit plutôt utilisée conjointement avec une

---

43 Par. 107(2) L.I.R.

44 Al. 104(4)b) L.I.R.

45 Par. 107(2) L.I.R.

46 Dans un scénario de vente ou de don à la fiducie par un des futurs bénéficiaires ou fiduciaires, l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. sera difficilement contournable. La récente décision rendue dans l'affaire *Sommerer* c. *La Reine*, [2011] 4 C.T.C. 2068 (C.C.I.), apporte une lumière nouvelle et longuement attendue sur la qualification d'une vente à la JVM à titre de contribution au sens du paragraphe 75(2) L.I.R. En effet, contrairement à la position de longue date des autorités fiscales, le juge a déterminé qu'une vente à la JVM n'était pas visée par le paragraphe 75(2) L.I.R. Cette décision a été portée en appel et nous devrons encore patienter avant de conclure qu'elle offre de nouvelles possibilités de planification.

société par actions ou une société de personnes pour effectuer un gel. Par contre, dans le cas où la fiducie acquiert directement l'immeuble, le gel sera hautement efficace et il n'y aura aucune préoccupation de double imposition.

4.3. MATHÉMATIQUEMENT…

D'un point de vue chiffré, la question de la double imposition n'existe pas. L'impôt sera à payer à la disposition de l'immeuble ou 21 ans suivant sa création.

Si la règle de 21 ans approche, une planification sera mise en place et les actifs pourraient être remis soit à l'individu ou à la société. Dans un cas ou l'autre, cela nous ramène aux commentaires des sections 1. et 2. sur cette question.

ANNEXE 1

Taux d'impôt

Particulier	Taux
Dividende ordinaire	36,36 %
Dividende déterminé	32,81 %
Autre revenu	48,22 %
Gain en capital	24,11 %

Société	Taux
Actifs admissibles à la DPE	19,00 %
Actifs non admissibles à la DPE	26,90 %
Revenus de placement	46,57 %
FRIP	26,67 %
IMRTD	33,33 %
Gain en capital	23,29 %

Type de revenus	Taux d'intégration
Revenu de bien	49,03 %
Revenu actif – DPE	48,45 %
Revenu actif autre	50,88 %

ANNEXE 2

Revenu de bien

Tableau 1

Comparaison de la détention par une société par actions et de la détention personnelle par un particulier
Revenu de bien

	Années[1]				
	1re	10e	20e	30e	40e
Analyse basée sur les revenus générés sans vente de l'immeuble et retirés durant l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(516)	(430)	208	2 598	8 526
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(516)	(4 531)	(7 082)	4 972	57 851
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	1 056	16 577	86 390	182 207	424 059
Analyse basée sur les revenus générés et impliquant une vente et un retrait des sommes dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(646)	(833)	(241)	2 034	7 756
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(646)	(8 313)	(15 090)	(8 095)	38 093
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	1 320	24 310	82 765	208 926	464 461
Analyse impliquant le retrait sous forme de gain en capital et une vente dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	8 005	10 568	23 130	46 591	88 914
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	8 005	81 586	258 434	620 090	1 317 922
Analyse impliquant un décès de l'actionnaire sans aucune planification fiscale post-mortem					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(1 803)	(17 650)	(23 798)	(31 950)	(41 958)
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(1 803)	(144 294)	(353 776)	(636 095)	(1 011 023)
Analyse basée sur les revenus impliquant un décès et une planification post-mortem ("pipeline")					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(646)	(789)	(175)	2 130	7 899
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(646)	(7 971)	(14 197)	(6 385)	41 011

1: Un écart positif représente l'avantage monétaire d'une détention indirecte via une société pour le particulier.

Hypothèses sous-jascentes		
Coût de l'immeuble:	terrain (20%)	200 000
	bâtisse (80%)	800 000
		1 000 000
Taux d'amortissement de la bâtisse		4%
Plus-value annuelle de l'immeuble		4%
Taux de rendement net sur le capital investi (augmentation des loyers au 5 ans)		8%
Taux de rendement net sur les liquidités		8%
Taux d'actualisation		3%

Tableau 2

Revenu de bien

Années données		1	2	3	10	20	30	40
Analyse basée sur les revenus générés								
Détention via une société par actions								
Revenu net de location		80 000	80 000	80 000	97 332	144 075	213 267	315 687
Amortissement		(16 000)	(31 360)	(30 106)	(22 623)	(15 040)	(9 999)	(6 648)
Intérêts gagnés		-	4 016	8 775	50 139	149 821	329 570	646 951
Revenu imposable		64 000	52 656	58 670	124 849	278 857	532 838	955 990
Impôts		(29 805)	(24 522)	(27 322)	(58 142)	(129 863)	(248 142)	(445 204)
Revenu net après impôts		34 195	28 134	31 347	66 707	148 993	284 695	510 785
IMRTD	A	17 066	31 107	46 752	229 089	797 420	1 923 617	3 974 629
Liquidités au début		-	50 195	109 689	626 743	1 872 768	4 119 625	8 086 883
Liquidités à la fin	B	50 195	109 689	171 142	716 072	2 036 801	4 414 320	8 604 316
Rendement sur les liquidités		-	4 016	8 775	50 139	149 821	329 570	646 951
Remboursement d'une partie de l'investissement initial	C	16 000	47 360	77 466	257 053	439 031	560 016	640 451
Dividende versé à l'actionnaire (A+B-C)		51 261	93 436	140 428	688 108	2 395 189	5 777 920	11 938 494
Impôts pour le particulier		(18 639)	(33 974)	(51 060)	(250 196)	(870 891)	(2 100 852)	(4 340 836)
Liquidités encaissées par le particulier	D	48 623	106 823	166 834	694 965	1 963 330	4 237 085	8 238 108
Détention directement par le particulier								
Revenu net de location		80 000	80 000	80 000	97 332	144 075	213 267	315 687
Amortissement		(16 000)	(31 360)	(30 106)	(22 623)	(15 040)	(9 999)	(6 648)
Intérêts gagnés		-	3 931	8 618	49 024	145 075	316 249	615 587
Revenu imposable		64 000	52 571	58 512	123 734	274 110	519 516	924 626
Impôts		(30 861)	(25 350)	(28 215)	(59 664)	(132 176)	(250 511)	(445 855)
Revenu net après impôts		33 139	27 221	30 298	64 069	141 934	269 005	478 771
Liquidités au début		-	49 139	107 721	612 804	1 813 437	3 953 108	7 694 838
Liquidités à la fin	E	49 139	107 721	168 124	699 496	1 970 412	4 232 113	8 180 257
Rendement sur les liquidités		-	3 931	8 618	49 024	145 075	316 249	615 587
Avantage d'une détention indirecte via une société pour le particulier								
pour l'année donnée uniquement		(516)	(381)	(392)	(430)	208	2 598	8 526
cumulatif pour la période terminée l'année donnée		**(516)**	**(898)**	**(1 289)**	**(4 531)**	**(7 082)**	**4 972**	**57 851**

Années données		1	2	3	10	20	30	40
Analyse de la vente de l'immeuble pour l'année donnée								
Répartition de la JVM: Terrain		200 000	208 000	216 320	284 662	421 370	623 730	923 273
Bâtisse		800 000	832 000	865 280	1 138 649	1 685 479	2 494 921	3 693 093
		1 000 000	1 040 000	1 081 600	1 423 312	2 106 849	3 118 651	4 616 366
Gain en capital imposable (50%)		-	20 000	40 800	211 656	553 425	1 059 326	1 808 183
Récupération d'amortissement	note 1	16 000	47 360	77 466	257 053	439 031	560 016	640 451
Revenu imposable lié à la vente		16 000	67 360	118 266	468 709	992 456	1 619 342	2 448 634
Détention via une société par actions								
Gain en capital (100%)		-	40 000	81 600	423 312	1 106 849	2 118 651	3 616 366
Impôts		(7 451)	(31 370)	(55 076)	(218 278)	(462 187)	(754 128)	(1 140 329)
Produit net après impôts		(7 451)	8 630	26 524	205 034	644 662	1 364 524	2 476 037
Remboursement du solde de l'investissement initial		984 000	952 640	922 534	742 947	560 969	439 984	359 549
Compte de dividende en capital		-	20 000	40 800	211 656	553 425	1 059 326	1 808 183
Dividende versé à l'actionnaire		12 815	53 953	94 726	375 417	794 918	1 297 028	1 961 258
Impôts pour le particulier		(4 660)	(19 617)	(34 442)	(136 502)	(289 032)	(471 599)	(713 113)
Liquidités encaissées par le particulier		992 156	1 006 975	1 023 618	1 193 518	1 620 279	2 324 738	3 415 877
Détention directement par le particulier								
Produit de la vente		1 000 000	1 040 000	1 081 600	1 423 312	2 106 849	3 118 651	4 616 366
Impôts		(7 715)	(32 481)	(57 028)	(226 012)	(478 562)	(780 847)	(1 180 731)
Produit net après impôts	F	992 285	1 007 519	1 024 572	1 197 300	1 628 287	2 337 805	3 435 635
Avantage d'une détention indirecte via une société pour le particulier								
pour l'année donnée uniquement		(646)	(796)	(803)	(833)	(241)	2 034	7 756
cumulatif pour la période terminée l'année donnée		**(646)**	**(1 441)**	**(2 244)**	**(8 313)**	**(15 090)**	**(8 095)**	**38 093**

note 1: Une récupération fictive est considérée pour la première année afin d'annuler l'avantage découlant de la DPA qui n'aurait pas pu être prise précédemment dans l'analyse.

Tableau 2 (suite)

Années données		1	2	3	10	20	30	40
Analyse impliquant le retrait des liquidités sous forme de gain en capital								
Détention via une société par actions - revenus de location								
Remboursement d'une partie de l'investissement initial		16 000	47 360	77 466	257 053	439 031	560 016	640 451
Gain en capital (100%)		34 195	62 329	93 676	459 019	1 597 770	3 854 303	7 963 865
Impôts		(8 244)	(15 028)	(22 585)	(110 670)	(385 222)	(929 273)	(1 920 088)
Liquidités encaissées par le particulier		41 951	94 662	148 556	605 403	1 651 579	3 485 047	6 684 228
Avantage d'une détention indirecte via une société pour le particulier (note 2)								
pour l'année donnée uniquement		(7 188)	(5 871)	(6 508)	(13 446)	(28 863)	(52 950)	(91 136)
cumulatif pour la période terminée l'année donnée	G	**(7 188)**	**(13 059)**	**(19 567)**	**(94 093)**	**(318 833)**	**(747 066)**	**(1 496 029)**
Vente des actions								
Prix de vente		1 000 000	1 040 000	1 081 600	1 423 312	2 106 849	3 118 651	4 616 366
Remboursement du solde de l'investissement initial		(984 000)	(952 640)	(922 534)	(742 947)	(560 969)	(439 984)	(359 549)
Valeur de l'IMRTD		17 066	31 107	46 752	229 089	797 420	1 923 617	3 974 629
Perte de valeur liée à l'amortissement (note 3)		(2 129)	(10 559)	(18 993)	(79 263)	(176 236)	(300 036)	(470 163)
Gain en capital sur les actions (100%)		30 937	107 908	186 824	830 191	2 167 065	4 302 249	7 761 283
Impôts		(7 459)	(26 017)	(45 043)	(200 159)	(522 479)	(1 037 272)	(1 871 245)
Remboursement du solde de l'investissement initial		984 000	952 640	922 534	742 947	560 969	439 984	359 549
Liquidités encaissées par le particulier	H	1 007 478	1 034 531	1 064 315	1 372 979	2 205 554	3 704 961	6 249 586
Avantage d'une détention indirecte via une société pour le particulier								
pour l'année donnée uniquement		8 005	5 948	6 223	10 568	23 130	46 591	88 914
cumulatif pour la période terminée l'année donnée (G+H-F)		**8 005**	**13 953**	**20 176**	**81 586**	**258 434**	**620 090**	**1 317 922**

note 2: Ce résultat à lui seul n'est pas très révélateur puisqu'il ne tient pas compte de la valeur que représente l'IMRTD qui s'accumule dans la société. Nous n'avons pas tenté d'évaluer la valeur marchande de ce solde fiscal parce que nous ne savons pas à quel moment il sera monnayé dans le futur. Cette information nous est toutefois nécessaire pour évaluer l'avantage lorsque l'on procède à la vente des actions; moment auquel la valeur de l'IMRTD est plus facilement identifiable.

note 3: $\frac{C \times T \times R}{R + i} \times \frac{1 + i/2}{1 + i}$

où C = Coût du bien
T = Taux d'imposition de la société
R = Taux d'amortissement
i = Taux d'actualisation

Tableau 2 (suite)

Années données		1	2	3	10	20	30	40
Analyse impliquant un décès de l'actionnaire sans aucune planification fiscale post-mortem								
Impôts pour le décédé								
Gain en capital sur la disposition présumée des actions		-	40 000	81 600	423 312	1 106 849	2 118 651	3 616 366
Impôts relatifs au gain en capital du défunt		-	9 644	19 674	102 060	266 861	510 807	871 906
Impôts pour la société (à la liquidation)								
Gain en capital imposable (50%)		-	20 000	40 800	211 656	553 425	1 059 326	1 808 183
Récupération d'amortissement	note 4	16 000	47 360	77 466	257 053	439 031	560 016	640 451
		16 000	67 360	118 266	468 709	992 456	1 619 342	2 448 634
Impôts corporatifs		7 451	31 370	55 076	218 278	462 187	754 128	1 140 329
IMRTD		4 267	17 962	31 537	124 986	264 648	431 814	652 953
Impôts pour la succession (au rachat à la liquidation)								
Valeur des biens reçus		1 000 000	1 040 000	1 081 600	1 423 312	2 106 849	3 118 651	4 616 366
Remboursement du solde de l'investissement initial		(984 000)	(952 640)	(922 534)	(742 947)	(560 969)	(439 984)	(359 549)
Dividende en capital		-	(20 000)	(40 800)	(211 656)	(553 425)	(1 059 326)	(1 808 183)
Dividende de liquidation imposable		16 000	67 360	118 266	468 709	992 456	1 619 342	2 448 634
Impôts pour la succession		5 818	24 492	43 001	170 423	360 857	588 793	890 323
Valeur nette encaissée par la succession								
JVM des biens reçus (terrain + bâtisse)		1 000 000	1 040 000	1 081 600	1 423 312	2 106 849	3 118 651	4 616 366
Remboursement au titre de dividendes		4 267	17 962	31 537	124 986	264 648	431 814	652 953
Impôts pour le décédé		-	(9 644)	(19 674)	(102 060)	(266 861)	(510 807)	(871 906)
Impôts pour la société		(7 451)	(31 370)	(55 076)	(218 278)	(462 187)	(754 128)	(1 140 329)
Impot pour la succesion sur dividende de liquidation		(5 818)	(24 492)	(43 001)	(170 423)	(360 857)	(588 793)	(890 323)
Valeur nette encaissée par la succession	I	990 998	992 457	995 385	1 057 537	1 281 592	1 696 738	2 366 761
Avantage d'une détention indirecte via une société pour le particulier								
pour l'année donnée uniquement		(1 803)	(14 157)	(14 516)	(17 650)	(23 798)	(31 950)	(41 958)
cumulatif pour la période terminée l'année donnée (D+I-E-F)		**(1 803)**	**(15 960)**	**(30 476)**	**(144 294)**	**(353 776)**	**(636 095)**	**(1 011 023)**

Tableau 2 (suite)

Années données		1	2	3	10	20	30	40
Analyse impliquant un décès de l'actionnaire et une planification post-mortem de type "pipeline"								
Impôts pour le décédé								
Gain en capital sur la disposition présumée des actions		16 000 #	87 360 #	159 066 ##	680 365 ##	1 545 881 ##	2 678 668 ##	4 256 817
Perte en capital au rachat par la succession (164(6) LIR) (portion du G/C sur bâtisse)		(16 000)	(79 360)	(142 746)	(595 703)	(1 324 511)	(2 254 937)	(3 533 544)
		-	8 000	16 320	84 662	221 370	423 730	723 273
Impôts relatifs au gain en capital sur biens non amortissable (terrain)		-	1 929	3 935	20 412	53 372	102 161	174 381
Impôts pour la société (à la liquidation)								
Gain en capital (50%) (bâtisse seulement car bump du PBR du terrain)		-	16 000	32 640	169 325	442 740	847 461	1 446 546
Récupération d'amortissement	note 5	16 000	47 360	77 466	257 053	439 031	560 016	640 451
		16 000	63 360	110 106	426 378	881 771	1 407 477	2 086 997
Impôts corporatifs		7 451	29 507	51 276	198 564	410 641	655 462	971 915
IMRTD		4 267	16 896	29 361	113 698	235 133	375 318	556 519
Impôts pour la succession (à la liquidation)								
Dividende de rachat à la liquidation (déterminé dans la planification)		12 815	66 749	120 830	510 837	1 149 003	1 974 793	3 118 148
Dividende en capital		-	16 000	32 640	169 325	442 740	847 461	1 446 546
Dividende imposable		12 815	50 749	88 190	341 512	706 263	1 127 333	1 671 601
Impôts pour la succession		4 660	18 452	32 066	124 174	256 797	409 898	607 794
Valeur nette encaissée par la succession								
JVM des biens reçus (terrain + bâtisse)		1 000 000	1 040 000	1 081 600	1 423 312	2 106 849	3 118 651	4 616 366
Remboursement au titre de dividendes		4 267	16 896	29 361	113 698	235 133	375 318	556 519
Impôts pour le décédé		-	(1 929)	(3 935)	(20 412)	(53 372)	(102 161)	(174 381)
Impôts pour la société		(7 451)	(29 507)	(51 276)	(198 564)	(410 641)	(655 462)	(971 915)
Impot pour la succesion sur dividende de liquidation		(4 660)	(18 452)	(32 066)	(124 174)	(256 797)	(409 898)	(607 794)
Valeur nette encaissée par la succession	J	992 156	1 007 008	1 023 684	1 193 860	1 621 172	2 326 448	3 418 795
Avantage d'une détention indirecte via une société pour le particulier								
pour l'année donnée uniquement		(646)	(763)	(769)	(789)	(175)	2 130	7 899
cumulatif pour la période terminée l'année donnée (D+J-E-F)		**(646)**	**(1 409)**	**(2 178)**	**(7 971)**	**(14 197)**	**(6 385)**	**41 011**

Tableau 3

Revenu de bien

Années données		1	2	3	10	20	30	40
Analyse impliquant un décès de l'actionnaire sans aucune planification fiscale post-mortem								
Impôts pour le décédé								
Gain en capital sur la disposition présumée des actions		-	40 000	81 600	423 312	1 106 849	2 118 651	3 616 366
Impôts relatifs au gain en capital du défunt		-	9 644	19 674	102 060	266 861	510 807	871 906
Impôts pour la société (à la liquidation)								
Gain en capital imposable (50%)		-	20 000	40 800	211 656	553 425	1 059 326	1 808 183
Récupération d'amortissement	note 4	16 000	47 360	77 466	257 053	439 031	560 016	640 451
		16 000	67 360	118 266	468 709	992 456	1 619 342	2 448 634
Impôts corporatifs		7 451	31 370	55 076	218 278	462 187	754 128	1 140 329
IMRTD		4 267	17 962	31 537	124 986	264 648	431 814	652 953
Impôts pour la succession (au rachat à la liquidation)								
Valeur des biens reçus		1 000 000	1 040 000	1 081 600	1 423 312	2 106 849	3 118 651	4 616 366
Remboursement du solde de l'investissement initial		(984 000)	(952 640)	(922 534)	(742 947)	(560 969)	(439 984)	(359 549)
Dividende en capital		-	(20 000)	(40 800)	(211 656)	(553 425)	(1 059 326)	(1 808 183)
Dividende de liquidation imposable		16 000	67 360	118 266	468 709	992 456	1 619 342	2 448 634
Impôts pour la succession		5 818	24 492	43 001	170 423	360 857	588 793	890 323
Valeur nette encaissée par la succession								
JVM des biens reçus (terrain + bâtisse)		1 000 000	1 040 000	1 081 600	1 423 312	2 106 849	3 118 651	4 616 366
Remboursement au titre de dividendes		4 267	17 962	31 537	124 986	264 648	431 814	652 953
Impôts pour le décédé		-	(9 644)	(19 674)	(102 060)	(266 861)	(510 807)	(871 906)
Impôts pour la société		(7 451)	(31 370)	(55 076)	(218 278)	(462 187)	(754 128)	(1 140 329)
Impot pour la succesion sur dividende de liquidation		(5 818)	(24 492)	(43 001)	(170 423)	(360 857)	(588 793)	(890 323)
Valeur nette encaissée par la succession	I	990 998	992 457	995 385	1 057 537	1 281 592	1 696 738	2 366 761
Avantage d'une détention indirecte via une société pour le particulier								
pour l'année donnée uniquement		(1 803)	(14 157)	(14 516)	(17 650)	(23 798)	(31 950)	(41 958)
cumulatif pour la période terminée l'année donnée (D+I-E-F)		**(1 803)**	**(15 960)**	**(30 476)**	**(144 294)**	**(353 776)**	**(636 095)**	**(1 011 023)**

Tableau 4

Comparaison de la détention par une société par actions et de la détention personnelle par un particulier
Revenu de bien

	Années[1]				
	1ère	10e	20e	30e	40e
Analyse basée sur les revenus générés sans vente de l'immeuble et retirés durant l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(516)	(554)	(708)	(634)	(197)
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(516)	(4 920)	(12 236)	(20 301)	(26 336)
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	1 056	13 213	44 254	103 881	208 817
Analyse basée sur les revenus générés et impliquant une vente et un retrait des sommes dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(646)	(957)	(1 156)	(1 199)	(967)
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(646)	(8 702)	(20 244)	(33 367)	(46 094)
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	1 320	20 946	60 629	130 600	249 219
Analyse impliquant le retrait sous forme de gain en capital et une vente dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	8 005	7 787	13 599	23 095	38 165
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	8 005	69 315	185 464	382 947	710 364
Analyse impliquant un décès de l'actionnaire sans aucune planification fiscale post-mortem					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(1 803)	(17 774)	(24 714)	(35 183)	(50 681)
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(1 803)	(144 683)	(358 931)	(661 368)	(1 095 210)
Analyse basée sur les revenus impliquant un décès et une planification post-mortem ("pipeline")					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(646)	(913)	(1 090)	(1 102)	(824)
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(646)	(8 360)	(19 351)	(31 658)	(43 176)

1: Un écart positif représente l'avantage monétaire d'une détention indirecte via une société pour le particulier.

Hypothèses sous-jascentes

Coût de l'immeuble:	terrain (20%)	200 000
	bâtisse (80%)	800 000
		1 000 000
Taux d'amortissement de la bâtisse		4%
Plus-value annuelle de l'immeuble		4%
Taux de rendement net sur le capital investi (augmentation des loyers au 5 ans)		8%
Taux de rendement net sur les liquidités		4%
Taux d'actualisation		3%

Tableau 5

Comparaison de la détention par une société par actions et de la détention personnelle par un particulier
Revenu de bien

	Années[1]				
	1ère	10e	20e	30e	40e
Analyse basée sur les revenus générés sans vente de l'immeuble et retirés durant l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(516)	(211)	2 113	10 656	34 581
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(516)	(3 864)	3 008	62 178	279 840
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	1 056	20 566	98 331	318 196	870 818
Analyse basée sur les revenus générés et impliquant une vente et un retrait des sommes dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(646)	(615)	1 665	10 092	33 811
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(646)	(7 646)	(5 000)	49 112	260 082
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	1 320	28 300	114 706	344 915	911 221
Analyse impliquant le retrait sous forme de gain en capital et une vente dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	8 005	13 897	37 201	88 800	198 880
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	8 005	95 522	355 789	991 920	2 437 543
Analyse impliquant un décès de l'actionnaire sans aucune planification fiscale post-mortem					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(1 803)	(17 431)	(21 893)	(23 892)	(15 903)
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(1 803)	(143 627)	(343 687)	(578 888)	(789 034)
Analyse basée sur les revenus impliquant un décès et une planification post-mortem ("pipeline")					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(646)	(570)	1 730	10 189	33 954
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(646)	(7 304)	(4 107)	50 821	263 000

1: Un écart positif représente l'avantage monétaire d'une détention indirecte via une société pour le particulier.

Hypothèses sous-jascentes

Coût de l'immeuble:	terrain (20%)	200 000
	bâtisse (80%)	800 000
		1 000 000
Taux d'amortissement de la bâtisse		4%
Plus-value annuelle de l'immeuble		4%
Taux de rendement net sur le capital investi (augmentation des loyers au 5 ans)		8%
Taux de rendement net sur les liquidités		12%
Taux d'actualisation		3%

Tableau 6

Comparaison de la détention par une société par actions et de la détention personnelle par un particulier
Revenu de bien

	Années[1]				
	1re	10e	20e	30e	40e
Analyse basée sur les revenus générés sans vente de l'immeuble et retirés durant l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(516)	(372)	329	2 504	7 406
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(516)	(4 202)	(5 254)	7 986	56 539
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	1 056	15 701	58 067	149 515	328 750
Analyse basée sur les revenus générés et impliquant une vente et un retrait des sommes dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(646)	(649)	92	2 283	7 181
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(646)	(7 063)	(10 639)	338	46 672
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	1 320	21 551	69 080	165 156	348 927
Analyse impliquant le retrait sous forme de gain en capital et une vente dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	8 005	12 110	22 402	39 810	68 671
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	8 005	95 538	272 238	588 984	1 139 280
Analyse impliquant un décès de l'actionnaire sans aucune planification fiscale post-mortem					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(1 803)	(8 784)	(8 917)	(8 096)	(5 069)
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(1 803)	(79 763)	(169 079)	(255 322)	(322 645)
Analyse basée sur les revenus impliquant un décès et une planification post-mortem ("pipeline")					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(646)	(630)	115	2 311	7 216
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(646)	(6 906)	(10 271)	964	47 611

1: Un écart positif représente l'avantage monétaire d'une détention indirecte via une société pour le particulier.

Hypothèses sous-jascentes

Coût de l'immeuble:	terrain (20%)	200 000
	bâtisse (80%)	800 000
		1 000 000
Taux d'amortissement de la bâtisse		4%
Plus-value annuelle de l'immeuble		2%
Taux de rendement net sur le capital investi (augmentation des loyers au 5 ans)		8%
Taux de rendement net sur les liquidités		8%
Taux d'actualisation		3%

Comparaison de la détention par une société par actions et de la détention personnelle par un particulier
Revenu de bien

	Années[1]				
	1ère	10e	20e	30e	40e
Analyse basée sur les revenus générés sans vente de l'immeuble et retirés durant l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(516)	(493)	30	2 558	9 627
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(516)	(4 886)	(9 413)	(214)	54 257
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	1 056	17 523	76 511	226 759	569 082
Analyse basée sur les revenus générés et impliquant une vente et un retrait des sommes dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(646)	(1 061)	(782)	1 240	7 358
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(646)	(9 742)	(21 128)	(22 559)	13 975
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	1 320	27 453	100 466	272 451	651 453
Analyse impliquant le retrait sous forme de gain en capital et une vente dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	8 005	8 330	22 186	51 846	112 471
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	8 005	64 926	231 614	627 759	1 496 889
Analyse impliquant un décès de l'actionnaire sans aucune planification fiscale post-mortem					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(1 803)	(29 215)	(49 359)	(84 528)	(145 424)
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(1 803)	(219 527)	(614 570)	(1 288 243)	(2 445 731)
Analyse basée sur les revenus impliquant un décès et une planification post-mortem ("pipeline")					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(646)	(984)	(644)	1 487	7 801
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(646)	(9 185)	(19 493)	(18 994)	20 998

1: Un écart positif représente l'avantage monétaire d'une détention indirecte via une société pour le particulier.

Hypothèses sous-jascentes

Coût de l'immeuble:	terrain (20%)	200 000
	bâtisse (80%)	800 000
		1 000 000
Taux d'amortissement de la bâtisse		4%
Plus-value annuelle de l'immeuble		6%
Taux de rendement net sur le capital investi (augmentation des loyers au 5 ans)		8%
Taux de rendement net sur les liquidités		8%
Taux d'actualisation		3%

Tableau 8

Comparaison de la détention par une société par actions et de la détention personnelle par un particulier
Revenu d'entreprise admissible à la DPE

	Années[1]				
	1ère	10e	20e	30e	40e
Analyse basée sur les revenus générés sans vente de l'immeuble et retirés durant l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(185)	10 649	34 346	79 709	162 805
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(185)	47 181	270 616	840 048	2 053 598
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	23 376	315 041	955 635	2 173 963	4 395 757
Analyse basée sur les revenus générés et impliquant une vente et un retrait des sommes dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(185)	27 847	59 803	117 393	218 585
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(185)	180 171	618 350	1 505 655	3 189 736
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	23 376	318 533	964 767	2 191 442	4 425 592
Analyse impliquant le retrait sous forme de gain en capital et une vente dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	7 753	26 220	67 284	143 496	280 066
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	7 753	162 013	637 937	1 706 507	3 849 473
Analyse impliquant un décès de l'actionnaire sans aucune planification fiscale post-mortem					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(185)	(4 752)	11 549	45 965	112 855
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(185)	(71 905)	(40 763)	244 029	1 036 242
Analyse basée sur les revenus impliquant un décès et une planification post-mortem ("pipeline")					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(185)	10 472	34 084	79 322	162 231
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(185)	45 814	267 044	833 210	2 041 926

1: Un écart positif représente l'avantage monétaire d'une détention indirecte via une société pour le particulier.

Hypothèses sous-jascentes

Coût de l'immeuble:	terrain (20%)	200 000
	bâtisse (80%)	800 000
		1 000 000
Taux d'amortissement de la bâtisse		0%
Plus-value annuelle de l'immeuble		4%
Taux de rendement net sur le capital investi (augmentation des loyers au 5 ans)		8%
Taux de rendement net sur les liquidités		8%
Taux d'actualisation		3%

Comparaison de la détention par une société par actions et de la détention personnelle par un particulier
Revenu de bien

	Années[1]				
	1ère	10e	20e	30e	40e
Analyse basée sur les revenus générés sans vente de l'immeuble et retirés durant l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(549)	(415)	294	2 726	8 652
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(549)	(4 749)	(6 737)	6 433	60 626
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	1 122	17 636	68 031	183 609	423 790
Analyse basée sur les revenus générés et impliquant une vente et un retrait des sommes dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(646)	(772)	(124)	2 182	7 895
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(646)	(8 013)	(13 860)	(5 503)	42 160
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	1 320	24 310	82 596	208 018	461 551
Analyse impliquant le retrait sous forme de gain en capital et une vente dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	7 805	11 196	24 094	47 981	90 858
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	7 805	86 016	270 933	644 482	1 359 142
Analyse impliquant un décès de l'actionnaire sans aucune planification fiscale post-mortem					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(1 514)	(17 180)	(23 410)	(31 621)	(41 698)
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(1 514)	(139 343)	(344 603)	(623 371)	(995 369)
Analyse basée sur les revenus impliquant un décès et une planification post-mortem ("pipeline")					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(646)	(684)	6	2 375	8 182
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(646)	(7 329)	(12 073)	(2 084)	47 996

1: Un écart positif représente l'avantage monétaire d'une détention indirecte via une société pour le particulier.

Hypothèses sous-jascentes

Coût de l'immeuble:	terrain (40%)	400 000
	bâtisse (60%)	600 000
		1 000 000
Taux d'amortissement de la bâtisse		4%
Plus-value annuelle de l'immeuble		4%
Taux de rendement net sur le capital investi (augmentation des loyers au 5 ans)		8%
Taux de rendement net sur les liquidités		8%
Taux d'actualisation		3%

Comparaison de la détention par une société par actions et de la détention personnelle par un particulier
Revenu de bien pour une société ayant déjà le capital nécessaire pour investir

	Années[1]				
	1ère	10e	20e	30e	40e
Analyse basée sur les revenus générés sans vente de l'immeuble et retirés durant l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	5 315	5 312	11 233	17 239	23 960
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	5 315	29 974	115 076	258 951	465 740
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	584 605	719 096	916 367	1 181 368	1 540 042
Analyse basée sur les revenus générés et impliquant une vente et un retrait des sommes dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	11 004	13 134	16 254	20 310	25 608
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	11 004	119 656	266 699	449 506	678 850
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	584 869	726 830	932 742	1 208 087	1 580 445
Analyse basée sur les revenus impliquant un décès et une planification post-mortem ("pipeline")					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	131 544	10 407	14 477	19 182	24 936
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	131 544	211 009	336 311	505 114	725 813

1: Un écart positif représente l'avantage monétaire d'une détention indirecte via une société pour le particulier.

Hypothèses sous-jascentes

Coût de l'immeuble:	terrain (20%)	200 000
	bâtisse (80%)	800 000
		1 000 000
Taux d'amortissement de la bâtisse		4%
Plus-value annuelle de l'immeuble		4%
Taux de rendement net sur le capital investi (augmentation des loyers au 5 ans)		8%
Taux de rendement net sur les liquidités		4%
Taux d'actualisation		3%

Revenu d'entreprise admissible à la DPE

Années données		1	2	3	10	20	30	40
Analyse basée sur les revenus générés								
Détention via une société par actions								
Revenu net de location		80 000	80 000	80 000	97 332	144 075	213 267	315 687
Amortissement		(16 000)	(31 360)	(30 106)	(22 623)	(15 040)	(9 999)	(6 648)
Intérêts gagnés		-	5 427	11 320	64 507	199 996	451 978	904 095
Revenu imposable		64 000	54 067	61 214	139 216	329 031	655 245	1 213 134
Impôts		(12 160)	(11 769)	(14 752)	(44 236)	(117 655)	(249 107)	(479 754)
Revenu net après impôts		51 840	42 298	46 463	94 981	211 376	406 138	733 380
IMRTD	A	-	1 447	4 466	78 308	430 037	1 299 861	3 111 871
Liquidités au début		-	67 840	141 498	806 337	2 499 954	5 649 720	11 301 186
Liquidités à la fin	B	67 840	141 498	218 066	923 940	2 726 371	6 065 858	12 041 213
Rendement sur les liquidités		-	5 427	11 320	64 507	199 996	451 978	904 095
Remboursement d'une partie de l'investissement initial	C	16 000	47 360	77 466	257 053	439 031	560 016	640 451
Dividende versé à l'actionnaire (A+B-C)		51 840	95 585	145 067	745 195	2 717 376	6 805 703	14 512 633
Impôts pour le particulier		(18 849)	(34 755)	(52 746)	(270 953)	(988 038)	(2 474 553)	(5 276 793)
Liquidités encaissées par le particulier	D	48 991	108 191	169 786	731 295	2 168 370	4 891 165	9 876 291
Détention directement par le particulier								
Revenu net de location		80 000	80 000	80 000	97 332	144 075	213 267	315 687
Amortissement		(16 000)	(31 360)	(30 106)	(22 623)	(15 040)	(9 999)	(6 648)
Intérêts gagnés		-	3 931	8 618	49 024	145 075	316 249	615 587
Revenu imposable		64 000	52 571	58 512	123 734	274 110	519 516	924 626
Impôts		(30 861)	(25 350)	(28 215)	(59 664)	(132 176)	(250 511)	(445 855)
Revenu net après impôts		33 139	27 221	30 298	64 069	141 934	269 005	478 771
Liquidités au début		-	49 139	107 721	612 804	1 813 437	3 953 108	7 694 838
Liquidités à la fin	E	49 139	107 721	168 124	699 496	1 970 412	4 232 113	8 180 257
Rendement sur les liquidités		-	3 931	8 618	49 024	145 075	316 249	615 587
Avantage d'une détention indirecte via une société pour le particulier								
pour l'année donnée uniquement		(148)	618	1 192	7 323	26 526	66 163	141 378
cumulatif pour la période terminée l'année donnée		**(148)**	**470**	**1 662**	**31 800**	**197 958**	**659 053**	**1 696 033**

Tableau 11 (suite)

Années données		1	2	3	10	20	30	40
Analyse de la vente de l'immeuble pour l'année donnée								
Répartition de la JVM: Terrain		200 000	208 000	216 320	284 662	421 370	623 730	923 273
Bâtisse		800 000	832 000	865 280	1 138 649	1 685 479	2 494 921	3 693 093
		1 000 000	1 040 000	1 081 600	1 423 312	2 106 849	3 118 651	4 616 366
Gain en capital imposable (50%)		-	20 000	40 800	211 656	553 425	1 059 326	1 808 183
Récupération d'amortissement	note 1	16 000	47 360	77 466	257 053	439 031	560 016	640 451
Revenu imposable lié à la vente		16 000	67 360	118 266	468 709	992 456	1 619 342	2 448 634
Détention via une société par actions								
Gain en capital (100%)		-	40 000	81 600	423 312	1 106 849	2 118 651	3 616 366
Impôts		(3 040)	(18 312)	(33 719)	(147 408)	(341 146)	(599 731)	(963 757)
Produit net après impôts		(3 040)	21 688	47 881	275 904	765 703	1 518 920	2 652 609
Remboursement du solde de l'investissement initial		984 000	952 640	922 534	742 947	560 969	439 984	359 549
Compte de dividende en capital		-	20 000	40 800	211 656	553 425	1 059 326	1 808 183
Dividende versé à l'actionnaire		12 960	74 381	136 226	589 397	1 352 311	2 361 416	3 775 231
Impôts pour le particulier		(4 712)	(27 045)	(49 532)	(214 305)	(491 700)	(858 611)	(1 372 674)
Liquidités encaissées par le particulier		992 248	1 019 976	1 050 029	1 329 695	1 975 004	3 002 115	4 570 289
Détention directement par le particulier								
Produit de la vente		1 000 000	1 040 000	1 081 600	1 423 312	2 106 849	3 118 651	4 616 366
Impôts		(7 715)	(32 481)	(57 028)	(226 012)	(478 562)	(780 847)	(1 180 731)
Produit net après impôts	F	992 285	1 007 519	1 024 572	1 197 300	1 628 287	2 337 805	3 435 635
Avantage d'une détention indirecte via une société pour le particulier								
pour l'année donnée uniquement		(185)	13 112	14 192	24 469	51 948	103 823	197 144
cumulatif pour la période terminée l'année donnée		**(185)**	**12 927**	**27 119**	**164 194**	**544 675**	**1 323 363**	**2 830 687**

note 1: Une récupération fictive est considérée pour la première année afin d'annuler l'avantage découlant de la DPA qui n'aurait pas pu être prise précédemment dans l'analyse.

Années données		1	2	3	10	20	30	40
Analyse impliquant le retrait des liquidités sous forme de gain en capital								
Détention via une société par actions - revenus de location								
Remboursement d'une partie de l'investissement initial		16 000	47 360	77 466	257 053	439 031	560 016	640 451
Gain en capital (100%)		51 840	94 138	140 601	666 887	2 287 339	5 505 841	11 400 762
Impôts		(12 499)	(22 697)	(33 899)	(160 786)	(551 478)	(1 327 458)	(2 748 724)
Liquidités encaissées par le particulier		55 341	118 801	184 168	763 154	2 174 893	4 738 399	9 292 489
Avantage d'une détention indirecte via une société pour le particulier (note 2)								
pour l'année donnée uniquement		6 202	4 879	4 963	8 012	18 479	39 213	77 790
cumulatif pour la période terminée l'année donnée	G	**6 202**	**11 081**	**16 044**	**63 658**	**204 482**	**506 287**	**1 112 232**
Vente des actions								
Prix de vente		1 000 000	1 040 000	1 081 600	1 423 312	2 106 849	3 118 651	4 616 366
Remboursement du solde de l'investissement initial		(984 000)	(952 640)	(922 534)	(742 947)	(560 969)	(439 984)	(359 549)
Valeur de l'IMRTD		-	1 447	4 466	78 308	430 037	1 299 861	3 111 871
Perte de valeur liée à l'amortissement (note 3)		(869)	(4 308)	(7 749)	(32 338)	(71 902)	(122 411)	(191 821)
Gain en capital sur les actions (100%)		15 131	84 499	155 782	726 335	1 904 015	3 856 118	7 176 867
Impôts		(3 648)	(20 373)	(37 559)	(175 119)	(459 058)	(929 710)	(1 730 343)
Remboursement du solde de l'investissement initial		984 000	952 640	922 534	742 947	560 969	439 984	359 549
Liquidités encaissées par le particulier	H	995 483	1 016 766	1 040 758	1 294 163	2 005 926	3 366 392	5 806 073
Avantage d'une détention indirecte via une société pour le particulier								
pour l'année donnée uniquement		9 401	10 928	11 901	23 784	59 288	128 724	256 228
cumulatif pour la période terminée l'année donnée (G+H-F)		**9 401**	**20 328**	**32 229**	**160 520**	**582 121**	**1 534 874**	**3 482 671**

note 2: Ce résultat à lui seul n'est pas très révélateur puisqu'il ne tient pas compte de la valeur que représente l'IMRTD qui s'accumule dans la société. Nous n'avons pas tenté d'évaluer la valeur marchande de ce solde fiscal parce que nous ne savons pas à quel moment il sera monnayé dans le futur. Cette information nous est toutefois nécessaire pour évaluer l'avantage lorsque l'on procède à la vente des actions; moment auquel la valeur de l'IMRTD est plus facilement identifiable.

note 3: $\frac{C \times T \times R}{R + i} \times \frac{1 + i/2}{1 + i}$

où C = Coût du bien
T = Taux d'imposition de la société
R = Taux d'amortissement
i = Taux d'actualisation

Tableau 11 (suite)

Années données		1	2	3	10	20	30	40
Analyse impliquant un décès de l'actionnaire sans aucune planification fiscale post-mortem								
Impôts pour le décédé								
Gain en capital sur la disposition présumée des actions		-	40 000	81 600	423 312	1 106 849	2 118 651	3 616 366
Impôts relatifs au gain en capital du défunt		-	9 644	19 674	102 060	266 861	510 807	871 906
Impôts pour la société (à la liquidation)								
Gain en capital imposable (50%)		-	20 000	40 800	211 656	553 425	1 059 326	1 808 183
Récupération d'amortissement	note 4	16 000	47 360	77 466	257 053	439 031	560 016	640 451
		16 000	67 360	118 266	468 709	992 456	1 619 342	2 448 634
Impôts corporatifs		7 451	31 370	55 076	218 278	462 187	754 128	1 140 329
IMRTD		4 267	17 962	31 537	124 986	264 648	431 814	652 953
Impôts pour la succession (au rachat à la liquidation)								
Valeur des biens reçus		1 000 000	1 040 000	1 081 600	1 423 312	2 106 849	3 118 651	4 616 366
Remboursement du solde de l'investissement initial		(984 000)	(952 640)	(922 534)	(742 947)	(560 969)	(439 984)	(359 549)
Dividende en capital		-	(20 000)	(40 800)	(211 656)	(553 425)	(1 059 326)	(1 808 183)
Dividende de liquidation imposable		16 000	67 360	118 266	468 709	992 456	1 619 342	2 448 634
Impôts pour la succession		5 818	24 492	43 001	170 423	360 857	588 793	890 323
Valeur nette encaissée par la succession								
JVM des biens reçus (terrain + bâtisse)		1 000 000	1 040 000	1 081 600	1 423 312	2 106 849	3 118 651	4 616 366
Remboursement au titre de dividendes		4 267	17 962	31 537	124 986	264 648	431 814	652 953
Impôts pour le décédé		-	(9 644)	(19 674)	(102 060)	(266 861)	(510 807)	(871 906)
Impôts pour la société		(7 451)	(31 370)	(55 076)	(218 278)	(462 187)	(754 128)	(1 140 329)
Impot pour la succesion sur dividende de liquidation		(5 818)	(24 492)	(43 001)	(170 423)	(360 857)	(588 793)	(890 323)
Valeur nette encaissée par la succession	I	990 998	992 457	995 385	1 057 537	1 281 592	1 696 738	2 366 761
Avantage d'une détention indirecte via une société pour le particulier								
pour l'année donnée uniquement		(1 435)	(13 157)	(12 932)	(9 897)	2 520	31 615	90 895
cumulatif pour la période terminée l'année donnée (D+I-E-F)		**(1 435)**	**(14 592)**	**(27 525)**	**(107 964)**	**(148 736)**	**17 986**	**627 159**

Tableau 11 (suite)

Années données		1	2	3	10	20	30	40
Analyse impliquant un décès de l'actionnaire et une planification post-mortem de type "pipeline"								
Impôts pour le décédé								
Gain en capital sur la disposition présumée des actions		16 000	87 360	159 066	680 365	1 545 881	2 678 668	4 256 817
Perte en capital au rachat par la succession (164(6) LIR) (portion du G/C sur bâtisse)		(16 000)	(79 360)	(142 746)	(595 703)	(1 324 511)	(2 254 937)	(3 533 544)
		-	8 000	16 320	84 662	221 370	423 730	723 273
Impôts relatifs au gain en capital sur biens non amortissable (terrain)		-	1 929	3 935	20 412	53 372	102 161	174 381
Impôts pour la société (à la liquidation)								
Gain en capital (50%) (bâtisse seulement car bump du PBR du terrain)		-	16 000	32 640	169 325	442 740	847 461	1 446 546
Récupération d'amortissement	note 5	16 000	47 360	77 466	257 053	439 031	560 016	640 451
		16 000	63 360	110 106	426 378	881 771	1 407 477	2 086 997
Impôts corporatifs		3 040	16 450	29 919	127 695	289 600	501 065	795 342
IMRTD		-	4 267	8 704	45 152	118 061	225 984	385 736
Impôts pour la succession (à la liquidation)								
Dividende de rachat à la liquidation (déterminé dans la planification)		12 960	67 177	121 530	513 160	1 152 972	1 979 856	3 123 937
Dividende en capital		-	16 000	32 640	169 325	442 740	847 461	1 446 546
Dividende imposable		12 960	51 177	88 890	343 836	710 232	1 132 395	1 677 391
Impôts pour la succession		4 712	18 608	32 321	125 019	258 240	411 739	609 899
Valeur nette encaissée par la succession								
JVM des biens reçus (terrain + bâtisse)		1 000 000	1 040 000	1 081 600	1 423 312	2 106 849	3 118 651	4 616 366
Remboursement au titre de dividendes		-	4 267	8 704	45 152	118 061	225 984	385 736
Impôts pour le décédé		-	(1 929)	(3 935)	(20 412)	(53 372)	(102 161)	(174 381)
Impôts pour la société		(3 040)	(16 450)	(29 919)	(127 695)	(289 600)	(501 065)	(795 342)
Impot pour la succesion sur dividende de liquidation		(4 712)	(18 608)	(32 321)	(125 019)	(258 240)	(411 739)	(609 899)
Valeur nette encaissée par la succession	J	992 248	1 007 280	1 024 130	1 195 339	1 623 698	2 329 670	3 422 479
Avantage d'une détention indirecte via une société pour le particulier								
pour l'année donnée uniquement		(185)	416	988	7 094	26 229	65 752	140 790
cumulatif pour la période terminée l'année donnée (D+J-E-F)		**(185)**	**231**	**1 220**	**29 838**	**193 369**	**650 917**	**1 682 878**

Tableau 12

Comparaison de la détention par une société par actions et de la détention personnelle par un particulier
Revenu de bien pour une société ayant déjà le capital nécessaire pour investir

	Années[1]				
	1er	10e	20e	30e	40e
Analyse basée sur les revenus générés sans vente de l'immeuble et retirés durant l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	16 964	25 301	46 345	77 392	125 303
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	16 964	185 312	547 156	1 169 572	2 187 670
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	596 816	884 879	1 386 006	2 187 716	3 471 965
Analyse basée sur les revenus générés et impliquant une vente et un retrait des sommes dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	22 653	33 123	51 365	80 463	126 950
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	22 653	274 995	698 779	1 360 128	2 400 779
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	597 080	892 612	1 402 381	2 214 435	3 512 368
Analyse basée sur les revenus impliquant un décès et une planification post-mortem ("pipeline")					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	143 193	30 396	49 588	79 335	126 279
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	143 193	366 347	768 391	1 415 735	2 447 742

1: Un écart positif représente l'avantage monétaire d'une détention indirecte via une société pour le particulier.

Hypothèses sous-jascentes

Coût de l'immeuble:	terrain (20%)	200 000
	bâtisse (80%)	800 000
		1 000 000
Taux d'amortissement de la bâtisse		4%
Plus-value annuelle de l'immeuble		4%
Taux de rendement net sur le capital investi (augmentation des loyers au 5 ans)		8%
Taux de rendement net sur les liquidités		8%
Taux d'actualisation		3%

ANNEXE 3

Revenu d'entreprise admissible à la DPE

Tableau 1

Comparaison de la détention par une société par actions et de la détention personnelle par un particulier
Revenu d'entreprise admissible à la DPE

	Années[1]				
	1ière	10e	20e	30e	40e
Analyse basée sur les revenus générés sans vente de l'immeuble et retirés durant l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(148)	7 323	26 526	66 163	141 378
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(148)	31 800	197 958	659 053	1 696 033
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	18 701	224 444	755 959	1 833 745	3 860 956
Analyse basée sur les revenus générés et impliquant une vente et un retrait des sommes dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(185)	24 469	51 948	103 823	197 144
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(185)	164 194	544 675	1 323 363	2 830 687
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	23 376	303 048	893 376	2 014 861	4 077 931
Analyse impliquant le retrait sous forme de gain en capital et une vente dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	9 401	23 784	59 288	128 724	256 228
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	9 401	160 520	582 121	1 534 874	3 482 671
Analyse impliquant un décès de l'actionnaire sans aucune planification fiscale post-mortem					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(1 435)	(9 897)	2 520	31 615	90 895
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(1 435)	(107 964)	(148 736)	17 986	627 159
Analyse basée sur les revenus impliquant un décès et une planification post-mortem ("pipeline")					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(185)	7 094	26 229	65 752	140 790
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(185)	29 838	193 369	650 917	1 682 878

1. Un écart positif représente l'avantage monétaire d'une détention indirecte via une société pour le particulier.

Hypothèses sous-jascentes		
Coût de l'immeuble:	terrain (20%)	200 000
	bâtisse (80%)	800 000
		1 000 000
Taux d'amortissement de la bâtisse		4%
Plus-value annuelle de l'immeuble		4%
Taux de rendement net sur le capital investi (augmentation des loyers au 5 ans)		8%
Taux de rendement net sur les liquidités		8%
Taux d'actualisation		3%

Tableau 2

Revenu d'entreprise admissible à la DPE

Années données		1	2	3	10	20	30	40
Analyse basée sur les revenus générés								
Détention via une société par actions								
Revenu net de location		80 000	80 000	80 000	97 332	144 075	213 267	315 687
Amortissement		(16 000)	(31 360)	(30 106)	(22 623)	(15 040)	(9 999)	(6 648)
Intérêts gagnés		-	5 427	11 320	64 507	199 996	451 978	904 095
Revenu imposable		64 000	54 067	61 214	139 216	329 031	655 245	1 213 134
Impôts		(12 160)	(11 769)	(14 752)	(44 236)	(117 655)	(249 107)	(479 754)
Revenu net après impôts		51 840	42 298	46 463	94 981	211 376	406 138	733 380
IMRTD	A	-	1 447	4 466	78 308	430 037	1 299 861	3 111 871
Liquidités au début		-	67 840	141 498	806 337	2 499 954	5 649 720	11 301 186
Liquidités à la fin	B	67 840	141 498	218 066	923 940	2 726 371	6 065 858	12 041 213
Rendement sur les liquidités		-	5 427	11 320	64 507	199 996	451 978	904 095
Remboursement d'une partie de l'investissement initial	C	16 000	47 360	77 466	257 053	439 031	560 016	640 451
Dividende versé à l'actionnaire (A+B-C)		51 840	95 585	145 067	745 195	2 717 376	6 805 703	14 512 633
Impôts pour le particulier		(18 849)	(34 755)	(52 746)	(270 953)	(988 038)	(2 474 553)	(5 276 793)
Liquidités encaissées par le particulier	D	48 991	108 191	169 786	731 295	2 168 370	4 891 165	9 876 291
Détention directement par le particulier								
Revenu net de location		80 000	80 000	80 000	97 332	144 075	213 267	315 687
Amortissement		(16 000)	(31 360)	(30 106)	(22 623)	(15 040)	(9 999)	(6 648)
Intérêts gagnés		-	3 931	8 618	49 024	145 075	316 249	615 587
Revenu imposable		64 000	52 571	58 512	123 734	274 110	519 516	924 626
Impôts		(30 861)	(25 350)	(28 215)	(59 664)	(132 176)	(250 511)	(445 855)
Revenu net après impôts		33 139	27 221	30 298	64 069	141 934	269 005	478 771
Liquidités au début		-	49 139	107 721	612 804	1 813 437	3 953 108	7 694 838
Liquidités à la fin	E	49 139	107 721	168 124	699 496	1 970 412	4 232 113	8 180 257
Rendement sur les liquidités		-	3 931	8 618	49 024	145 075	316 249	615 587
Avantage d'une détention indirecte via une société pour le particulier								
pour l'année donnée uniquement		(148)	618	1 192	7 323	26 526	66 163	141 378
cumulatif pour la période terminée l'année donnée		**(148)**	**470**	**1 662**	**31 800**	**197 958**	**659 053**	**1 696 033**

Années données		1	2	3	10	20	30	40
Analyse de la vente de l'immeuble pour l'année donnée								
Répartition de la JVM: Terrain		200 000	208 000	216 320	284 662	421 370	623 730	923 273
Bâtisse		800 000	832 000	865 280	1 138 649	1 685 479	2 494 921	3 693 093
		1 000 000	1 040 000	1 081 600	1 423 312	2 106 849	3 118 651	4 616 366
Gain en capital imposable (50%)		-	20 000	40 800	211 656	553 425	1 059 326	1 808 183
Récupération d'amortissement	note 1	16 000	47 360	77 466	257 053	439 031	560 016	640 451
Revenu imposable lié à la vente		16 000	67 360	118 266	468 709	992 456	1 619 342	2 448 634
Détention via une société par actions								
Gain en capital (100%)		-	40 000	81 600	423 312	1 106 849	2 118 651	3 616 366
Impôts		(3 040)	(18 312)	(33 719)	(147 408)	(341 146)	(599 731)	(963 757)
Produit net après impôts		(3 040)	21 688	47 881	275 904	765 703	1 518 920	2 652 609
Remboursement du solde de l'investissement initial		984 000	952 640	922 534	742 947	560 969	439 984	359 549
Compte de dividende en capital		-	20 000	40 800	211 656	553 425	1 059 326	1 808 183
Dividende versé à l'actionnaire		12 960	74 381	136 226	589 397	1 352 311	2 361 416	3 775 231
Impôts pour le particulier		(4 712)	(27 045)	(49 532)	(214 305)	(491 700)	(858 611)	(1 372 674)
Liquidités encaissées par le particulier		992 248	1 019 976	1 050 029	1 329 695	1 975 004	3 002 115	4 570 289
Détention directement par le particulier								
Produit de la vente		1 000 000	1 040 000	1 081 600	1 423 312	2 106 849	3 118 651	4 616 366
Impôts		(7 715)	(32 481)	(57 028)	(226 012)	(478 562)	(780 847)	(1 180 731)
Produit net après impôts	F	992 285	1 007 519	1 024 572	1 197 300	1 628 287	2 337 805	3 435 635
Avantage d'une détention indirecte via une société pour le particulier								
pour l'année donnée uniquement		(185)	13 112	14 192	24 469	51 948	103 823	197 144
cumulatif pour la période terminée l'année donnée		**(185)**	**12 927**	**27 119**	**164 194**	**544 675**	**1 323 363**	**2 830 687**

note 1: Une récupération fictive est considérée pour la première année afin d'annuler l'avantage découlant de la DPA qui n'aurait pas pu être prise précédemment dans l'analyse.

Tableau 2 (suite)

Années données		1	2	3	10	20	30	40
Analyse impliquant le retrait des liquidités sous forme de gain en capital								
Détention via une société par actions - revenus de location								
Remboursement d'une partie de l'investissement initial		16 000	47 360	77 466	257 053	439 031	560 016	640 451
Gain en capital (100%)		51 840	94 138	140 601	666 887	2 287 339	5 505 841	11 400 762
Impôts		(12 499)	(22 697)	(33 899)	(160 786)	(551 478)	(1 327 458)	(2 748 724)
Liquidités encaissées par le particulier		55 341	118 801	184 168	763 154	2 174 893	4 738 399	9 292 489
Avantage d'une détention indirecte via une société pour le particulier (note 2)								
pour l'année donnée uniquement		6 202	4 879	4 963	8 012	18 479	39 213	77 790
cumulatif pour la période terminée l'année donnée	G	**6 202**	**11 081**	**16 044**	**63 658**	**204 482**	**506 287**	**1 112 232**
Vente des actions								
Prix de vente		1 000 000	1 040 000	1 081 600	1 423 312	2 106 849	3 118 651	4 616 366
Remboursement du solde de l'investissement initial		(984 000)	(952 640)	(922 534)	(742 947)	(560 969)	(439 984)	(359 549)
Valeur de l'IMRTD		-	1 447	4 466	78 308	430 037	1 299 861	3 111 871
Perte de valeur liée à l'amortissement (note 3)		(869)	(4 308)	(7 749)	(32 338)	(71 902)	(122 411)	(191 821)
Gain en capital sur les actions (100%)		15 131	84 499	155 782	726 335	1 904 015	3 856 118	7 176 867
Impôts		(3 648)	(20 373)	(37 559)	(175 119)	(459 058)	(929 710)	(1 730 343)
Remboursement du solde de l'investissement initial		984 000	952 640	922 534	742 947	560 969	439 984	359 549
Liquidités encaissées par le particulier	H	995 483	1 016 766	1 040 758	1 294 163	2 005 926	3 366 392	5 806 073
Avantage d'une détention indirecte via une société pour le particulier								
pour l'année donnée uniquement		9 401	10 928	11 901	23 784	59 288	128 724	256 228
cumulatif pour la période terminée l'année donnée (G+H-F)		**9 401**	**20 328**	**32 229**	**160 520**	**582 121**	**1 534 874**	**3 482 671**

note 2: Ce résultat à lui seul n'est pas très révélateur puisqu'il ne tient pas compte de la valeur que représente l'IMRTD qui s'accumule dans la société. Nous n'avons pas tenté d'évaluer la valeur marchande de ce solde fiscal parce que nous ne savons pas à quel moment il sera monnayé dans le futur. Cette information nous est toutefois nécessaire pour évaluer l'avantage lorsque l'on procède à la vente des actions; moment auquel la valeur de l'IMRTD est plus facilement identifiable.

note 3: $\frac{C \times T \times R}{R + i} \times \frac{1 + i/2}{1 + i}$

où C = Coût du bien
T = Taux d'imposition de la société
R = Taux d'amortissement
i = Taux d'actualisation

Tableau 2 (suite)

Années données		1	2	3	10	20	30	40
Analyse impliquant un décès de l'actionnaire sans aucune planification fiscale post-mortem								
Impôts pour le décédé								
Gain en capital sur la disposition présumée des actions		-	40 000	81 600	423 312	1 106 849	2 118 651	3 616 366
Impôts relatifs au gain en capital du défunt		-	9 644	19 674	102 060	266 861	510 807	871 906
Impôts pour la société (à la liquidation)								
Gain en capital imposable (50%)		-	20 000	40 800	211 656	553 425	1 059 326	1 808 183
Récupération d'amortissement	note 4	16 000	47 360	77 466	257 053	439 031	560 016	640 451
		16 000	67 360	118 266	468 709	992 456	1 619 342	2 448 634
Impôts corporatifs		7 451	31 370	55 076	218 278	462 187	754 128	1 140 329
IMRTD		4 267	17 962	31 537	124 986	264 648	431 814	652 953
Impôts pour la succession (au rachat à la liquidation)								
Valeur des biens reçus		1 000 000	1 040 000	1 081 600	1 423 312	2 106 849	3 118 651	4 616 366
Remboursement du solde de l'investissement initial		(984 000)	(952 640)	(922 534)	(742 947)	(560 969)	(439 984)	(359 549)
Dividende en capital		-	(20 000)	(40 800)	(211 656)	(553 425)	(1 059 326)	(1 808 183)
Dividende de liquidation imposable		16 000	67 360	118 266	468 709	992 456	1 619 342	2 448 634
Impôts pour la succession		5 818	24 492	43 001	170 423	360 857	588 793	890 323
Valeur nette encaissée par la succession								
JVM des biens reçus (terrain + bâtisse)		1 000 000	1 040 000	1 081 600	1 423 312	2 106 849	3 118 651	4 616 366
Remboursement au titre de dividendes		4 267	17 962	31 537	124 986	264 648	431 814	652 953
Impôts pour le décédé		-	(9 644)	(19 674)	(102 060)	(266 861)	(510 807)	(871 906)
Impôts pour la société		(7 451)	(31 370)	(55 076)	(218 278)	(462 187)	(754 128)	(1 140 329)
Impot pour la succesion sur dividende de liquidation		(5 818)	(24 492)	(43 001)	(170 423)	(360 857)	(588 793)	(890 323)
Valeur nette encaissée par la succession	I	990 998	992 457	995 385	1 057 537	1 281 592	1 696 738	2 366 761
Avantage d'une détention indirecte via une société pour le particulier								
pour l'année donnée uniquement		(1 435)	(13 157)	(12 932)	(9 897)	2 520	31 615	90 895
cumulatif pour la période terminée l'année donnée (D+I-E-F)		**(1 435)**	**(14 592)**	**(27 525)**	**(107 964)**	**(148 736)**	**17 986**	**627 159**

Tableau 2 (suite)

Années données		1	2	3	10	20	30	40
Analyse impliquant un décès de l'actionnaire et une planification post-mortem de type "pipeline"								
Impôts pour le décédé								
Gain en capital sur la disposition présumée des actions		16 000	87 360	159 066	680 365	1 545 881	2 678 668	4 256 817
Perte en capital au rachat par la succession (164(6) LIR) (portion du G/C sur bâtisse)		(16 000)	(79 360)	(142 746)	(595 703)	(1 324 511)	(2 254 937)	(3 533 544)
		-	8 000	16 320	84 662	221 370	423 730	723 273
Impôts relatifs au gain en capital sur biens non amortissable (terrain)		-	1 929	3 935	20 412	53 372	102 161	174 381
Impôts pour la société (à la liquidation)								
Gain en capital (50%) (bâtisse seulement car bump du PBR du terrain)		-	16 000	32 640	169 325	442 740	847 461	1 446 546
Récupération d'amortissement	note 5	16 000	47 360	77 466	257 053	439 031	560 016	640 451
		16 000	63 360	110 106	426 378	881 771	1 407 477	2 086 997
Impôts corporatifs		3 040	16 450	29 919	127 695	289 600	501 065	795 342
IMRTD		-	4 267	8 704	45 152	118 061	225 984	385 736
Impôts pour la succession (à la liquidation)								
Dividende de rachat à la liquidation (déterminé dans la planification)		12 960	67 177	121 530	513 160	1 152 972	1 979 856	3 123 937
Dividende en capital		-	16 000	32 640	169 325	442 740	847 461	1 446 546
Dividende imposable		12 960	51 177	88 890	343 836	710 232	1 132 395	1 677 391
Impôts pour la succession		4 712	18 608	32 321	125 019	258 240	411 739	609 899
Valeur nette encaissée par la succession								
JVM des biens reçus (terrain + bâtisse)		1 000 000	1 040 000	1 081 600	1 423 312	2 106 849	3 118 651	4 616 366
Remboursement au titre de dividendes		-	4 267	8 704	45 152	118 061	225 984	385 736
Impôts pour le décédé		-	(1 929)	(3 935)	(20 412)	(53 372)	(102 161)	(174 381)
Impôts pour la société		(3 040)	(16 450)	(29 919)	(127 695)	(289 600)	(501 065)	(795 342)
Impot pour la succesion sur dividende de liquidation		(4 712)	(18 608)	(32 321)	(125 019)	(258 240)	(411 739)	(609 899)
Valeur nette encaissée par la succession	J	992 248	1 007 280	1 024 130	1 195 339	1 623 698	2 329 670	3 422 479
Avantage d'une détention indirecte via une société pour le particulier								
pour l'année donnée uniquement		(185)	416	988	7 094	26 229	65 752	140 790
cumulatif pour la période terminée l'année donnée (D+J-E-F)		**(185)**	**231**	**1 220**	**29 838**	**193 369**	**650 917**	**1 682 878**

Comparaison de la détention par une société par actions et de la détention personnelle par un particulier
Revenu d'entreprise admissible à la DPE

	Années[1]				
	1ère	10e	20e	30e	40e
Analyse basée sur les revenus générés sans vente de l'immeuble et retirés durant l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(148)	(173)	(299)	(471)	(716)
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(148)	(1 458)	(4 076)	(8 296)	(14 770)
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	18 701	183 971	514 303	1 046 632	1 863 436
Analyse basée sur les revenus générés et impliquant une vente et un retrait des sommes dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(185)	16 973	25 124	37 190	55 050
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(185)	130 936	342 641	656 014	1 119 884
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	23 376	262 575	651 719	1 227 748	2 080 411
Analyse impliquant le retrait sous forme de gain en capital et une vente dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	9 401	9 958	12 841	17 744	25 426
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	9 401	98 449	221 854	389 241	626 854
Analyse impliquant un décès de l'actionnaire sans aucune planification fiscale post-mortem					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(1 435)	(17 393)	(24 305)	(35 019)	(51 200)
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(1 435)	(141 222)	(350 771)	(649 362)	(1 083 644)
Analyse basée sur les revenus impliquant un décès et une planification post-mortem ("pipeline")					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(185)	(402)	(595)	(881)	(1 304)
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(185)	(3 420)	(8 666)	(16 431)	(27 925)

1: Un écart positif représente l'avantage monétaire d'une détention indirecte via une société pour le particulier.

Hypothèses sous-jascentes

Coût de l'immeuble:	terrain (20%)	200 000
	bâtisse (80%)	800 000
		1 000 000
Taux d'amortissement de la bâtisse		4%
Plus-value annuelle de l'immeuble		4%
Taux de rendement net sur le capital investi (augmentation des loyers au 5 ans)		8%
Taux de rendement net sur les liquidités		0%
Taux d'actualisation		3%

Tableau 4

Comparaison de la détention par une société par actions et de la détention personnelle par un particulier
Revenu d'entreprise admissible à la DPE

	Années[1]				
	1ère	10e	20e	30e	40e
Analyse basée sur les revenus générés sans vente de l'immeuble et retirés durant l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(148)	629	2 131	4 684	8 723
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(148)	2 267	15 864	49 875	116 990
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	18 701	188 514	538 205	1 115 370	2 017 542
Analyse basée sur les revenus générés et impliquant une vente et un retrait des sommes dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(185)	17 775	27 554	42 344	64 488
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(185)	134 662	362 581	714 185	1 251 644
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	23 376	267 117	675 621	1 296 486	2 234 516
Analyse impliquant le retrait sous forme de gain en capital et une vente dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	9 401	11 445	17 058	26 331	40 754
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	9 401	105 437	257 613	489 612	847 850
Analyse impliquant un décès de l'actionnaire sans aucune planification fiscale post-mortem					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(1 435)	(16 591)	(21 875)	(29 864)	(41 761)
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(1 435)	(137 496)	(330 830)	(591 191)	(951 884)
Analyse basée sur les revenus impliquant un décès et une planification post-mortem ("pipeline")					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(185)	400	1 834	4 273	8 134
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(185)	306	11 275	41 740	103 835

1: Un écart positif représente l'avantage monétaire d'une détention indirecte via une société pour le particulier.

Hypothèses sous-jascentes

Coût de l'immeuble:	terrain (20%)	200 000
	bâtisse (80%)	800 000
		1 000 000
Taux d'amortissement de la bâtisse		4%
Plus-value annuelle de l'immeuble		4%
Taux de rendement net sur le capital investi (augmentation des loyers au 5 ans)		8%
Taux de rendement net sur les liquidités		1%
Taux d'actualisation		3%

Tableau 5

Comparaison de la détention par une société par actions et de la détention personnelle par un particulier
Revenu d'entreprise admissible à la DPE

	Années[1]				
	1ère	10e	20e	30e	40e
Analyse basée sur les revenus générés sans vente de l'immeuble et retirés durant l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(148)	1 466	4 779	10 512	19 748
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(148)	6 109	37 114	113 750	265 738
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	18 701	193 195	563 662	1 190 819	2 191 464
Analyse basée sur les revenus générés et impliquant une vente et un retrait des sommes dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(185)	18 612	30 202	48 172	75 513
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(185)	138 503	383 831	778 060	1 400 392
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	23 376	271 798	701 078	1 371 935	2 408 439
Analyse impliquant le retrait sous forme de gain en capital et une vente dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	9 401	12 995	21 651	36 043	58 670
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	9 401	112 632	295 667	599 707	1 097 134
Analyse impliquant un décès de l'actionnaire sans aucune planification fiscale post-mortem					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(1 435)	(15 754)	(19 227)	(24 036)	(30 736)
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(1 435)	(133 655)	(309 580)	(527 316)	(803 136)
Analyse basée sur les revenus impliquant un décès et une planification post-mortem ("pipeline")					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(185)	1 237	4 482	10 102	19 159
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(185)	4 147	32 525	105 615	252 582

1: Un écart positif représente l'avantage monétaire d'une détention indirecte via une société pour le particulier.

Hypothèses sous-jascentes

Coût de l'immeuble:	terrain (20%)	200 000
	bâtisse (80%)	800 000
		1 000 000
Taux d'amortissement de la bâtisse		4%
Plus-value annuelle de l'immeuble		4%
Taux de rendement net sur le capital investi (augmentation des loyers au 5 ans)		8%
Taux de rendement net sur les liquidités		2%
Taux d'actualisation		3%

Tableau 6

Comparaison de la détention par une société par actions et de la détention personnelle par un particulier
Revenu d'entreprise admissible à la DPE

	Années[1]				
	1ère	10e	20e	30e	40e
Analyse basée sur les revenus générés sans vente de l'immeuble et retirés durant l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(148)	1 381	3 963	7 738	12 922
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(148)	5 949	32 954	92 179	196 670
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	18 701	179 738	461 177	864 466	1 412 715
Analyse basée sur les revenus générés et impliquant une vente et un retrait des sommes dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(185)	8 690	12 902	18 655	26 242
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(185)	66 645	175 452	334 626	561 109
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	23 376	256 458	593 230	1 034 504	1 609 464
Analyse impliquant le retrait sous forme de gain en capital et une vente dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	9 401	12 990	18 460	26 317	36 927
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	9 401	115 382	277 332	507 717	832 469
Analyse impliquant un décès de l'actionnaire sans aucune planification fiscale post-mortem					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(1 435)	(7 031)	(5 283)	(2 862)	446
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(1 435)	(69 612)	(130 872)	(171 129)	(182 514)
Analyse basée sur les revenus impliquant un décès et une planification post-mortem ("pipeline")					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(185)	1 253	3 836	7 603	12 769
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(185)	4 724	30 463	88 378	191 427

1: Un écart positif représente l'avantage monétaire d'une détention indirecte via une société pour le particulier.

Hypothèses sous-jascentes

Coût de l'immeuble:	terrain (20%)	200 000
	bâtisse (80%)	800 000
		1 000 000
Taux d'amortissement de la bâtisse		4%
Plus-value annuelle de l'immeuble		2%
Taux de rendement net sur le capital investi (augmentation des loyers au 5 ans)		8%
Taux de rendement net sur les liquidités		2%
Taux d'actualisation		3%

Tableau 7

Comparaison de la détention par une société par actions et de la détention personnelle par un particulier
Revenu d'entreprise admissible à la DPE

	Années[1]				
	1ère	10e	20e	30e	40e
Analyse basée sur les revenus générés sans vente de l'immeuble et retirés durant l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(148)	1 558	5 774	14 391	30 771
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(148)	6 281	41 967	141 716	366 142
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	18 701	207 728	690 391	1 655 413	3 474 318
Analyse basée sur les revenus générés et impliquant une vente et un retrait des sommes dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(185)	31 550	59 543	110 723	203 312
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(185)	222 296	677 324	1 528 524	3 099 000
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	23 376	288 528	835 388	1 855 501	3 733 261
Analyse impliquant le retrait sous forme de gain en capital et une vente dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	9 401	12 767	25 006	48 960	93 527
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	9 401	109 014	314 213	714 697	1 483 091
Analyse impliquant un décès de l'actionnaire sans aucune planification fiscale post-mortem					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(1 435)	(27 165)	(43 615)	(72 694)	(124 281)
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(1 435)	(208 361)	(563 190)	(1 146 312)	(2 133 846)
Analyse basée sur les revenus impliquant un décès et une planification post-mortem ("pipeline")					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(185)	1 197	5 186	13 378	28 983
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(185)	3 460	34 412	126 159	336 567

1: Un écart positif représente l'avantage monétaire d'une détention indirecte via une société pour le particulier.

Hypothèses sous-jascentes

Coût de l'immeuble:	terrain (20%)	200 000
	bâtisse (80%)	800 000
		1 000 000
Taux d'amortissement de la bâtisse		4%
Plus-value annuelle de l'immeuble		6%
Taux de rendement net sur le capital investi (augmentation des loyers au 5 ans)		8%
Taux de rendement net sur les liquidités		2%
Taux d'actualisation		3%

Tableau 8

Comparaison de la détention par une société par actions et de la détention personnelle par un particulier
Revenu d'entreprise admissible à la DPE

	Années[1]				
	1ère	10e	20e	30e	40e
Analyse basée sur les revenus générés sans vente de l'immeuble et retirés durant l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(185)	2 160	6 178	12 480	22 204
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(185)	9 197	51 165	145 011	319 414
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	23 376	271 877	706 553	1 386 013	2 432 065
Analyse basée sur les revenus générés et impliquant une vente et un retrait des sommes dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(185)	19 358	31 636	50 164	77 985
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(185)	142 187	398 899	810 618	1 455 551
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	23 376	275 370	715 685	1 403 492	2 461 900
Analyse impliquant le retrait sous forme de gain en capital et une vente dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	7 753	13 124	24 031	40 713	66 003
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	7 753	103 343	300 152	640 419	1 198 737
Analyse impliquant un décès de l'actionnaire sans aucune planification fiscale post-mortem					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(185)	(13 240)	(16 618)	(21 264)	(27 745)
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(185)	(109 889)	(260 213)	(451 008)	(697 942)
Analyse basée sur les revenus impliquant un décès et une planification post-mortem ("pipeline")					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(185)	1 983	5 917	12 093	21 631
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(185)	7 831	47 593	138 172	307 741

1: Un écart positif représente l'avantage monétaire d'une détention indirecte via une société pour le particulier.

Hypothèses sous-jascentes

Coût de l'immeuble:	terrain (20%)	200 000
	bâtisse (80%)	800 000
		1 000 000
Taux d'amortissement de la bâtisse		0%
Plus-value annuelle de l'immeuble		4%
Taux de rendement net sur le capital investi (augmentation des loyers au 5 ans)		8%
Taux de rendement net sur les liquidités		2%
Taux d'actualisation		3%

Comparaison de la détention par une société par actions et de la détention personnelle par un particulier
Revenu d'entreprise admissible à la DPE

	Années[1]				
	1ère	10e	20e	30e	40e
Analyse basée sur les revenus générés sans vente de l'immeuble et retirés durant l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(157)	8 155	28 481	69 549	146 735
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(157)	35 645	216 123	704 301	1 785 425
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	19 870	247 093	805 878	1 918 799	3 994 656
Analyse basée sur les revenus générés et impliquant une vente et un retrait des sommes dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(185)	25 314	53 912	107 215	202 504
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(185)	168 188	563 094	1 368 936	2 920 449
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	23 376	306 919	911 223	2 059 006	4 164 846
Analyse impliquant le retrait sous forme de gain en capital et une vente dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	8 989	24 393	61 287	132 417	262 187
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	8 989	160 893	596 075	1 577 782	3 574 371
Analyse impliquant un décès de l'actionnaire sans aucune planification fiscale post-mortem					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(1 123)	(8 610)	4 777	35 202	96 385
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(1 123)	(98 949)	(121 743)	74 497	729 430
Analyse basée sur les revenus impliquant un décès et une planification post-mortem ("pipeline")					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(185)	7 983	28 258	69 242	146 294
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(185)	34 174	212 681	698 200	1 775 558

1: Un écart positif représente l'avantage monétaire d'une détention indirecte via une société pour le particulier.

Hypothèses sous-jascentes

Coût de l'immeuble:	terrain (40%)	400 000
	bâtisse (60%)	600 000
		1 000 000
Taux d'amortissement de la bâtisse		4%
Plus-value annuelle de l'immeuble		4%
Taux de rendement net sur le capital investi (augmentation des loyers au 5 ans)		8%
Taux de rendement net sur les liquidités		8%
Taux d'actualisation		3%

Tableau 10

Comparaison de la détention par une société par actions et de la détention personnelle par un particulier
Revenu d'entreprise admissible à la DPE pour une société ayant déjà le capital nécessaire pour investir

	Années[1]				
	1ère	10e	20e	30e	40e
Analyse basée sur les revenus générés sans vente de l'immeuble et retirés durant l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	17 333	33 054	72 663	140 956	258 155
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	17 333	221 643	752 195	1 823 653	3 825 852
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	614 461	1 092 746	2 075 576	3 839 254	6 908 863
Analyse basée sur les revenus générés et impliquant une vente et un retrait des sommes dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	23 113	41 007	77 770	144 085	259 841
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	23 113	312 804	906 345	2 017 430	4 042 646
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	619 136	1 171 349	2 212 992	4 020 370	7 125 837
Analyse basée sur les revenus impliquant un décès et une planification post-mortem ("pipeline")					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	143 653	38 280	75 993	142 957	259 170
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	143 653	404 157	975 957	2 073 038	4 089 609

1: Un écart positif représente l'avantage monétaire d'une détention indirecte via une société pour le particulier.

Hypothèses sous-jascentes

Coût de l'immeuble:	terrain (20%)	200 000
	bâtisse (80%)	800 000
		1 000 000
Taux d'amortissement de la bâtisse		4%
Plus-value annuelle de l'immeuble		4%
Taux de rendement net sur le capital investi (augmentation des loyers au 5 ans)		8%
Taux de rendement net sur les liquidités		8%
Taux d'actualisation		3%

ANNEXE 4

Revenu d'entreprise non admissible à la DPE

Tableau 1

Comparaison de la détention par une société par actions et de la détention personnelle par un particulier
Revenu d'entreprise non admissible à la DPE

	Années[1]				
	1ère	10e	20e	30e	40e
Analyse basée sur les revenus générés sans vente de l'immeuble et retirés durant l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(1 705)	5 125	21 336	55 194	119 915
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(1 705)	14 939	142 032	518 884	1 388 230
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	13 645	164 881	558 368	1 360 508	2 876 136
Analyse basée sur les revenus générés et impliquant une vente et un retrait des sommes dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(2 131)	23 211	48 600	95 877	180 354
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(2 131)	152 610	508 213	1 227 271	2 605 793
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	17 056	223 177	661 101	1 497 382	3 042 515
Analyse impliquant le retrait sous forme de gain en capital et une vente dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	5 290	15 665	41 445	93 403	190 365
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	5 290	101 393	387 307	1 065 044	2 492 576
Analyse impliquant un décès de l'actionnaire sans aucune planification fiscale post-mortem					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(2 992)	(12 095)	(2 670)	20 645	69 431
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(2 992)	(124 824)	(204 663)	(122 183)	319 356
Analyse basée sur les revenus impliquant un décès et une planification post-mortem ("pipeline")					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(2 131)	4 761	21 289	55 450	120 511
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(2 131)	9 937	135 161	513 201	1 386 933

1: Un écart positif représente l'avantage monétaire d'une détention indirecte via une société pour le particulier.

Hypothèses sous-jascentes		
Coût de l'immeuble:	terrain (20%)	200 000
	bâtisse (80%)	800 000
		1 000 000
Taux d'amortissement de la bâtisse		4%
Plus-value annuelle de l'immeuble		4%
Taux de rendement net sur le capital investi (augmentation des loyers au 5 ans)		8%
Taux de rendement net sur les liquidités		8%
Taux d'actualisation		3%

Tableau 2

Revenu d'entreprise non admissible à la DPE

Années données		1	2	3	10	20	30	40
Analyse basée sur les revenus générés								
Détention via une société par actions								
Revenu net de location		80 000	80 000	80 000	97 332	144 075	213 267	315 687
Amortissement		(16 000)	(31 360)	(30 106)	(22 623)	(15 040)	(9 999)	(6 648)
Intérêts gagnés		-	5 023	10 591	60 390	185 619	416 903	830 412
Revenu imposable		64 000	53 663	60 485	135 099	314 654	620 170	1 139 451
Impôts		(17 216)	(15 423)	(18 354)	(48 220)	(121 153)	(248 830)	(469 854)
Revenu net après impôts		46 784	38 239	42 131	86 879	193 501	371 340	669 597
IMRTD	A	0	1 339	4 163	73 405	400 819	1 204 902	2 871 804
Liquidités au début		-	62 784	132 383	754 875	2 320 238	5 211 282	10 380 148
Liquidités à la fin	B	62 784	132 383	204 620	864 377	2 528 779	5 592 620	11 056 393
Rendement sur les liquidités		-	5 023	10 591	60 390	185 619	416 903	830 412
Remboursement d'une partie de l'investissement initial	C	16 000	47 360	77 466	257 053	439 031	560 016	640 451
Dividende versé à l'actionnaire (A+B-C)		46 784	86 363	131 318	680 729	2 490 567	6 237 506	13 287 746
Impôts pour le particulier		(15 350)	(28 336)	(43 086)	(223 347)	(817 155)	(2 046 526)	(4 359 710)
Liquidités encaissées par le particulier	D	47 434	105 387	165 698	714 435	2 112 443	4 750 997	9 568 488
Détention directement par le particulier								
Revenu net de location		80 000	80 000	80 000	97 332	144 075	213 267	315 687
Amortissement		(16 000)	(31 360)	(30 106)	(22 623)	(15 040)	(9 999)	(6 648)
Intérêts gagnés		-	3 931	8 618	49 024	145 075	316 249	615 587
Revenu imposable		64 000	52 571	58 512	123 734	274 110	519 516	924 626
Impôts		(30 861)	(25 350)	(28 215)	(59 664)	(132 176)	(250 511)	(445 855)
Revenu net après impôts		33 139	27 221	30 298	64 069	141 934	269 005	478 771
Liquidités au début		-	49 139	107 721	612 804	1 813 437	3 953 108	7 694 838
Liquidités à la fin	E	49 139	107 721	168 124	699 496	1 970 412	4 232 113	8 180 257
Rendement sur les liquidités		-	3 931	8 618	49 024	145 075	316 249	615 587
Avantage d'une détention indirecte via une société pour le particulier								
pour l'année donnée uniquement		(1 705)	(628)	(92)	5 125	21 336	55 194	119 915
cumulatif pour la période terminée l'année donnée		**(1 705)**	**(2 333)**	**(2 425)**	**14 939**	**142 032**	**518 884**	**1 388 230**

Tableau 2 (suite)

Années données		1	2	3	10	20	30	40
Analyse de la vente de l'immeuble pour l'année donnée								
Répartition de la JVM: Terrain		200 000	208 000	216 320	284 662	421 370	623 730	923 273
Bâtisse		800 000	832 000	865 280	1 138 649	1 685 479	2 494 921	3 693 093
		1 000 000	1 040 000	1 081 600	1 423 312	2 106 849	3 118 651	4 616 366
Gain en capital imposable (50%)		-	20 000	40 800	211 656	553 425	1 059 326	1 808 183
Récupération d'amortissement	note 1	16 000	47 360	77 466	257 053	439 031	560 016	640 451
Revenu imposable lié à la vente		16 000	67 360	118 266	468 709	992 456	1 619 342	2 448 634
Détention via une société par actions								
Gain en capital (100%)		-	40 000	81 600	423 312	1 106 849	2 118 651	3 616 366
Impôts		(4 304)	(22 054)	(39 839)	(167 716)	(375 829)	(643 972)	(1 014 352)
Produit net après impôts		(4 304)	17 946	41 761	255 596	731 020	1 474 679	2 602 014
Remboursement du solde de l'investissement initial		984 000	952 640	922 534	742 947	560 969	439 984	359 549
Compte de dividende en capital		-	20 000	40 800	211 656	553 425	1 059 326	1 808 183
Dividende versé à l'actionnaire		11 696	70 639	130 107	569 090	1 317 627	2 317 175	3 724 635
Impôts pour le particulier		(3 837)	(23 366)	(43 074)	(188 722)	(437 553)	(770 293)	(1 239 170)
Liquidités encaissées par le particulier		991 859	1 019 913	1 050 367	1 334 970	1 994 468	3 046 191	4 653 197
Détention directement par le particulier								
Produit de la vente		1 000 000	1 040 000	1 081 600	1 423 312	2 106 849	3 118 651	4 616 366
Impôts		(7 715)	(32 481)	(57 028)	(226 012)	(478 562)	(780 847)	(1 180 731)
Produit net après impôts	F	992 285	1 007 519	1 024 572	1 197 300	1 628 287	2 337 805	3 435 635
Avantage d'une détention indirecte via une société pour le particulier								
pour l'année donnée uniquement		(2 131)	12 192	13 308	23 211	48 600	95 877	180 354
cumulatif pour la période terminée l'année donnée		**(2 131)**	**10 061**	**23 369**	**152 610**	**508 213**	**1 227 271**	**2 605 793**

note 1: Une récupération fictive est considérée pour la première année afin d'annuler l'avantage découlant de la DPA qui n'aurait pas pu être prise précédemment dans l'analyse.

Tableau 2 (suite)

Années données		1	2	3	10	20	30	40
Analyse impliquant le retrait des liquidités sous forme de gain en capital								
Détention via une société par actions - revenus de location								
Remboursement d'une partie de l'investissement initial		16 000	47 360	77 466	257 053	439 031	560 016	640 451
Gain en capital (100%)		46 784	85 023	127 155	607 324	2 089 748	5 032 604	10 415 942
Impôts		(11 280)	(20 499)	(30 657)	(146 426)	(503 838)	(1 213 361)	(2 511 284)
Liquidités encaissées par le particulier		51 504	111 884	173 963	717 951	2 024 941	4 379 260	8 545 109
Avantage d'une détention indirecte via une société pour le particulier (note 2)								
pour l'année donnée uniquement		2 365	1 799	1 676	1 863	4 914	12 804	29 385
cumulatif pour la période terminée l'année donnée	G	**2 365**	**4 164**	**5 840**	**18 456**	**54 529**	**147 147**	**364 852**
Vente des actions								
Prix de vente		1 000 000	1 040 000	1 081 600	1 423 312	2 106 849	3 118 651	4 616 366
Remboursement du solde de l'investissement initial		(984 000)	(952 640)	(922 534)	(742 947)	(560 969)	(439 984)	(359 549)
Valeur de l'IMRTD		0	1 339	4 163	73 405	400 819	1 204 902	2 871 804
Perte de valeur liée à l'amortissement (note 3)		(1 230)	(6 099)	(10 971)	(45 784)	(101 798)	(173 308)	(271 578)
Gain en capital sur les actions (100%)		14 770	82 600	152 258	707 986	1 844 901	3 710 262	6 857 043
Impôts		(3 561)	(19 915)	(36 709)	(170 696)	(444 806)	(894 544)	(1 653 233)
Remboursement du solde de l'investissement initial		984 000	952 640	922 534	742 947	560 969	439 984	359 549
Liquidités encaissées par le particulier	H	995 209	1 015 325	1 038 083	1 280 238	1 961 064	3 255 701	5 563 359
Avantage d'une détention indirecte via une société pour le particulier								
pour l'année donnée uniquement		5 290	6 680	7 381	15 665	41 445	93 403	190 365
cumulatif pour la période terminée l'année donnée (G+H-F)		**5 290**	**11 970**	**19 350**	**101 393**	**387 307**	**1 065 044**	**2 492 576**

note 2: Ce résultat à lui seul n'est pas très révélateur puisqu'il ne tient pas compte de la valeur que représente l'IMRTD qui s'accumule dans la société. Nous n'avons pas tenté d'évaluer la valeur marchande de ce solde fiscal parce que nous ne savons pas à quel moment il sera monnayé dans le futur. Cette information nous est toutefois nécessaire pour évaluer l'avantage lorsque l'on procède à la vente des actions; moment auquel la valeur de l'IMRTD est plus facilement identifiable.

note 3: $\frac{C \times T \times R}{R + i} \times \frac{1 + i/2}{1 + i}$

où C = Coût du bien
T = Taux d'imposition de la société
R = Taux d'amortissement
i = Taux d'actualisation

Tableau 2 (suite)

Années données		1	2	3	10	20	30	40
Analyse impliquant un décès de l'actionnaire sans aucune planification fiscale post-mortem								
Impôts pour le décédé								
Gain en capital sur la disposition présumée des actions		-	40 000	81 600	423 312	1 106 849	2 118 651	3 616 366
Impôts relatifs au gain en capital du défunt		-	9 644	19 674	102 060	266 861	510 807	871 906
Impôts pour la société (à la liquidation)								
Gain en capital imposable (50%)		-	20 000	40 800	211 656	553 425	1 059 326	1 808 183
Récupération d'amortissement	note 4	16 000	47 360	77 466	257 053	439 031	560 016	640 451
		16 000	67 360	118 266	468 709	992 456	1 619 342	2 448 634
Impôts corporatifs		7 451	31 370	55 076	218 278	462 187	754 128	1 140 329
IMRTD		4 267	17 962	31 537	124 986	264 648	431 814	652 953
Impôts pour la succession (au rachat à la liquidation)								
Valeur des biens reçus		1 000 000	1 040 000	1 081 600	1 423 312	2 106 849	3 118 651	4 616 366
Remboursement du solde de l'investissement initial		(984 000)	(952 640)	(922 534)	(742 947)	(560 969)	(439 984)	(359 549)
Dividende en capital		-	(20 000)	(40 800)	(211 656)	(553 425)	(1 059 326)	(1 808 183)
Dividende de liquidation imposable		16 000	67 360	118 266	468 709	992 456	1 619 342	2 448 634
Impôts pour la succession		5 818	24 492	43 001	170 423	360 857	588 793	890 323
Valeur nette encaissée par la succession								
JVM des biens reçus (terrain + bâtisse)		1 000 000	1 040 000	1 081 600	1 423 312	2 106 849	3 118 651	4 616 366
Remboursement au titre de dividendes		4 267	17 962	31 537	124 986	264 648	431 814	652 953
Impôts pour le décédé		-	(9 644)	(19 674)	(102 060)	(266 861)	(510 807)	(871 906)
Impôts pour la société		(7 451)	(31 370)	(55 076)	(218 278)	(462 187)	(754 128)	(1 140 329)
Impot pour la succesion sur dividende de liquidation		(5 818)	(24 492)	(43 001)	(170 423)	(360 857)	(588 793)	(890 323)
Valeur nette encaissée par la succession	I	990 998	992 457	995 385	1 057 537	1 281 592	1 696 738	2 366 761
Avantage d'une détention indirecte via une société pour le particulier								
pour l'année donnée uniquement		(2 992)	(14 404)	(14 217)	(12 095)	(2 670)	20 645	69 431
cumulatif pour la période terminée l'année donnée (D+I-E-F)		**(2 992)**	**(17 396)**	**(31 612)**	**(124 824)**	**(204 663)**	**(122 183)**	**319 356**

Tableau 2 (suite)

Années données		1	2	3	10	20	30	40
Analyse impliquant un décès de l'actionnaire et une planification post-mortem de type "pipeline"								
Impôts pour le décédé								
Gain en capital sur la disposition présumée des actions		16 000	87 360	159 066	680 365	1 545 881	2 678 668	4 256 817
Perte en capital au rachat par la succession (164(6) LIR) (portion du G/C sur bâtisse)		(16 000)	(79 360)	(142 746)	(595 703)	(1 324 511)	(2 254 937)	(3 533 544)
		-	8 000	16 320	84 662	221 370	423 730	723 273
Impôts relatifs au gain en capital sur biens non amortissable (terrain)		-	1 929	3 935	20 412	53 372	102 161	174 381
Impôts pour la société (à la liquidation)								
Gain en capital (50%) (bâtisse seulement car bump du PBR du terrain)		-	16 000	32 640	169 325	442 740	847 461	1 446 546
Récupération d'amortissement	note 5	16 000	47 360	77 466	257 053	439 031	560 016	640 451
		16 000	63 360	110 106	426 378	881 771	1 407 477	2 086 997
Impôts corporatifs		4 304	20 191	36 039	148 002	324 283	545 307	845 938
IMRTD		-	4 267	8 704	45 152	118 061	225 984	385 736
Impôts pour la succession (à la liquidation)								
Dividende de rachat à la liquidation (déterminé dans la planification)		11 696	63 436	115 411	492 853	1 118 288	1 935 614	3 073 342
Dividende en capital		-	16 000	32 640	169 325	442 740	847 461	1 446 546
Dividende imposable		11 696	47 436	82 771	323 528	675 549	1 088 154	1 626 795
Impôts pour la succession		3 837	15 715	27 466	107 753	225 839	365 046	547 445
Valeur nette encaissée par la succession								
JVM des biens reçus (terrain + bâtisse)		1 000 000	1 040 000	1 081 600	1 423 312	2 106 849	3 118 651	4 616 366
Remboursement au titre de dividendes		-	4 267	8 704	45 152	118 061	225 984	385 736
Impôts pour le décédé		-	(1 929)	(3 935)	(20 412)	(53 372)	(102 161)	(174 381)
Impôts pour la société		(4 304)	(20 191)	(36 039)	(148 002)	(324 283)	(545 307)	(845 938)
Impot pour la succesion sur dividende de liquidation		(3 837)	(15 715)	(27 466)	(107 753)	(225 839)	(365 046)	(547 445)
Valeur nette encaissée par la succession	J	991 859	1 006 432	1 022 864	1 192 297	1 621 416	2 332 121	3 434 338
Avantage d'une détention indirecte via une société pour le particulier								
pour l'année donnée uniquement		(2 131)	(1 289)	(713)	4 761	21 289	55 450	120 511
cumulatif pour la période terminée l'année donnée (D+J-E-F)		**(2 131)**	**(3 421)**	**(4 133)**	**9 937**	**135 161**	**513 201**	**1 386 933**

Comparaison de la détention par une société par actions et de la détention personnelle par un particulier
Revenu d'entreprise non admissible à la DPE

	Années[1]				
	1ère	10e	20e	30e	40e
Analyse basée sur les revenus générés sans vente de l'immeuble et retirés durant l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(1 705)	(1 990)	(3 438)	(5 415)	(8 233)
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(1 705)	(16 773)	(46 891)	(95 426)	(169 897)
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	13 645	134 232	375 254	763 662	1 359 633
Analyse basée sur les revenus générés et impliquant une vente et un retrait des sommes dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(2 131)	16 096	23 826	35 269	52 206
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(2 131)	120 897	319 290	612 961	1 047 665
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	17 056	192 528	477 987	900 536	1 526 012
Analyse impliquant le retrait sous forme de gain en capital et une vente dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	5 290	4 341	3 736	3 743	4 351
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	5 290	50 498	93 642	135 869	183 990
Analyse impliquant un décès de l'actionnaire sans aucune planification fiscale post-mortem					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(2 992)	(19 210)	(27 444)	(39 963)	(58 717)
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(2 992)	(156 537)	(393 586)	(736 493)	(1 238 771)
Analyse basée sur les revenus impliquant un décès et une planification post-mortem ("pipeline")					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(2 131)	(2 354)	(3 485)	(5 159)	(7 636)
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(2 131)	(21 776)	(53 762)	(101 109)	(171 194)

1: Un écart positif représente l'avantage monétaire d'une détention indirecte via une société pour le particulier.

Hypothèses sous-jascentes

Coût de l'immeuble:	terrain (20%)	200 000
	bâtisse (80%)	800 000
		1 000 000
Taux d'amortissement de la bâtisse		4%
Plus-value annuelle de l'immeuble		4%
Taux de rendement net sur le capital investi (augmentation des loyers au 5 ans)		8%
Taux de rendement net sur les liquidités		0%
Taux d'actualisation		3%

Tableau 4

Comparaison de la détention par une société par actions et de la détention personnelle par un particulier
Revenu d'entreprise non admissible à la DPE

	Années[1]				
	1ère	10e	20e	30e	40e
Analyse basée sur les revenus générés sans vente de l'immeuble et retirés durant l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(1 705)	1 259	6 777	17 209	35 126
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(1 705)	(1 892)	35 213	151 625	409 080
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	13 645	148 611	454 810	1 003 610	1 922 940
Analyse basée sur les revenus générés et impliquant une vente et un retrait des sommes dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(2 131)	19 345	34 041	57 893	95 565
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(2 131)	135 778	401 395	860 012	1 626 642
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	17 056	206 908	557 543	1 140 484	2 089 319
Analyse impliquant le retrait sous forme de gain en capital et une vente dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	5 290	9 527	19 324	37 288	67 457
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	5 290	74 440	221 706	510 982	1 045 482
Analyse impliquant un décès de l'actionnaire sans aucune planification fiscale post-mortem					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(2 992)	(15 961)	(17 229)	(17 339)	(15 358)
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(2 992)	(141 655)	(311 481)	(489 442)	(659 794)
Analyse basée sur les revenus impliquant un décès et une planification post-mortem ("pipeline")					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(2 131)	895	6 730	17 466	35 723
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(2 131)	(6 895)	28 342	145 942	407 783

1: Un écart positif représente l'avantage monétaire d'une détention indirecte via une société pour le particulier.

Hypothèses sous-jascentes

Coût de l'immeuble:	terrain (20%)	200 000
	bâtisse (80%)	800 000
		1 000 000
Taux d'amortissement de la bâtisse		4%
Plus-value annuelle de l'immeuble		4%
Taux de rendement net sur le capital investi (augmentation des loyers au 5 ans)		8%
Taux de rendement net sur les liquidités		4%
Taux d'actualisation		3%

Comparaison de la détention par une société par actions et de la détention personnelle par un particulier
Revenu d'entreprise non admissible à la DPE

	Années[1]				
	1ère	10e	20e	30e	40e
Analyse basée sur les revenus générés sans vente de l'immeuble et retirés durant l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(1 705)	9 712	42 103	119 719	290 695
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(1 705)	33 970	281 701	1 073 671	3 098 783
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	13 645	183 285	693 850	1 899 983	4 542 506
Analyse basée sur les revenus générés et impliquant une vente et un retrait des sommes dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(2 131)	27 798	69 367	160 403	351 134
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(2 131)	171 640	647 882	1 782 058	4 316 345
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	17 056	241 581	796 583	2 036 857	4 708 886
Analyse impliquant le retrait sous forme de gain en capital et une vente dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	5 290	22 910	72 837	188 213	436 330
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	5 290	131 728	602 456	1 895 901	4 999 692
Analyse impliquant un décès de l'actionnaire sans aucune planification fiscale post-mortem					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(2 992)	(7 508)	18 097	85 171	240 211
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(2 992)	(105 793)	(64 994)	432 605	2 029 909
Analyse basée sur les revenus impliquant un décès et une planification post-mortem ("pipeline")					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(2 131)	9 348	42 056	119 976	291 292
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(2 131)	28 967	274 830	1 067 988	3 097 486

1: Un écart positif représente l'avantage monétaire d'une détention indirecte via une société pour le particulier.

Hypothèses sous-jascentes

Coût de l'immeuble:	terrain (20%)	200 000
	bâtisse (80%)	800 000
		1 000 000
Taux d'amortissement de la bâtisse		4%
Plus-value annuelle de l'immeuble		4%
Taux de rendement net sur le capital investi (augmentation des loyers au 5 ans)		8%
Taux de rendement net sur les liquidités		12%
Taux d'actualisation		3%

Tableau 6

Comparaison de la détention par une société par actions et de la détention personnelle par un particulier
Revenu d'entreprise non admissible à la DPE

	Années[1]				
	1ère	10e	20e	30e	40e
Analyse basée sur les revenus générés sans vente de l'immeuble et retirés durant l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(1 705)	4 978	18 635	43 887	87 602
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(1 705)	15 194	131 537	443 587	1 102 347
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	13 645	154 358	468 783	1 041 952	2 028 297
Analyse basée sur les revenus générés et impliquant une vente et un retrait des sommes dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(2 131)	12 376	27 986	55 509	101 916
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(2 131)	74 951	275 796	693 540	1 482 927
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	17 056	210 771	566 153	1 167 748	2 174 450
Analyse impliquant le retrait sous forme de gain en capital et une vente dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	5 290	16 250	37 404	75 494	140 112
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	5 290	109 050	378 281	946 343	2 031 733
Analyse impliquant un décès de l'actionnaire sans aucune planification fiscale post-mortem					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(2 992)	(3 434)	9 389	33 287	75 127
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(2 992)	(60 366)	(32 289)	180 279	723 163
Analyse basée sur les revenus impliquant un décès et une planification post-mortem ("pipeline")					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(2 131)	4 478	18 359	43 773	87 610
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(2 131)	9 197	121 832	432 050	1 090 362

1: Un écart positif représente l'avantage monétaire d'une détention indirecte via une société pour le particulier.

Hypothèses sous-jascentes

Coût de l'immeuble:	terrain (20%)	200 000
	bâtisse (80%)	800 000
		1 000 000
Taux d'amortissement de la bâtisse		4%
Plus-value annuelle de l'immeuble		2%
Taux de rendement net sur le capital investi (augmentation des loyers au 5 ans)		8%
Taux de rendement net sur les liquidités		8%
Taux d'actualisation		3%

Tableau 7

Comparaison de la détention par une société par actions et de la détention personnelle par un particulier
Revenu d'entreprise non admissible à la DPE

	Années[1]				
	1ère	10e	20e	30e	40e
Analyse basée sur les revenus générés sans vente de l'immeuble et retirés durant l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(1 705)	5 283	24 538	70 330	168 857
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(1 705)	14 664	153 750	612 511	1 783 384
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	13 645	176 246	668 182	1 803 263	4 210 987
Analyse basée sur les revenus générés et impliquant une vente et un retrait des sommes dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(2 131)	37 329	82 606	174 771	356 195
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(2 131)	243 204	833 592	2 106 026	4 737 693
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	17 056	236 738	778 495	1 959 110	4 419 335
Analyse impliquant le retrait sous forme de gain en capital et une vente dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	5 290	14 703	45 262	115 501	263 461
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	5 290	92 204	391 426	1 197 771	3 101 228
Analyse impliquant un décès de l'actionnaire sans aucune planification fiscale post-mortem					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(2 992)	(23 440)	(24 851)	(16 756)	13 806
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(2 992)	(199 978)	(451 408)	(675 518)	(716 605)
Analyse basée sur les revenus impliquant un décès et une planification post-mortem ("pipeline")					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(2 131)	5 097	24 884	71 401	171 074
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(2 131)	10 822	150 884	616 853	1 804 264

1: Un écart positif représente l'avantage monétaire d'une détention indirecte via une société pour le particulier.

Hypothèses sous-jascentes

Coût de l'immeuble:	terrain (20%)	200 000
	bâtisse (80%)	800 000
		1 000 000
Taux d'amortissement de la bâtisse		4%
Plus-value annuelle de l'immeuble		6%
Taux de rendement net sur le capital investi (augmentation des loyers au 5 ans)		8%
Taux de rendement net sur les liquidités		8%
Taux d'actualisation		3%

Tableau 8

Comparaison de la détention par une société par actions et de la détention personnelle par un particulier
Revenu d'entreprise non admissible à la DPE

	Années[1]				
	1ère	10e	20e	30e	40e
Analyse basée sur les revenus générés sans vente de l'immeuble et retirés durant l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(2 131)	6 831	26 271	64 072	134 058
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(2 131)	19 029	180 567	627 634	1 613 338
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	17 056	230 732	702 709	1 604 845	3 257 386
Analyse basée sur les revenus générés et impliquant une vente et un retrait des sommes dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(2 131)	25 520	53 935	105 022	194 674
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(2 131)	163 548	558 445	1 350 941	2 847 963
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	17 056	234 225	711 841	1 622 324	3 287 221
Analyse impliquant le retrait sous forme de gain en capital et une vente dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	2 956	16 812	47 382	104 955	209 215
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	2 956	92 630	415 997	1 182 980	2 764 381
Analyse impliquant un décès de l'actionnaire sans aucune planification fiscale post-mortem					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(2 131)	(8 569)	3 474	30 328	84 109
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(2 131)	(100 057)	(130 812)	31 615	595 982
Analyse basée sur les revenus impliquant un décès et une planification post-mortem ("pipeline")					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(2 131)	7 070	26 624	64 595	134 832
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(2 131)	20 875	185 392	636 871	1 629 103

1: Un écart positif représente l'avantage monétaire d'une détention indirecte via une société pour le particulier.

Hypothèses sous-jascentes

Coût de l'immeuble:	terrain (20%)	200 000
	bâtisse (80%)	800 000
		1 000 000
Taux d'amortissement de la bâtisse		0%
Plus-value annuelle de l'immeuble		4%
Taux de rendement net sur le capital investi (augmentation des loyers au 5 ans)		8%
Taux de rendement net sur les liquidités		8%
Taux d'actualisation		3%

Comparaison de la détention par une société par actions et de la détention personnelle par un particulier
Revenu d'entreprise non admissible à la DPE

	Années[1]				
	1ère	10e	20e	30e	40e
Analyse basée sur les revenus générés sans vente de l'immeuble et retirés durant l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(1 812)	5 551	22 570	57 413	123 450
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(1 812)	15 962	151 665	546 072	1 444 507
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	14 498	181 344	594 453	1 421 592	2 971 448
Analyse basée sur les revenus générés et impliquant une vente et un retrait des sommes dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(2 131)	23 788	49 934	98 163	183 934
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(2 131)	155 344	520 771	1 258 188	2 666 335
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	17 056	225 939	673 786	1 528 618	3 103 691
Analyse impliquant le retrait sous forme de gain en capital et une vente dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	4 706	15 951	42 929	96 291	195 077
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	4 706	99 202	394 479	1 094 528	2 560 528
Analyse impliquant un décès de l'actionnaire sans aucune planification fiscale post-mortem					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(2 777)	(11 214)	(1 134)	23 066	73 100
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(2 777)	(118 632)	(186 200)	(83 733)	388 513
Analyse basée sur les revenus impliquant un décès et une planification post-mortem ("pipeline")					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	(2 131)	5 278	22 534	57 605	123 898
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	(2 131)	12 210	146 512	541 809	1 443 534

1: Un écart positif représente l'avantage monétaire d'une détention indirecte via une société pour le particulier.

Hypothèses sous-jascentes

Coût de l'immeuble:	terrain (40%)	400 000
	bâtisse (60%)	600 000
		1 000 000
Taux d'amortissement de la bâtisse		4%
Plus-value annuelle de l'immeuble		4%
Taux de rendement net sur le capital investi (augmentation des loyers au 5 ans)		8%
Taux de rendement net sur les liquidités		8%
Taux d'actualisation		3%

Tableau 10

Comparaison de la détention par une société par actions et de la détention personnelle par un particulier
Revenu d'entreprise non admissible à la DPE pour une société ayant déjà le capital nécessaire pour investir

	Années[1]				
	1ère	10e	20e	30e	40e
Analyse basée sur les revenus générés sans vente de l'immeuble et retirés durant l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	14 069	28 343	62 969	122 685	225 290
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	14 069	186 247	642 156	1 569 779	3 310 104
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	522 834	907 009	1 686 229	3 074 594	5 481 147
Analyse basée sur les revenus générés et impliquant une vente et un retrait des sommes dans l'année donnée					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	18 892	34 942	67 176	125 215	226 578
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	18 892	262 030	770 040	1 730 053	3 488 584
- différence cumulative des liquidités générées et disponibles	526 245	965 305	1 788 962	3 211 468	5 647 526
Analyse basée sur les revenus impliquant un décès et une planification post-mortem ("pipeline")					
- avantage afférent à l'année donnée uniquement	139 300	33 018	65 933	124 442	226 143
- avantage cumulatif pour la période terminée l'année donnée	139 300	361 808	854 538	1 804 841	3 557 583

1: Un écart positif représente l'avantage monétaire d'une détention indirecte via une société pour le particulier.

Hypothèses sous-jascentes

Coût de l'immeuble:	terrain (20%)	200 000
	bâtisse (80%)	800 000
		1 000 000
Taux d'amortissement de la bâtisse		4%
Plus-value annuelle de l'immeuble		4%
Taux de rendement net sur le capital investi (augmentation des loyers au 5 ans)		8%
Taux de rendement net sur les liquidités		8%
Taux d'actualisation		3%

ANNEXE 5

Tableau 1

Analyse impliquant le transfert d'un immeuble en faveur d'une compagnie, le gel en faveur d'une fiducie, le décès de l'actionnaire et la vente partielle de l'immeuble à la succession du défunt après son décès

Hypothèses de base:

Immeuble:	JVM	3 520 000
	PBR	800 000
	FNACC	178 000
Terrain:	JVM	880 000
	Coût	200 000
Actions:	JVM	2 000 000
	PBR	576 000

Impacts de la disposition

	Décès	Vente partielle
Produit de disposition (A)	2 000 000	1 474 259
Coût des actions (B)	576 000	n/a
Coût de la bâtisse (B)	n/a	335 059
Fraction non amortie du coût en capital (C)	n/a	178 000
Gain en capital (A – B) = D	1 424 000	1 139 200
Récupération (E)	n/a	157 059
Gain en capital imposable (50 % x D) = F	712 000	569 600
Produit de disposition du terrain (H)	n/a	368 565
Coût du terrain (I)	n/a	83 765
Gain en capital du terrain (H-I) = (J)	n/a	284 800
Gain en capital imposable (50 % x J) = K	n/a	142 400
Impôt personnel (48,22%) (L)	343 326	n/a
Impôt corporatif (46,57%) (M)	n/a	404 721
Compte de dividende en capital (G+K) = N	n/a	712 000
Impôt en mains remboursable au titre de dividendes (F+G+K* 26 2/3 %) (O)	n/a	231 749
Dividende taxable (O X 3) = P	n/a	695 247

Conséquences fiscales pour l'actionnaire

Bump du coût des actions	
Augmentation capital versé (dividende en capital)	712 000
Augmentation capital versé (dividende taxable)	695 247
Coût des actions après les augmentations de capital versé	3 407 247
Impôt sur le dividende taxable (36,35%)	252 722
Rachat des actions	
Produit de disposition	2 000 000
Capital versé	3 407 247
Dividende réputé	-
Impôt sur le dividende réputé (36,35%)	-
Produit de disposition	2 000 000
PBR	3 407 247
Perte en capital	(1 407 247)
Report de la perte à l'encontre du gain du défunt - Gain du défunt:	16 753
Impôt personnel au décès (48,22%)	4 039
IMPÔT TOTAL PAYÉ	**429 733**
BILLET DÛ À L'ACTIONNAIRE	**525 741**

Tableau 2

Analyse impliquant le transfert d'un immeuble en faveur d'une compagnie, le gel en faveur d'une fiducie et le décès de l'actionnaire

Hypothèses de base:

Immeuble:	JVM	3 520 000
	PBR	800 000
	FNACC	178 000
Terrain :	JVM	880 000
	Coût	200 000
Actions:	JVM	2 000 000
	PBR	576 000

Impacts de la disposition

	Décès	Vente partielle
Produit de disposition (A)	2 000 000	-
Coût des actions (B)	576 000	n/a
Coût de la bâtisse (B)	n/a	-
Fraction non amortie du coût en capital (C)	n/a	178 000
Gain en capital (A – B) = D	1 424 000	-
Récupération (E)	n/a	-
Gain en capital imposable (50 % x D) = F	712 000	-
Produit de disposition du terrain (H)	n/a	-
Coût du terrain (I)	n/a	-
Gain en capital du terrain (H-I) = (J)	n/a	-
Gain en capital imposable (50 % x J) = K	n/a	-
Impôt personnel (48,22%) (L)	343 326	n/a
Impôt corporatif (46,57%) (M)	n/a	-
Compte de dividende en capital (G+K) = N	n/a	-
Impôt en mains remboursable au titre de dividendes (F+G+K* 26 2/3 %) (O)	n/a	-
Dividende taxable (O X 3) = P	n/a	-

Conséquences fiscales pour l'actionnaire

Bump du coût des actions	
Augmentation capital versé (dividende en capital)	-
Augmentation capital versé (dividende taxable)	-
Coût des actions après les augmentations de capital versé	2 000 000
Impôt sur le dividende taxable (36,35%)	-
Rachat des actions	
Produit de disposition	2 000 000
Capital versé	2 000 000
Dividende réputé	-
Impôt sur le dividende réputé (36,35%)	-
Produit de disposition	2 000 000
PBR	2 000 000
Perte en capital	-
Report de la perte à l'encontre du gain du défunt - Gain du défunt:	1 424 000
Impôt personnel au décès (48,22%)	343 326
IMPÔT TOTAL PAYÉ	**343 326**
BILLET DÛ À L'ACTIONNAIRE	**2 000 000**

Tableau 3

Analyse impliquant le transfert d'un immeuble en faveur d'une compagnie, le gel en faveur d'une fiducie, le décès de l'actionnaire sans planification post-mortem et une vente subséquente de l'immeuble

Hypothèses de base:

Immeuble:	JVM	3 520 000
	PBR	800 000
	FNACC	178 000
Terrain :	JVM	880 000
	Coût	200 000
Actions:	JVM	2 000 000
	PBR	576 000

Impacts de la disposition	**Décès**	**Vente partielle**	**Vente subséquente**	
			Succession	**Société**
Produit de disposition (A)	2 000 000	-	-	3 520 000
Coût des actions (B)	576 000	n/a	n/a	n/a
Coût de la bâtisse (B)	n/a	-	-	800 000
Fraction non amortie du coût en capital (C)	n/a	178 000	-	178 000
Gain en capital (A – B) = D	1 424 000	-	-	2 720 000
Récupération (E)	n/a	-	-	622 000
Gain en capital imposable (50 % x D) = F	712 000	-	-	1 360 000
Produit de disposition du terrain (H)	n/a	-	-	880 000
Coût du terrain (I)	n/a	-	-	200 000
Gain en capital du terrain (H-I) = (J)	n/a	-	-	680 000
Gain en capital imposable (50 % x J) = K	n/a	-	-	340 000
Impôt personnel (48,22%) (L)	343 326	n/a	-	n/a
Impôt corporatif (46,57%) (M)	n/a	-	-	1 081 355
Compte de dividende en capital (G+K) = N	n/a	-	-	1 700 000
Impôt en mains remboursable au titre de dividendes (F+G+K* 26 2/3 %) (O)	n/a	-	-	619 200
Dividende taxable maximum (O X 3) = P	n/a	-	-	1 857 600

Conséquences fiscales pour l'actionnaire

Bump du coût des actions	
Augmentation capital versé (dividende en capital)	-
Augmentation capital versé (dividende taxable)	-
Coût des actions après les augmentations de capital versé	2 000 000
Impôt sur le dividende taxable (36,35%)	-
Rachat des actions	
Produit de disposition	-
Capital versé	576 000
Dividende réputé	-
Impôt sur le dividende réputé (36,35%)	-
Produit de disposition	2 000 000
PBR	2 000 000
Perte en capital	-
Report de la perte à l'encontre du gain du défunt - Gain du défunt:	1 424 000
Impôt personnel au décès (48,22%)	343 326
Dividendes et paiement du billet après la vente	
Paiement du billet	2 000 000
Dividende de CDC	1 318 645
Dividende imposable	-
Impôt sur le dividende imposable (36,35%)	-
IMRTD récupéré	-
Solde d'IMRTD disponible	619 200
Solde CDC disponible	381 355
IMPÔT TOTAL PAYÉ	**1 424 682**
LIQUIDITÉS RESTANTES	**2 975 318** (plus valeur potentielle de l'IMRTD et du CDC)

Calcul des liquidités pour le dividende:	
Produit de disposition	4 400 000
ms: billet	2 000 000
ms: CDC	1 318 645
ms: impôt corpo:	1 081 355
pl: IMRTD:	-
Solde pour dividende:	-

Tableau 4

Analyse impliquant le transfert d'un immeuble à une compagnie, le gel en faveur d'une fiducie, le décès de l'actionnaire, la vente partielle de l'immeuble à la succession après le décès et une vente subséquente

Hypothèses de base:

Immeuble:	JVM	3 520 000
	PBR	800 000
	FNACC	178 000
Terrain :	JVM	880 000
	Coût	200 000
Actions:	JVM	2 000 000
	PBR	576 000

Impacts de la disposition	**Décès**	**Vente partielle**	**Vente subséquente**	
			Succession	**Société**
Produit de disposition (A)	2 000 000	1 474 259	1 474 259	2 045 741
Coût des actions (B)	576 000	n/a	n/a	n/a
Coût de la bâtisse (B)	n/a	335 059	1 474 259	464 941
Fraction non amortie du coût en capital (C)	n/a	178 000	1 474 259	(157 059)
Gain en capital (A – B) = D	1 424 000	1 139 200	-	1 580 800
Récupération (E)	n/a	157 059	-	622 000
Gain en capital imposable (50 % x D) = F	712 000	569 600	-	790 400
Produit de disposition du terrain (H)	n/a	368 565	368 565	511 435
Coût du terrain (I)	n/a	83 765	368 565	116 235
Gain en capital du terrain (H-I) = (J)	n/a	284 800	-	395 200
Gain en capital imposable (50 % x J) = K	n/a	142 400	-	197 600
Impôt personnel (48,22%) (L)	343 326	n/a	-	n/a
Impôt corporatif (46,57%) (M)	n/a	404 721	-	749 777
Compte de dividende en capital (G+K) = N	n/a	712 000	-	988 000
Impôt en mains remboursable au titre de dividendes (F+G+K* 26 2/3 %) (O)	n/a	231 749	-	429 333
Dividende taxable maximum (O X 3) = P	n/a	695 247	-	1 288 000

Conséquences fiscales pour l'actionnaire

<u>Bump du coût des actions</u>	
Augmentation capital versé (dividende en capital)	712 000
Augmentation capital versé (dividende taxable)	695 247
Coût des actions aprés les augmentations de capital versé	3 407 247
Impôt sur le dividende taxable (36,35%)	252 722
<u>Rachat des actions</u>	
Produit de disposition	1 474 259
Capital versé	1 983 247
Dividende réputé	-
Impôt sur le dividende réputé (36,35%)	-
Produit de disposition	2 000 000
PBR	3 407 247
Perte en capital	(1 407 247)
Report de la perte à l'encontre du gain du défunt - Gain du défunt:	16 753
Impôt personnel au décès (48,22%)	4 039
<u>Dividendes et paiement du billet après la vente</u>	
Paiement du billet	525 741
Dividende de CDC	988 000
Dividende imposable	440 487
Impôt sur le dividende imposable (36,35%)	160 117
IMRTD récupéré	146 829
Solde d'IMRTD disponible	282 504
IMPÔT TOTAL PAYÉ	**1 192 798**
LIQUIDITÉS RESTANTES	**3 207 202**

Calcul des liquidités pour le dividende:	
Produit de disposition	2 557 176
<u>ms</u>: billet	525 741
<u>ms</u>: CDC	988 000
<u>ms</u>: impôt corpo:	749 777
<u>pl</u>: IMRTD:	146 829
Solde pour dividende:	440 487

LES LIMITES DES POUVOIRS FIDUCIAIRES DANS LES FIDUCIES ENTRE VIFS



Julie Loranger
Notaire, TEP
BCF s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 22:3

1. DESCRIPTION DU CAS PRATIQUE 22:4

1.1. CONTEXTE DE LA MISE EN PLACE DE LA FIDUCIE DE GEL 22:4
1.2. DÉFINITION DE LA FIDUCIE DE GEL 22:5
1.3. INSTRUCTIONS TRANSMISES PAR LE FISCALISTE AU RÉDACTEUR DE LA FIDUCIE 22:6
1.3.1. Relativement au constituant 22:6
1.3.2. Relativement aux fiduciaires 22:6
1.3.3. Relativement aux bénéficiaires 22:7
1.3.4. Relativement aux bénéficiaires par défaut 22:9
1.3.5. Relativement à la révocation d'un bénéficiaire 22:10
1.3.6. Relativement à la perte du statut du conjoint 22:11
1.3.7. Relativement aux pouvoirs discrétionnaires des fiduciaires et leur faculté d'élire 22:12

1.3.8. Instructions relativement aux autres pouvoirs spéciaux confiés à Guillaume 22:13
1.3.9. Relativement aux pouvoirs d'administration des fiduciaires 22:14

2. LES SOURCES DES LIMITES AUX POUVOIRS FIDUCIAIRES 22:15

2.1. LES DISPOSITIONS PRÉVUES À L'ACTE CONSTITUTIF 22:15
2.2. INTERACTION ENTRE L'ACTE CONSTITUTIF ET LES RÈGLES D'ORDRE PUBLIC 22:15
2.3. INTERACTION ENTRE L'ACTE CONSTITUTIF ET LES RÈGLES D'ADMINISTRATION DU BIEN D'AUTRUI 22:16
2.4. PRINCIPES À RETENIR RELATIVEMENT À L'EFFET DE L'ACTE CONSTITUTIF 22:17
2.5. RESPECT DE LA LETTRE OU DE L'ESPRIT DES DEVOIRS FONDAMENTAUX 22:20
2.6. L'AFFECTATION DE LA FIDUCIE 22:20
2.7. LIMITES DÉCOULANT DE LA NATURE DE LA FIDUCIE 22:23
2.8. QUELQUES DEVOIRS IMPOSÉS PAR LE CHAPITRE DE L'ADMINISTRATION DU BIEN D'AUTRUI 22:25
2.8.1. Le devoir de faire fructifier les biens 22:25
2.8.2. Le devoir d'agir avec honnêteté et loyauté 22:27
2.8.3. Le devoir d'agir avec prudence et diligence 22:29
2.8.4. L'inaction condamnable du fiduciaire 22:30
2.8.5. L'obligation d'impartialité en présence de plusieurs bénéficiaires 22:31
2.8.6. La faculté d'élire et le devoir d'agir dans l'intérêt de tous les bénéficiaires 22:31
2.8.7. Les devoirs en présence d'un conflit d'intérêts 22:34
2.8.8. Les limites contractuelles aux pouvoirs des fiduciaires 22:34
2.8.9. La prohibition générale des actes gratuits 22:35
2.8.10. La valeur des clauses d'exonération de responsabilité 22:36
2.8.11. La prise de décision des fiduciaires 22:37

3. LES RECOURS DES BÉNÉFICIAIRES 22:38

3.1. DISTINCTION ENTRE EXCÈS DE POUVOIR ET MAUVAIS EXERCICE DU POUVOIR 22:38
3.2. RECOURS FONDÉS SUR L'ARTICLE 1290 C.C.Q. 22:39
3.3. TYPE DE RECOURS 22:39
3.4. LE POUVOIR DE SURVEILLANCE 22:40

CONCLUSION 22:41

INTRODUCTION[1]

Il existe de plus en plus de fiducies dans les structures légales des sociétés. Contrairement aux fiducies testamentaires où les parts des bénéficiaires sont déterminées dès leur constitution par le testateur (le constituant), les fiducies constituées du vivant du constituant comportent souvent de larges pouvoirs discrétionnaires quant au choix des bénéficiaires ultimes et quant à la détermination des modalités de remise et d'utilisation du revenu et du capital.

Pour traiter des principes applicables, nous avons choisi de nous attarder à la fiducie communément appelée par les fiscalistes « fiducie de gel », laquelle est mise en place dans le cadre de la transmission partielle ou totale de la plus-value d'une société par actions par l'entrepreneur à des membres de sa famille. Les fiducies de gel confèrent souvent de si larges pouvoirs aux fiduciaires qu'on peut se demander s'il existe des limites à leurs pouvoirs. Par ailleurs, il faut savoir que les fiducies de gel comportent la plupart du temps des dispositions faisant en sorte que les pouvoirs discrétionnaires cesseront ou seront réduits de manière importante lors de l'arrivée de certains événements (le décès ou l'inaptitude de l'entrepreneur, par exemple).

La présence de larges pouvoirs discrétionnaires amène plusieurs fiduciaires[2] à une confiance excessive en leur laissant faussement croire qu'ils peuvent se comporter comme les propriétaires des biens de la fiducie. Un fiduciaire pourra encourir sa responsabilité personnelle s'il excède ses pouvoirs. D'autre part, les limites des pouvoirs discrétionnaires intéressent aussi les tiers avec qui la fiducie traite puisque le patrimoine fiduciaire ne sera pas lié par les gestes posés par les fiduciaires en excès de leurs pouvoirs.

Il existe un principe fondamental dans une société démocratique, souvent oublié par les fiduciaires : les pouvoirs sont toujours limités par les devoirs.

---

1 Le titre TEP signifie « Trust and Estate Practitioner », accordé par la Society of Trust and Estate Practitioners.

2 Nous utilisons le mot fiduciaire au pluriel pour alléger le texte. Toutefois, une fiducie peut être administrée par un ou plusieurs fiduciaires, dans la mesure où il y a au moins un fiduciaire qui n'est ni le constituant ni l'un des bénéficiaires de la fiducie comme l'exige l'article 1275 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »). Les articles 1332 à 1338 C.c.Q. traitent de manière spécifique de l'administration collective par des administrateurs du bien d'autrui.

Le but du présent texte est d'étudier les sources des limites aux pouvoirs fiduciaires par le biais de l'étude d'une fiducie de gel pendant la vie de l'entrepreneur et à la suite de son décès afin de sensibiliser les fiduciaires et les tiers aux mesures qu'ils devraient prendre pour éviter des litiges ou des situations problématiques[3].

Le présent texte ne traite pas des aspects fiscaux des fiducies mais nous rappelons au lecteur qu'il serait fort imprudent de constituer une fiducie entre vifs sans consulter un spécialiste en fiscalité pour bien connaître les règles qui y sont applicables[4]. De fait, l'élaboration d'une fiducie devrait toujours impliquer l'intervention d'un fiscaliste et d'un civiliste. Pour prévenir les litiges, il faut tenir compte des aspects financiers, fiscaux, du droit des fiduciaires et de la situation familiale[5].

1. DESCRIPTION DU CAS PRATIQUE

1.1. CONTEXTE DE LA MISE EN PLACE DE LA FIDUCIE DE GEL

Guillaume Morand (« Guillaume ») est un homme d'affaires prospère. Il est âgé de 51 ans et est marié sous le régime de la séparation de biens, en deuxièmes noces, avec Valérie Lemieux âgée de 37 ans. Il a trois fils : Philippe âgé de 26 ans, Louis âgé de 23 ans et Alexis âgé de 19 ans. Ses trois fils sont issus de son premier mariage.

Guillaume possède des actifs personnels d'environ 2 M$ et sa société par actions exploitant une entreprise d'informatique a maintenant une valeur de 5 M$. Son fiscaliste lui a expliqué qu'à son décès, les lois fiscales prévoient une disposition présumée de tous ses biens à leur valeur marchande et que cela entraînera un impôt sur le gain en capital sur la plus-value de ses biens. Comme Guillaume a démarré son entreprise à zéro, son coût fiscal est presque nul. Il sait que l'impôt lié au gain en capital deviendra

---

[3] Pour avoir un aperçu des limites des pouvoirs des fiduciaires dans un contexte de fiducies testamentaires, voir Julie LORANGER, « Le fiduciaire : entre le tyran et le serviteur », dans *Service de la formation continue du Barreau du Québec, Développements récents en successions et fiducies (2010)*, EYB 2010-DEV1687.

[4] Il existe de nombreux textes à ce sujet; pour avoir un aperçu des règles applicables, voir Diane BRUNEAU et Mélanie BÉDARD, « La fiscalité des fiducies pour non-fiscalistes », (2005), n° 2 *Cours de perfectionnement du Notariat* 205-264.

[5] À ce sujet, voir Julie LORANGER, « Impact des régimes matrimoniaux dans les réorganisations de sociétés », dans *Congrès 2010*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2011, pp. 24:1-44.

de plus en plus important. Son fiscaliste lui a expliqué que tous les biens légués au conjoint ou à une fiducie exclusive au bénéfice de son conjoint (qui répond aux conditions prévues par les lois fiscales) peuvent faire l'objet d'un roulement fiscal (c'est-à-dire un transfert sans payer d'impôt immédiatement ayant pour effet de reporter le moment de l'imposition au décès de son conjoint). Toutefois, cette option ne correspond pas à sa volonté car Guillaume désire laisser son entreprise à ses enfants et ses biens personnels à sa conjointe.

Guillaume ne désire pas souscrire de nouvelles polices d'assurance sur sa vie pour payer l'impôt potentiel mais il voudrait réduire la charge fiscale à son décès.

Deux de ses fils travaillent dans l'entreprise (Philippe et Louis) et l'autre, Alexis, est comédien. Son fiscaliste lui a conseillé de faire un gel successoral afin de minimiser l'impôt découlant de la disposition présumée au décès.

Celui-ci lui explique qu'on convertira ses actions avec droit de participation en actions sans droit de participation (actions privilégiées) sur la base de la juste valeur marchande des actions qu'il possède et que de nouvelles actions avec droit de participation seront émises à ses fils (gel en pleine propriété) ou à une fiducie familiale (fiducie de gel), selon son choix. Guillaume hésite à faire un gel en faveur de ses fils en pleine propriété car il veut garder le contrôle de sa société, il s'inquiète de l'avenir financier de son fils Alexis et se demande aussi s'il a suffisamment accumulé d'actifs pour transférer en totalité la plus-value future de son entreprise s'il veut s'assurer d'une belle retraite. Guillaume envisage aussi d'avoir d'autres enfants avec sa deuxième conjointe et désire conserver la possibilité de les faire participer dans l'accroissement de sa société par actions.

Compte tenu des objectifs familiaux et financiers de Guillaume, son fiscaliste lui propose alors de faire le gel successoral par le biais d'une fiducie discrétionnaire au lieu de faire souscrire les nouvelles actions directement par les membres de sa famille.

1.2. DÉFINITION DE LA FIDUCIE DE GEL

Il n'existe pas d'appellation contrôlée pour les types de fiducies, il s'agit plutôt d'un jargon de praticiens exerçant dans le milieu. Il est faux de croire que toutes les fiducies de gel sont identiques. De fait, le *Code civil*

du Québec prévoit uniquement quelques grandes règles concernant les fiducies[6]. En conséquence, le contenu des actes constitutifs de fiducie peut varier considérablement d'une fiducie à l'autre. Pour déterminer rapidement un type de fiducie, il faut examiner non seulement l'acte constitutif mais aussi le contexte de sa mise en place.

1.3. INSTRUCTIONS TRANSMISES PAR LE FISCALISTE AU RÉDACTEUR DE LA FIDUCIE

1.3.1. Relativement au constituant

- **Instructions :** le constituant de la fiducie sera un ami de Guillaume, Jean-Pierre, lequel fera le don d'un lingot d'argent aux trois personnes ayant accepté d'agir comme fiduciaires[7].

  - **Commentaire :** en raison de contraintes fiscales, Guillaume ne peut être le constituant de sa propre fiducie. Nous verrons plus loin que cela occasionne certaines difficultés d'interprétation car le constituant auquel fait référence le *Code civil du Québec* est celui qui est l'âme de la fiducie et celui qui a mis en place la fiducie. Ces articles semblent avoir été rédigés pour les fiducies testamentaires où le constituant (le testateur) décède au moment où les fiducies créées par lui prennent vie. Dans une fiducie de gel, un ami devra contribuer à mettre en place la fiducie de manière à refléter l'intention de l'entrepreneur.

1.3.2. Relativement aux fiduciaires

- **Instructions :** les fiduciaires seront Guillaume, sa conjointe Valérie Lemieux et son comptable Rémi Tardif.

  - **Commentaire :** au départ, Guillaume voulait être le seul fiduciaire de sa fiducie. Toutefois, il a changé d'idée quand on lui a expliqué qu'il

---

6 Les articles 1260 à 1298 C.c.Q. se rapportent précisément aux fiducies.

7 C'est l'article 1260 C.c.Q. qui prévoit les conditions à remplir pour créer une fiducie. Pour connaître les règles de base sur la constitution d'une fiducie, sa forme et sa publicité, nous référons le lecteur au texte de Diane BRUNEAU et Julie LORANGER, « L'ABC des fiducies entre vifs : aspects civils et fiscaux », (1999), n° 2 *Cours de perfectionnement du Notariat*, p. 251. Cet article est toujours pertinent quant aux règles de droit civil; toutefois, les règles de droit fiscal ne reflètent plus l'état du droit fiscal.

ne pourrait être bénéficiaire s'il était le seul fiduciaire de la fiducie. L'article 1275 C.c.Q. exige qu'il y ait au moins un fiduciaire qui n'est pas un bénéficiaire ou le constituant[8].

1.3.3. Relativement aux bénéficiaires

- **Instructions :** les fiduciaires auront le pouvoir de choisir les bénéficiaires parmi la catégorie de personnes suivantes : a) Guillaume; b) sa conjointe; c) ses enfants au premier degré nés et à naître; d) ses enfants au deuxième degré (petits-enfants) à naître; e) toute société, désignée par les fiduciaires, dont les actions conférant le droit d'élire la majorité des administrateurs sont détenues par l'une des personnes ci-dessus mentionnées; f) toute fiducie constituée au bénéfice de l'une ou l'autre des personnes ci-dessus mentionnées, désignée par les fiduciaires.

  – **Commentaires :** lorsqu'un entrepreneur comme Guillaume veut reporter à un moment ultérieur le choix des personnes qui bénéficieront de l'accroissement de valeur des biens de la fiducie, on utilise le mécanisme de la notion de faculté d'élire. Ce mécanisme est prévu à l'article 1282 C.c.Q.[9] La faculté d'élire permet au constituant de la fiducie de se réserver, ou de conférer au fiduciaire ou à un tiers, le pouvoir de choisir les personnes qui deviendront les bénéficiaires ou de déterminer leur part. Toutefois, l'article exige que la catégorie de personnes parmi lesquelles le choix doit être fait soit clairement déterminée dans l'acte constitutif[10]. En principe, aucun ajout ne

---

[8] Par ailleurs, selon nous, on ne peut contourner cette règle en nommant Guillaume comme seul fiduciaire alors qu'une société par actions, dont il serait actionnaire, serait un bénéficiaire potentiel. Or, l'article 317 C.c.Q. mentionne que la personnalité morale ne peut être invoquée lorsqu'il y a une contravention à l'ordre public et l'article 1275 C.c.Q. a été jugé d'ordre public; voir *Gravel* c. *Dubois*, SOQUIJ AZ-50160452 (C.S.), 23 janvier 2003. Ainsi, cet article ne peut être écarté par l'acte constitutif de la fiducie.

[9] L'article 1282 C.c.Q. prévoit ceci :

> « Le constituant peut se réserver ou conférer au fiduciaire ou à un tiers la faculté d'élire les bénéficiaires ou de déterminer leur part. […] En cas de fiducie personnelle ou d'utilité privée, la faculté d'élire ne peut être exercée par le fiduciaire ou le tiers que si la catégorie de personnes parmi lesquelles ils doivent choisir le bénéficiaire est clairement déterminée dans l'acte constitutif. » (Notre soulignement)

[10] Selon nous, une personne déterminable peut également être considérée comme déterminée. Par exemple, on peut facilement déterminer qui est le conjoint de Guillaume à une date donnée en fonction d'une définition du mot « conjoint ».

(à suivre…)

pourra être fait subséquemment à cette liste[11]. Ces personnes sont des « postulants »[12]. C'est-à-dire des personnes qui aspirent à devenir des bénéficiaires mais qui ne le seront peut-être jamais. La possibilité pour Guillaume d'être bénéficiaire est assujettie aux restrictions du second alinéa de l'article 1283 C.c.Q. prévoyant qu'une personne ayant une faculté d'élire ne peut l'exercer à son propre avantage[13]. Ainsi, si Guillaume veut être bénéficiaire, il ne pourra participer à cette décision des fiduciaires. Cet article nous semble d'ordre public et ne peut être écarté, selon nous, par l'acte constitutif[14]. Pour éviter tout doute, lorsque la faculté d'élire est conférée aux fiduciaires, il

---

(…suite)

Toutefois, la définition d'un ami nous semble trop difficile à faire pour être déterminée ou déterminable.

[11] Il existe une controverse à savoir si on peut modifier un acte constitutif de fiducie à la suite de la constitution de la fiducie et dans quelle mesure l'acte constitutif peut conférer de tels pouvoirs aux fiduciaires ou à des tiers. Pour en connaître plus sur le sujet de la modification des fiducies, voir notamment Boriana CHRISTOV, « Extra-judicial Variation of a Civil Law Trust », (2009), vol. 28 *Estates, Trusts And Pensions Journal* 151 et Diane BRUNEAU, « La modification et la terminaison des fiducies par les tribunaux du Québec », (2003-2004), vol. 105 *Revue du Notariat* 409-437.

[12] Ce terme est employé par le professeur Brierley à l'égard des personnes faisant partie de la catégorie de personnes parmi laquelle la faculté d'élire peut être exercée. Le professeur Brierley mentionne notamment ce qui suit :

> « In the discretionary trust, on the other hand, the beneficiaries and the amounts of the entitlement are not fixed until the trustee has appointed them and indicated the extent of the benefit. There exists no more than a class of postulants - more or less extensive - having a hope to be appointed. They have no claim or right, even eventual (as in the case of the substitute in a fiduciary substitution, under art. 956 of the present Code; art. 1235 C.C.Q.). They must, in effect, wait upon the appointer to exercise his discretion before they attain the status of creditors seeking performance. No principle exists according to which that discretion must be exercised in favour of any one or more specific postulants. But the appointer is also a trustee having an obligation to carry out the trust and may therefore be required to act. The most that can be said in this situation is that a postulant could be admitted to urge that the trustee with a power of appointment be required to make a choice, that is to say by bringing to bear his discretion upon the matter. » (Notre soulignement)

Tiré de John E.C. BRIERLEY, « Powers of Appointment in Quebec Civil Law – Second Part », (1993), vol. 95, n^{os} 5-6 *Revue du Notariat*, p. 245, n^{o} 35.

[13] Le second alinéa de l'article 1283 C.c.Q. prévoit que « celui qui exerce la faculté [d'élire] ne peut le faire à son propre avantage ».

[14] Permettre cela reviendrait à autoriser la création de fiducies révocables. Cette notion n'existe pas dans le *Code civil du Québec*.

peut être approprié de mentionner que les autres fiduciaires en fonction pourront prendre cette décision, sans nécessité de nommer un fiduciaire additionnel pour avoir trois fiduciaires en fonction. D'autre part, le contrôle de la compagnie (pouvoir d'élire les administrateurs) demeurera dans les mains de Guillaume par l'émission d'actions à vote multiple.

– **Commentaires :** dans la situation de Guillaume, la faculté d'élire prévue par la fiducie permettra aux fiduciaires :

- d'attendre que les fils de Guillaume vieillissent et de voir comment ils évolueront dans l'entreprise avant d'établir leur part ou de leur remettre des actions;
- d'éviter de négocier une convention entre actionnaires avec ses fils si ceux-ci détenaient les actions directement;
- de conserver la possibilité d'accorder une plus grande participation à celui de ses fils qui semblera le plus en mesure de prendre la relève afin d'assurer la survie de l'entreprise;
- d'attribuer à Guillaume une partie du revenu ou du capital de la fiducie, si Guillaume n'a pas assez d'actifs pour sa retraite;
- d'inclure dans les bénéficiaires potentiels les enfants que Guillaume pourrait avoir avec sa nouvelle conjointe;
- d'attribuer du revenu ou du capital à la conjointe de Guilllaume;
- si l'entreprise est vendue, d'avoir la possibilité de multiplier l'exonération de gain en capital.

1.3.4. Relativement aux bénéficiaires par défaut

- **Instructions :** inclure une clause prévoyant qu'advenant l'impossibilité de distribuer les biens de la fiducie, les biens de cette dernière seront remis aux légataires universels résiduaires de Guillaume, ces légataires devant être choisis parmi une liste de personnes choisies à l'avance (par exemple, les héritiers légaux de Guillaume tels qu'ils sont définis par le *Code civil du Québec*).

- **Commentaires :** selon l'article 1297 C.c.Q., à défaut de bénéficiaire, les biens de la fiducie sont dévolus, lorsque la fiducie arrivera à sa fin, au constituant ou à ses héritiers. Afin de couvrir la possibilité que toutes les personnes désignées par Guillaume décèdent avant lui, il faut donc écarter spécifiquement cet article pour éviter son application possible compte tenu du fait que le constituant est ici un ami de Guillaume, Jean-Pierre. Il convient de noter que lorsque des biens (ici, des actions) sont détenus par une fiducie, le droit potentiel du bénéficiaire ne passe pas à ses héritiers. C'est l'acte de fiducie qui prévoit habituellement à qui appartiendront les droits d'un bénéficiaire potentiel à la suite de son décès ou s'ils s'éteindront tout simplement.

- **Commentaires :** il est nécessaire de prévoir une catégorie de personnes déterminées ou déterminables car cette clause catastrophe est aussi une faculté d'élire conférée à Guillaume (et non aux fiduciaires comme c'est le cas pendant la vie de Guillaume) et l'article 1282 C.c.Q. exige que cette faculté soit exercée à l'intérieur d'une catégorie déterminée. L'absence d'une catégorie déterminée rend la faculté d'élire invalide[15]. Ainsi, on ne peut écrire simplement que les bénéficiaires seront alors les personnes désignées dans le testament de Guillaume (la liberté de tester étant illimitée, cela reviendrait à dire n'importe quelle personne choisie par lui).

1.3.5. Relativement à la révocation d'un bénéficiaire

- **Instructions :** il devra y avoir une clause prévoyant que les fiduciaires pourront, sur décision unanime, exclure un bénéficiaire potentiel par acte notarié portant minute. Comme il s'agit d'un pouvoir extraordinaire, il est recommandé d'imposer un certain formalisme à cette décision afin de réduire les risques de contestation.

  - **Commentaires :** cette clause servirait à exclure un postulant de manière définitive afin de couper court à tout débat sur ses droits potentiels et la possibilité pour ce bénéficiaire potentiel de prétendre à

[15] Ce principe a été repris lors de l'adoption du nouveau Code civil mais avait déjà été établi par la Cour d'appel avant 1994 dans l'arrêt *Brodie* c. *Compagnie Trust Royal*, [1989] CanLII 861 (C.A.).

des droits de surveillance[16]. Cela est une clause optionnelle et la validité d'une telle clause n'a pas encore été soumise aux tribunaux.

1.3.6. Relativement à la perte du statut du conjoint

- **Instructions :** l'acte devra inclure une clause prévoyant la révocation automatique du conjoint comme bénéficiaire et fiduciaire advenant un divorce ou la cessation de vie commune.

  – **Commentaires :** il existe dans le *Code civil du Québec* une disposition prévoyant la révocation automatique du conjoint marié ou uni civilement advenant un divorce ou la dissolution de l'union civile que ce soit comme légataire[17], liquidateur[18] ou bénéficiaire d'une police d'assurance[19]; toutefois, cette révocation automatique ne s'applique pas à la qualité de bénéficiaire de la fiducie ou à la fonction de fiduciaire. De plus, cette révocation automatique ne s'applique pas aux conjoints de fait. En conséquence, cette clause est fortement recommandée pour prévenir des litiges advenant le cas où Valérie cessait d'être la conjointe de Guillaume.

---

16 Voir à ce sujet Julie LORANGER, « La surveillance et le contrôle de l'administration fiduciaire en droit civil », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 33:1-20. Selon nous, il est possible que le tribunal accorde un droit de surveillance au postulant.

17 En matière testamentaire, l'article 764 C.c.Q. prévoit ce qui suit :

> « Le legs fait au conjoint antérieurement au divorce ou à la dissolution de l'union civile est révoqué, à moins que le testateur n'ait, par des dispositions testamentaires, manifesté l'intention d'avantager le conjoint malgré cette éventualité. La révocation du legs emporte celle de la désignation du conjoint comme liquidateur de la succession. Les mêmes règles s'appliquent en cas de nullité du mariage ou de l'union civile prononcée du vivant des conjoints. » (Notre soulignement)

18 *Id*.

19 L'article 2459 C.c.Q. établit ceci :

> « La séparation de corps ne porte pas atteinte aux droits du conjoint, qu'il soit bénéficiaire ou titulaire subrogé. Toutefois, le tribunal peut, au moment où il prononce la séparation, les déclarer révocables ou caducs. Le divorce ou la nullité du mariage et la dissolution ou la nullité de l'union civile rendent caduque toute désignation du conjoint à titre de bénéficiaire ou de titulaire subrogé. » (Notre soulignement)

1.3.7. Relativement aux pouvoirs discrétionnaires des fiduciaires et leur faculté d'élire

- **Tant que Guillaume sera vivant et apte :**

  – les fiduciaires devront avoir la faculté d'élire les bénéficiaires de la fiducie parmi une liste de personnes déterminées ou déterminables, d'établir leur part et même d'exclure un bénéficiaire;

  – cette faculté d'élire pourra s'exercer lors de chaque exercice financier;

  – cette décision sera prise à la majorité des fiduciaires si la faculté d'élire n'est pas exercée en faveur de Guillaume.

    - **Commentaires :** chaque année, les fiduciaires auront le pouvoir, tant que Guillaume sera vivant et apte, de déterminer s'il y aura une distribution de revenu ou de capital et, le cas échéant, qui parmi les postulants (c'est-à-dire les bénéficiaires potentiels) sera le bénéficiaire de telle remise. Les fiduciaires pourront aussi prendre la décision de ne rien distribuer et d'ajouter au capital tout revenu non distribué ou attribué à un bénéficiaire en particulier. Ces décisions seront prises à la majorité. Toutefois, comme nous l'avons déjà mentionné, si Guillaume désire être bénéficiaire, les deux autres fiduciaires devront être d'accord afin de se conformer aux dispositions du second alinéa de l'article 1283 C.c.Q.

- **Instructions à compter du moment où Guillaume ne sera plus apte ou s'il décède :**

  – Si Guillaume devient inapte ou décède, les fiduciaires perdront leur faculté d'élire. Dans ces circonstances, la faculté d'élire sera conférée uniquement à Guillaume. Les fiduciaires alors en fonction devront respecter la détermination de parts et les modalités de remise établies par Guillaume dans des directives laissées par lui dans un document écrit signé devant témoins ou devant notaire.

    - **Commentaires :** cette faculté d'élire doit absolument s'exercer dans la catégorie de personnes déterminée dans l'acte constitutif. Si Guillaume exerce la faculté d'élire à l'extérieur de la catégorie de personnes déterminées, en nommant une personne morale ou physique ne faisant pas partie de la liste prévue à l'acte constitutif,

les fiduciaires ne pourraient pas y donner suite sans encourir leur responsabilité personnelle car la faculté d'élire serait invalide. Cela reviendrait pour les fiduciaires à remettre les biens à des personnes qui ne sont pas des bénéficiaires.

– **Instructions quant aux les dispositions applicables par défaut :** prévoir dans l'acte, dans l'éventualité où Guillaume ne laisse pas d'autres directives, les clauses suivantes :

- **dispositions applicables par défaut en cas d'inaptitude :** les fiduciaires conserveront leur faculté d'élire les bénéficiaires mais ils devront donner priorité aux besoins de Guillaume, de son conjoint et ses enfants à charge financièrement. Comme cette disposition est prévue dans l'acte constitutif, on ne peut pas dire que c'est Guillaume qui l'a exercée en sa faveur mais plutôt le constituant (ce qui respecte les dispositions de l'article 1283 C.c.Q.);

- **dispositions applicables par défaut lors du décès :** dans ces circonstances, la fiducie devra être administrée au bénéfice du conjoint de Guillaume et ses enfants au premier degré. Au décès du conjoint de Guillaume, les fiduciaires devront diviser le capital de la fiducie en autant de parts que Guillaume aura d'enfants au premier degré à tel moment. Les fiduciaires conserveront la discrétion de déterminer les modalités de remise de revenus ou de capital.

1.3.8. Instructions relativement aux autres pouvoirs spéciaux confiés à Guillaume

- Outre la faculté d'élire conférée à Guillaume de choisir les bénéficiaires ultimes de fiducie dans certaines circonstances (essentiellement lors de son inaptitude ou son décès), Guillaume aura un statut particulier de « premier fiduciaire »[20] lui conférant certains pouvoirs particuliers, lesquels pouvoirs seront exercés en sa qualité personnelle, étant entendu

[20] L'expression « premier fiduciaire » n'est pas une expression prévue par le Code civil, ce terme est une expression définie dans l'acte constitutif et est utilisée pour donner un statut spécial à l'un des fiduciaires en sa qualité personnelle et non de fiduciaire. Il pourrait aussi bien se nommer « fiduciaire spécial » ou selon toute autre expression définie par l'acte constitutif.

qu'il peut exercer ses pouvoirs même s'il n'occupe plus la fonction de fiduciaire.

- Voici les autres pouvoirs particuliers conférés à Guillaume :

  – le pouvoir de désigner les fiduciaires remplaçants dès qu'il y a une vacance et le pouvoir de prévoir les modalités de remplacement des fiduciaires en laissant des directives par acte notarié ou devant témoins, à défaut de laisser des directives, les fiduciaires en fonction combleront la vacance;

  – le pouvoir d'augmenter le nombre de fiduciaires en fonction et de fixer le nombre minimum de fiduciaires en fonction et de combler les vacances;

  – les pouvoirs spéciaux de Guillaume ne pourront être transmis à qui que ce soit à la suite de son décès ou de son inaptitude.

    - **Commentaires :** si on désire que les pouvoirs spéciaux conférés à Guillaume (le premier fiduciaire) soient exercés par une autre personne, il faudrait le prévoir de façon expresse. Il arrive que le client désire conférer ces pouvoirs à son conjoint. Dans ce cas-ci, il n'est pas recommandé de laisser à Valérie le pouvoir d'établir les parts entre ses propres enfants et les enfants issus du premier mariage.

1.3.9. Relativement aux pouvoirs d'administration des fiduciaires

- **Instructions :** les fiduciaires devront avoir les pouvoirs les plus étendus et l'acte prévoira une liste non exhaustive des pouvoirs pouvant être exercés par les fiduciaires.

  – **Commentaires :** il convient de noter que cette liste n'est pas nécessaire en soi car l'article 1278 C.c.Q. confère aux fiduciaires la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire. Le second alinéa de l'article 1278 C.c.Q. donne aux fiduciaires les pouvoirs de « pleine administration ». Selon l'article 1307 C.c.Q., un administrateur, ayant la pleine administration, « peut, pour exécuter ses obligations, aliéner le bien à titre onéreux, le grever d'un droit réel ou en changer la destination et faire tout autre acte nécessaire utile,

y compris toutes espèces de placements »[21]. En pratique, les actes constitutifs contiennent habituellement une très longue liste de pouvoirs car cela facilite les rapports avec les tiers pour qui l'expression « pleine administration » n'a aucune signification.

2. LES SOURCES DES LIMITES AUX POUVOIRS FIDUCIAIRES

2.1. LES DISPOSITIONS PRÉVUES À L'ACTE CONSTITUTIF

En principe, la source première des devoirs fiduciaires a son origine dans l'acte constitutif de la fiducie[22]. Le contenu d'un acte constitutif peut varier considérablement d'une fiducie à l'autre car le *Code civil du Québec* prévoit uniquement quelques principes à respecter. Les règles se rapportant précisément aux fiducies se retrouvent aux articles 1260 à 1298 C.c.Q. Toutefois, comme nous le verrons, l'acte constitutif de la fiducie n'est pas autonome et souverain.

2.2. INTERACTION ENTRE L'ACTE CONSTITUTIF ET LES RÈGLES D'ORDRE PUBLIC

L'article 9 C.c.Q. établit le principe suivant : « Dans l'exercice des droits civils, il peut être dérogé aux règles du présent code qui sont supplétives de volonté; il ne peut, cependant, être dérogé à celles qui intéressent l'ordre public. »

---

[21] Dans ses commentaires sur l'article 1307 C.c.Q., le ministre de la Justice apporte une nuance importante aux pouvoirs de faire pratiquement tous les actes possibles. Le ministre s'exprime ainsi :

> « Cet article complète le précédent, en conférant à l'administrateur chargé de la pleine administration, le pouvoir de faire pratiquement tous les actes se rapportant aux biens gérés, dans la mesure où ces actes sont utiles ou nécessaires à l'exécution de ses obligations. L'exercice de ce vaste pouvoir est toutefois assujetti aux autres règles du code, notamment à celles qui obligent l'administrateur à agir avec prudence et diligence, dans le meilleur intérêt du bénéficiaire ou du but recherché. » (Notre soulignement)

Tiré de *Code civil du Québec – Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 782.

[22] Voici quelques articles démontrant que l'acte constitutif établit les conditions de l'administration fiduciaire : l'article 1262 (la fiducie est établie par contrat), l'article 1276 (possibilité de désigner les fiduciaires et de pourvoir à leur remplacement dans l'acte constitutif de la fiducie), l'article 1280 (référence aux conditions pour recevoir prévues à l'acte constitutif) et l'article 1299 C.c.Q. (référence à la priorité de l'acte constitutif).

Il n'existe malheureusement pas de liste des règles considérées d'ordre public et elles sont parfois difficiles à circonscrire. Ce sont la doctrine et la jurisprudence qui constituent les outils de référence en cette matière.

Par exemple, il y a parmi les articles se rapportant expressément aux fiducies et les articles du chapitre du bien d'autrui des règles supplétives auxquelles on peut déroger et des règles impératives devant être respectées.

2.3. INTERACTION ENTRE L'ACTE CONSTITUTIF ET LES RÈGLES D'ADMINISTRATION DU BIEN D'AUTRUI

Les articles spécifiques de la fiducie sont complétés par les dispositions du chapitre de l'administration du bien d'autrui, prévues aux articles 1299 à 1369 C.c.Q. (certaines dispositions étant supplétives et d'autres impératives).

Les dispositions de ce chapitre s'appliquent à plusieurs types d'administrateurs du bien d'autrui : le tuteur[23], le curateur[24], le liquidateur d'une succession[25], le gérant de biens indivis[26] ou d'une copropriété[27] et le fiduciaire[28]. L'objectif des dispositions relatives à l'administration du bien d'autrui est d'accorder une certaine protection aux personnes dont les biens ou les intérêts sont administrés par un tiers. Par exemple, on y retrouve des dispositions donnant des outils à la personne administrée pour surveiller l'administration et, le cas échéant, intervenir dans l'administration afin de connaître ou de protéger ses droits[29].

La lecture de l'article introductif du chapitre du bien d'autrui peut donner à penser que l'acte constitutif de la fiducie est souverain. L'article 1299 C.c.Q. mentionne ceci :

---

23 Art. 208 C.c.Q.

24 Art. 282 C.c.Q.

25 Art. 802 C.c.Q.

26 Art. 1029 C.c.Q.

27 Art. 1085 C.c.Q.

28 Art. 1278 C.c.Q.

29 Par exemple, l'obligation pour l'administrateur du bien d'autrui de produire un compte annuel de son administration en vertu de l'article 1351 C.c.Q. Voir aussi les articles 1287 (pouvoir de surveillance) et 1290 C.c.Q. (recours des bénéficiaires).

> « Toute personne qui est chargée d'administrer un bien ou un patrimoine qui n'est pas le sien assume la charge d'administrateur du bien d'autrui. Les règles du présent titre s'appliquent à une administration, à moins qu'il ne résulte de la loi, de l'acte constitutif ou des circonstances qu'un autre régime d'administration ne soit applicable. » (Notre soulignement)

Le ministre de la Justice, dans ses commentaires sur le nouveau Code civil, est venu ajouter un bémol quant au caractère supplétif des dispositions du chapitre de l'administration du bien d'autrui : « Le chapitre comporte toutefois certains devoirs fondamentaux qui constituent autant de règles minimales de bonne administration[30]. » Plus de 10 ans après l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, les auteurs et la jurisprudence ne s'entendent toujours pas sur les dispositions obligatoires de ce chapitre.

Il est certain que les règles conçues pour protéger des personnes très vulnérables (comme les personnes placées sous le régime d'une curatelle) semblent parfois mal adaptées aux fiducies créées dans un contexte commercial ou d'une libéralité. Dans notre exemple, les bénéficiaires d'une fiducie de gel sont les récipiendaires d'une libéralité (le fait que les bénéficiaires potentiels n'aient pas versé de contrepartie pour devenir des bénéficiaires potentiels est assimilé à un don) et l'initiateur du projet (Guillaume) est toujours vivant pour veiller aux intérêts des bénéficiaires. De plus, compte tenu de la liberté de tester ou de donner, on devrait accorder une interprétation libérale.

2.4. PRINCIPES À RETENIR RELATIVEMENT À L'EFFET DE L'ACTE CONSTITUTIF

En résumé, les fiduciaires doivent retenir les principes suivants à l'égard de l'acte constitutif :

– L'acte constitutif peut contenir des dispositions qui vont à l'encontre de certaines dispositions du chapitre de l'administration du bien d'autrui, des dispositions se rapportant précisément aux fiducies ou d'autres dispositions considérées d'ordre public, ces dispositions ne pourront donc servir à protéger les fiduciaires car elles seront considérées comme nulles et non écrites.

---

30 *Code civil du Québec – Commentaires du ministre de la Justice*, précité, note 21, p. 775.

- **Exemple :** l'acte prévoyant que le fiduciaire peut consentir à la conversion des actions ordinaires (avec droit de participation) en actions privilégiées (sans droit de participation) n'empêcherait pas les bénéficiaires d'avoir un recours contre le fiduciaire si celui-ci autorisait un gel successoral en faveur d'une personne autre que le bénéficiaire, si cela était contraire à l'affectation de la fiducie ou s'il n'avait pas de raison valable de le faire. Autoriser une telle conversion d'actions dans le cas où un nouvel investisseur voulait injecter des fonds dans l'entreprise de Guillaume en souscrivant des actions ordinaires pourrait, selon nous, constituer une raison valable. En effet, assurer la santé financière de l'entreprise dont la fiducie est actionnaire est dans l'intérêt de tous les actionnaires de la société et donc des bénéficiaires de la fiducie qui est un actionnaire de la société.

– L'acte constitutif peut imposer des obligations plus grandes que celles prévues au chapitre de l'administration du bien d'autrui ou des dispositions se rapportant aux fiducies, ce sont alors les dispositions de l'acte constitutif qui auront priorité. En effet, l'article 1308 C.c.Q. prévoit ceci : « L'administrateur du bien d'autrui doit, dans l'exercice de ses fonctions, respecter les obligations que la loi et l'acte constitutif lui imposent; il doit agir dans les limites des pouvoirs qui lui sont conférés. » (Notre soulignement)

- **Exemple :** l'article 1337 C.c.Q. permet aux fiduciaires de se déléguer entre eux de manière générale leurs pouvoirs mais prohibe la délégation générale en faveur d'autres personnes. Lorsqu'il s'agit de tiers, ils peuvent uniquement faire des procurations spécifiques. Cela découle du fait que la personne choisie pour agir comme fiduciaire a été choisie pour ses qualités personnelles. Si l'acte constitutif inclut une disposition prohibant la délégation générale de pouvoirs par un fiduciaire en faveur des autres fiduciaires, les fiduciaires devront se conformer aux dispositions de l'acte constitutif.

– Si l'acte constitutif est silencieux à l'égard d'une disposition du chapitre de l'administration du bien d'autrui, la règle supplétive s'appliquera.

- Dans notre exemple, si Guillaume décède sans laisser d'autres directives, les fiduciaires devront administrer les biens de la fiducie pour le conjoint et les enfants selon ce qu'ils jugeront approprié. Au décès du conjoint, une part égale sera établie pour chaque enfant mais sans établir de modalités de remise de revenu et de capital. Si un enfant décède avant la remise totale du capital, sa part ou le résidu de

celle-ci ira à ses propres descendants. L'article 1317 C.c.Q. impose à l'administrateur du bien d'autrui d'agir avec impartialité s'il y a plusieurs bénéficiaires simultanément ou successivement. Si par suite du décès du conjoint, les fiduciaires désirent remettre la totalité du capital aux enfants, pourraient-ils se le faire reprocher par les petits-enfants? Cet article nous apparaît supplétif mais il s'appliquera s'il n'y a pas de disposition à l'effet contraire. Pour éviter tout litige potentiel, il serait recommandé d'établir une hiérarchie entre les bénéficiaires et de mentionner expressément que les fiduciaires peuvent favoriser certains bénéficiaires. Dans ce cas-ci, nous aurions recommandé de diviser au décès les biens de la fiducie en deux lots : un lot au bénéfice de la conjointe Valérie et des enfants issus de leur union et un autre lot au bénéfice des enfants du premier mariage. Bien que la faculté d'élire donnée aux fiduciaires semble autoriser les fiduciaires à tout remettre au conjoint, les enfants pourraient s'adresser aux tribunaux pour remettre en question ce choix.

- Dans le premier lot, on donnerait la priorité aux besoins de Valérie et on dispenserait les fiduciaires de conserver tout ou partie du capital au bénéfice des enfants. Les enfants au premier degré de Guillaume et Valérie auraient priorité sur les petits-enfants de manière à permettre aux fiduciaires de remettre le capital aux enfants au premier degré sans peur de se le voir reprocher par les petits-enfants.

- Pour l'autre lot, on le diviserait en parts égales entre les fils de Guillaume. Ici aussi, on prévoira une priorité aux enfants au premier degré par rapport à leurs descendants.

- Si l'on prévoyait que la conjointe de Guillaume était la seule bénéficiaire des revenus sa vie durant avec des possibilités très limitées d'empiéter sur le capital et que les enfants étaient les bénéficiaires du capital, le fait de prévoir une priorité permettrait de guider les fiduciaires dans l'adoption de leur politique de placements. En l'absence de directives, les fiduciaires ne pourraient pas, sans contrevenir à l'article 1317 C.c.Q., adopter une politique de placements ayant pour effet de générer du revenu sans accroissement de capital (le conjoint et les bénéficiaires du capital ont alors des intérêts opposés dont on devra tenir compte en l'absence de hiérarchie entre leurs droits).

Le premier constat est que les fiduciaires ne peuvent se contenter de lire l'acte constitutif de fiducie, ils doivent aussi connaître les dispositions spécifiques des fiducies et du chapitre de l'administration du bien d'autrui.

2.5. RESPECT DE LA LETTRE OU DE L'ESPRIT DES DEVOIRS FONDAMENTAUX

Même lorsqu'on arrive à la conclusion qu'une disposition est d'ordre public et qu'elle ne peut être écartée, on peut se demander si l'on doit respecter l'esprit (objectif poursuivi) ou la lettre de la disposition.

À titre illustratif, prenons l'article 1312 C.c.Q. Cet article prévoit qu'un administrateur (le fiduciaire) ne peut pendant son administration se porter partie à un contrat qui touche les biens administrés (les biens de la fiducie). Même si l'on considère cette disposition d'ordre public, on peut se demander si l'on pourrait prévoir des modalités différentes afin de répondre à la fin poursuivie comme le proposait le professeur Bruneau dès 1996, tout en respectant l'esprit de la règle[31]. Ainsi, on pourrait atteindre cet objectif en obligeant les fiduciaires à agir à l'unanimité dans ces circonstances et à traiter à la juste valeur marchande.

2.6. L'AFFECTATION DE LA FIDUCIE

L'affectation de la fiducie est le cœur de la fiducie. L'affection pourrait être décrite comme l'ensemble des objectifs poursuivis par le constituant de la fiducie. Le tribunal examinera l'affectation pour juger de la validité d'un geste posé[32], pour déterminer si une modification de fiducie doit être

---

[31] Nous avons traité de ce débat au sujet des articles 1709 et 1312 C.c.Q. dans Julie LORANGER, « Utilisation d'une fiducie dans les transactions immobilières : aspects pratiques », dans *Service de la formation continue du Barreau du Québec, Fiducies personnelles et successions (2007)*, EYB 2007-DEV1339, note 12, p. 8. Nous citions à cet effet ceci :

> « La professeure Diane Bruneau proposait dès 1996 une certaine ligne de conduite à cet égard. Elle écrivait alors: il serait raisonnable que le constituant puisse permettre à un fiduciaire de se porter partie à un contrat qui touche les biens administrés [...] si cette permission est sujette à des conditions visant à protéger les droits des bénéficiaires, par exemple, en exigeant une contrepartie au moins équivalente à la valeur marchande et un vote unanime de tous les fiduciaires. »

Voir Diane BRUNEAU, « La fiducie et le droit civil », (1996), vol. 18, n° 4 *Revue de planification fiscale et successorale* 755-804, p. 773.

[32] *Tisseyre* c. *Tisseyre*, R.E.J.B. 2001-2791 (C.S.) (« *Tisseyre* »).

autorisée[33], si l'on doit mettre fin à une fiducie[34] ou si une fin doit y être substituée[35].

Dans le cas de notre fiducie de gel, le constituant ne peut être Guillaume, et ce, pour des raisons d'ordre fiscal. Sur le plan du droit civil, cette contrainte engendre quelques difficultés. Dans les fiducies testamentaires, le constituant décède au moment où les fiducies prendront vie, donc le constituant ne pourra être consulté sur son intention. Tandis que dans notre cas pratique, le constituant (Jean-Pierre, l'ami de Guillaume) sera vraisemblablement vivant si une demande de modification ou de terminaison de la fiducie est présentée devant un tribunal. Dans les demandes de modifications de fiducies créées par testament, le juge examine le texte d'origine de la fiducie mais admet aussi la preuve externe (document distinct de la fiducie) et peut entendre des témoins pour faire la preuve de l'affectation de la fiducie[36].

Dans les fiducies entre vifs, le mémorandum fiscal pourrait, selon nous, constituer une preuve de l'affectation de la fiducie.

Dans notre cas, on pourrait dire que la volonté de Jean-Pierre était de permettre que Guillaume réalise ses objectifs, le mémorandum fiscal est une façon de prouver ces objectifs. Pour limiter le débat à ce sujet, il pourrait être utile de mieux définir l'affectation de la fiducie dans l'acte de fiducie et de prévoir que l'affectation doit tenir compte de l'ensemble des dispositions de

---

[33] Art. 1294 C.c.Q. *in fine* : « […] 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. » (Notre soulignement)

[34] Art. 1294 C.c.Q. :

> « 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. » (Notre soulignement)

[35] *Id*. Par ailleurs, cette situation vise les fiducies d'utilité sociale, ce qui n'a pas d'application dans notre cas pratique.

[36] Sur le sujet des modifications des fiducies, voir notamment B. CHRISTOV, précité, note 11 et D. BRUNEAU, précité, note 11.

la fiducie et des faits et circonstances lors de sa mise en place[37]. Cette affectation guidera également les fiduciaires dans l'exercice de leur discrétion. Plusieurs entrepreneurs désirent assurer la pérennité de leur entreprise et devraient en faire la mention dans l'affectation. Cela guidera les fiduciaires dans la prise de leurs décisions devant les intérêts opposés des bénéficiaires. On peut envisager la situation où certains bénéficiaires sont impliqués dans les opérations de l'entreprise alors que d'autres bénéficiaires ont comme seul objectif de vendre l'entreprise au meilleur prix possible pour profiter immédiatement de sa valeur. Ainsi, dans notre cas, il était prévu que la fiducie devrait être administrée au bénéfice de la conjointe de Guillaume et de ses enfants. Si les fiduciaires reçoivent une offre de vendre leurs actions à un tiers, ils pourraient se retrouver dans une situation où les deux fils de Guillaume œuvrant dans l'entreprise voudraient garder cette dernière car ils y travaillent alors que le conjoint, ses jeunes enfants issus de l'union et le fils qui ne travaillent pas dans l'entreprise préféraient vendre l'entreprise pour avoir le plus de liquidités possible.

L'affaire *Tisseyre*[38] illustre bien l'importance de l'affectation de la fiducie. Il y avait une fiducie testamentaire créée au bénéfice exclusif du conjoint, laquelle fiducie détenait des actions avec droit de participation d'une société par actions. Le fiduciaire a utilisé le pouvoir que lui conférait expressément l'acte pour autoriser un gel successoral en faveur des enfants. La fiducie-conjoint a reçu des actions privilégiées dont la valeur de rachat était égale à la valeur marchande des actions et les actions ordinaires ont été souscrites par les enfants du défunt. En pratique, cela revenait à transférer la plus-value future de l'entreprise aux enfants. Malgré la présence d'un pouvoir exprès permettant le gel successoral, le juge a considéré que ce pouvoir avait été exercé sans droit car allant à l'encontre de l'affectation de la fiducie exclusive au conjoint. Implicitement, le juge est arrivé à la conclusion que l'intérêt du conjoint était le but premier de la fiducie et l'exercice de ce pouvoir avait été fait même si cela allait à l'encontre de son intérêt.

---

[37] Il n'y a pas de disposition imposant de consigner par écrit l'affectation de la fiducie à l'intérieur de l'acte constitutif de la fiducie. À titre indicatif, on a constaté que dans plusieurs jugements portant sur des demandes en modification de fiducie, les juges ne se sont pas limités à l'examen de l'acte constitutif pour rechercher l'intention du constituant. Voir l'étude de jurisprudence faite à cet égard : Julie LORANGER, « Aspects civils des modifications des fiducies », dans *Congrès 97*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1998, pp. 22:1-32, à la page 22:8.

[38] Précité, note 32.

2.7. LIMITES DÉCOULANT DE LA NATURE DE LA FIDUCIE

Ces limites sont plus abstraites et plus difficiles à comprendre pour les non-juristes. Parfois, il existe des contraintes découlant de la nature même de l'entité avec laquelle on traite. Pour mieux comprendre ce débat, il faut savoir que traditionnellement les droits et les obligations reposaient sur les personnes physiques et morales. Imposer des droits et des obligations à des personnes, c'est plus facile à comprendre. Imposer des droits et obligations à des personnes non physiques, cela devient plus abstrait et on doit généralement prévoir une série de règles spécifiques pour déterminer le mode de fonctionnement d'une telle entité. Par exemple, les sociétés par actions (aussi autrefois appelées des « compagnies » ou « corporations ») existent depuis longtemps dans notre système de droit et il y a des lois spécifiques très détaillées régissant les droits et obligations des actionnaires et des administrateurs[39], non seulement pour assurer un bon fonctionnement mais aussi établir les règles qui régiront leurs relations avec les tiers.

Lors de l'adoption du nouveau Code civil, le législateur a choisi d'introduire dans le nouveau Code civil en 1994 un nouveau « sujet de droit » n'ayant pas tous les attributs d'une personne. Ainsi, l'article 1261 C.c.Q. mentionne ceci : « Le patrimoine fiduciaire, formé des biens 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 droit réel. » (Notre soulignement) Cela signifie en termes plus simples que ni le constituant ni le fiduciaire ni le bénéficiaire ne sont les propriétaires des biens de la fiducie. Le but du législateur était notamment de modifier l'état du droit antérieur établissant les fiduciaires comme les propriétaires *sui generis*[40] des biens de la fiducie. Dans la pratique, ce concept posait aussi des difficultés car il n'était pas clair quelles étaient les limites au droit de propriété *sui generis* des fiduciaires.

Force est de constater que le Code civil n'a pas été révisé de manière à modifier chaque article de loi pour tenir compte de l'introduction de cette fiducie « patrimoine d'affectation ». Nous agréons la conclusion du

---

[39] Voir notamment la *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.Q., c. S-31.1 et la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44 et mod.

[40] Ce principe a été établi dans l'arrêt *Royal Trust* c. *Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250. L'expression « sui generis » provient du latin et signifie « de son propre genre ».

professeur Cantin Cumyn qui, après avoir étudié la question en profondeur[41], suggère de reconnaître cette non-personne comme le sujet des droits et des obligations compris dans le patrimoine fiduciaire[42]. En termes plus simples, on pourrait dire que le patrimoine fiduciaire sera responsable des droits et obligations créés par les fiduciaires. Comme nous le verrons dans le présent texte, il y a toutefois une condition implicite à cette prémisse, les fiduciaires ne doivent pas avoir agi en excès de leur pouvoir pour lier la fiducie.

Selon nous, il faut lire les dispositions du Code civil et des lois applicables au Québec de manière à donner plein effet à l'intention du législateur d'introduire diverses espèces de fiducies dans le droit québécois. Ainsi, en 1994, le ministre indiquait son intention de « fournir aux résidents du Québec des techniques efficaces utilisées en common law notamment dans les domaines du commerce et des affaires […] »[43]. Par conséquent, si une fiducie est utilisée dans une structure d'entreprise, notamment pour détenir des actions, les fiduciaires doivent être en mesure de poser tous les gestes nécessaires et utiles pour remplir son affectation. Nous croyons donc que la fiducie peut être bénéficiaire ou titulaire d'une police d'assurance même si le patrimoine fiduciaire n'est pas une personne. Une interprétation large et libérale est nécessaire pour permettre aux fiducies d'évoluer en droit québécois. Une interprétation restrictive des dispositions du Code civil notamment sous prétexte de l'absence de personnification de la fiducie rendrait les fiducies, en pratique, inutiles.

Cependant, comme le législateur a fait le choix délibéré de ne pas conférer la personnalité morale à la fiducie, on ne saurait appliquer les dispositions spécifiques de la personne morale à la fiducie. Prenons l'article 328 C.c.Q. à titre d'illustration. Celui-ci mentionne : « Les actes des administrateurs ou des autres dirigeants ne peuvent être annulés pour le seul motif que ces derniers étaient inhabiles ou que leur désignation était irrégulière. » Or, les tiers ne pourraient invoquer cet article pour valider un acte posé par un fiduciaire dont la désignation est irrégulière. Revenons à notre cas pratique et imaginons le scénario suivant. À la suite du décès de Guillaume, les fiduciaires prennent la décision de remplacer les fiduciaires

---

41 Madeleine CANTIN CUMYN, « La fiducie, un nouveau sujet de droit? », dans Jacques BEAULNE (dir.), *Mélanges Ernest Caparros*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, n^{os} 3 à 9.

42 Nous avons étudié cette question dans J. LORANGER, précité, note 31, 4 et suiv. (par. 2, Nature de la fiducie).

43 *Code civil du Québec – Commentaires du ministre de la Justice*, précité, note 21, p. 751.

sans tenir compte des modalités prévues à l'acte constitutif et que ces fiduciaires désignés sans droit signaient un contrat de vente des actions. Si les bénéficiaires de la fiducie désiraient faire annuler le contrat de vente, l'acquéreur ne pourrait se prévaloir de l'article 328 C.c.Q.

De la même manière, la ratification prévue par l'article 319 C.c.Q. ne pourrait être effectuée par une fiducie à l'égard d'un acte posé par un « fiduciaire » avant la constitution de la fiducie[44]. Si une personne, avant d'être désignée fiduciaire, achète un immeuble et que la fiducie est constituée par la suite, il faudrait qu'il y ait un transfert par la personne ayant acheté l'immeuble de la fiducie pour que cet immeuble devienne la propriété de la fiducie. De plus, la personne demeurera responsable personnellement vis-à-vis de la personne avec qui elle a contracté et fera partie de la chaîne de titres.

2.8. QUELQUES DEVOIRS IMPOSÉS PAR LE CHAPITRE DE L'ADMINISTRATION DU BIEN D'AUTRUI

Comme nous l'avons mentionné, c'est le chapitre de l'administration du bien d'autrui qui s'applique aux fiducies et non celui des personnes morales. Nous prendrons quelques-uns des devoirs prévus à ce chapitre pour mieux comprendre les devoirs et obligations des fiduciaires.

2.8.1. Le devoir de faire fructifier les biens

L'article 1306 C.c.Q. mentionne l'obligation de conserver et faire fructifier le bien, d'accroître le patrimoine ou d'en réaliser l'affectation, lorsque l'intérêt du bénéficiaire ou le but de la fiducie l'exigent. Nous croyons cette disposition facultative. Le mot « ou » permet de passer outre à cette obligation lorsqu'il faut le faire pour réaliser l'affectation de la fiducie. Ainsi, les fiduciaires pourraient être dispensés de faire fructifier les biens de la fiducie si cela correspond à la fin poursuivie par la fiducie.

Revenons à notre cas pratique pour voir si ce devoir peut avoir une application. Premièrement, il faut vérifier si cet article a été écarté par l'acte

---

[44] Art. 319 C.c.Q. :

> « La personne morale peut ratifier l'acte accompli pour elle avant sa constitution; elle est alors substituée à la personne qui a agi pour elle. La ratification n'opère pas novation; la personne qui a agi a, dès lors, les mêmes droits et est soumise aux mêmes obligations qu'un mandataire à l'égard de la personne morale. »

constitutif (puisqu'il est supplétif) et examiner, le cas échéant, les dispositions traitant de ce sujet. Dans notre cas, la fiducie de gel a été essentiellement mise en place pour détenir les nouvelles actions ordinaires. Les actions ordinaires ont de par leur nature une vocation à croître. Dans notre cas, les fiduciaires n'ont pas le pouvoir d'élire la majorité des administrateurs de la société dont la fiducie est actionnaire. Donc, on ne pourrait pas tenter de leur reprocher de ne pas avoir exercé leurs pouvoirs de manière à favoriser la nomination d'administrateurs favorisant des déclarations de dividendes. Donc, tant que l'entreprise sera active, nous ne voyons pas vraiment d'incidence de cet article sur leurs devoirs. La situation deviendra différente si l'entreprise est vendue et que la fiducie détient des sommes d'argent. Il faudra alors examiner la situation d'un autre œil.

Il faut aussi prendre en compte les pouvoirs conférés aux fiduciaires. Rappelons-nous que tant et aussi longtemps que Guillaume fait partie des fiduciaires, les fiduciaires ont le pouvoir de distribuer du revenu ou de l'accumuler. Toutefois, ce pouvoir de distribuer ou non les revenus n'a pas vraiment d'incidence car le devoir de faire fructifier ne correspond pas à un devoir de distribuer les fruits.

Si l'entreprise est vendue et que la fiducie possède des liquidités importantes, les fiduciaires pourraient-ils faire un prêt sans intérêt à une personne qui n'est pas un bénéficiaire?

Voici les questions que les fiduciaires devraient toujours se poser selon nous pour valider la légalité des gestes envisagés.

1) L'acte constitutif autorise-t-il le geste à poser?

2) Y a-t-il une restriction dans l'acte l'empêchant ou imposant des conditions particulières pour poser le geste?

3) Est-ce que cela est conforme à l'affectation de la fiducie?

4) Est-ce que ce geste va à l'encontre d'un devoir imposé aux administrateurs du bien d'autrui?

Faisons donc l'analyse du prêt à la lumière de ces questions.

L'acte constitutif autorise-t-il le geste à poser? Dans ce cas, l'acte constitutif prévoit habituellement le droit de faire des prêts aux conditions jugées appropriées par les fiduciaires.

Y a-t-il une restriction dans l'acte l'empêchant ou imposant des conditions particulières pour poser le geste? Dans notre cas, il n'y en a pas.

Est-ce que cela est conforme à l'affectation de la fiducie? Dans notre cas, ce serait difficile à justifier, même si la fiducie est discrétionnaire car la personne en faveur de qui le prêt serait fait n'est pas un bénéficiaire de la fiducie et cela ne rejoint pas les objectifs de la fiducie.

Est-ce que cela va à l'encontre d'un devoir imposé aux administrateurs du bien d'autrui? Ce prêt irait à l'encontre du devoir de faire fructifier les biens prévu à l'article 1306 C.c.Q.; toutefois, l'acte constitutif peut valablement écarter ce devoir. Ce prêt irait aussi à l'encontre du devoir de loyauté prévu à l'article 1309 C.c.Q. Nous ne croyons pas que l'acte constitutif peut permettre aux fiduciaires de déroger à ce devoir[45]. On voit mal un acte constitutif accorder à un fiduciaire le pouvoir, s'il le juge approprié, d'exercer ses pouvoirs de manière malhonnête ou déloyale!

2.8.2. Le devoir d'agir avec honnêteté et loyauté

La décision *Katz* c. *Naimer et Alcar Holdings Inc.*[46] est un triste exemple de contravention au devoir d'agir avec honnêteté et loyauté. Le défunt, un homme d'affaires exploitant plusieurs entreprises avec d'autres membres de sa famille par l'intermédiaire d'une structure d'entreprise complexe, avait désigné son frère liquidateur de sa succession et fiduciaire des fiducies constituées pour ses trois enfants. Le défunt était divorcé et la mère des enfants, leur tutrice légale, n'était pas en bons termes avec le fiduciaire. Le fiduciaire n'a fourni aucune information aux bénéficiaires sur la gestion des fiducies sous prétexte d'une mauvaise relation avec la tutrice. Dans le cadre de son administration de la société par actions (dont la fiducie était actionnaire), le fiduciaire n'a pas agi dans l'intérêt de la compagnie en ne réclamant pas des sommes dues à la compagnie par d'autres entités liées alors que la fiducie ne tirait aucun avantage financier de la structure. Il a permis qu'on continue d'utiliser les liquidités de la société par actions du défunt pour investir dans d'autres projets d'affaires profitant à d'autres sociétés par actions du groupe (à l'exclusion de la société dont la fiducie était actionnaire) et il a autorisé le paiement de salaires à tous les enfants des

---

45 Cela constitue aussi la position de Madeleine CANTIN CUMYN, *Traité de droit civil : L'administration du bien d'autrui*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, n° 288, p. 246.

46 R.E.J.B. 1998-07599 (C.S.) (« *Naimer* »). La Cour d'appel a confirmé la condamnation du frère du testateur (C.A., 10 octobre 2005).

autres branches de la famille, l'usage d'une voiture et d'une carte de crédit d'entreprise (avantages dont les bénéficiaires de la fiducie n'ont pas bénéficié de façon équivalente). De fait, leur oncle fiduciaire a congédié les bénéficiaires de la fiducie quand ils ont osé demander des informations sur les actifs de la fiducie et de la succession de leur père.

Fait important à souligner, la loyauté d'un fiduciaire s'évalue à l'égard de la mission de la fiducie et non de la relation avec les bénéficiaires. Les fiduciaires sont les serviteurs de la mission de la fiducie et non des bénéficiaires.

Dans l'affaire *Brassard* c. *Brassard*[47], la Cour d'appel, par la voix du juge Morin, dit concourir aux propos du professeur Madeleine Cantin Cumyn lorsqu'elle affirme que l'obligation de loyauté s'apprécie indépendamment de la confiance régnant entre les parties : « L'obligation de loyauté consiste, pour l'administrateur, à agir conformément à l'objet de ses pouvoirs[48]. » Le choix du fiduciaire revient au constituant et non aux bénéficiaires de la fiducie, seule sa confiance dans le fiduciaire importe[49]. Une autre obligation découlant de la loyauté est prévue à l'article 1314 C.c.Q. lequel interdit au fiduciaire l'utilisation à son profit des biens de la fiducie[50]. Ainsi, si par suite de la vente de l'entreprise la fiducie familiale de Guillaume acquérait un chalet, un fiduciaire (à moins d'être aussi un bénéficiaire) ne pourrait pas utiliser celui-ci sans verser une contrepartie.

Par ailleurs, la présence dans l'acte constitutif d'une dispense de faire fructifier les biens ne peut justifier l'inaction totale du fiduciaire ou une administration contraire à l'affectation de la fiducie. Ainsi, le fait de laisser d'importantes sommes appartenant à la fiducie dans un compte bancaire ne portant pas intérêt, sans aucune justification, pourrait être considéré comme une faute de la part du fiduciaire.

---

47 2009 QCCA 898 (« *Brassard* »), par. 104-106.

48 *Id*., par. 106 (les juges citent M. CANTIN CUMYN, précité, note 45, n° 289, p. 247).

49 *Id*., par. 110.

50 À titre d'exemple, voir la décision *Boucher* c. *Clermont*, C.S. St-François, n° 450-14-002639-043, 27 septembre 2004, j. Daigle, où le liquidateur a été destitué pour avoir utilisé à ses fins personnelles des sommes appartenant à la succession.

2.8.3. Le devoir d'agir avec prudence et diligence

Le fiduciaire doit agir avec prudence et diligence en vertu du premier alinéa de l'article 1309 C.c.Q. Nous croyons qu'il s'agit de deux obligations divisibles.

Le devoir de diligence est difficile à écarter entièrement. En effet, agir dans un délai raisonnable et de manière soigneuse est une qualité inhérente à tous les administrateurs du bien d'autrui.

Par contre, le devoir de prudence nous apparaît supplétif car la prudence peut être un obstacle dans certaines situations. L'acte constitutif peut donc, selon nous, écarter l'obligation d'agir avec prudence quand l'affectation de la fiducie le justifie. Dans notre cas pratique, puisque la fiducie détient des actions d'une société exploitant une entreprise active, le devoir de prudence devrait être écarté. Prendre des risques d'affaires est une partie inhérente à l'exploitation d'une entreprise. De plus, l'affectation viendra valider le fait de prendre de tels risques.

Dans l'affaire *Naimer*, le juge a tenu compte, avec raison selon nous, dans son appréciation de la conduite du fiduciaire, du type d'actifs légués aux fiducies constituées au bénéfice des enfants du testateur, soit des actions d'une société par actions faisant partie d'un groupe de sociétés exploitées par la famille Naimer et de la connaissance du testateur du conflit d'intérêts où se trouvait le fiduciaire impliqué dans la même structure d'entreprise[51]. Le juge a donc écarté le devoir de prudence pour conserver uniquement l'obligation d'agir de bonne foi[52]. Ce jugement a été rendu sur la base de l'ancien droit où les standards du bon fiduciaire avaient établi par la doctrine et la jurisprudence l'obligation d'agir de bonne foi entraînant une série d'obligations. Les articles du chapitre de l'administration du bien d'autrui reprennent plusieurs principes établis par la jurisprudence. On n'a pas reproché au fiduciaire d'avoir pris des risques d'affaires en conservant la participation de la fiducie dans les sociétés familiales. Par contre, comme le mentionne le juge Guthrie, faire participer la fiducie à tous les risques tout en l'écartant des avantages pouvant en découler (c'est-à-dire les occasions

---

[51] *Naimer*, précité, note 46, par. 82.

[52] *Id*., par. 80.

d'affaires et les avantages conférés aux autres membres de la famille salariés des compagnies du groupe) était inacceptable[53].

Si l'on désire que la survie de l'entreprise ait préséance sur l'intérêt des bénéficiaires, il aurait fallu, selon nous, le dire expressément, on aurait alors pu considérer la survie de l'entreprise comme un des buts poursuivis par la fiducie et l'entreprise comme un bénéficiaire de la fiducie. Mais dans l'affaire *Naimer*, il ne s'agissait pas de la survie de l'entreprise familiale mais plutôt d'un détournement des actifs de la fiducie. Dans notre cas pratique, si Guillaume désire s'assurer de la survie de son entreprise, il pourrait donner le pouvoir aux fiduciaires de choisir les bénéficiaires en fonction de leur implication de leur entreprise ou encore l'acte constitutif de la fiducie pourrait prévoir qu'au décès de Guillaume, toutes les actions avec droit de participation de fiducie seraient converties en actions privilégiées. De nouvelles actions avec droit de participation seraient émises aux enfants œuvrant dans l'entreprise et les actions privilégiées seraient remises aux membres de la famille qui n'y travaillent pas, et rachetées graduellement de manière à permettre à l'entreprise de maintenir une bonne santé financière.

2.8.4. L'inaction condamnable du fiduciaire

Le fiduciaire doit exercer ses pouvoirs pour faire fructifier le bien, le conserver ou se conformer à son affectation. L'inaction peut constituer une faute. Le professeur Cantin Cumyn cite à cet effet la décision *Hamel* c. *Hamel*[54] où a été jugé négligent un exécuteur testamentaire ayant délégué de manière générale ses pouvoirs à un coexécuteur sans exercer son devoir de surveillance[55]. Dans notre cas, si les deux cofiduciaires de Guillaume lui délèguent tous leurs pouvoirs et que Guillaume commet un acte illégal (remettre une somme d'argent à une personne qui n'est pas un bénéficiaire, par exemple), ils pourraient être jugés responsables des dommages pouvant en découler.

Dans l'affaire *Naimer*, le juge a reproché au fiduciaire de ne pas avoir réclamé le remboursement de billets payables sur demande à la société dont la fiducie était actionnaire mais ne portant pas intérêt[56]. Dans cette même

---

53 *Id*., par. 85. Le juge relève avec justesse que le prêt fait sans intérêt à d'autres entités n'avait bénéficié d'aucune façon aux bénéficiaires de la fiducie.

54 [1986] R.J.Q. 383 (C.S.).

55 M. CANTIN CUMYN, précité, note 45, n° 273, p. 230.

56 *Naimer*, précité, note 46.

affaire, le juge a aussi relevé avec raison le refus du fiduciaire de fournir de l'information aux bénéficiaires sous prétexte que le défunt ne voulait pas que son ex-conjointe (qui était la tutrice des bénéficiaires alors mineurs) soit au courant des affaires des sociétés[57]. L'absence de reddition de compte a donc été considérée comme une inaction condamnable.

2.8.5. L'obligation d'impartialité en présence de plusieurs bénéficiaires

L'article 1317 C.c.Q. prévoit l'obligation d'agir avec impartialité s'il y a plusieurs bénéficiaires simultanément ou successivement. Nous croyons que cette disposition peut être écartée par l'acte constitutif. Toutefois, en l'absence d'une dispense expresse, les fiduciaires devront en tenir compte à moins que l'affectation de la fiducie les justifie d'agir autrement ou qu'il y ait une faculté d'élire.

L'affaire *Nadeau* c. *Nadeau*[58] est une illustration d'un flagrant manque d'impartialité. Le testateur avait créé une fiducie au bénéfice de ses deux enfants handicapés, Anita et Raymond. Il était prévu qu'au décès d'Anita et de Raymond, le résidu des biens de la fiducie serait remis aux 13 autres enfants du défunt. Les fiduciaires refusaient d'engager quelque dépense que ce soit pour les enfants handicapés en prétendant que remettre le montant le plus élevé possible aux 13 autres enfants était un objectif aussi important que de voir au bien-être d'Anita et de Raymond. Par ailleurs, leur inaction totale a été considérée comme une faute. Un des buts du constituant, celui de protéger ses enfants handicapés, avait totalement été mis de côté. Le juge a donc destitué les fiduciaires.

2.8.6. La faculté d'élire et le devoir d'agir dans l'intérêt de tous les bénéficiaires

La première question est de savoir à quel moment une personne devient un bénéficiaire lorsque la fiducie comporte une faculté d'élire. Les fiducies testamentaires prévoient rarement une faculté d'élire bien qu'il soit possible de le faire. Par contre, les fiducies constituées entre vifs sont souvent de type discrétionnaire. Quand les praticiens parlent de fiducie discrétionnaire, ils se réfèrent à deux éléments distincts. D'une part, on se réfère à une fiducie conférant au fiduciaire le droit de déterminer les modalités de remise de

---

57 *Id*., par. 83.

58 EYB 2005-96578 (C.S., 16 septembre 2005).

revenus et de capital et d'autre part, on fait référence à une disposition dans l'acte accordant au fiduciaire le droit de choisir, pour un exercice financier donné, les bénéficiaires du revenu ou du capital, à l'intérieur d'une catégorie de personnes déterminées.

On peut ainsi se demander quel est le statut des personnes faisant partie de la liste prévue dans la fiducie familiale de Guillaume avant que cette personne fasse l'objet d'une attribution.

Le professeur Brierley a fait une étude approfondie de la faculté d'élire avant et après les modifications proposées par le nouveau Code civil autant dans un contexte d'une libéralité que dans le contexte d'une fiducie[59]. Dans son étude sur la faculté d'élire créée hors d'une fiducie (dans un legs par exemple), il est arrivé à la conclusion que les personnes faisant partie de la catégorie de personnes parmi lesquelles on peut exercer la faculté d'élire sont des postulants et non des bénéficiaires. Il s'exprime ainsi :

> « In this respect, the power of appointment, properly so-called, differs from the mandat de répartition or de distribution in which, with respect to a closed circle of beneficiaries, a person is directed to make a distribution (equal or perhaps unequal) rather than the very selection of the recipient. The power under consideration here is that which allows exclusion of one or more persons and not merely the power to compose the variable shares of an invariable list of pre-determined beneficiaries. It contemplates, before its exercise, not specific beneficiaries but rather a range of postulants, i.e. those who aspire, as it were, to be named beneficiaries[60]. » (Notre soulignement)

D'autres auteurs considèrent que le bénéficiaire discrétionnaire pourrait prétendre à des droits seulement après avoir été élu :

---

[59] John E.C. BRIERLEY, « Powers of appointment in Quebec Civil Law » (Première partie), (1992), vol. 95, n^os^ 3-4 *Revue du Notariat*, p. 131 et J. E.C. BRIERLEY (Deuxième partie), précité, note 12. Pour une étude récente sur la faculté d'élire, voir Marilyn PICCINI ROY, « Powers of appointement: civil law and common law comparisons », (2011), vol. 30, n^o^ 4 *Estates, Trusts and Pensions Journal*, p. 344. M^e^ Piccini Roy y commente par ailleurs une décision récente, *Aubé* c. *Béland*, 2010 QCCA 4311, dans laquelle le juge a annulé un legs prévoyant une faculté d'élire à l'extérieur d'une fiducie (la faculté d'élire a été prévue expressément à l'article 1282 C.c.Q. dans la section des fiducies). Personnellement, nous sommes en désaccord avec ce jugement et nous souscrivons plutôt au point de vue du professeur Brierley qui soutient que la faculté d'élire peut exister sans la présence d'une fiducie sur la base qu'une interprétation libérale devrait être donnée à la volonté du testateur compte tenu de la liberté de tester.

[60] J. E.C. BRIERLEY (Première partie), précité, note 59, n^o^ 23.

> « C'est le bénéficiaire discrétionnaire qui aura le plus de mal à prouver qu'il est propriétaire de son droit depuis le moment du gel et non depuis le moment de son élection comme bénéficiaire. Nous croyons, en conséquence, que son droit véritable ne va être reconnu que lors de cette élection au cours de l'administration fiduciaire[61]. »

Dans la deuxième partie de son étude, le professeur Brierley[62] se penche sur la relation entre les devoirs fiduciaires et la faculté d'élire. Son raisonnement est le suivant. En principe, la faculté d'élire est un pouvoir et non un devoir. Par ailleurs, le fiduciaire a le devoir de remplir ses devoirs fiduciaires. Il mentionne que les articles 1284 et 1290 C.c.Q. traitant de l'exécution forcée couvrent uniquement la situation des bénéficiaires ayant des droits déterminés alors que le droit du postulant ne se concrétise qu'après son élection. Le professeur Brierley n'en traite pas mais nous croyons que la limite pour exercer la faculté d'élire est prévue implicitement à l'article 1272 C.c.Q. prévoyant que le droit du bénéficiaire du premier ordre s'ouvre au plus tard à l'expiration de 100 ans de la constitution de la fiducie.

Nous sommes d'accord avec la position du professeur Brierley et nous croyons pour notre part que les personnes mentionnées dans la liste ne sont que des postulants et qu'elles ne deviendront des bénéficiaires qu'une fois élues. Par contre, une fois qu'une personne a été élue comme bénéficiaire pour un exercice financier donné, peut-elle redevenir postulant au prochain exercice financier? La question demeure ouverte. À notre connaissance, les tribunaux ne se sont pas encore penchés sur cette situation. D'autre part, il faut savoir que dans les chicanes de famille (succession ou droit de la famille), les tribunaux ont parfois tendance à s'écarter des règles de droit pour protéger des personnes en position de vulnérabilité. Ainsi, si un litige survenait entre Guillaume et ses fils (alors que la fiducie est discrétionnaire) et que les fiduciaires désirent présenter une requête en modification de fiducie devant le tribunal, nous croyons qu'il est fort possible que le juge oblige les fiduciaires à aviser tous les bénéficiaires potentiels de leur démarche. Les fiduciaires devraient donc signifier les fils de Guillaume lesquels pourraient vouloir intervenir dans le débat. Pour cette raison, il n'est pas recommandé de faire de trop longues listes de bénéficiaires potentiels.

Nous croyons que si les fiduciaires devaient exercer leur faculté d'élire de manière impartiale en tenant compte de l'intérêt de tous les bénéficiaires,

---

61 Diane BRUNEAU et Denise COURTEMANCHE, « La fiducie dans un contexte matrimonial », dans *Colloque – Les fiducies : pensiez-vous tout savoir?*, 172, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, p. 34.

62 J. E.C. BRIERLEY (Deuxième partie), précité, note 12.

cela reviendrait à conférer aux postulants un droit égal dans la fiducie. Cela annulerait à toutes fins que de droit la faculté d'élire.

Dans notre exemple, si Guillaume prévoit dans ses directives que sa conjointe et ses enfants seront les bénéficiaires sans autre précision, cela aura pour effet de conférer une faculté d'élire aux fiduciaires. Toutefois, pour prévenir les litiges et faciliter l'administration fiduciaire, il est recommandé de fournir certaines balises aux fiduciaires pour diminuer les risques de contestation (par exemple, si Guillaume désire que les fiduciaires tiennent compte ou non des autres actifs de la conjointe dans l'exercice dans leur pouvoir discrétionnaire).

2.8.7. Les devoirs en présence d'un conflit d'intérêts

L'article 1312 C.c.Q. prévoit que l'administrateur ne peut, pendant son administration, se porter partie à un contrat qui touche les biens administrés. Comme nous l'avons mentionné ci-dessus à la section 2.5. du présent texte, nous croyons que l'esprit de cette règle doit être respecté mais pas nécessairement la lettre de celle-ci. D'autre part, l'acte constitutif ne peut, selon nous, dispenser le fiduciaire de son devoir de divulguer son intérêt comme l'exige l'article 1311 C.c.Q. car cela va de pair avec le devoir d'honnêteté.

2.8.8. Les limites contractuelles aux pouvoirs des fiduciaires

Comme nous l'avons déjà mentionné, l'acte constitutif peut ajouter des limites contractuelles aux pouvoirs des fiduciaires. On peut exiger que les fiduciaires fassent une reddition de compte tous les mois, exiger que les décisions des fiduciaires incluent le vote d'un fiduciaire en particulier, ou encore imposer l'adoption d'une politique de placements précise.

Toutefois, ces limites ne peuvent être excessives. Ainsi, dans la décision *Banque de Nouvelle-Écosse* c. *Thibault*[63], la Cour suprême a rappelé qu'un acte constitutif de fiducie dépouillant un fiduciaire de toutes ses prérogatives

---

[63] [2004] 1 R.C.S. 758, par. 37 :

> « Si l'acte de constitution peut délimiter le cadre d'action du fiduciaire, dès le moment de l'acceptation de la fiducie par le fiduciaire, le constituant perd la maîtrise et l'administration de l'actif. L'étendue des pouvoirs accordés à un fiduciaire ne peut être limitée au point d'en dénaturer la charge (M. Cantin Cumyn, *Traité de droit civil : L'administration du bien d'autrui* (2000), p. 241). »

pourrait mettre en cause l'existence même de la fiducie. Il s'agissait dans ce cas d'un fiduciaire dont le seul rôle était d'obéir aux directives du propriétaire-rentier.

Par exemple, si l'acte constitutif imposait aux fiduciaires l'obligation de déléguer leurs pouvoirs à un autre fiduciaire, cela pourrait mettre en péril la fiducie elle-même en lui faisant perdre une caractéristique essentielle. Toutefois, cette situation doit être distinguée de celle où les fiduciaires ont délégué volontairement leurs pouvoirs en faveur d'un cofiduciaire comme le permet l'article 1337 C.c.Q.[64] Les fiduciaires sont solidairement responsables de leurs actes en vertu de l'article 1334 C.c.Q. sauf si leurs fonctions ont été expressément divisées par la loi ou l'acte constitutif[65]. Par ailleurs, tout fiduciaire a le pouvoir de révoquer en tout temps cette délégation et ne pourrait pas s'engager à ne pas le faire. De plus, rien dans la loi n'interdit une telle délégation en faveur du cofiduciaire bénéficiaire. Les fiduciaires répondent toujours du soin avec lequel ils ont choisi la personne en faveur de qui une délégation a été faite[66].

Dans notre cas pratique, nous croyons donc valable que les cofiduciaires délèguent à Guillaume le pouvoir de faire des transactions bancaires. Il est important toutefois que les cofiduciaires comprennent qu'ils peuvent retirer cette délégation en tout temps en avisant la banque et qu'ils sachent qu'ils pourront être tenus responsables vis-à-vis des bénéficiaires s'ils n'exercent aucune surveillance sur leur délégation et que cela conduise à un dommage. Sur le plan pratique, les fiduciaires pourront avoir un accès en tout temps au compte de la fiducie par Internet.

2.8.9. La prohibition générale des actes gratuits

Certains actes sont présumés incompatibles avec l'administration du bien d'autrui. Ainsi, l'article 1315 C.c.Q. prévoit notamment que l'administrateur ne peut disposer à titre gratuit des biens qui lui sont confiés à moins qu'il ne soit de la nature de son administration de pouvoir le faire.

---

64 Le professeur Cantin Cumyn croit que la délégation doit avoir une durée limitée dans le temps; voir M. CANTIN CUMYN, précité, note 45, nº 312. Pour notre part, bien que cela soit recommandable, rien dans la loi ne justifie d'ajouter cette condition, le plus important est que le fiduciaire soit informé de son droit de révoquer cette délégation en tout temps. Le fiduciaire ne pourrait toutefois pas s'engager à ne pas révoquer une telle délégation.

65 Art. 1334, al. 2 C.c.Q.

66 Art. 1337, al. 2 C.c.Q.

Ainsi, on peut se demander si les fiduciaires de la fiducie familiale de Guillaume pourraient accepter de signer un acte de cautionnement pour garantir un prêt consenti à une autre société par actions.

L'absence de contrepartie n'est pas en soi un obstacle si l'affectation de la fiducie permet de poser un tel acte. À l'inverse, la présence d'une contrepartie nominale ne saurait en soi justifier un tel acte. Les questions auxquelles doivent répondre les fiduciaires sont les suivantes : cet acte est-il conforme à l'affectation de la fiducie et ont-ils une raison valable de le faire? Si le prêt que la fiducie cautionne est fait dans le cadre d'un projet qui profitera à la société par actions dont la fiducie est actionnaire, cela peut se justifier même si le pouvoir de cautionner n'est pas expressément mentionné dans l'acte constitutif. En effet, les fiduciaires ont la pleine administration et celle-ci permet aux fiduciaires de poser tous les gestes utiles et nécessaires pour remplir leurs fonctions.

La seule présence du pouvoir de cautionner ou de faire toute autre disposition à titre gratuit ne justifie pas en soi son exercice. Ainsi, les fiduciaires ne pourraient valablement signer un cautionnement pour garantir un prêt contracté par un membre de la famille de Guillaume si cette personne n'était pas un bénéficiaire potentiel (à moins qu'ils aient une raison commerciale de le faire). Si le cautionnement est fait au bénéfice d'un bénéficiaire potentiel, cela nous semble valable car les fiduciaires avaient le pouvoir de lui attribuer la totalité du revenu ou du capital de la fiducie.

Le professeur Cantin Cumyn est d'avis qu'il existe une prohibition générale des actes gratuits puisqu'une libéralité serait *intuitu personae*[67]. Elle mentionne notamment que l'article 1310 C.c.Q. interdit à l'administrateur d'agir dans son propre intérêt ou dans celui d'un tiers[68]. Nous croyons pour notre part que les fiduciaires peuvent faire des libéralités s'ils sont expressément autorisés à le faire, par exemple en indiquant en faveur de qui et dans quelle mesure on peut le faire.

2.8.10. La valeur des clauses d'exonération de responsabilité

Les actes constitutifs de fiducie contiennent souvent une clause d'exonération de responsabilité à l'égard des fiduciaires (à l'exception d'une fraude ou d'une négligence grossière).

---

67 M. CANTIN CUMYN, précité, note 45, n^os^ 211-218, pp. 179-184.

68 *Id.*, n^o^ 213, p. 181.

Selon le professeur Cantin Cumyn, le créancier des obligations fiduciaires est le bénéficiaire et non le constituant. En conséquence, une telle clause ne saurait être efficace à son égard[69].

Cet argument nous semble valable mais d'un autre côté, nous croyons qu'on pourrait invoquer la liberté de tester ou de donner pour valider ce genre de disposition compte tenu du fait qu'il s'agit ici d'une libéralité (les bénéficiaires ne versent aucune contrepartie pour acquérir le droit potentiel de devenir bénéficiaire). À notre avis, il faut considérer la clause d'exonération de responsabilité sous l'angle d'une disposition relative à l'administration de la fiducie. Les bénéficiaires sont assujettis aux modalités prévues à l'acte et cela en est une.

Dans tous les cas, peu importe que l'on considère ce type de clause valide ou non, aucune clause d'exonération ne peut dispenser un fiduciaire de remplir les obligations minimales prévues par la loi (tel le devoir d'honnêteté, par exemple).

Dans les faits, la meilleure protection pour un fiduciaire est encore de bien remplir ses devoirs.

2.8.11. La prise de décision des fiduciaires

À moins de disposition contraire dans l'acte constitutif, les fiduciaires peuvent agir à la majorité d'entre eux. Cependant, il existe une exception pour les actes conservatoires et les actes urgents[70]. L'article 1321 C.c.Q. prévoit que l'administrateur exerçant seul ses pouvoirs, alors qu'il est chargé d'exercer avec un autre, excède ses pouvoirs.

Nous sommes d'accord avec la position du professeur Bruneau[71] selon laquelle la seule présence d'un fiduciaire indépendant est suffisante pour se conformer à l'article 1275 C.c.Q. sans qu'il soit nécessaire que le fiduciaire indépendant fasse partie de la majorité des fiduciaires. Nous croyons que c'est le mécanisme de la dissidence qui assure la protection des bénéficiaires. C'est l'article 1335 C.c.Q. qui prévoit la façon dont un fiduciaire doit exprimer sa dissidence. Comme cette mesure sert à informer les bénéficiaires

---

69 *Id.*, nº 281, p. 238.

70 Art. 1333 C.c.Q.

71 D. BRUNEAU, précité, note 31, 771.

d'une divergence entre les fiduciaires, nous concluons à son caractère impératif.

Toutefois, dans notre cas pratique, comme il s'agit d'une fiducie discrétionnaire, tant que Guillaume fait partie des fiduciaires, on pourrait vraisemblablement ne pas aviser les postulants d'une dissidence. Toutefois, on pourrait considérer que les postulants ayant été désignés comme bénéficiaires à un moment ou un autre devraient être avisés d'une telle dissidence. Si les fiduciaires veulent se protéger, ils devront adopter la position la plus prudente et aviser tous les postulants.

Nous ne croyons pas que le tiers doive obtenir une preuve que la décision a été discutée entre tous les fiduciaires car cela reviendrait à faire échec à la règle de la majorité. Il s'agit d'une question de responsabilité fiduciaire. Par exemple, la signature d'un acte de vente par deux des trois fiduciaires en fonction serait efficace et suffisante à l'égard des tiers sauf si le tiers avait eu connaissance de l'acte constitutif exigeant l'unanimité. Évidemment, la meilleure pratique est de demander une copie de la décision des fiduciaires attestant qu'ils ont tous participé à la décision ou la signature de tous les fiduciaires.

Selon le professeur Cantin Cumyn, un administrateur inactif est un administrateur négligent et les cofiduciaires auraient le devoir de demander la destitution d'un tel fiduciaire[72]. Nous ne croyons pas nécessaire d'aller aussi loin, surtout si l'inactivité d'un fiduciaire ne cause aucun préjudice. Il incombe au fiduciaire de juger comment il veut assumer ses responsabilités fiduciaires. Il faut aussi se rappeler que le Code civil n'exige pas des fiduciaires de faire des assemblées annuelles chaque année comme pour les sociétés par actions. Si nous revenons à la fiducie familiale de Guillaume, la seule détention des actions n'exige pas l'intervention fréquente des fiduciaires. Les fiduciaires devront se réunir uniquement s'ils ont des actes à poser.

3. LES RECOURS DES BÉNÉFICIAIRES

3.1. DISTINCTION ENTRE EXCÈS DE POUVOIR ET MAUVAIS EXERCICE DU POUVOIR

Les recours des bénéficiaires varieront selon qu'il s'agit d'un excès de pouvoir ou d'un mauvais exercice d'un pouvoir. Un excès de pouvoir serait

---

[72] M. CANTIN CUMYN, précité, note 45, n° 312, p. 266.

l'exercice par le fiduciaire d'un pouvoir qu'il n'a jamais eu, tandis qu'un mauvais exercice de pouvoir serait l'exercice par le fiduciaire d'un pouvoir qu'il possède mais d'une façon allant à l'encontre de l'un de ses devoirs[73].

Un excès de pouvoir permet en plus des autres recours ci-après mentionnés d'obtenir la nullité de l'acte posé[74].

3.2. RECOURS FONDÉS SUR L'ARTICLE 1290 C.C.Q.

L'article 1290 C.c.Q. se lit comme suit :

> « Le constituant, le bénéficiaire ou un autre intéressé peut, malgré toute stipulation contraire, agir contre le fiduciaire pour le contraindre à exécuter ses obligations ou à faire un acte nécessaire à la fiducie, pour lui enjoindre de s'abstenir de tout acte dommageable à la fiducie ou pour obtenir sa destitution.
>
> Il peut aussi attaquer les actes faits par le fiduciaire en fraude du patrimoine fiduciaire ou des droits du bénéficiaire. » (Notre soulignement)

Tout d'abord, l'article 1290 C.c.Q. est impératif et ne peut être écarté par l'acte constitutif de la fiducie. L'expression « malgré toute stipulation contraire » ne laisse aucun doute à cet égard. En pratique, les difficultés risqueront plus de survenir quand la fiducie cessera d'être discrétionnaire, car avant ce moment les bénéficiaires n'ont qu'un droit potentiel.

3.3. TYPE DE RECOURS

Les recours contre le fiduciaire ayant mal agi sont la réclamation de dommages-intérêts, la destitution de l'administrateur, la mise sous séquestre des biens, l'injonction, l'obtention d'une sûreté, l'action oblique et la saisie avant jugement[75].

L'article 1360 C.c.Q. prévoit que tout intéressé peut demander le remplacement d'un administrateur ne pouvant exercer sa charge ou qui ne respecte pas ses obligations.

---

[73] Nous avons déjà résumé cette question dans J. LORANGER, précité, note 31, par. 3.1.2.

[74] *Id*.

[75] Voir M. CANTIN CUMYN, précité, note 45, n^{os} 351-361.

Les manquements potentiels du fiduciaire ne peuvent être invoqués pour obtenir des sanctions avant même la survenance de la faute. Dans l'affaire *Brassard*[76], la Cour d'appel a renversé à juste titre un jugement de la Cour supérieure ayant ordonné la destitution d'un fiduciaire sur la conviction des bénéficiaires que le fiduciaire n'agirait pas dans leur meilleur intérêt et en toute honnêteté en se basant sur des événements antérieurs à la création de la fiducie, le fiduciaire n'ayant pas encore commencé à exercer ses fonctions.

3.4. LE POUVOIR DE SURVEILLANCE

L'article 1287 C.c.Q. accorde un droit de surveillance au constituant, à ses héritiers s'il est décédé, aux bénéficiaires de la fiducie même éventuels et dans certains cas aux personnes et organismes désignés par la loi[77]. L'article 1290 C.c.Q. permet pour sa part au constituant, au bénéficiaire ou à un autre intéressé d'agir contre le fiduciaire pour le contraindre à exécuter ses obligations ou à faire un acte nécessaire à la fiducie, lui enjoindre de s'abstenir de tout acte dommageable à la fiducie ou pour obtenir sa destitution. Cet article ajoute que ce pouvoir est accordé « malgré toute stipulation contraire ». L'ajout de cette expression indique le caractère d'ordre public de cette disposition.

L'outil fourni par le législateur aux bénéficiaires pour s'assurer que les fiduciaires agissent conformément à l'acte constitutif et à la loi est le pouvoir de surveillance stipulé en leur faveur. Puisque l'article 1290 C.c.Q. est d'ordre public, nous croyons également au caractère impératif de l'article 1287 C.c.Q. En conséquence, les clauses visant à faire échec au droit de surveillance des bénéficiaires seraient inopposables à ceux à qui la loi accorde ces prérogatives. Une fois encore, on peut se demander si un tel recours est ouvert aux postulants puisqu'ils n'ont pas acquis le statut de bénéficiaire même éventuel. Le professeur Brierley soulignait que les articles 1284 et 1290 C.c.Q. ne s'appliquent pas aux fiducies discrétionnaires[78].

---

[76] Précité, note 47. Voir aussi le commentaire sur cette décision dans Éric LAVOIE, *Repères*, septembre 2009, EYB 2009-REP856.

[77] Au sujet du droit de surveillance des bénéficiaires discrétionnaires, voir J. LORANGER, précité, note 16.

[78] J. E.C. BRIERLEY (Deuxième partie), précité, note 12, n° 40 :

> « The new Civil Code, we are satisfied, offers the same possibilities of forced performance or a judicial distribution that have been recognized under the present law. Articles 1284 and 1290 C.C.Q., on their face, only contemplate the forced performance of the fixed trust – because they refer only to "beneficiaries" and their "rights" – but, despite its silence in relation to the

(à suivre…)

L'obligation de faire inventaire[79] et l'obligation de rendre compte[80] sont généralement admises comme étant d'ordre public. Dans notre cas, ces dispositions devront être respectées au moment où la fiducie cessera d'être discrétionnaire.

L'inventaire et la reddition de compte fournissent les informations nécessaires pour évaluer l'administration fiduciaire, il est donc logique qu'on ne puisse les écarter car cela reviendrait à faire échec au droit de surveillance.

CONCLUSION

Les sources des limites des pouvoirs fiduciaires se retrouvent dans l'acte constitutif, dans l'affectation de la fiducie (c'est-à-dire le but poursuivi par la fiducie), découlent de la nature juridique de la fiducie, des dispositions spécifiques sur les fiducies et des règles du chapitre de l'administration du bien d'autrui. Il faut aussi savoir que l'acte constitutif n'est pas totalement souverain. Ainsi, l'acte constitutif ne peut déroger aux dispositions **impératives** du chapitre du bien d'autrui et les dispositions **supplétives** de ce chapitre s'appliqueront à l'administration fiduciaire en l'absence de disposition expresse dans l'acte constitutif.

Peu importe que la fiducie soit discrétionnaire ou non, un fiduciaire est un administrateur du bien d'autrui et il ne peut se comporter comme un propriétaire libre d'agir comme bon lui semble. Comme le juge de la Cour supérieure, dans l'affaire *Naimer*[81], l'a justement fait remarquer à un fiduciaire agissant comme un monarque (« King of the Castle »), à notre époque, même un roi est assujetti aux lois de la nation (« However, at this time in our history, even the King is subject to the laws of the Nation! »)[82].

(…suite)

discretionary trust, the same remedy must flow from first legal principles. It remains to be determined whether the same considerations can apply to a discretionary charitable or social trust. »

79 Art. 1324 C.c.Q. Voir M. CANTIN CUMYN, précité, note 45, n° 301.

80 Voir *Desmarais* c. *Desmarais*, [1997] CanLII 10071 (C.A.) et Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, 2e éd., Collection bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, n° 374.

81 Précité, note 46.

82 *Id*., par. 37.

Les conseillers des fiduciaires doivent éviter de dire à leur client que la fiducie constitue leur « alter ego » ou que la fiducie n'existe qu'à des fins fiscales. Une telle croyance peut les mener à adopter une conduite dangereuse susceptible d'entraîner de graves conséquences.

Lorsque les décisions des fiduciaires sont susceptibles de soulever des débats (bien que le Code civil n'exige pas un tel formalisme), il pourrait être judicieux de consigner par écrit les raisons ayant été prises en compte afin de conserver une preuve que les fiduciaires ont agi dans les limites de leurs pouvoirs.

Les fiduciaires des fiducies discrétionnaires devront être conscients qu'il est fort possible que leurs devoirs soient considérablement modifiés lorsque la fiducie cessera d'être discrétionnaire et que les postulants se transformeront en véritables bénéficiaires. Les fiduciaires pourront alors se retrouver face à des bénéficiaires bien informés de leurs droits susceptibles de recourir aux tribunaux pour remettre en cause les gestes posés par eux dans le cadre de leur administration fiduciaire. Nous ne sommes pas encore fixés sur la manière dont les tribunaux traiteront les droits des postulants. Toutefois, nous savons que les tribunaux ont parfois la tendance à tordre les règles de droit quand on touche aux chicanes de famille. Les fiduciaires devront en tenir compte dans leur gestion du risque.

TECHNIQUE DU « PIPELINE » EN PLANIFICATION *POST MORTEM*



Diane Tsonos
Avocate, TEP, associée
RSM Richter Chamberland s.e.n.c.r.l.

TEXTE NON REMIS

L'ARTICLE 84.1 L.I.R. : UN INCONTOURNABLE LORS DU TRANSFERT D'UNE ENTREPRISE



Jean-François Thuot
CGA, M. Fisc.
Associé, fiscalité
Raymond Chabot Grant Thornton
s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 24:3

1. RETOUR SUR LES PRINCIPAUX ENJEUX DE L'ARTICLE 84.1 L.I.R. 24:4

1.1. CONSÉQUENCES FISCALES 24:4
1.2. CONDITIONS D'APPLICATION 24:5
1.3. LIEN DE DÉPENDANCE 24:5

2. TRANSMISSION D'ENTREPRISE EN CAS DE DIVORCE 24:9

2.1. TRANSMISSION D'ENTREPRISE AVANT LE JUGEMENT DE DIVORCE 24:10
2.2. TRANSMISSION D'ENTREPRISE APRÈS LE JUGEMENT DE DIVORCE 24:11

3. TRANSMISSION D'ENTREPRISE À UN EMPLOYÉ-CLÉ 24:15

3.1. TRANSMISSION IMPLIQUANT UNE DISPOSITION COMPLÈTE DES ACTIONS DÉTENUES PAR L'ACTIONNAIRE ACTUEL 24:15
3.1.1. Départ d'un actionnaire 24:16
3.2. TRANSMISSION IMPLIQUANT UNE DISPOSITION PARTIELLE DES ACTIONS DÉTENUES PAR L'ACTIONNAIRE ACTUEL 24:16
3.2.1. Départ de l'actionnaire majoritaire sur une période de temps non définie 24:17
3.2.2. Incorporation d'un employé-clé – Notion d'accommodateur 24:18
3.2.3. Incorporation d'un employé-clé – Impact du financement 24:21
3.2.4. Incorporation d'un employé-clé – Critères décisifs sur l'application du lien de dépendance 24:23

4. TRANSMISSION D'ENTREPRISE DANS UN CADRE FAMILIAL 24:24

4.1. ENFANTS 24:25
4.2. FRÈRES ET SŒURS 24:29
4.2.1. Décès d'un actionnaire 24:30
4.3. AUTRES MEMBRES DE LA FAMILLE 24:31

5. RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT 24:33

5.1. DÉPART D'UN ACTIONNAIRE À LA SUITE D'UN LITIGE ENTRE LES ACTIONNAIRES 24:33
5.2. ÉVITEMENT DE L'ARTICLE 84.1 L.I.R. 24:34
5.3. DIVISION D'ENTREPRISE ENTRE LES ACTIONNAIRES 24:36
5.4. NOTION D'ACCOMMODATEUR ET DÉPOUILLEMENT DE SURPLUS 24:39

CONCLUSION 24:40

INTRODUCTION*

Une majorité d'entreprises privées devront passer le flambeau à la prochaine génération d'entrepreneurs au cours de la prochaine décennie[1]. Certains vendront à des tiers externes de l'entreprise tandis que d'autres préféreront disposer de leur participation dans leur entreprise en faveur d'un membre de leur famille ou d'un employé-clé.

En vertu des règles fiscales actuelles, l'entrepreneur qui dispose de ses actions n'aura pas les mêmes conséquences fiscales dans ces deux cas. En effet, la disposition de ses actions envers un tiers par l'entrepreneur entraîne généralement la réalisation d'un gain en capital, permettant à l'actionnaire d'utiliser sa déduction pour gains en capital (« DGC ») lorsque les conditions d'application sont remplies[2]. Par contre, comme nous le verrons dans le présent texte, la disposition de ses actions envers un membre de la famille ou un employé-clé peut entraîner des conséquences fiscales non désirées. Ainsi, certains entrepreneurs pourraient être portés à privilégier la vente à un tiers, malgré l'intérêt porté par un membre de leur famille, afin d'augmenter l'encaissement net résultant de la disposition de l'entreprise qui, bien souvent, représente le capital qui sera utilisé par l'entrepreneur pour financer sa retraite. Cette problématique a été portée à l'attention des autorités

---

* L'auteur tient à remercier M^me^ Marie-Hélène Rocheleau de sa collaboration lors de la rédaction du présent texte. La documentation proposée est basée sur des lois et pratiques qui sont susceptibles de changer. Pour ces raisons, on ne doit pas utiliser le contenu du présent texte comme substitut à des conseils professionnels spécialisés se rapportant à une question particulière. Ce texte, qui traite de questions complexes, a été préparé avec soin, mais aucune personne ayant participé à sa préparation n'accepte de responsabilité légale relativement à son contenu ou aux conséquences pouvant résulter de son usage.

1 FÉDÉRATION CANADIENNE DE L'ENTREPRISE INDÉPENDANTE (en ligne : http://www.fcei.ca/researchf/reports/rr3007f.pdf), juin 2005.

2 Les conditions d'application sont énumérées dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e^ suppl.) et mod. (« L.I.R. »), par. 110.6(2.1), et elles ne seront pas analysées dans le cadre du présent texte. Pour plus d'informations sur cette exonération, le lecteur se référera, par exemple, à : Anne-Marie DUPRAS et Joëlle SAVAGE, « La déduction pour gains en capital – Une mise à jour », dans *Congrès 2009*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, pp. 20:1-52.

fiscales à diverses reprises[3]. Cependant, jusqu'à maintenant, aucun changement n'a été apporté à la législation.

Le présent texte portera sur certaines situations où l'article 84.1 L.I.R.[4] trouve application et entraîne des conséquences fiscales négatives pour l'actionnaire qui désire vendre son entreprise. Plus particulièrement, il sera question du transfert d'une entreprise en cas de divorce, du transfert à un membre de la famille et du transfert à un employé-clé. Avant d'entamer cette analyse, nous ferons un bref retour sur les conditions d'application et les conséquences fiscales de l'article 84.1 L.I.R. Finalement, une analyse de l'application de la règle générale antiévitement (« RGAÉ ») dans certains cas de transfert d'entreprise sera effectuée.

L'objectif du présent texte consiste à discuter de certains développements récents et d'analyser trois scénarios de disposition d'entreprise fréquemment rencontrés. Il ne se veut pas une analyse exhaustive de l'article 84.1 L.I.R.

1. RETOUR SUR LES PRINCIPAUX ENJEUX DE L'ARTICLE 84.1 L.I.R.

1.1. CONSÉQUENCES FISCALES

Le but de l'article 84.1 L.I.R. est de contrôler dans le cadre d'un transfert d'actions le montant de la contrepartie autre qu'en actions reçue par le vendeur ainsi que l'augmentation du capital versé des actions reçues par ce dernier. Cet article peut donc être très pénalisant lorsqu'il trouve application. En effet, toute contrepartie reçue qui excède le prix de base rajusté (« PBR ») au sens de l'article 84.1 L.I.R., autre qu'une contrepartie en actions, sera recaractérisée comme étant un dividende[5]. Ainsi, le taux d'imposition pour le vendeur sera généralement plus élevé[6] et ce dernier ne pourra utiliser sa DGC, s'il y a lieu. Par ailleurs, le capital versé des actions

---

3 Se référer, par exemple, à : Jean GAUTHIER et Suzanne LANDRY, « Réflexions – Pour un transfert équitable des entreprises familiales! », (2011), vol. 31, n° 2 *Revue de planification fiscale et financière* 183-192.

4 À moins d'indication contraire, toute référence à une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* implique nécessairement une référence à la disposition correspondante de la *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod.

5 Al. 84.1b) L.I.R.

6 Soit, pour l'année 2011, l'imposition à un taux de 36,36 % dans le cas d'un dividende non déterminé, 31,85 % dans le cas d'un dividende déterminé *versus* l'imposition à un taux de 24,11 % dans le cas d'un gain en capital pour un résident du Québec.

reçues en contrepartie par le vendeur sera limité au plus élevé du capital versé et du PBR au sens de l'article 84.1 L.I.R. des actions transférées duquel sera soustraite la juste valeur marchande (« JVM ») de toute contrepartie autre qu'en actions reçue par le contribuable lors du transfert[7]. Ainsi, le vendeur des actions d'une société en cause a généralement tout avantage à ne pas respecter les conditions d'application de cet article lors de la vente de ses actions.

Il convient de noter que, pour l'application de cet article, le concept de PBR diffère du reste de la loi. En effet, il doit, en vertu du paragraphe 84.1(2) L.I.R., être réduit de plusieurs éléments dont, notamment, toute DGC prise antérieurement sur les actions ou sur des actions substituées.

Ainsi, cet article vise à éviter le dépouillement de surplus. En effet, cet article empêche notamment l'utilisation de la DGC lorsque les surplus devraient être imposés en tant que dividende et il recaractérise l'extraction de ces surplus par l'actionnaire en dividendes imposables.

1.2. CONDITIONS D'APPLICATION

Cet article trouve application dans le cas où un contribuable (« le vendeur »), à l'exception d'une société, transfère des actions d'une société (« la société en cause ») à une autre société (« l'acheteur ») avec laquelle le vendeur a un lien de dépendance. Par ailleurs, il faut également que la société en cause et l'acheteur soient rattachés immédiatement après la transaction de vente.

1.3. LIEN DE DÉPENDANCE

Ainsi, plusieurs conditions doivent être respectées pour que cet article trouve application. Celle qui fait couler beaucoup d'encre depuis quelques années concerne le lien de dépendance entre le vendeur et l'acheteur. La loi a défini les situations dans lesquelles les personnes ont entre elles un lien de dépendance :

> « [...] *a*) des personnes liées sont réputées avoir entre elles un lien de dépendance;
>
> *b*) 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)) sont

[7] Al. 84.1a) L.I.R.

> réputés avoir entre eux un lien de dépendance dans le cas où le contribuable, ou une personne avec laquelle il a un tel lien, aurait un droit de bénéficiaire dans la fiducie si le paragraphe 248(25) s'appliquait compte non tenu de ses subdivisions *b*)(iii)(A)(II) à (IV);
>
> *c*) en cas d'inapplication de l'alinéa *b*), 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[8]. »

Le lien de dépendance fondé sur les règles de personnes liées ou sur le droit de bénéficiaire est normalement facile à détecter. Cependant, il en est autrement pour le lien de dépendance fondé sur les faits puisque ces derniers sont propres à chaque situation. Avec le temps, les tribunaux[9] ont permis de déceler des lignes directrices pour déterminer s'il existe un lien de dépendance de fait entre les parties lors d'une transaction. Généralement, il existe un lien de dépendance de fait lorsque :

- un seul cerveau dirige les négociations pour les deux parties;
- les parties agissent de concert sans intérêts distincts;
- il y a exercice effectif du contrôle, c'est-à-dire un contrôle de fait.

Ces trois éléments ont également été repris par l'Agence du revenu du Canada (« ARC »)[10] comme étant les critères à prendre en considération pour déterminer si des parties ont entre elles un lien de dépendance de fait.

Ces critères ont d'ailleurs été débattus dans l'affaire *Brouillette* c. *La Reine*[11]. Dans cette décision, traitant de l'application de l'article 84.1 L.I.R., il était question de deux actionnaires qui possédaient chacun 50 % des actions d'un concessionnaire d'automobiles. L'un des deux actionnaires, M. Ferland, désirait quitter la société immédiatement tandis que l'autre, M. Brouillette, avait l'intention de continuer l'exploitation pendant encore quelques années. Une réorganisation a alors été mise en place afin d'intégrer deux nouveaux actionnaires, de retirer M. Ferland et de permettre à

---

8 Par. 251(1) L.I.R.

9 Par exemple, l'affaire *McNichol* c. *La Reine*, [1997] 2 C.T.C. 2088 (C.C.I.) (« *McNichol* »).

10 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-419R2, « Sens de l'expression "sans lien de dépendance" », 8 juin 2004.

11 2005 D.T.C. 492 (C.C.I.) (« *Brouillette* »).

M. Brouillette de demander sa DGC tout en demeurant actionnaire indirect de la société.

Dans cette cause, l'ARC prétendait qu'une seule et même entité était responsable de négocier les transactions impliquant toutes les parties et que M. Brouillette contrôlait de fait l'ensemble des transactions. Par ailleurs, elle prétendait également que les parties étaient économiquement dépendantes l'une de l'autre et agissaient sans intérêts distincts.

La Cour, dans cette affaire, a conclu qu'il n'y avait aucun lien de dépendance entre les parties :

> « Je suis d'avis que la preuve a révélé sans aucun doute que les intérêts de messieurs Chagnon et Brunet étaient totalement distincts de ceux de monsieur Brouillette. Monsieur Brouillette a tenté de vendre au meilleur prix possible. Messieurs Chagnon et Brunet ont tenté d'acquérir au meilleur prix les actions d'une entreprise qu'ils souhaitaient acquérir et diriger.
>
> Les conseillers financiers ne sont pas les âmes dirigeantes des sociétés qu'ils conseillent. Ils conseillent. Ils ne prennent pas les décisions. Ce n'est pas parce que des parties utilisent les mêmes conseillers financiers que l'on peut déterminer qu'ils agissent de concert. Il faut analyser les intérêts de chacune des parties à une entente pour déterminer si elles agissent de concert ou non.
>
> Pour messieurs Chagnon et Brunet, il s'agissait de l'acquisition d'une nouvelle entreprise sans la présence des anciens actionnaires. Dès le début des négociations, c'est ce qui était entendu. Monsieur Ferland s'en allait immédiatement, l'appelant dans cinq ans. Finalement, ce fut dans deux ans[12]. »

Ainsi, le fait que le même conseiller financier ait pris part aux négociations pour les deux parties ne permet pas de conclure de ce seul fait à un agissement de concert. Par ailleurs, la recherche d'une entente avantageuse pour chacune des parties n'entraîne pas automatiquement des intérêts économiques communs. En effet, malgré le but commun qui unit les parties, chacune d'elles possède des intérêts distincts.

L'affaire *Côté-Létourneau* c. *La Reine*[13] reprend également ces critères. Dans cette cause, à la suite d'une cristallisation de la DGC, M. et M^me^ Côté-Létourneau détiennent des actions ordinaires et des actions privilégiées d'une société exploitante (« Centre »). Une planification est donc mise en

---

12 *Id*., par. 50-52.

13 2007 D.T.C. 768 (C.C.I.).

place afin que les actions de gel soient détenues dans une société de gestion (« 9061 ») afin que le rachat des actions puisse être effectué sans conséquence fiscale.

Pour ce faire, les deux époux transfèrent leurs actions de gel dans 9061 détenue par les deux époux (actions privilégiées sans droit de vote) et par une fiducie (actions ordinaires). Les fiduciaires de la fiducie sont M. et M^me^ Côté-Létourneau ainsi que leur comptable. Il est mentionné dans l'acte de fiducie que les décisions doivent toujours être prises à l'unanimité.

En contrepartie de cette vente, les deux époux reçoivent un billet. Le rachat des actions de gel de Centre se fait sans conséquence fiscale puisque 9061 est rattachée à cette dernière. Par la suite, 9061 peut rembourser les billets émis lors de la vente des actions de gel.

L'ARC a cotisé l'appelant en vertu de l'article 84.1 L.I.R., ce qui a entraîné l'inclusion d'un dividende dans sa déclaration de revenus puisque le PBR a été recalculé sans tenir compte de la DGC.

Le juge a conclu qu'il existait bien un lien de dépendance entre les époux et 9061, même si une fiducie contrôlait 9061. En effet, dans le cas présenté, le comptable n'avait aucun pouvoir de fiduciaire dans les faits :

> « Il s'agit de savoir qui prenait réellement les décisions pour 9061. Suivant la preuve, monsieur Wall ne participait aucunement à la prise de décisions; même si l'acte de fiducie prévoyait qu'il fallait l'unanimité pour prendre une décision, je conclus que monsieur et madame Létourneau étaient les seuls à décider que 9061 allait acheter leurs actions. Monsieur Wall aurait pu avoir des réserves ou réticences et les exprimées mais, en bout de piste, il n'aurait jamais osé voter à l'encontre de monsieur et madame Létourneau, qui, d'ailleurs n'auraient pas accepté que le comptable à qui ils payaient des honoraires agisse de la sorte[14]. »

Ainsi, l'article 84.1 L.I.R. trouvait application dans cette situation puisqu'il a été prouvé que les parties agissaient de concert.

Par ailleurs, la *Loi de l'impôt sur le revenu* inclut la notion de lien de dépendance élargie, propre à l'application de l'article 84.1 L.I.R. En effet, en vertu de l'alinéa 84.1(2)b) L.I.R., des personnes sont réputées avoir entre elles un lien de dépendance si les conditions suivantes sont remplies :

---

[14] *Id*., par. 63.

- d'une part, immédiatement avant la disposition, le vendeur fait partie d'un groupe de moins de six personnes qui contrôle la société en cause;

- d'autre part, immédiatement après la disposition, le vendeur fait partie d'un groupe de moins de six personnes, dont chacune était membre du groupe visé par la première condition, qui contrôle l'acheteur.

La cause *Emory* c. *La Reine*[15] traite de ce lien de dépendance élargi dans le cas de la vente d'actions entre deux sociétés détenues par les mêmes personnes. En effet, les actions d'une société exploitante sont détenues par deux actionnaires : M. Chen, qui détient 73 % des actions, et M^me^ Emory, les 27 % qui restent. M^me^ Emory a vendu ses actions à une société de gestion détenue à 95 % par M. Chen et à 5 % par elle-même. Lors de la vente des actions, elle a déclaré un gain en capital et a utilisé son exonération pour gain en capital. L'ARC a recaractérisé le gain en capital en dividende imposable et a refusé la DGC.

Le juge a confirmé que cet article trouve application dans cette situation. En effet, malgré le fait que M. Chen contrôle à lui seul les deux sociétés et qu'ils n'agissent pas de concert lors des prises de décision, il y a un lien de dépendance entre les deux parties par l'application de l'alinéa 84.1(2)b) et du paragraphe 84.1(2.2) L.I.R. Selon l'alinéa 84.1(2.2)d) L.I.R., le fait qu'une personne contrôle une société n'écarte pas la possibilité qu'un groupe d'actionnaires contrôle également la société.

Ces décisions ont permis l'instauration de balises afin de déterminer dans quels cas les parties ont entre elles un lien de dépendance.

2. TRANSMISSION D'ENTREPRISE EN CAS DE DIVORCE

La transmission d'entreprise, entre des époux, en cas de divorce, pourrait entraîner l'application de l'article 84.1 L.I.R. Cela survient, par exemple, dans le cas où deux époux, en instance de divorce, sont actionnaires d'une même société et que l'un d'eux veut continuer seul l'exploitation de la société. Pour déterminer si cet article trouve application, il faut déterminer si les ex-époux ont entre eux un lien de dépendance.

---

[15] 2010 D.T.C. 1074 (C.C.I.).

2.1. TRANSMISSION D'ENTREPRISE AVANT LE JUGEMENT DE DIVORCE

Deux époux demeurent liés l'un à l'autre en vertu de l'alinéa 251(2)a) L.I.R. jusqu'à ce qu'un jugement de divorce soit prononcé[16]. Ainsi, ils ont un lien de dépendance jusqu'à ce moment en vertu de l'alinéa 251(1)b) L.I.R. Lorsque les autres conditions d'application de l'article 84.1 L.I.R. sont remplies, le gain en capital réalisé lors de la vente des actions à une société contrôlée par son ex-époux sera recaractérisé en dividende imposable, et ce, peu importe les intentions véritables qui sont présentes au moment du transfert.

Par ailleurs, dans le cas où les parties souhaitent que les biens détenus par la société soient divisés entre les deux époux, il est possible d'effectuer une planification bénéficiant de l'exception prévue à l'alinéa 55(3)a) L.I.R. afin d'éviter toute conséquence fiscale. En effet, une série de transactions, incluant des transferts de biens d'une société à une autre et des rachats d'actions croisées, peut être mise en place afin de diviser les biens détenus dans une société entre les deux ex-époux tout en reportant l'imposition.

Il est essentiel que les transactions soient exécutées avant que le divorce ne soit prononcé. En effet, l'ARC a conclu dans une interprétation technique[17] que, si les transactions proposées se déroulent avant le jugement du divorce, ils seront toujours mariés l'un à l'autre et donc liés l'un à l'autre ainsi qu'à chacune de leurs sociétés de gestion et les sociétés de gestion seront également liées entre elles. Ainsi, en vertu de l'alinéa 55(3)a) L.I.R., le paragraphe 55(2) L.I.R. ne trouvera pas application et aucun des dividendes versés ne sera recaractérisé en gain en capital. De cette manière, en vertu du paragraphe 112(1) L.I.R., les dividendes seront versés libres d'impôt et il n'en résultera aucune autre conséquence fiscale[18].

---

16 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9200975, « Transfer of property after divorce », 4 juin 1992.

17 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Décision en matière d'impôt sur le revenu* ATR-58 (archivé), « Réorganisation entraînant une division », 11 juin 1993.

18 Si les transactions de division de la société ont lieu après le divorce, les conditions énoncées à l'alinéa 55(3)b) L.I.R. devraient être remplies pour permettre une séparation des actifs sans incidence fiscale.

2.2. TRANSMISSION D'ENTREPRISE APRÈS LE JUGEMENT DE DIVORCE

Tel qu'il a été mentionné dans la section précédente, les époux, dès que le jugement de divorce est prononcé, ne sont plus liés. Cependant, les ex-époux peuvent tout de même avoir un lien de dépendance de fait.

L'interprétation technique 9200975[19] traite de la possible application de l'article 84.1 L.I.R. dans le cas d'un divorce. Plusieurs situations y sont présentées. La prémisse de base mentionne que deux époux détiennent les actions d'une société exploitante. M^me^ X détient directement 35 % des actions et M. X détient, par l'intermédiaire d'une société de gestion, les autres actions.

Dans la première situation, M^me^ X, qui a acquis ses actions ordinaires par ses propres fonds, échange ses actions ordinaires contre des actions privilégiées par roulement fiscal en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. avant que les procédures de divorce ne soient finalisées. Par la suite, après l'entente de divorce, une entente d'achat d'actions est conclue entre la société de gestion de M. X et M^me^ X.

Dans la seconde situation, il n'y a aucun échange d'actions. Les actions ordinaires détenues par M^me^ X ont été acquises par transfert en vertu du paragraphe 73(1) L.I.R. dans le cadre des arrangements du divorce. Après la conclusion de l'entente de divorce, une entente intervient entre la société de gestion de M. X et M^me^ X selon laquelle la société de gestion a droit de premier refus d'acquérir les actions de M^me^ X contre une contrepartie en argent.

Dans la troisième situation, M^me^ X détient uniquement 20 % des actions, qu'elle a acquises avec ses propres fonds. Après l'entente de divorce, une entente d'achat de ses actions ordinaires est conclue entre la société de gestion de M. X et M^me^ X. Il n'y a donc aucun échange de ses actions ordinaires contre des actions privilégiées.

Dans la quatrième et dernière situation, M^me^ X détient uniquement 250 actions privilégiées de la société exploitante. La moitié de ses actions privilégiées provient d'un échange de ses actions ordinaires en vertu du paragraphe 86(1) L.I.R. et l'autre moitié provient des arrangements du divorce entre M. X et M^me^ X. Après la conclusion de l'entente du divorce, une entente d'achat entre M^me^ X et la société de gestion de son ex-époux est

---

19 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 16.

conclue, établissant que la société de gestion peut acquérir les actions de M^me^ X.

L'ARC a conclu de façon générale que, à la suite de la procédure de divorce, les ex-époux ne sont plus liés en vertu de l'alinéa 251(1)b) L.I.R. Cependant, il peut toujours y avoir un lien de dépendance de fait qui entraînerait l'application de l'article 84.1 L.I.R. lors de l'achat de ses actions par la société de gestion de M. X.

Par ailleurs, l'ARC n'a fait aucun commentaire particulier à l'égard des situations présentées.

Puisque l'achat des actions par la société de gestion de M. X a lieu après que le divorce a été prononcé, la seule chose qui peut influer sur l'application de l'article étudié dans le présent texte est le lien de dépendance de fait qui peut unir les deux parties. L'ARC ne s'est pas prononcée sur cet élément puisque l'ensemble des faits n'était pas exposé.

Dans la même année, une seconde interprétation technique, faisant référence à celle de juin 1992, a été publiée[20]. Dans cette dernière, le contribuable a demandé à l'ARC de valider certaines conclusions mentionnées dans la première interprétation, c'est-à-dire de confirmer qu'il existe bien un lien de dépendance entre les deux époux, entraînant l'application de l'article 84.1 L.I.R., lorsqu'ils concluent une entente d'achat-vente en vertu de l'entente de divorce et que nous sommes en présence des faits suivants :

> « 1. There is no undue influence on either party to the buy-sell agreement; 2. There is evidence that the parties have attempted to establish a bona fide purchase price for the shares of Y Co; 3. There is evidence of "hard bargaining" with respect to the terms and conditions of the buy-sell agreement; and 4. in all other respects, the parties are dealing in fact at arm's length. »

Par la suite, l'ARC a conclu en mentionnant ceci :

> « However, the terms of the buy-sell agreement, the manner in which the buy-out is to be effected, and other relevant factual considerations may bring non-related parties into a non-arm's-length relationship. The assumption of facts described in 1 to 4 above may be indicators that the parties to the buy-sell agreement are dealing with each other at arm's length. They are, however, not conclusive. »

---

[20] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9217825, « Buy-sell agreement – Arm's length », 21 août 1992.

Elle a poursuivi en mentionnant ce qui suit, dans ce cas-ci :

> « In fact, if Mrs. X could obtain a more favourable tax treatment on the disposition of her shares of Y Co to Holdco X, Mr. X could be in a stronger bargaining position in other areas of the divorce settlement. Consequently, inference could be made that Mr. X and Holdco X, which is controlled by Mr. X, do not have an independent interest in the subject matter of the buy-sell agreement. Hence, Mrs. X and Holdco X could be considered not to deal with each other at arm's length with regards to the buy-sell agreement. »

L'ARC a également mentionné que déterminer s'il existe entre les parties un lien de dépendance demeure une question de fait. Ainsi, encore une fois, elle n'a pas conclu sur l'application du lien de dépendance de fait dans ce cas, mais elle a tout de même porté son analyse à un niveau plus poussé que la première interprétation. En effet, dans le cas où le transfert entraîne un traitement favorable pour M^me^ X, M. X sera dans une position favorable relativement aux négociations du divorce. Donc, on pourrait prétendre qu'ils ont des intérêts communs et un but commun, ce qui pourrait faire en sorte que les deux parties ont, entre elles, un lien de dépendance.

Une situation regroupant certains éléments des situations présentées précédemment a été reprise dans une interprétation technique plus récente[21]. Dans cette dernière, M. A transfère, par roulement en vertu du paragraphe 73(1) L.I.R., à M^me^ A une portion des actions ordinaires afin de régler les droits découlant du divorce. Par la suite, M^me^ A échange les actions ordinaires reçues contre des actions privilégiées. Ces étapes surviennent avant que le divorce ne soit prononcé. À la suite du jugement de divorce, les actions privilégiées détenues par M^me^ A sont vendues à une nouvelle société de gestion créée par M. A.

L'ARC a conclu que, pour déterminer si l'article 84.1 L.I.R. trouve application, il faut établir si nous sommes en présence d'un lien de dépendance de fait entre M^me^ A et la société de gestion de son ex-époux. Par ailleurs, l'ARC a indiqué ceci :

> « [...] si monsieur A et madame A conviennent de participer dans un contexte de réciprocité aux transactions décrites aux paragraphes 4 et 7 *(soit le transfert des actions par madame et l'achat des actions par la société de gestion de monsieur)*, pour régler tout droit découlant du partage, nous pourrions conclure qu'ils agissent de façon très interdépendante en ce qui a trait à ces transactions et que par conséquent, madame A et GESCO ont un lien de dépendance entre

[21] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2000-0047245, « Divorce », 22 mai 2001.

> elles, en vertu de l'alinéa 251(1)b), lorsque madame A vend les actions du capital-actions de OPCO à GESCO, aux fins de l'application du paragraphe 84.1(1) de la Loi. »

Cette interprétation permet de démontrer qu'il peut exister un lien de dépendance entre les deux parties puisqu'il n'existe aucun intérêt distinct entre celles-ci. Dans ce cas particulier, il peut s'agir d'un moyen pour M. A de payer sa portion des droits matrimoniaux à M^me^ A. Les deux parties agiraient donc de concert et l'article 84.1 L.I.R. trouverait donc application.

Dans le cas où le contrat d'achat des actions est signé entre les époux avant que le divorce ne soit finalisé, mais que les actions sont rachetées après que le jugement du divorce a été prononcé, les parties pourraient être traitées comme ayant un lien de dépendance. En effet, dans une interprétation technique[22], on demandait à l'ARC si l'article 84.1 L.I.R. s'appliquait dans le cas où deux époux en instance de divorce, détenant chacun 50 % des actions d'une société, négocient l'achat des actions par l'un des époux avant que le divorce ne soit final. Il est également mentionné que l'achat des actions se ferait uniquement après que le mariage a été dissous pour cause de divorce. L'ARC en est venue à la conclusion qu'il pourrait y avoir un lien de dépendance en vertu du paragraphe 84.1(2.01) L.I.R. qui mentionne ceci :

> « [...] dans le cas où une action appartenant à une personne donnée, ou une action qui y est substituée, est dévolue à une autre personne par suite d'opérations ou d'événements entre personnes ayant un lien de dépendance, la personne donnée et l'autre personne sont réputées à tout moment avoir entre elles un lien de dépendance même si elles ne coexistaient pas. »

Ainsi, puisque l'entente fut signée avant que le divorce ne soit prononcé, les deux parties pourraient être réputées avoir un lien de dépendance, et ce, même si elles ont des intérêts distincts dans cette transaction. Il est donc important de bien planifier le moment auquel les étapes devront être effectuées pour éviter l'application de l'article 84.1 L.I.R.

En conclusion, le divorce ne permet pas automatiquement de se soustraire à l'application de l'article 84.1 L.I.R. lorsque les actions d'un époux sont vendues à l'autre dans le cadre du divorce. En effet, les faits liés à chaque situation et le moment où les actions sont vendues ont une incidence sur les conséquences fiscales liées à cette disposition. Cependant, si certaines conditions sont remplies, les chances que les parties ne soient pas

---

[22] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 1999-0008625, « Application of section 84.1 », 1^er^ février 2000.

traitées comme n'ayant pas de lien de dépendance sont plus favorables. Parmi ces conditions, nous retrouvons le fait que l'ex-époux, qui vend ses actions, les détenait avant que les procédures de divorce soient entamées (c'est-à-dire qu'elles ne sont pas reçues en contrepartie du règlement du divorce) et également le fait qu'il n'existe pas d'arrangement conclu concernant la vente des actions avant que le jugement du divorce ne soit prononcé. Finalement, la démonstration que les parties ont négocié de façon intense (*hard bargaining*) est aussi une condition importante.

Par ailleurs, les conseillers juridiques réciproques des parties doivent être conscients des risques fiscaux pris par chacune d'entre elles et négocier en tenant compte de ces éléments. Par exemple, il pourrait être possible d'éliminer la totalité du risque pour l'épouse si elle vendait ses actions directement à son ex-époux pour que ce dernier, de lui-même, les transfère à sa société de gestion. Ainsi, c'est l'ex-époux qui assumerait, à lui seul, le risque lié à l'application possible de l'article 84.1 L.I.R. lors du transfert des actions. Par ailleurs, il pourrait également être possible de prévoir une entente de dédommagement pour l'épouse afin de répartir le coût fiscal lié à l'application de l'article 84.1 L.I.R. entre les deux parties dans le cas d'une cotisation établie par les autorités fiscales. Ainsi, il est important de bien négocier les ententes entre les parties dans un cas de divorce afin de minimiser les incidences fiscales liées au transfert des actions.

Finalement, en fonction de l'objectif recherché, on constate que le moment des transactions (avant ou après le divorce) pourra différer.

3. TRANSMISSION D'ENTREPRISE À UN EMPLOYÉ-CLÉ

La transmission d'entreprise à un employé-clé peut entraîner des conséquences différentes si l'actionnaire actuel demeure ou non dans la société à la suite de la réorganisation. Par ailleurs, le financement peut avoir un impact, tel que nous le verrons, sur la possible application de l'article 84.1 L.I.R.

3.1. TRANSMISSION IMPLIQUANT UNE DISPOSITION COMPLÈTE DES ACTIONS DÉTENUES PAR L'ACTIONNAIRE ACTUEL

Peu de questions ont été posées sur ce type de transaction puisque l'ARC a défini clairement sa position dans cette situation.

3.1.1. Départ d'un actionnaire

Il est mentionné dans le supplément de la circulaire d'information sur la RGAÉ[23] que, dans le cas où un actionnaire vend la totalité de ses actions à une société de gestion du second actionnaire, il n'y aurait pas application de l'article 84.1 L.I.R. Les faits exposés sont les suivants : deux actionnaires sans lien de dépendance, M. X et M. Y, détiennent chacun 50 % des actions d'une société exploitante. M. X désire acquérir la totalité des actions détenues par M. Y. Pour ce faire, il incorpore une société de gestion qui acquiert la totalité des actions de M. Y à la JVM et M. Y peut utiliser son exemption pour gain en capital. Pour financer cette acquisition, la société de gestion de M. X emprunte de l'argent à la banque. Par la suite, la société de gestion et la société exploitante fusionnent.

Selon l'ARC, cette transaction n'entraîne pas l'application de l'article 84.1 L.I.R. ni celle du paragraphe 245(2) L.I.R., puisque les deux parties traitent sans lien de dépendance.

Dans ce cas, M. Y dispose de la totalité de ses actions. Ainsi, il n'a plus aucune influence à la suite du rachat sur la continuité de la société exploitante. M. X devient l'unique actionnaire et le financement ne provient pas directement de la société exploitante. En effet, M. X effectue un emprunt pour faire l'achat des actions. Ainsi, dans ce cas particulier, il n'y aurait pas de problématique liée au lien de dépendance de fait compte tenu du départ de l'actionnaire et du financement externe. Même si le financement externe sera remboursé avec les bénéfices de la société exploitante, à la suite de la fusion des deux entités, cela n'aura aucun impact sur la qualification du lien qui unit les deux parties.

3.2. TRANSMISSION IMPLIQUANT UNE DISPOSITION PARTIELLE DES ACTIONS DÉTENUES PAR L'ACTIONNAIRE ACTUEL

Dans les faits, il est rare de voir l'actionnaire initial vendre la totalité de ses actions à ses employés sans conserver un pied dans l'entreprise. En effet, la relève d'entreprise se fait souvent par étapes afin d'intégrer de plus en plus les nouveaux actionnaires dans la gestion de la société. Par ailleurs, les employés n'ont souvent pas les reins assez solides pour demander un financement à la banque pour acquérir la totalité des actions d'une société. Ainsi, les bénéfices futurs de la société peuvent devenir le financement

[23] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 88-2, *Supplément 1*, « Disposition générale anti-évitement », 13 juillet 1990, par. 4.

nécessaire à l'acquisition des actions. Le cas présenté par l'ARC dans la section précédente est donc plus théorique que pratique[24]. Afin de confirmer si l'article 84.1 L.I.R. trouve application lorsque les faits diffèrent pour tendre plus vers la réalité des entreprises, plusieurs transactions ont fait l'objet de questionnement à l'ARC.

3.2.1. Départ de l'actionnaire majoritaire sur une période de temps non définie

L'interprétation technique 9336285[25] questionne l'application de l'article 84.1 L.I.R. dans un cas de départ de l'actionnaire majoritaire alors que les employés sont déjà impliqués dans l'actionnariat de la société. Dans le cas présenté, une société canadienne (« Opco ») est détenue par une société de gestion appartenant à l'actionnaire majoritaire, M. A, (« Aco ») et par un groupe de 20 employés. À la suite de la fusion d'Opco et d'Aco (« Amalco »), les employés incorporent une société de gestion (« Nouco ») et y transfèrent, par roulement fiscal ou par vente directe afin de bénéficier de la DGC, la totalité de leurs actions d'Opco. Par la suite, M. A signe une entente avec Nouco selon laquelle cette dernière achètera la totalité de ses actions sur un certain nombre d'années. Pour financer ses achats d'actions, il est mentionné que les principales sources de financement seront les suivantes : financement bancaire, souscription d'actions, contributions par les employés, mais surtout versement de dividendes entre Amalco et Nouco. Ces dividendes représenteront les profits courants de Amalco.

L'ARC a conclu que cette planification est valide, qu'elle n'entraîne pas l'application de l'article 84.1 ni celle du paragraphe 245(2) L.I.R. Cependant, l'ARC a mis un bémol sur le lien de dépendance de fait qui pourrait exister entre les employés et Nouco. En effet, il pourrait être possible que les employés agissent de concert lorsqu'ils vendent leurs actions de Amalco à Nouco. Si tel est le cas, ils seraient réputés avoir un lien de dépendance de fait et l'article 84.1 L.I.R. pourrait s'appliquer pour ce transfert. Ainsi, les employés transférant leurs actions pourraient bénéficier de la DGC uniquement dans les cas où la contrepartie reçue ne comprend pas de contrepartie autre qu'en actions ou jusqu'à concurrence du PBR.

---

24 De plus, il pose l'hypothèse que la relève est déjà actionnaire.

25 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9336285, « Arm's length sale of shares », 29 avril 1994.

3.2.2. Incorporation d'un employé-clé – Notion d'accommodateur

Dans la Table ronde sur la fiscalité fédérale du Congrès 2004[26], il est question d'un actionnaire unique qui désire faire participer un employé au capital-actions de sa société. Pour ce faire, les transactions suivantes sont effectuées :

- M. X échange ses actions ordinaires contre des actions privilégiées rachetables au gré du détenteur pour une contrepartie égale à la JVM de la société (« Opco ») à ce moment-là dans le cadre d'un gel;

- L'employé-clé constitue une société (« Employéco ») et souscrit à son capital-actions;

- M. X souscrit à de nouvelles actions ordinaires d'Opco (85 %) et l'employé-clé souscrit également à des actions ordinaires d'Opco (15 %);

- M. X vend 15 % de ses actions privilégiées à Employéco en contrepartie d'un billet et M. X utilise son exemption pour gain en capital sur cette vente.

Afin que Employéco puisse rembourser le billet, Opco rachète graduellement des actions privilégiées détenues par Employéco à mesure que Opco réalisera des bénéfices.

Dans cette question, après avoir cité l'interprétation technique analysée ci-dessus[27], on a demandé à l'ARC s'il existait un lien de dépendance, entraînant l'application de l'article 84.1 L.I.R. entre M. X et Employéco. Par ailleurs, deux scénarios possibles ont été abordés, soit celui où Opco rachète les actions privilégiées de Employéco avec les liquidités qu'elle a en banque et celui où Opco rachète les actions privilégiées de Employéco en effectuant un emprunt bancaire. L'ARC a conclu ceci, pour les trois scénarios :

> « [...] 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

---

[26] « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 50:9-78, question 2.4., aux pages 50:34-38.

[27] AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 23.

> 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[28]. »

Ainsi, pour chacun des cas présentés, l'ARC conclut à l'existence d'un lien de dépendance de fait entre M. X et Employéco, ce qui entraîne l'application de l'article 84.1 L.I.R. si cette transaction est mise en place. Par ailleurs, l'ARC a également mentionné qu'elle considérerait l'application de la RGAÉ dans ce type de transaction.

Dans ce cas particulier, le financement n'a pas eu d'importance dans la décision de l'ARC. Il est tout de même nécessaire de mentionner que deux éléments ont été soulevés par l'ARC dans cette question pouvant entraîner le lien de dépendance de fait, soit le fait que l'actionnaire majoritaire conserve une participation importante dans Opco à la suite de la réorganisation et le fait que les fonds, pour racheter les actions, proviennent directement d'Opco. Cependant, dans ce cas, l'essence même de la transaction implique l'apparition d'un lien de dépendance entre les parties sans avoir à analyser le financement utilisé. En effet, la vente des actions privilégiées à Employéco et le rachat subséquent n'ont aucune autre raison que celle d'accommoder l'actionnaire majoritaire. Sans cette transaction, ce dernier serait forcé de faire racheter ses actions directement par Opco, ce qui entraînerait un dividende réputé et non un gain en capital. Ainsi, l'application de l'article 84.1 L.I.R. permet de revenir à la situation initiale et évite le dépouillement de surplus.

Par ailleurs, l'affaire *Brouillette*[29], dont les faits ont été discutés précédemment dans la section sur le lien de dépendance de fait, traite d'une situation similaire. Cette affaire est venue quelque peu contrecarrer la position émise par l'ARC en 2004. Dans ce cas où l'un des actionnaires désirait quitter l'entreprise et de nouveaux investisseurs voulaient intégrer la société, les étapes suivantes ont été réalisées :

- Deux nouveaux investisseurs ont incorporé et souscrit à 50 % des actions d'une nouvelle société (« Nouco 1 »);

---

28 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », précité, note 26, 50:36.

29 Précité, note 11.

- M. Brouillette et Nouco 1 ont souscrit à 50 % des actions d'une autre nouvelle société (« Nouco 2 »);

- Tout de suite après, M. Brouillette a disposé de la totalité de ses actions de la société exploitante dans Nouco 2 en contrepartie d'actions privilégiées;

- Quelques mois plus tard, M. Brouillette a vendu ses actions de Nouco 2 à Nouco 1 en contrepartie d'un billet;

- Le billet de Nouco 1 à M. Brouillette a été remboursé, sur trois années, par un dividende versé par Opco à Nouco 1;

- Durant la troisième année, Nouco 2 a vendu à Nouco 1 la totalité de ses actions ordinaires.

Dans cette décision, le juge a conclu qu'il n'y avait pas de lien de dépendance entre les parties. En effet, chacun a des intérêts distincts, malgré le fait qu'ils aient un but commun[30]. Cette cause vient apporter une autre dimension à l'approche de l'ARC. En effet, dans ce cas, les fonds proviennent de l'entreprise exploitante et l'actionnaire initial demeure actionnaire de la société pendant une période plus ou moins importante (environ trois ans dans le cas présenté). Ainsi, les deux éléments ayant le plus d'impact dans la conclusion de l'application du principe de lien de dépendance pour l'ARC sont respectés dans cette situation et la Cour a tout de même jugé qu'il n'y avait pas de lien de dépendance dans les faits. Nous croyons qu'il est important de mentionner toutefois que les acquéreurs des actions de M. Brouillette étaient externes à l'entreprise au début du processus.

À la suite de cette décision, l'ARC a mentionné[31] qu'elle ne modifierait pas son approche pour déterminer s'il existe un lien de dépendance entre les parties. Elle a également précisé que la seule raison pour laquelle elle n'a pas porté la décision en appel est le fait que M. Brouillette a vendu rapidement la totalité de ses actions (soit dans les trois ans). Ainsi, cette cause permet de constater qu'il peut être possible de sortir de l'application de l'article 84.1

---

30 Pour plus de renseignements sur la conclusion du lien de dépendance entre les parties, le lecteur se référera à la section 1.3. du présent texte.

31 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 59:1-72, question 6.2., aux pages 59:57-60.

L.I.R. si l'actionnaire demeure actionnaire, mais qu'il vend ses actions restantes dans un délai raisonnable. Cependant, pour l'instant, il est difficile de déterminer ce que représente un délai raisonnable pour les autorités fiscales. Il est intéressant de mentionner que dans la décision *Brouillette*, nous étions en situation de vente d'actions privilégiées.

3.2.3. Incorporation d'un employé-clé – Impact du financement

Dans la Table ronde sur la fiscalité fédérale du Congrès 2007[32], diverses questions sur le lien de dépendance de fait et le financement utilisé pour l'acquisition des actions ont été abordées. En effet, puisque le financement a été mis de côté dans les interprétations et tables rondes précédentes, il était important de revenir sur ce point pouvant avoir un impact important sur l'application de l'article 84.1 L.I.R.

Dans cette question, quatre scénarios distincts ont été analysés. Pour chacun des scénarios, l'actionnaire majoritaire conserve, à la suite des transactions, une participation importante dans la société. Dans le premier scénario, M. X échange ses actions ordinaires contre des actions privilégiées afin d'effectuer un gel. Puis, M. X et Employéco souscrivent à respectivement 65 % et 35 % des nouvelles actions ordinaires. Par la suite, M. X vend 35 % de ses actions privilégiées à Employéco en contrepartie d'un solde de prix de vente, payé immédiatement par les bénéfices non répartis (« BNR ») actuels de la société.

Dans le second scénario, il n'y aurait aucun remaniement dans le capital-actions. Employéco achète 35 % des actions ordinaires initialement détenues par M. X et emprunte auprès d'une banque les fonds nécessaires à l'acquisition. Le prêt contracté sera remboursé avec les dividendes reçus par Employéco par les BNR futurs de la société.

Dans le troisième cas, il s'agit de la même situation que le second scénario, à l'exception du fait que les actions sont achetées en contrepartie d'un solde de prix de vente. Le solde de prix de vente sera remboursé avec les dividendes reçus par Employéco par les BNR futurs de la société.

---

[32] « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 50:1-100, question 10., aux pages 50:25-29.

Dans la dernière situation, M. X disposerait de la totalité de ses actions ordinaires en faveur de Employéco en contrepartie d'un solde de prix de vente. Par la suite, M. X souscrit à des actions de contrôle de Employéco, lui conférant le contrôle jusqu'à ce que le solde de prix de vente soit totalement remboursé. Le solde de prix de vente sera remboursé avec les dividendes reçus par Employéco par les BNR futurs de la société.

L'ARC a analysé chacune des possibilités et a conclu qu'il existe un lien de dépendance dans la première et dans la dernière situation. En effet, la même conclusion que celle présentée à la Table ronde sur la fiscalité fédérale du Congrès 2004 a été reprise, c'est-à-dire que les employés agissent à titre d'accommodateurs et que l'incorporation des employés aurait pu s'effectuer sans le transfert des actions privilégiées. Par ailleurs, l'ARC revient également sur le fait que Employéco n'a pas de financement pour acquérir ces actions et qu'elle les acquiert donc par les bénéfices d'Opco. Puisque Opco était, avant les transactions, contrôlée par M. X et qu'elle continue de l'être par la suite, cela influe également sur la possibilité qu'un lien de dépendance de fait unisse les deux parties.

Par ailleurs, pour les second et troisième scénarios, l'ARC a conclu que Employéco ne semblait pas agir à titre d'accommodateur pour M. X. Ainsi, il n'y aurait pas de lien de dépendance ni application de l'article 84.1 L.I.R.

Dans le dernier cas, puisque M. X détient, à la suite de la série de transactions, le contrôle de Employéco, ces deux personnes sont liées en vertu du sous-alinéa 251(2)b)(i) L.I.R. et sont donc des personnes ayant un lien de dépendance en vertu de l'alinéa 251(1)a) L.I.R. Dans ce cas particulier, il n'est même pas nécessaire d'analyser le concept de lien de dépendance de fait. L'article 84.1 L.I.R. trouverait donc application dans les première et dernière situations.

Ainsi, selon l'ARC, il est possible de vendre uniquement une partie des actions à des employés sans que l'article 84.1 L.I.R. trouve automatiquement application. En effet, selon le financement utilisé pour acquérir les actions, que ce soit le financement externe ou le financement par les bénéfices futurs de la société, il est possible que le gain en capital ne soit pas recaractérisé en dividende en vertu de l'application de l'article 84.1 L.I.R.

Par ailleurs, dans la Table ronde sur la fiscalité fédérale du Congrès 2005[33], l'ARC a mentionné qu'elle n'appliquerait pas l'article

[33] « Table ronde sur la fiscalité fédérale », précité, note 31.

84.1 L.I.R ou la RGAÉ à toutes les situations où un contribuable continue d'être un actionnaire de la société à la suite des transactions. Cependant, elle indique :

> « […] l'ARC continuera d'examiner attentivement les situations concernant des contribuables qui disposent d'une partie de leur participation dans une société lorsque les fonds reçus par les contribuables proviennent de la société dont les actions sont vendues[34]. »

Ainsi, chaque cas continue d'être scruté par l'ARC afin de déterminer si l'on peut conclure qu'il existe un lien de dépendance entre les parties et ainsi forcer l'application de l'article 84.1 L.I.R.

3.2.4. Incorporation d'un employé-clé – Critères décisifs sur l'application du lien de dépendance

En résumé, lorsqu'un actionnaire désire incorporer un ou des employés-clés dans l'actionnariat d'une société, il faut s'assurer que les éléments suivants sont respectés pour éviter les conséquences négatives de l'article 84.1 L.I.R.

Selon l'ARC, plusieurs critères doivent être mis en interrelation afin de déterminer si les parties traitent avec un lien de dépendance. En effet, si l'actionnaire, à la suite de la transaction, quitte l'actionnariat de l'entreprise ou, à tout le moins, a l'intention de quitter l'entreprise dans les prochaines années, cela peut être une indication que les parties traitent sans lien de dépendance. L'ARC ne semble pas avoir défini un nombre d'années maximal avant le départ de l'actionnaire puisque, selon les interprétations analysées, ce dernier pourrait attendre plusieurs années, au moins cinq ans, avant de quitter son poste. Cependant, il faut que cette intention de quitter l'entreprise soit véridique et puisse être confirmée, par exemple, par un contrat de rachat d'actions progressif. Puisque les services de relève d'entreprise favorisent le départ progressif pour un actionnaire-exploitant, il est essentiel que l'ARC accepte que l'actionnaire ne quitte pas la société dès l'intégration des employés. Avec une analyse des faits relativement à son départ futur, il semblerait que la notion de lien de dépendance de fait ne soit pas automatiquement appliquée par les autorités fiscales. Toutefois, d'autres critères tels que le financement doivent être mis en interrelation afin de déterminer l'application possible de l'article 84.1 L.I.R.

---

[34] *Id*., 59:60.

Par ailleurs, les étapes de la réorganisation doivent s'effectuer dans un but commercial véritable. En effet, les transactions effectuées devraient permettre d'incorporer l'employé-clé à l'actionnariat et non d'avantager, en premier lieu, le propriétaire actuel. Il est certain que, s'il est possible d'avantager l'actionnaire initial tout en incorporant l'employé-clé, cette réorganisation sera encore plus avantageuse. Mais il convient de s'assurer que des étapes, qui seraient superflues au transfert d'une partie d'entreprise, ne soient pas mises en place. Si tel est le cas, l'ARC pourra dès lors utiliser le concept d'accommodateur pour recaractériser le gain en capital en dividende pour le vendeur des actions.

Finalement, le financement utilisé pourrait entraîner l'application de l'article 84.1 L.I.R. Ainsi, pour éviter une telle conséquence, le financement externe, par les employés, ainsi que le financement par les bénéfices futurs de la société exploitante seraient souhaitables. Cependant, il est important de s'assurer que les bénéfices passés ne sont pas utilisés pour l'achat des actions puisque les autorités fiscales pourraient conclure qu'il s'agit d'un dépouillement de surplus et pourraient appliquer l'article 84.1 L.I.R.

Nous croyons que ces critères définis par les autorités fiscales ne sont que des indications de la présence d'un lien de dépendance de fait pouvant parfois être insuffisantes. En effet, ces critères ne sont pas complets puisqu'ils ne tiennent pas compte des intérêts divergents des deux parties. Dans le cas où l'employé encourt des risques financiers relativement à la transaction, il devrait être plus difficile de conclure que celui-ci n'agit qu'à titre d'accommodateur. En effet, il est difficile, dans les faits, de conclure que l'employé n'agit pas en tenant compte de ses propres intérêts dans le cas où il risque de perdre son investissement et qu'il a obtenu un emprunt qu'il devra rembourser. Par conséquent, il est important de ne pas tenir compte uniquement des faits liés au financement et au retrait de l'actionnaire, il faut également regarder l'intention des parties et leur tolérance au risque. La position de l'ARC peut pénaliser certaines transactions véritables par sa vision restreinte du concept de lien de dépendance entre l'actionnaire et son employé.

4. TRANSMISSION D'ENTREPRISE DANS UN CADRE FAMILIAL

Dans le cadre d'un transfert d'entreprise entre personnes liées en vertu de l'alinéa 251(2)a) L.I.R., il n'est pas nécessaire de regarder le concept de lien de dépendance de fait. Si toutes les conditions d'application de l'article 84.1 L.I.R. sont remplies, il ne sera alors pas possible de transférer son entreprise à un membre de sa famille et de bénéficier du taux avantageux du gain en capital et de la DGC.

4.1. ENFANTS

Le transfert intergénérationnel est fréquent dans les petites et moyennes entreprises. En effet, les enfants, présents dans l'entreprise depuis leur enfance, désirent parfois reprendre le flambeau et continuer l'exploitation de l'entreprise que leurs parents ont bâtie au fil des années.

L'introduction de l'article 84.1 L.I.R. entraîne des conséquences non souhaitées lorsqu'un actionnaire désire vendre ses actions à un ou plusieurs de ses enfants. Dans l'interprétation technique 9506225[35], les actions d'une société exploitante, détenues à 50 % par le père, à 40 % par la mère et à 5 % par chacun des deux enfants, sont entièrement vendues à une autre société détenue par l'un des enfants. Chaque membre de la famille désire prendre son exemption pour gain en capital. L'ARC a confirmé qu'elle appliquerait l'article 84.1 L.I.R. dans cette situation. Par ailleurs, on mentionne dans cette interprétation technique que cet article, dans un cas comme celui-ci où il ne s'agit aucunement d'un dépouillement de surplus, est très pénalisant :

> « On the other hand, if the shares of Opco are sold to an arm's length third party, then the family members would realize a capital gain which would be eligible for the capital gains exemption under subsection 110.6(2.1) of the Act. You believe that the family members would be inequitably penalized if the provisions of subsection 84.1(1) are applied in the above situation. »

L'ARC a mentionné que c'est le ministère des Finances qui est responsable de la politique fiscale. Cette interprétation date de 1995 et aucun changement, en 2011, n'a encore été effectué relativement à cet article. Ainsi, dans un cas comme celui qui est présenté, l'article 84.1 L.I.R. trouverait encore application aujourd'hui.

Cependant, l'ARC a émis, en 2005, une opinion[36] selon laquelle un transfert à un enfant pourrait se faire en atténuant les conséquences fiscales de l'article 84.1 L.I.R.

Dans cette interprétation, un particulier, M. A, détient la totalité des actions ordinaires et privilégiées d'une société de gestion. Cette société de gestion détient la totalité des actions en circulation d'une société exploitante.

---

35 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9506225, « Transfer to related corporation », 22 mars 1995.

36 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0118601E5, « Sale of shares – Transfer of family business », 17 mars 2005.

Par le passé, M. A aurait cristallisé sa DGC par l'entremise de sa société de gestion. Les enfants de M. A, étant impliqués dans l'entreprise familiale, désirent acquérir la totalité des actions de M. A et M. A désire se retirer complètement de l'entreprise. Pour ce faire, les étapes suivantes sont mises en place :

- M. A dispose de la totalité des actions privilégiées qu'il détient dans sa société de gestion (« Gesco ») en contrepartie de nouvelles actions privilégiées sans droit de vote et d'actions ordinaires en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R.;

- M. A dispose ensuite de la totalité des actions ordinaires qu'il détient dans Gesco en faveur de ses enfants. En contrepartie, les enfants émettent un billet à payer. M. A n'utiliserait pas son exemption pour gain en capital;

- Les enfants disposent ensuite de leurs actions en faveur d'une société de gestion (« Nouco ») dont ils sont les seuls actionnaires pour une valeur égale à leur JVM. En contrepartie, Nouco émet un billet à payer aux enfants. Il est important de noter que, dans cette étape, l'article 84.1 L.I.R. trouve application mais il n'entraîne aucune conséquence fiscale. En effet, le PBR des actions n'est pas touché par la DGC prise dans le passé par leur père puisqu'elle n'a pas été prise sur cette catégorie d'actions;

- Gesco rachète ensuite les actions privilégiées détenues par M. A. En contrepartie, elle émet un billet à payer à terme. Ce billet est garanti par les actifs de la société exploitante. M. A doit s'imposer sur un dividende et a également une perte en capital. En effet, le PBR des actions rachetées était élevé en raison de la cristallisation antérieure. À la suite de ce rachat d'actions, M. A ne détient plus d'actions, ni dans la société exploitante ni dans Gesco. Par ailleurs, M. A ne détiendra jamais d'actions de Nouco et ne contrôlera jamais cette société;

- La société exploitante rachète par la suite la totalité des actions privilégiées détenues par Gesco. Ainsi, Gesco pourra rembourser le billet à payer envers M. A;

- Nouco et Gesco sont par la suite fusionnées.

Ces transactions permettent au parent de quitter l'actionnariat de la société et d'intégrer ses enfants tout en limitant les incidences fiscales. En effet, l'actionnaire s'imposera en partie par un gain en capital sur ses actions

ordinaires et un dividende sur ses actions privilégiées[37]. Le gain en capital réalisé à la vente de ses actions ordinaires pourrait être compensé par la perte en capital[38] créée lors du rachat des actions privilégiées.

L'ARC est d'avis que, si le transfert des actions s'était effectué directement de M. A à Nouco, le gain en capital aurait été recaractérisé en dividende en vertu de l'article 84.1 L.I.R.

Par ailleurs, puisque M. A dispose, dans les faits, de ses actions ordinaires directement en faveur de ses enfants, l'article 84.1 L.I.R. ne trouve pas application pour cette transaction. Cependant, tel qu'il a été mentionné précédemment, le transfert des actions par les enfants à Nouco entraîne l'application de cet article. Cependant, il n'en résulte aucune conséquence fiscale selon l'ARC puisque la DGC, demandée par M. A dans le passé, ne touche pas le PBR des actions détenues par les enfants. L'ARC a confirmé que la DGC est appliquée sur les actions privilégiées et les enfants ont acquis uniquement les actions ordinaires. Par conséquent, si les enfants avaient acquis également les actions privilégiées, l'article 84.1 L.I.R. aurait eu des conséquences fiscales. En effet, le gain en capital de M. A sur ses actions privilégiées aurait été recaractérisé en dividende puisque le prix de base de ses actions aurait été rajusté à la baisse en vertu du paragraphe 84.1(2) L.I.R.

L'ARC mentionne également l'importance de déterminer si le paragraphe 40(3.6) L.I.R. s'applique. Ce serait le cas si M. A contrôlait directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, Gesco immédiatement après la disposition.

Cette transaction permettrait donc de transférer les actions d'une entreprise à un enfant en limitant les conséquences fiscales de l'article 84.1 L.I.R. Il restait à voir si l'ARC avait appliqué la RGAÉ à cette transaction puisqu'elle ne s'est pas prononcée sur cet élément. Cependant, dans une décision anticipée publiée en 2006[39], l'ARC a confirmé que ce type de transaction n'entraînerait pas l'application de l'article 245 L.I.R.

---

37 Dividende résultant du rachat des actions privilégiées.

38 Perte en capital provenant du PBR élevé des actions privilégiées à la suite de la cristallisation.

39 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0134731R3, « Transfer of business with family », 2006.

Ce type de transaction peut être très avantageux pour les deux parties. En effet, les enfants n'ont pas besoin de prendre les sommes après impôts personnels pour rembourser la dette de leur père. Ils pourront verser des dividendes libres d'impôt entre la société exploitante et leur société de gestion et le billet pourra être remboursé directement par la société de gestion. Il est certain que la vente à un enfant ne permet pas d'obtenir le même résultat que la vente à un tiers. Ainsi, le vendeur demeure toujours désavantagé lorsqu'il vend son entreprise à la prochaine génération. Cependant, les étapes d'une réorganisation acceptées par les autorités fiscales dans le cadre d'une décision anticipée permettent de réduire les incidences fiscales.

Récemment, une demande de décisions anticipées retirée par le contribuable nous a permis d'en connaître plus sur la position des autorités fiscales et les conditions requises afin d'obtenir le traitement favorable de la part des autorités fiscales. L'entrepreneur doit remplir les conditions suivantes :

- il souhaite se retirer;
- il est d'un certain âge;
- il détient la totalité des actions de la société;
- il souhaite rompre complètement ses liens économiques avec la société;
- il souhaite transférer l'entreprise familiale à ses enfants majeurs impliqués dans l'entreprise.

Dans la situation où avant même le début de la série d'opérations, le parent actionnaire qui contrôle la société est déjà en situation de préretraite et ne détient que des actions de gel, l'ARC est d'avis que la série d'opérations projetées soumise constituerait un mécanisme pour dépouiller les surplus de la société et que toutes les conditions pour l'application de la RGAÉ seraient réunies.

À la lecture des deux décisions anticipées, soit celle où l'ARC accepte de ne pas appliquer la RGAÉ et celle où elle est appliquée, une panoplie de situations peuvent exister. Pensons au parent qui a entrepris un gel partiel (par exemple 10 %) en faveur d'un enfant. Pourrait-il obtenir un traitement favorable de la part de l'ARC? Nous sommes d'avis que le praticien désirant mettre en place ces transactions doit être prudent. Dans la mesure où l'entrepreneur détenait une participation importante avant la série

d'opérations et pour autant qu'il remplit les autres conditions énoncées plus tôt, celui-ci peut probablement espérer convaincre les autorités fiscales ou les tribunaux que la transaction ne représente pas une situation visée par la RGAÉ.

4.2. FRÈRES ET SŒURS

Plusieurs règles spécifiques antiévitement ont pour objectif d'éviter le transfert d'entreprise entre frères et sœurs sans conséquence fiscale ou avec des conséquences fiscales amoindries. Par exemple, le paragraphe 55(2) L.I.R. mentionne que les frères et sœurs sont réputés ne pas être des personnes liées, aux fins de cet article, ce qui évite l'application des exceptions au transfert entre personnes liées.

Le dépouillement de surplus peut être un objectif des actionnaires d'une société afin de minimiser l'imposition lors du retrait de certaines sommes de la société. Plusieurs réorganisations peuvent être mises en place pour y arriver.

Une planification reposant sur des étapes similaires à celles de la section précédente[40] a été soumise à l'ARC relativement au transfert d'actions d'une société détenue par deux frères[41].

L'ARC a conclu que l'article 84.1 L.I.R. ne trouverait pas application. Par contre, l'ARC a mentionné que ce type de transaction serait référé au comité sur la disposition générale antiévitement. Ainsi, le paragraphe 245(2) L.I.R. pourrait trouver application et le capital versé pourrait alors être réduit. Toutefois, dans le scénario proposé, il n'y avait pas de transfert d'entreprise. Il s'agissait uniquement d'une transaction mise en place pour ressortir des liquidités de la société en limitant la facture d'impôts.

Par ailleurs, une interprétation plus récente[42] a également confirmé que l'ARC traiterait le transfert entre frères et sœurs comme étant un dépouillement de surplus et appliquerait la RGAÉ dans le cadre d'un transfert véritable.

---

40 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 36.

41 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-013483117, « Capital gain exemption strip », 31 août 2005.

42 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-0269441E5, « Withdrawn Ruling Request », 27 mai 2008.

L'ARC a également été questionnée sur une situation similaire où l'acquéreur n'était pas actionnaire au début de la série d'opérations. Cependant, même dans ces conditions, les mêmes conclusions doivent être appliquées. C'est la conclusion à laquelle en est venue l'ARC dans une interprétation technique[43] où les faits suivants étaient présentés. Une société exploitante est détenue à 100 % par un particulier. Son frère désire acheter son entreprise. Pour ce faire, il incorpore une société où il détient, en parts égales avec sa conjointe, la totalité des actions. Par la suite, ils acquièrent, par l'intermédiaire de la société de gestion, la totalité des actions de la société exploitante. Puisque les deux acquéreurs sont liés au vendeur en vertu de l'alinéa 251(2)a) L.I.R., l'article 84.1 L.I.R. trouve application. Ainsi, le gain en capital du vendeur doit être recaractérisé en dividende et il ne peut pas utiliser son exemption pour gain en capital.

Il est insensé que, dans les deux situations précédentes, dont les objectifs diffèrent totalement d'une stratégie de dépouillement de surplus usuel, les conséquences fiscales soient identiques. En effet, dans le second cas, si le vendeur avait vendu ses actions à un tiers au lieu de les vendre à son frère et son épouse, il aurait eu droit à son exemption pour gain en capital. Cette problématique a été soulevée à plusieurs reprises à l'ARC par la communauté fiscale. Dans la Table ronde sur la fiscalité fédérale du Congrès 2007[44], on mentionne que les transactions entre frères et sœurs sont nécessairement désavantageuses, autant par l'application de l'article 84.1 L.I.R. que du paragraphe 55(2) L.I.R. Ainsi, la communauté fiscale a demandé au ministère des Finances s'il considère ce résultat comme souhaitable dans un cas de vente d'actions de société privée entre des frères et sœurs et s'il avait l'intention de modifier ces articles afin de réduire les effets négatifs. Le Ministère a mentionné qu'il ne prévoyait pas modifier l'une ou l'autre de ces règles puisqu'elles permettent de réduire au minimum les opérations de dépouillement de surplus des sociétés.

4.2.1. Décès d'un actionnaire

Lors du décès d'un particulier, la totalité de ses biens peut, dans certains cas, être transférée à son conjoint. Dans le cas où les autres actionnaires achèteraient les actions détenues par le conjoint, est-il possible de conclure que ces actionnaires ont un lien de dépendance avec le conjoint? Ainsi, serait-il possible que l'article 84.1 L.I.R. s'applique à cette situation?

---

43 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9723573F, « Vente d'actions », 1997.

44 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », précité, note 32, question 9., 50:24-25.

L'interprétation technique 9313485[45] traite de cette question. En effet, quatre frères sont actionnaires, par l'intermédiaire de leurs sociétés de gestion respectives, du quart des actions émises et en circulation d'une société de gestion. Par ailleurs, chacun détient également le quart des actions d'une société exploitante. Selon la convention entre actionnaires, au décès d'un des actionnaires, les autres ont une option d'acheter les actions du particulier décédé. Dans le cas où le conjoint vend les actions de la société exploitante à la société de gestion détenue par les frères de l'actionnaire décédé, l'article 84.1 L.I.R. pourrait trouver application. En effet, l'ARC a conclu que le conjoint n'est plus lié aux frères de l'actionnaire décédé à la suite de son décès. Cependant, il n'est pas possible d'écarter le lien de dépendance de fait entre les parties. Par ailleurs, puisque l'entente est survenue avant le décès, l'ARC a mentionné ce qui suit :

> « Lorsqu'un actionnaire décédé et un actionnaire survivant d'une corporation donnée avaient un lien de dépendance au moment où une entente d'achat-vente des actions de ladite corporation a été conclue, l'exécuteur testamentaire du décédé (représentant la succession de ce dernier) et l'actionnaire survivant sont considérés avoir un lien de dépendance lorsque des biens visés par l'entente sont vendus à la suite du décès et conformément à l'entente en faveur d'un actionnaire survivant. »

Ainsi, il y aurait probablement un lien de dépendance entre les parties et il serait donc possible que l'article 84.1 L.I.R. trouve application.

Donc, il pourrait peut-être être plus avantageux de ne rien prévoir dans la convention entre actionnaires, ce qui pourrait éviter l'application de l'article 84.1 L.I.R. puisque les deux parties ne seraient pas liées par une entente survenue avant le décès. Il est aberrant de voir qu'une clause, afin de respecter une bonne entente commerciale, entraîne des conséquences fiscales inattendues et qu'il serait préférable, d'un point de vue fiscal, de ne rien prévoir et de laisser les parties s'entendre à la suite du décès.

4.3. AUTRES MEMBRES DE LA FAMILLE

Il peut être possible, également, de vendre ses actions à son neveu ou à sa nièce. Dans ce cas, les parties ne seraient pas liées.

Dans l'interprétation technique AC58272, il est question de ce genre de transaction. En effet, une société exploitante est détenue par des frères et

---

[45] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9313485, « Lien de dépendance – Conjoint décédé », 22 juillet 1993.

sœurs. Leurs enfants souhaitant reprendre les rênes, la réorganisation suivante est proposée.

Chaque enfant incorpore une société de gestion. Par la suite, chaque parent vendeur vendra ses actions à des neveux et nièces et utilisera son exemption pour gain en capital. En contrepartie des actions, les acquéreurs, par l'intermédiaire de leurs sociétés de gestion, émettront un billet à payer aux vendeurs. Ce billet à payer sera remboursé par des dividendes versés entre la société exploitante et les sociétés de gestion.

Le but de cette transaction est de faire de manière détournée ce que l'on ne peut pas faire de manière directe. En effet, si chaque parent avait vendu ses actions à ses propres enfants, l'article 84.1 L.I.R. aurait automatiquement trouvé application puisque les parties sont liées. Cependant, selon la *Loi de l'impôt sur le revenu*, puisqu'un particulier n'est pas lié à son neveu ou à sa nièce, les parties pourraient ne pas avoir de lien de dépendance.

Toutefois, dans ce cas, l'ARC a conclu que, puisque l'article 84.1 L.I.R. ne trouve pas application et est contourné de manière abusive, la RGAÉ trouverait application.

Dans le cas où les actions sont vendues à un neveu sans raison fiscale apparente, l'ARC a conclu qu'il faudrait regarder les liens de dépendance de fait qui lient un oncle et son neveu. Il s'agit de la réponse de l'ARC[46] dans le cas où un actionnaire, détenant 50 % des actions d'une société agricole dont l'autre moitié est détenue par son frère, veut se retirer de l'entreprise. En effet, dans ce cas, les actions du frère qui désire quitter l'entreprise sont vendues à son neveu afin que celui-ci prenne la relève de la société. Dans ce cas, les parties ne sont pas liées mais, selon les faits, elles pourraient avoir un lien de dépendance. Par ailleurs, l'ARC a mentionné que les faits relativement au financement ne sont pas présentés et qu'ils pourraient avoir un impact sur la conclusion. En outre, si le neveu acquiert les actions de son oncle au lieu d'acheter les actions de son propre père, cela pourrait avoir un effet sur la notion de lien de dépendance de fait.

Cette conclusion a également été reprise en 2003 dans une interprétation technique[47]. Dans cette dernière, deux frères détiennent, avec leur conjointe,

---

[46] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0159525, « Non-arm's length sale of shares », 13 septembre 2002.

[47] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0008645, « Non-arm's length sale of shares », 26 mars 2003.

la moitié des actions d'une société exploitante par l'intermédiaire de leur société de gestion respective. L'un des deux frères disposerait de ses actions envers un tiers non lié et le second frère disposerait de ses actions envers son neveu, par l'intermédiaire d'une société de gestion créée par ce dernier. Dans ce cas, l'ARC ne s'est pas prononcée sur l'application de l'article 84.1 L.I.R., mais elle a fait des commentaires sur l'application de la notion de lien de dépendance de fait dans cette situation. En effet, si le premier frère avait vendu à son fils et que le second avait vendu à un tiers non lié, l'article 84.1 L.I.R. aurait trouvé application. Il faut donc déterminer si, dans le cas présenté, le fils n'a pas joué un rôle d'accommodateur en acquérant les actions de son oncle au lieu de celles de son père.

Par conséquent, dans le cas des neveux et nièces, il faut déterminer si la vente permet de contourner l'article 84.1 L.I.R. Si tel est le cas, la RGAÉ trouvera application. Par contre, si tel n'est pas le cas, il faudra déterminer s'il existe un lien de dépendance de fait entre les parties.

5. RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT

L'article 84.1 L.I.R. étant une règle spécifique antiévitement, il est nécessaire de déterminer si cet article trouve application avant de se tourner vers la RGAÉ. Plusieurs causes, qui ont rejeté l'application de l'article 84.1 L.I.R., se sont tournées vers la RGAÉ dans les cas de dépouillement de surplus. Trois affaires importantes ont permis de déterminer les limites entre l'application de l'article 84.1 L.I.R. et la RGAÉ selon le paragraphe 245(2) L.I.R.

5.1. DÉPART D'UN ACTIONNAIRE À LA SUITE D'UN LITIGE ENTRE LES ACTIONNAIRES

L'ARC n'a pas tendance à appliquer automatiquement la RGAÉ lorsque l'article 84.1 L.I.R. ne trouve pas application. En effet, dans la Table ronde sur la fiscalité fédérale du Congrès 2005[48], il est question de l'application de l'article 84.1 L.I.R. lorsqu'un litige entre les actionnaires force l'un d'eux à vendre ses actions. Les faits exposés sont les suivants :

- M. X détient 20 % des actions d'Opco et il n'est pas lié aux autres actionnaires;

---

48 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », précité, note 31, question 6.3., 59:60-62.

- à la suite d'un litige, M. X désire vendre ses actions aux autres actionnaires en échange d'une contrepartie en argent;

- avant de vendre ses actions, Opco incorpore une filiale en propriété exclusive et souscrit à des actions pour un montant équivalant à la valeur des actions de M. X;

- la filiale achète la totalité des actions que M. X détient dans Opco et utilise ses liquidités pour les payer.

Dans ce cas, l'ARC a déterminé que l'article 84.1 L.I.R. ne trouverait pas application puisqu'il n'y a pas de lien de dépendance entre les parties. En effet, M. X a des intérêts divergeant des autres actionnaires. C'est la raison même de la vente de ses actions. Par ailleurs, l'ARC a mentionné qu'elle n'appliquerait pas non plus la RGAÉ dans cette situation si la nouvelle société était liquidée ou fusionnée avec Opco.

Par conséquent, dans ce cas-ci, l'achat des actions se fait directement par les bénéfices antérieurs de la société, puisque c'est Opco qui transfère les liquidités dans sa filiale. L'ARC n'accepte normalement pas que les actions soient achetées avec des bénéfices passés. Cependant, dans le cas présent, les faits permettent de mettre en place cette transaction sans entraîner l'application de l'article 84.1 L.I.R. puisqu'il n'est pas possible de conclure qu'il existe un lien de dépendance entre les parties.

Cependant, il est essentiel que, dans ce type de transaction, la filiale n'agisse pas à titre de mandataire de la société mère et que la filiale exploite réellement une entreprise. Si tel n'est pas le cas, la conclusion pourrait être différente.

5.2. ÉVITEMENT DE L'ARTICLE 84.1 L.I.R.

L'ARC s'est prononcée[49] sur l'application des articles 84.1 et 245 L.I.R. dans le cas où un particulier transfère ses actions détenues dans une société (« Holdco ») à une fiducie dont ses enfants sont les bénéficiaires. Ses actions sont transférées à la JVM pour que le particulier puisse utiliser des pertes en capital d'années antérieures. Il reçoit en contrepartie un billet payable sur demande. Par la suite, la fiducie transfère, en vertu de l'article 85 L.I.R., les actions de Holdco à une nouvelle société (« Nouco ») dont le particulier est

[49] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9522720, « General anti-avoidance rule », 6 octobre 1995.

le seul actionnaire. Elle obtient en échange un billet à payer et des actions ordinaires. Holdco pourra verser des dividendes à Nouco, Nouco pourra rembourser le billet à payer à la fiducie et cette dernière pourra à son tour rembourser le billet à payer au particulier.

Cette situation permet de contourner l'application de l'article 84.1 L.I.R. Cependant, dans ce cas, l'ARC a confirmé qu'il s'agit d'un abus de la loi et qu'elle appliquerait donc la RGAÉ à ce type de transaction.

La cause *Desmarais* c. *La Reine*[50] permet de mettre en lumière l'application de la RGAÉ lorsqu'une réorganisation est mise en place pour éviter l'application de l'article 84.1 L.I.R. Dans cette affaire, M. Desmarais détient 14,28 % des actions de Comsercom, les autres actions étant détenues par six personnes non liées. Afin d'éviter l'application de l'article 84.1 L.I.R., M. Desmarais transfère, par roulement fiscal en vertu de l'article 85 L.I.R., 9,76 % des actions qu'il possède à une société de gestion qu'il détient en propriété exclusive (« 6311 »). La somme convenue est égale à la JVM des actions, permettant ainsi à M. Desmarais de cristalliser sa DGC. Par ailleurs, cette étape permet également d'augmenter le capital versé des actions de catégorie « D » à un montant équivalant à la JVM des actions transférées. Puisque la société détient moins de 10 % des actions de Comsercom, elle n'est pas rattachée à Comsercom en vertu du paragraphe 186(2) L.I.R. Ainsi, l'une des conditions d'application de l'article 84.1 L.I.R. n'est pas remplie et cet article ne trouve donc pas application.

Par la suite, M. Desmarais fait un remaniement de capital d'une société de gestion, détenue avec son frère en parts égales (« Gestion ») et transfère une partie des actions qu'il détient dans Gestion à 6311. La somme convenue est égale à la JVM et permet à M. Desmarais de réaliser un gain en capital et, par le fait même, de cristalliser une seconde partie de sa DGC. Par la suite, 6311 rachète les actions de catégorie « D » détenues par M. Desmarais sans impact fiscal, puisque le capital versé est égal au montant versé lors du rachat et au PBR des actions. Ce rachat d'actions a été financé par le versement de dividendes entre Gestion et 6311.

Ainsi, cette transaction permet à M. Desmarais de sortir près de 125 000 $ sans aucune imposition puisqu'il a utilisé son exemption pour gain en capital et n'a aucun dividende réputé lors du rachat des actions.

---

[50] 2006 D.T.C. 2376 (C.C.I.).

Le tribunal a déterminé qu'il s'agit d'une situation où la RGAÉ devrait trouver application. En effet, il y a un avantage fiscal puisque la transaction a permis à M. Desmarais d'encaisser des liquidités de la société sans avoir à s'imposer sur un dividende imposable en utilisant sa DGC. Par ailleurs, il y a également une opération d'évitement puisque l'on transfère un nombre d'actions de Comsercom à 6311 inférieur à 10 % pour éviter l'application de l'article 84.1 L.I.R. Puisque l'une des transactions de la réorganisation implique une opération d'évitement, la totalité de la série d'opérations est contaminée par cette transaction. Finalement, il y a un abus de la loi lue dans son ensemble.

> « Ce qui pose problème ici, et qui constitue un abus flagrant, c'est qu'il y a un mécanisme qui contourne l'application de la règle anti-évitement de l'article 84.1 d'une manière contraire à son objet et à son esprit. Il s'agit du mécanisme par lequel 6311 a utilisé les surplus provenant de Gestion pour racheter les 123 000 actions de catégorie "D" qui avaient été émises en contrepartie des actions de Comsercom. On a utilisé en quelque sorte le capital versé élevé des actions données en échange de celles de Comsercom pour remettre une partie des surplus de Gestion entre les mains de monsieur Desmarais[51]. »

> « En conclusion, le fait d'utiliser pour le rachat des actions de catégorie "D" les fonds de Gestion reçus comme dividendes par 6311 constitue un contournement abusif de la règle de l'article 84.1 et, par conséquent, toutes les conditions de l'article 245 ont été réunies[52]. »

Par conséquent, cette cause met en lumière la limite à ne pas franchir pour éviter l'application de l'article 84.1 L.I.R. Dans le cas présenté, il s'agit d'une situation de dépouillement de surplus où le contribuable ne s'est pas caché qu'il avait effectué certaines étapes de la réorganisation pour éviter l'application de l'article 84.1 L.I.R.

5.3. DIVISION D'ENTREPRISE ENTRE LES ACTIONNAIRES

L'affaire *McMullen* c. *La Reine*[53] questionne l'admissibilité d'une réorganisation d'entreprise effectuée par les deux actionnaires dans le but de se partager les activités d'une société. Dans cette cause, une société, détenue en parts égales par deux actionnaires, détient deux succursales dans deux villes différentes.

---

51 *Id*., par. 38.

52 *Id*., par. 41.

53 2007 D.T.C. 2463 (C.C.I.).

La première étape de la réorganisation représente un remaniement de capital-actions afin que chacun des actionnaires détienne une catégorie d'actions ordinaires différente. La femme du premier actionnaire, M^me^ DeBruyn, crée une société de gestion (« Gesco ») et souscrit à 100 % des actions. Par la suite, le second actionnaire, M. McMullen, vend la totalité de ses actions à Gesco en contrepartie d'un billet. Par la suite, la société exploitante a versé un dividende à Gesco et rembourse le billet à payer à M. McMullen. Ce dernier peut donc utiliser son exemption pour gain en capital et ne paie pas d'impôt sur cette disposition. M. McMullen utilise ces liquidités pour acquérir, par l'intermédiaire d'une société nouvellement créée qu'il détient en parts égales avec sa femme, la totalité des biens détenus dans l'une des deux succursales.

L'ARC, qui prétendait que le gain en capital réalisé par M. McMullen devait être traité en tant que dividende, a demandé à la Cour de se prononcer sur l'application des articles suivants, en ordre d'application : paragraphe 84(2) L.I.R., article 84.1 L.I.R. et article 245 L.I.R.

Premièrement, le paragraphe 84(2) L.I.R. ne trouve pas application puisque, dans ces transactions, il n'y a pas eu de réorganisation, de cessation ou de liquidation de l'entreprise exploitante. En effet, la société exploitante a continué ses activités par l'intermédiaire de l'une des succursales et la nouvelle société a continué l'exploitation de la seconde. Ainsi, cet article a été mis de côté puisque les conditions d'application n'étaient pas respectées.

Par ailleurs, l'article 84.1 L.I.R. a également été rejeté par la Cour puisqu'il n'existe aucun lien de dépendance de fait entre les parties parce qu'elles ont des intérêts distincts :

> « En l'espèce, les actions de l'appelant et des DeBruyn, lorsqu'ils ont négocié l'opération de vente d'actions, étaient régies par la façon dont chacun concevait ses propres intérêts personnels. Les deux associés voulaient faire route à part. La structure créée sur les avis du comptable a entraîné un avantage fiscal pour l'appelant et a fourni à 114 Co le financement nécessaire pour acheter les actions. Comme l'a dit le juge Bonner, l'acheteur et le vendeur n'agissent pas de concert simplement parce que l'entente qu'ils cherchent à conclure peut être avantageuse pour les deux parties. En outre, on ne saurait conclure que les parties ont agi de concert simplement parce qu'elles ont eu recours aux mêmes conseillers financiers [...][54]. »

[54] *Id*., par. 29.

Par conséquent, les deux parties n'ont pas de lien de dépendance de fait qui les unit. Ainsi, pour déterminer si cette réorganisation est adéquate, il faut se tourner vers l'application possible de la RGAÉ. Dans cette cause, le juge a conclu qu'elle ne s'appliquait pas puisque la seconde condition d'application n'était pas respectée. En effet, dans ce cas, la réorganisation représente un avantage fiscal mais ne représente pas une opération d'évitement. En effet, le juge a conclu « qu'il est raisonnable de considérer que cette opération a été effectuée principalement pour des objets véritables autres que l'obtention d'un avantage fiscal »[55]. Ainsi, la RGAÉ ne s'applique pas. Par ailleurs, le juge a effectué, en *obiter*, une analyse de la troisième condition d'application.

> « Compte tenu de ces principes, je ne puis conclure que les opérations ici en cause contredisent ou contrecarrent l'objet ou l'esprit de l'une ou l'autre des dispositions susmentionnées de la Loi. Ces opérations ne manquent pas de substance économique. Elles étaient réelles et ont eu un effet juridique. Il n'y a pas eu de trompe-l'oeil. Il y a eu un changement véritable dans les rapports juridiques et économiques des deux anciens actionnaires de DEL. Comme le juge l'a dit dans la décision *Evans*, "considérer ces opérations comme abusives de façon à pouvoir requalifier leurs résultats ne concourrait pas à maintenir la prévisibilité, la certitude et l'équité, bien au contraire, et cela contrecarrerait l'intention du législateur voulant que les contribuables 'profitent pleinement des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui confèrent des avantages fiscaux'" (alinéa 35c))[56]. »

Cette analyse n'était pas nécessaire dans les faits puisque le juge avait déjà conclu que l'article 245 L.I.R. ne trouvait pas application. Cependant, celle-ci permet de tracer la ligne entre ce qui est accepté par les tribunaux et ce qui ne l'est pas.

Puisque, dans ce cas-ci, il existe des raisons véritables à la réorganisation effectuée, autres que le dépouillement de surplus, cette transaction a été accueillie par le juge. En effet, le but de la transaction n'était pas de contourner l'application de l'article 84.1 L.I.R., mais uniquement de trouver une planification permettant à un actionnaire de quitter l'entreprise tout en minimisant sa facture fiscale.

---

[55] *Id*., par. 48.

[56] *Id*., par. 54.

5.4. NOTION D'ACCOMMODATEUR ET DÉPOUILLEMENT DE SURPLUS

L'affaire *McNichol*[57] porte sur la notion d'accommodateur dans un contexte d'application de l'article 84.1 L.I.R. Dans cette cause, le contribuable, M. McNichol, qui a beaucoup de liquidités dans une société à la suite de la vente d'un immeuble, désire sortir ces liquidités de la société tout en minimisant les impacts fiscaux. Le traitement approprié, dans cette situation, serait de verser un dividende à l'actionnaire. Cependant, pour réduire la charge fiscale, M. McNichol vend ses actions à une autre société non liée, en contrepartie d'un billet. Il a donc pu utiliser son exonération générale pour gain en capital en vertu du paragraphe 110.6(3) L.I.R. (maintenant abrogée) et a, par le fait même, réduit considérablement sa facture fiscale. Pour financer cette acquisition, la société acquéreuse a dû emprunter puisqu'elle n'avait pas les liquidités nécessaires. Par la suite, l'acquéreur a fusionné avec la société vendue et a utilisé les liquidités présentes dans cette dernière pour rembourser l'emprunt.

À la suite de ces transactions, M. McNichol a récupéré les liquidités présentes dans sa société sans impact fiscal.

La Cour a conclu que l'article 84.1 L.I.R. ne trouve pas application dans cette situation puisque l'acheteur n'a pas de lien de dépendance avec le vendeur. En effet, chacune des parties a des intérêts distincts dans cette transaction puisque le vendeur a négocié la vente en tenant compte de ses propres intérêts.

Par ailleurs, dans ce cas, la Cour a conclu que la RGAÉ trouve application puisque cette transaction représente un abus de la loi lue dans son ensemble :

> « The former subsection 247(1) of the Act was, prior to the enactment of section 245, one of the legislative responses to the practice of surplus stripping. It was repealed simultaneously with the coming into force of section 245 and I therefore do not suggest that it applies to the present case. However, I do suggest that the repeal cannot be regarded as a basis for a conclusion that the legislature intended to relax the strictures against surplus stripping. In light of the foregoing, subsection 245(4) cannot be invoked by the appellants. The transaction in issue which was designed to effect, in everything but form, a distribution of Bec's surplus results in a misuse of sections 38 and 110.6 and an abuse of the provisions of the Act, read as a whole, which contemplate that distributions of corporate property to shareholders are to be treated as income in the hands of the shareholders. It is evident from section 245 as a whole and

[57] Précité, note 9.

> paragraph 245(5)(c) in particular that the section is intended inter alia to counteract transactions which do violence to the Act by taking advantage of a divergence between the effect of the transaction, viewed realistically, and what, having regard only to the legal form, appears to be the effect. For purposes of section 245, the characterization of a transaction cannot be taken to rest on form alone. I must therefore conclude that section 245 of the Act applies to this transaction[58]. »

Dans ce cas-ci, le fait qu'il y avait uniquement des liquidités dans la société a joué en faveur de l'application de la RGAÉ.

Ainsi, chaque cas est une question de fait. Il est essentiel de déterminer quelles sont les raisons derrière la transaction, mais également la façon dont la réorganisation est effectuée. Par exemple, dans un cas de relève d'entreprise où l'actionnaire actuel désire réellement transférer son entreprise à un enfant ou à un employé-clé, il serait plus difficile de prouver que la transaction représente une opération d'évitement. En effet, normalement, il s'agit plutôt d'opérations effectuées dans un but commercial. Cependant, tel qu'il a été mentionné, chaque situation doit être analysée en fonction des faits inhérents.

On constate que la RGAÉ peut trouver application dans le cas où l'on évite l'application de l'article 84.1 L.I.R. L'analyse de la RGAÉ devient importante dans les cas où les transactions ont pour but d'éviter l'application de la règle antiévitement spécifique.

CONCLUSION

Rares sont les dispositions fiscales qui ont une incidence fiscale aussi importante dans le cadre de transferts de sociétés privées.

Nous avons analysé, dans le présent texte, trois situations fréquentes de transfert d'actions de sociétés et l'interrelation avec l'article 84.1 L.I.R.

Il est souhaitable, à l'aube d'un transfert sans précédent de sociétés privées en faveur des générations suivantes, que la législation fiscale s'adapte et reconnaisse qu'il n'est peut-être pas équitable de « pénaliser » le cédant des actions lors d'un transfert à ses employés et/ou à ses enfants. Encore faut-il que l'équité soit une priorité dans ce genre de situation.

---

[58] *Id*., par. 25.

LE SPECTRE DU PARAGRAPHE 84(2) L.I.R.



Jean-François Drouin
Avocat, LL. M., associé
PricewaterhouseCoopers
s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 25:3

1. NOTIONS DE BASE 25:4

1.1. HISTORIQUE 25:4
1.2. CONDITIONS D'APPLICATION 25:5

2. DISTRIBUTION, ATTRIBUTION 25:6

2.1. SITUATION AVANT LA RÉFORME DE 1972 ..... 25:7
2.1.1. Contexte 25:7
2.1.2. L'arrêt *Merritt* c. *MRN* 25:8
2.1.3. Le courant jurisprudentiel de l'arrêt *Smythe et autres* c. *MRN* 25:10
2.1.4. Sommaire 25:12

2.2. SITUATION DEPUIS LA RÉFORME DE 1972 ..... 25:12
2.2.1. Contexte 25:12
2.2.2. Jurisprudence 25:17
2.3. LES TRANSACTIONS DE TYPE PIPELINE 25:25
2.3.1. Description 25:25
2.3.2. Le paragraphe 84(2) L.I.R. et les transactions pipeline 25:26

3. LIQUIDATION, CESSATION OU RÉORGANISATION DE L'ENTREPRISE 25:32

3.1. LIQUIDATION, CESSATION DE L'ENTREPRISE 25:33
3.2. RÉORGANISATION DE L'ENTREPRISE 25:34
3.2.1. L'affaire *Kennedy* c. *MRN* 25:34
3.2.2. L'affaire *Geransky* c. *La Reine* 25:36
3.2.3. L'affaire *McMullen* c. *La Reine* 25:38
3.2.4. Implications pratiques 25:40

4. FONDS OU BIENS D'UNE SOCIÉTÉ 25:42

4.1. ACQUISITION DES ACTIONS DE LA SOCIÉTÉ CIBLE AVEC DES FONDS EMPRUNTÉS 25:42
4.2. DÉPOUILLEMENT DE SURPLUS SANS DISTRIBUTION DE BIENS DE LA SOCIÉTÉ 25:43
4.2.1. L'affaire *Geransky* 25:43
4.2.2. L'arrêt *Tremblay* c. *La Reine* 25:48
4.2.3. Sommaire 25:52

5. ACTIONNAIRE, FILIALE ET SOUS-FILIALE 25:53

CONCLUSION 25:54

INTRODUCTION*

Adopté en 1924, le paragraphe 84(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1] est l'une des plus anciennes dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et, au cours des ans, a fait l'objet de plusieurs amendements législatifs. À l'origine, le paragraphe 84(2) L.I.R. semblait une disposition technique à portée limitée, soit la réalisation de dividendes présumés dans certaines situations déterminées. Avec l'évolution de la jurisprudence et de l'interprétation des autorités fiscales, il est graduellement devenu une quasi-mesure générale antidépouillement de surplus. Curieusement, plus de 87 ans après son adoption, la compréhension de la portée du paragraphe 84(2) L.I.R., parmi les membres de la communauté fiscale, est fort inégale : pour bien des fiscalistes, le libellé précis du paragraphe 84(2) L.I.R. se concilie difficilement avec certaines décisions des tribunaux et l'interprétation qu'en font les autorités fiscales.

La confusion et l'incertitude quant au champ d'application du paragraphe 84(2) L.I.R. découlent vraisemblablement de trois réalités. D'abord, par l'utilisation de concepts tels que « de quelque façon que ce soit », « de la liquidation, de la cessation, de l'exploitation ou de la réorganisation de son entreprise » et « des fonds ou des biens d'une société », le libellé du paragraphe 84(2) L.I.R. est en soi source de problèmes d'interprétation. Ensuite, dans bien des cas, la jurisprudence relative au paragraphe 84(2) L.I.R., très ancienne, est peu connue de la communauté fiscale et cadre mal avec la politique fiscale contemporaine. Enfin, peu invoqué pendant les années qui ont suivi la Réforme fiscale de 1972, le paragraphe 84(2) L.I.R. n'a retrouvé que récemment sa popularité auprès des autorités fiscales à titre de mesure antidépouillement de surplus. De façon à mieux cerner la portée du paragraphe 84(2) L.I.R., le présent texte décrira, dans un premier temps, les conditions de base propres au paragraphe 84(2) L.I.R. Par la suite, il mettra l'accent sur le problème des liquidations indirectes, c'est-à-dire lorsque la remise des biens de la société est effectuée par l'intermédiaire d'un tiers, et il abordera le cas spécifique des transactions de type « pipeline ». Enfin, les notions de « liquidation, cessation ou réorganisation », « fonds ou biens de la société » et d'« actionnaire » seront discutées.

---

* L'auteur tient à remercier M^e^ Sandy Robitaille, M. Fisc., de sa précieuse collaboration dans le cadre de la préparation du présent texte.

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

1. NOTIONS DE BASE

1.1. HISTORIQUE

Le paragraphe 3(9) de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*[2], première version de notre paragraphe 84(2) L.I.R., fut adopté, en 1924, en réaction à une certaine jurisprudence, dont l'arrêt *Inland Revenue Commissioners* v. *Burrell*[3], qui assimilait les distributions dans un contexte de liquidation de sociétés à des distributions de nature capital non imposables. Puisque, en termes de politique fiscale, il n'y a pas de raison de distinguer entre les distributions de dividendes pendant l'exploitation de l'entreprise et les distributions des profits accumulés au moment de la liquidation de la société, le paragraphe 3(9) L.I.G.R. fut intégré à la législation fiscale de façon à présumer la réalisation d'un dividende dans ce dernier cas :

> « 3(9) Lors de la liquidation, de la cessation ou de la réorganisation des affaires d'une compagnie constituée en corporation, la distribution sous quelque forme que ce soit des biens de la compagnie est censée le paiement d'un dividende dans la mesure où la compagnie avait en sa possession un revenu non distribué. »

Au cours des années, cette disposition a fait l'objet de plusieurs amendements législatifs pour finalement devenir le paragraphe 84(2) L.I.R., tel que nous le connaissons aujourd'hui :

> « Lorsque des fonds ou des biens d'une société résidant au Canada ont, à un moment donné après le 31 mars 1977, été distribués ou autrement attribués, de quelque façon que ce soit, aux actionnaires ou au profit des actionnaires de toute catégorie d'actions de son capital-actions, lors de la liquidation, de la cessation de l'exploitation ou de la réorganisation de son entreprise, la société est réputée avoir versé au moment donné un dividende sur les actions de cette catégorie, égal à l'excédent éventuel du montant ou de la valeur visés à l'alinéa a) sur le montant visé à l'alinéa b):
>
> a) le montant ou la valeur des fonds ou des biens distribués ou attribués, selon le cas;
>
> b) le montant éventuel de la réduction, lors de la distribution ou de l'attribution, selon le cas, du capital versé relatif aux actions de cette catégorie;

---

2 S.C. 1917, ch. 28 (« L.I.G.R. »).

3 [1924] 2 K.B. 52.

> chacune des personnes qui détenaient au moment donné une ou plusieurs des actions émises est réputée avoir reçu à ce moment un dividende égal à la fraction de l'excédent représentée par le rapport existant entre le nombre d'actions de cette catégorie qu'elle détenait immédiatement avant ce moment et le nombre d'actions émises de cette catégorie qui étaient en circulation immédiatement avant ce moment. »

D'un point de vue historique, la politique fiscale sous-jacente aux différentes versions du paragraphe 84(2) L.I.R. était relativement simple : imposer sous forme de dividende la distribution aux actionnaires des actifs d'une société en processus de liquidation ou de réorganisation.

1.2. CONDITIONS D'APPLICATION

Pour que le paragraphe 84(2) L.I.R. s'applique, les conditions suivantes doivent être remplies :

1) Il doit y avoir, de quelque façon que ce soit, distribution de fonds ou de biens d'une société résidant au Canada.

2) La distribution doit être faite aux actionnaires ou au profit des actionnaires de toute catégorie d'actions.

3) La distribution doit être effectuée lors de la liquidation, de la cessation de l'exploitation ou de la réorganisation de son entreprise.

Si ces conditions sont remplies, la société est réputée avoir déclaré un dividende sur les actions de cette catégorie égal à l'excédent du montant ou de la valeur des fonds ou biens distribués sur toute réduction, découlant de l'opération, du capital versé des actions de cette catégorie. De même, chaque personne qui détenait, au moment de la distribution, des actions de cette catégorie est réputée avoir reçu un dividende calculé sur la base de la formule suivante :

$$\text{Dividende réputé payé par la société} \times \frac{\text{Nombre d'actions de cette catégorie détenues par la personne immédiatement avant la distribution}}{\text{Nombre d'actions émises de cette catégorie immédiatement avant la distribution}}$$

Si ce mécanisme est relativement clair, il comporte des questions d'interprétation assez manifestes, commentées subséquemment dans le présent texte :

- La distribution peut être faite de quelque façon que ce soit, aux actionnaires ou au profit des actionnaires.

- Il doit y avoir liquidation, cessation, réorganisation.

- Il doit s'agir de fonds ou de biens de la société.

2. DISTRIBUTION, ATTRIBUTION

Le paragraphe 84(2) L.I.R. est une disposition large, qui s'applique à toute distribution directe d'actifs dans un contexte de liquidation ou de réorganisation d'une entreprise, peu importe la technique de distribution utilisée. Par exemple, advenant la situation où la société A désire distribuer la totalité de ses actifs à ses actionnaires, le paragraphe 84(2) L.I.R. s'appliquera dans tous les cas suivants :

- liquidation de la société A (il s'agit évidemment de l'application la plus naturelle du paragraphe 84(2) L.I.R.);

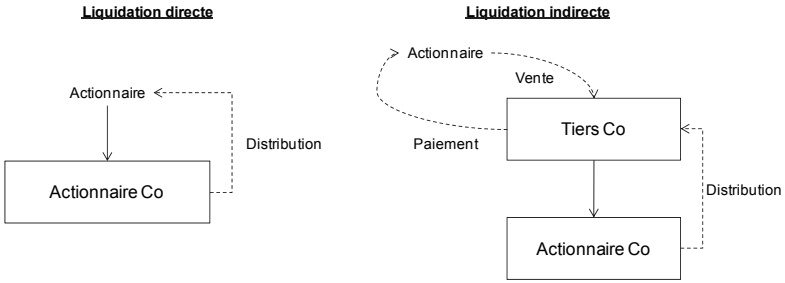
- rachat des actions de la société A (priorité du paragraphe 84(2) sur le paragraphe 84(3) L.I.R.);

- réduction du capital versé des actions de la société A (priorité du paragraphe 84(2) sur le paragraphe 84(4) L.I.R.);

- appropriation des fonds par les actionnaires de la société A (priorité du paragraphe 84(2) sur le paragraphe 15(1) L.I.R., ce qui permet aux actionnaires de bénéficier du crédit d'impôt pour dividendes).

En raison de l'utilisation de l'expression « de quelque façon que ce soit », la jurisprudence a dû s'interroger très tôt sur l'application du paragraphe 84(2) L.I.R. à des mécanismes de liquidation « indirecte », c'est-à-dire lorsque la remise des actifs de la société est effectuée par l'intermédiaire d'un tiers. Dans ces scénarios, il n'y a pas distribution directe par la société à son actionnaire, mais plutôt vente par cet actionnaire des actions de la société à un tiers, apparenté ou non, qui utilise les actifs de la société afin d'acquitter le prix d'achat des actions. Conceptuellement, la

distinction entre « liquidation directe » et « liquidation indirecte » peut être illustrée comme suit :



Le scénario de liquidation indirecte, sur le plan financier, est l'équivalent d'un mécanisme de liquidation directe, c'est-à-dire que l'actionnaire reçoit ultimement les actifs de la société. Cependant, d'un point de vue fiscal, en l'absence de dispositions statutaires applicables, le résultat est la conversion de ce qui, en substance, est un dividende de liquidation en transaction de nature capital. Ainsi, en lieu et place d'un dividende de liquidation, l'actionnaire réalise un gain en capital sur la vente de ses actions, ce qui, dépendamment des époques, peut entraîner un tout autre traitement fiscal. À ce propos, la question de savoir si le paragraphe 84(2) L.I.R. et les dispositions qui l'ont précédé couvrent les situations de « liquidation indirecte » fait partie du paysage fiscal depuis 1924. Malheureusement, tel qu'il a été attesté par les récentes discussions sur les transactions de type pipeline, le débat n'est pas encore tout à fait résolu.

Une revue du traitement fiscal des situations de « liquidation indirecte » nécessite un retour aux premières années du régime fiscal canadien. En effet, la réalité est que les problèmes d'interprétation existant en 2011 à l'égard du paragraphe 84(2) L.I.R. découlent d'arrêts jurisprudentiels des années 1940, 1950 et 1960. Dans cette optique, la discussion qui suit est divisée en deux parties : la première couvre la période antérieure à la Réforme de 1972, et la seconde décrit la situation depuis la mise en place de cette réforme.

2.1. SITUATION AVANT LA RÉFORME DE 1972

2.1.1. Contexte

Afin de bien comprendre l'évolution de la jurisprudence dans la période précédant la Réforme de 1972, une remise en contexte est essentielle :

- Antérieurement à la Réforme de 1972, les dividendes, incluant les dividendes de liquidation, sont imposables, alors que les gains en capital ne le sont pas. Ce cadre législatif a inévitablement créé un incitatif à la mise en place de techniques de dépouillement de surplus visant à convertir ce qui aurait autrement été des dividendes imposables en gains en capital non imposables. À cet égard, le rapport de la Commission Carter expliquait ceci :

> « The term surplus-stripping is usually applied to situations where there is an actual distribution of accumulated corporate income and tax thereon is avoided by legal but artificial means. In the original version the shareholder realized on the accumulated income by a tax-free sale of shares, while the actual distribution went tax free to another corporation set up for the purpose and could be applied to it toward the purchase price of the shares[4]. »

- L'apparition de mécanismes de dépouillement de surplus, souvent très « agressifs », a motivé les tribunaux à utiliser tous les outils statutaires disponibles afin de contrer ces planifications jugées abusives.

- Pendant plusieurs années, les dispositions statutaires visant à restreindre le dépouillement de surplus étaient relativement peu développées. Le libellé imprécis des dispositions qui ont précédé notre version actuelle du paragraphe 84(2) L.I.R. a permis aux tribunaux de bloquer un certain nombre de stratagèmes de dépouillement de surplus.

Ainsi, graduellement, de disposition technique à portée assez spécifique, les dispositions qui ont précédé notre paragraphe 84(2) L.I.R. actuel ont migré vers un quasi-statut de mesure générale antidépouillement de surplus. Entre autres, cette évolution se reflète dans l'attitude des tribunaux à l'égard des situations de « liquidation indirecte ».

2.1.2. L'arrêt *Merritt* c. *MRN*[5]

Dans l'affaire *Merritt*, la société Security Loan and Savings Company (« SLSC ») avait vendu l'ensemble de ses actifs à la société Premier Trust Company (« PTC »). En contrepartie de l'achat des actifs, PTC s'engageait à émettre directement aux actionnaires de SLSC, pour chaque action détenue et à leur choix :

---

4 COMMISSION CARTER, *Commission royale d'enquête sur la fiscalité*, vol. 4, 1967, pp. 12-13 (« rapport Carter »).

5 [1941] C. de l'É. 175 (« *Merritt* »).

- soit une action et demie de son capital-actions;

- soit 102 $ et une demi-action de son capital-actions.

Le contribuable ayant exercé la seconde option, PTC lui émit en échange de ses 259 actions un paiement comptant de 26 690,75 $ (incluant un dividende accru) et 130 actions de son capital-actions. Bien que le contribuable ait considéré les montants reçus à titre de contrepartie pour ses actions et donc de nature capital, les autorités fiscales invoquèrent le paragraphe 19(1) L.I.G.R., ancêtre du paragraphe 84(2) L.I.R., afin de recaractériser une partie des montants reçus à titre de dividende. À cette époque, le libellé de cette disposition était plutôt général :

> « On the winding up, discontinuance or reorganization of the business of any incorporated company, the distribution in any form of the property of the company shall be deemed to be the payment of a dividend to the extent that the company has on hand undistributed income. »

De fait, sans simplifier à outrance les données de cette affaire, la séquence normale des opérations aurait été l'encaissement par SLSC du prix de vente de ses actifs, suivi d'une distribution sous forme de dividende de liquidation en faveur de ses actionnaires. Le scénario utilisé permettait donc indirectement aux actionnaires de SLSC d'encaisser leur quote-part de ce qui aurait dû constituer un dividende de liquidation, sous forme de produit de nature capital non imposable. Confrontée à cette situation, la Cour de l'Échiquier du Canada opta pour une interprétation libérale du paragraphe 19(1) L.I.G.R. et donna raison aux autorités fiscales :

> « 7 I entertain no difficulty over the construction to be given the words "winding-up, discontinuance or reorganization," as used in s. 19(1) of the Act. In construing those words we must look at the substance and form of what was done here. In the case *In re South African Supply and Cold Storage Company*[*], Buckley J. had to consider whether or not there had been a winding-up "for the purpose of reconstruction or amalgamation," and he said "that neither the word reconstruction nor the word amalgamation has any definite legal meaning. Each is a commercial and not a legal term, and, even as a commercial term has no exact definite meaning." I think that would be equally true of the words of s. 19(1) which I have just mentioned. There was no "winding-up" of the Security Company by a liquidator, but there was in fact, I think, a winding-up of the business of that company and I think the word "winding-up" may be given that meaning here, although I need not definitely so decide because, in any event, there was a "discontinuance" of the business of the Security Company, and whether that was brought about by a sale to or amalgamation with the Premier Company is, in my opinion, immaterial. I therefore think there is no room for any dispute of substance but that the Security Company discontinued its business in a real and commercial sense, and that for a consideration it

> disposed of all its property and assets, however far that may carry one in deciding the issues in this case. There is, therefore, no necessity for attempting any precise definition of the words "winding-up, discontinuance or reorganization." What was done with the business of the Security Company fell somewhere within the meaning and spirit of those words. Neither do I entertain any doubt that there was a distribution of the property of the Security Company among its shareholders, in the sense contemplated by s. 19(1) of the Act, under the terms of the Agreement after its ratification by the shareholders of the Security Company. It is immaterial, in my opinion, that the consideration received by the appellant for her shares happened to reach her directly from the Premier Company and not through the medium of the Security Company. »

En regard du régime fiscal applicable avant la Réforme de 1972, l'arrêt *Merritt* est un jugement important. En effet, cette décision est la première d'une longue série en faveur d'une interprétation élargie des dispositions qui ont précédé le paragraphe 84(2) L.I.R. quant aux situations de liquidation indirecte par voie de vente non imposable à des tiers.

2.1.3. Le courant jurisprudentiel de l'arrêt *Smythe et autres c. MRN*[6]

Le contexte fiscal ayant cours avant 1972 fut excessivement prolifique quant à la création de divers mécanismes de dépouillement de surplus. Bien des stratégies reposaient sur la vente non imposable des actions d'une société cible « liquide » à des tiers/accommodateurs qui, en raison de leur situation ou planification particulière, étaient en position de se distribuer en franchise d'impôt les actifs de la société cible et de les utiliser, moyennant rémunération, aux fins du paiement de l'actionnaire-vendeur. Plusieurs de ces stratégies furent contestées devant les tribunaux qui, sur la base de l'arrêt *Merritt*, assimilèrent ces planifications de « liquidation indirecte » à des cas d'application des dispositions qui ont précédé notre paragraphe 84(2) L.I.R. actuel.

Arrêt *Smythe*

> « In the year 1961 C. Smythe Limited was an active company with substantial assets and "undistributed income on hand" amounting to $728,652. When transactions which I next propose to outline had been completed this undistributed income was in the hands of the shareholders of C. Smythe Limited in the form of $275,336 in cash and $453,316 in the form of non-interest bearing debentures of a newly incorporated company, C. Smythe for Sand Limited. From this point on I will refer to the two companies as the "old

6 [1970] R.C.S. 64 (« *Smythe* »).

company" and the "new company". The application for incorporation of the new company is dated December 13, 1961. […]

With respect, it is unnecessary and undesirable that the issue should be defined in these terms. I think the case is plainly covered by Section 81(1) of the Act and that it is unnecessary to express any opinion on the scope of Section 137(2) of the Act.

There appears to be no doubt that the reassessments were made under Section 81(1) of the Act on the basis that there had been a winding-up, discontinuance or reorganization of the old company. […] »

Arrêt *Craddock et Atkinson* c. *MRN*[7]

« 4 I now turn to a brief summary of the facts. The scheme is, in substance, the same as that in the Smythe appeals. I have mentioned the shareholders in the old company. On April 19, 1963, a new company – Allied Heating Supply (1963) Ltd. – was incorporated as a private Saskatchewan corporation. The ownership of the common shares of the new company was substantially the same as that of the old company. The new company agreed to buy the assets of the old company for $101,000. The common shares of the old company were divided into two classes, with the proportionate ownership of the subdivided shares remaining unchanged. The new company gave a cheque for $101,000 in exchange for the assets of the old company. This cheque was covered by what is called a "daylight loan" from a bank.

5 The next transaction was a sale by the appellants of their shares in the old company, as subdivided, to certain individuals who were engaged in the business of dividend-stripping. These individuals and companies were to perform their services for a fee of $3,000. The old company distributed its assets by way of a liquidating dividend. The appellants received $96,000 of this amount, which they then lent to the new company to cover that company's cheque for the purchase of the assets. […]

7 For the reasons delivered in the Smythe appeals, I would hold that these receipts were taxable to the appellants in their proportionate shares as deemed to be dividends under Section 81(1), and that they are entitled to the dividend tax credits which they have already been allowed. »

Affaire *David* c. *La Reine*[8]

« Le demandeur prétend que l'article 81(1) ne s'applique pas parce que le paiement des actions du groupe David ne constituait pas une distribution ou

---

7 69 D.T.C. 5369 (C.S.C.).

8 75 D.T.C. 5136 (C.F. 1re inst.).

autre sorte d'appropriation des fonds de la compagnie à une époque où elle avait en main un revenu non distribué, et, en outre, parce que cette opération ne fut pas effectuée "lors de la liquidation, de la cessation ou de la réorganisation" de l'entreprise de cette compagnie. J'ai conclu que, même si le paiement leur fut versé indirectement en raison de certains agissements de tierces personnes sur lesquelles les frères David n'avaient aucun contrôle, le résultat final revenait néanmoins à l'utilisation des fonds de la compagnie, y compris son revenu non distribué, pour le paiement de leurs actions et l'expression "ou autrement affectés (à un ou plusieurs de ses actionnaires) à leur avantage" est assez large pour inclure les opérations en cause. Il m'est plus difficile de conclure que ces opérations eurent lieu "lors de" […]. »

2.1.4. Sommaire

De cette courte revue de la situation existant avant 1972, il appert clairement que les tribunaux n'ont pas limité le champ d'application des dispositions ayant précédé notre paragraphe 84(2) L.I.R. actuel aux situations de liquidation directe. Plus particulièrement, ces dispositions ont été appliquées aux mécanismes de liquidation indirecte, c'est-à-dire lorsque les actions d'une société cible « liquide » étaient vendues à un tiers qui en utilisait les actifs aux fins du paiement du vendeur. Ainsi, elles sont devenues un outil important dans la lutte des tribunaux à l'encontre des mécanismes de conversion des surplus en transactions de nature capital. À ce stade, il faut néanmoins replacer cette jurisprudence dans le contexte qui lui est propre : non-imposition des gains en capital, libellé plus imprécis des dispositions qui ont précédé notre paragraphe 84(2) L.I.R. actuel et, plus généralement, cadre statutaire beaucoup moins élaboré que le contexte contemporain.

2.2. SITUATION DEPUIS LA RÉFORME DE 1972

2.2.1. Contexte

Le paragraphe 84(2) L.I.R. se lit comme suit :

« Lorsque des fonds ou des biens d'une société résidant au Canada ont, à un moment donné après le 31 mars 1977, été distribués ou autrement attribués, de quelque façon que ce soit, aux actionnaires ou au profit des actionnaires de toute catégorie d'actions de son capital-actions, lors de la liquidation, de la cessation de l'exploitation ou de la réorganisation de son entreprise, la société est réputée avoir versé au moment donné un dividende sur les actions de cette catégorie, égal à l'excédent éventuel du montant ou de la valeur visés à l'alinéa a) sur le montant visé à l'alinéa b) :

a) le montant ou la valeur des fonds ou des biens distribués ou attribués, selon le cas;

> b) le montant éventuel de la réduction, lors de la distribution ou de l'attribution, selon le cas, du capital versé relatif aux actions de cette catégorie;
>
> chacune des personnes qui détenaient au moment donné une ou plusieurs des actions émises est réputée avoir reçu à ce moment un dividende égal à la fraction de l'excédent représentée par le rapport existant entre le nombre d'actions de cette catégorie qu'elle détenait immédiatement avant ce moment et le nombre d'actions émises de cette catégorie qui étaient en circulation immédiatement avant ce moment. »

À ce propos, il convient de se demander si le libellé du paragraphe 84(2) L.I.R., après la Réforme de 1972, permet toujours une application de cette disposition aux situations de « liquidation indirecte ». En effet, une lecture attentive de cette disposition statutaire, prenant en compte le contexte global de la législation fiscale mise en place en 1972, peut justifier une interprétation plus restrictive de sa portée. En particulier, les éléments suivants peuvent être perçus comme suggérant que le paragraphe 84(2) L.I.R. ne peut s'appliquer qu'aux personnes détenant des actions de la société au moment précis où elle se départit de la propriété de ses actifs :

- La distribution ou l'appropriation de fonds ou de biens devrait correspondre à l'opération par laquelle la société effectue le transfert de la propriété de ses actifs. On peut faire un parallèle avec le libellé du paragraphe 69(5) L.I.R. qui établit le produit de disposition réputé à ce moment.

- La distribution ou l'appropriation doit être aux actionnaires ou au profit des actionnaires de toute catégorie de son capital-actions.

- La société est réputée avoir versé un dividende sur les actions de cette catégorie.

- Si la distribution ou l'appropriation est effectuée d'une façon qui réduit le capital versé, par exemple un rachat d'actions, le montant de la réduction du capital versé diminue le montant du dividende présumé.

- Le dividende présumé est réparti entre les actionnaires selon une formule qui tient compte du pourcentage des actions détenues au moment du transfert de propriété des actifs :

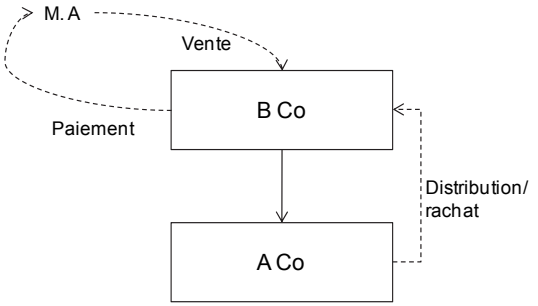
$$\text{Dividende présumé reçu} = \text{Fonds ou biens distribués} \times \frac{\text{Nombre d'actions de la catégorie détenues par la personne immédiatement avant la distribution}}{\text{Nombre d'actions de la catégorie émises immédiatement avant la distribution}}$$

Prenons l'exemple suivant de « liquidation indirecte » (aux fins de la discussion, le paragraphe 245(2) L.I.R. n'a pas été considéré) :

- M. A détient des actions de A Co, dont l'entreprise a été vendue et qui ne détient que des liquidités.

- M. A vend des actions de A Co à B Co. Cette transaction est imposable et, évidemment, n'est pas admissible à l'exonération du gain en capital.

- A Co rachète la quasi-totalité des actions détenues par B Co qui utilise les liquidités afin de payer à M. A le prix d'achat des actions de A Co.



Sur la base du libellé du paragraphe 84(2) L.I.R., l'interprétation la plus naturelle serait probablement la suivante :

- La distribution des actifs de A Co, aux fins du paragraphe 84(2) L.I.R., intervient au moment du rachat des actions par A Co.

- Au moment du rachat des actions par A Co, le seul et unique actionnaire de A Co est B Co.

- A Co est réputé avoir versé un dividende à B Co pour l'excédent du prix de rachat sur le capital versé des actions détenues par B Co.

- Au moment du transfert de propriété des actifs par A Co, M. A n'est plus actionnaire de A Co et n'est donc pas visé par le mécanisme de dividende présumé prévu au paragraphe 84(2) L.I.R.

Cette interprétation plus restrictive du paragraphe 84(2) L.I.R. se heurte à l'important courant jurisprudentiel qui avait cours avant la Réforme de 1972. En effet, ces décisions n'ont jamais exigé le statut d'actionnaire tout au long de la série de transactions et, en fait, ont appliqué les dispositions qui ont précédé le paragraphe 84(2) L.I.R. actuel à maints scénarios de « liquidation indirecte », c'est-à-dire à des distributions après le moment où le bénéficiaire du dividende réputé (M. A dans notre exemple) a cessé d'être actionnaire de la société donnée.

En dépit des précédents jurisprudentiels de la période antérieure à 1972, une approche plus restrictive à l'égard de l'interprétation du paragraphe 84(2) L.I.R. n'est pas sans justification.

D'abord, sous l'angle de la politique fiscale, la situation après la Réforme de 1972 diffère grandement du contexte qui existait avant 1972. En fait, le besoin de recourir à une interprétation excessivement large du paragraphe 84(2) L.I.R. apparaît moins évident :

1) Les gains en capital sont dorénavant imposables et les possibilités de dépouillement sont en grande partie éliminées. En particulier, les planifications de « liquidation indirecte » ne permettent généralement plus la matérialisation des surplus en franchise d'impôt : en effet, la cession des actions à un tiers, préalablement à une opération de liquidation, est en soi une transaction imposable à titre de gain en capital. Tel qu'il a été mentionné dans le rapport Carter, l'imposition des gains en capital visait, entre autres, à décourager le dépouillement de surplus :

> « Over the years many more complex variations of surplus-stripping have been devised, all directed toward the extraction of undistributed income from a corporation without payment of substantial further tax. Many of these depend on the avenue of the incorporate tax-free dividend, and nearly all would be discouraged by the taxation of share gains[9]. »

---

[9] Rapport Carter, précité, note 4, p. 13.

2) Dans les rares situations où les gains en capital ne sont pas imposés, le législateur a mis en place des mécanismes spécifiques visant à empêcher le dépouillement de surplus, par exemple :

   – l'article 84.1 L.I.R., dans le cadre des valeurs au jour E et de l'exonération du gain en capital;

   – l'article 212.1 L.I.R., pour les non-résidents.

3) Il y a eu aussi maintien, après la Réforme de 1972, de l'article 247 L.I.R., une règle visant spécifiquement le dépouillement de surplus.

4) Depuis 1988, la mise en place de la règle générale antiévitement (« RGAÉ ») permet de couvrir les situations abusives de dépouillement de surplus qui échappent aux dispositions antiévitement spécifiques. À cet égard, depuis l'adoption de cette règle, nous verrons que les tribunaux n'ont pas hésité à l'appliquer en ce sens.

D'autre part, sur un plan purement technique, l'importation du courant jurisprudentiel ayant cours avant 1972 dans le cadre de la législation fiscale mise en place avec la Réforme de 1972 pose des problèmes sérieux de cohérence interne et d'application pratique. En fait, une interprétation trop libérale du paragraphe 84(2) L.I.R. entraîne, à l'évidence, des résultats peu conciliables avec l'économie générale de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Eu égard au scénario de « liquidation indirecte » donné en exemple ci-dessus, on pourrait, entre autres, mentionner les questionnements suivants :

- Même si, en vertu de la jurisprudence antérieure à 1972, on reconnaît, en vertu du paragraphe 84(2) L.I.R., un dividende à M. A, rien dans la loi fiscale ne vient empêcher l'application du paragraphe 84(2) L.I.R. au rachat des actions de A Co détenues par B Co. En substance, une même distribution par A Co génère deux dividendes présumés payés par A Co : un pour M. A et un pour B Co.

- M. A est déjà imposable, sous forme de gain en capital, lors de la vente de ses actions de A Co à B Co. L'application subséquente du paragraphe 84(2) L.I.R. lors de la réception des actifs soulève la possibilité d'un deuxième niveau d'imposition, sous forme de dividende.

- Si B Co est une société liée à M. A, les paramètres de l'article 84.1 L.I.R. seraient également pris en compte. Il y aurait à la fois dividende réputé payé par B Co en vertu de l'article 84.1 L.I.R. et par A Co en vertu du

paragraphe 84(2) L.I.R. Or, l'interaction entre les articles 84.1 et le paragraphe 84(2) L.I.R. n'est pas régi statutairement.

De fait, ces incohérences (et plusieurs autres auraient pu être mentionnées) peuvent être perçues comme une indication que le paragraphe 84(2) L.I.R., tel qu'il a été rédigé à la suite de la mise en place de la Réforme de 1972, n'était pas considéré par le législateur comme applicable aux situations de « liquidation indirecte ». Si tel est le cas, l'actionnaire visé au paragraphe 84(2) L.I.R. est celui qui détient des actions au moment précis du transfert des actifs par la société (B Co dans l'exemple ci-dessus) : le paragraphe 84(2) L.I.R. ne pourrait s'appliquer à celui qui a vendu les actions à cet actionnaire lors d'une opération préalable (M. A dans l'exemple ci-dessus) puisqu'il n'est plus actionnaire au moment précis du transfert des actifs de la société.

Depuis la mise en place de la Réforme de 1972, l'application du paragraphe 84(2) L.I.R. aux situations de « liquidation indirecte » a fait l'objet de deux décisions jurisprudentielles, les affaires *McNichol et autres* c. *La Reine*[10] et *RMM Canadian Enterprises Inc.* c. *La Reine*[11]. Malheureusement, tel qu'il sera démontré dans la prochaine section, ces jugements sont peu conciliables et n'ont pas permis de statuer de façon définitive sur l'application du paragraphe 84(2) L.I.R., subséquemment à la Réforme de 1972, aux planifications de « liquidation indirecte ».

2.2.2. Jurisprudence

2.2.2.1. L'affaire *McNichol*

Dans l'affaire *McNichol*, le principal actif de la société Bec Holding Corporation Limited (« Bec »), un immeuble dans lequel les appelants exerçaient leur pratique juridique, a été vendu. Peu de temps après cette vente, une relation de ce cabinet d'avocats s'est proposée pour l'achat des actions de la société Bec pour 300 000 $. À ce moment, l'actif de cette société était alors constitué uniquement de 314 491 $, dont 314 191 $ en argent. L'acquéreur créa la société Beformac Holdings Limited (« Beformac ») afin que cette dernière puisse acquérir la société Bec. Puisque Beformac n'avait alors que 62 $ dans son compte de banque, elle emprunta d'une institution financière la somme de 300 000 $ nécessaire à la

[10] 97 D.T.C. 111 (C.C.I.) (« *McNichol* »).

[11] 97 D.T.C. 302 (C.C.I.) (« *Equilease* »).

réalisation de cette transaction. Après la conclusion de la vente, les fonds furent encaissés par les actionnaires et ces derniers ont utilisé leur exonération du gain en capital. Près d'une semaine plus tard, Bec et Beformac fusionnaient, le prêt de 300 000 $ étant ultimement remboursé à la banque.

L'Agence du revenu du Canada (« ARC ») conclut à une opération de dépouillement de surplus, invoquant en alternance le paragraphe 84(2) L.I.R., l'article 84.1 L.I.R. et le paragraphe 245(2) L.I.R. Quant au paragraphe 84(2) L.I.R., la Cour canadienne de l'impôt en fit une interprétation fort restrictive. En particulier, puisque les fonds ayant servi au paiement des appelants avaient été empruntés, le juge Bonner conclut qu'il n'était pas possible de prétendre que les fonds encaissés par les appelants provenaient de la société et donc que le paragraphe 84(2) L.I.R. trouvait application :

> « I have concluded that subsection 84(2) does not apply. The respondent's argument involves the conversion of the transaction which in fact took place into something else which is regarded as its equivalent and the application of the subsection to the latter. I know of no authority for such a process. Subsection 84(2) is not ambiguous. It applies only "where funds or property of a corporation ... have ... been distributed or otherwise appropriated in any manner whatever to or for the benefit of the shareholders ...". It is impossible to conclude that the money which found its way into the pockets of the appellants was Bec's money in the face of evidence which demonstrates clearly that
>
> (a) Beformac used money borrowed from CIBC to fund the payment of the sale price to the appellants and
>
> (b) Bec's money remained in its bank account until the amalgamation of Bec and Beformac on April 5, 1989 and continued to sit in that same bank account as an asset of the amalgamated company until April 21, 1989 when a portion of the money was used to retire the $300,000 debt to CIBC which had been incurred by Beformac[12]. »

À ce propos, les arrêts *Merrit* et *Smythe* furent écartés en ces termes :

> « Counsel for the respondent relied on the decision of the Supreme Court of Canada in *M.N.R. v. Merritt*, [1942] S.C.R. 269. In that case the taxpayer held shares in Security Company. It sold its assets and undertaking to a purchaser, Premier Company. The contract called for Premier to pay the consideration which consisted of 1½ fully paid shares of Premier for each Security Company share to the shareholders and not, as might have been expected, to Security

---

12 *McNichol*, précité, note 10, 115.

itself. The assessment of tax rested on the premise that the appellant thereby received a pro rata share of the undistributed income on hand of Security. Subsection 19(1) of the *Income War Tax Act* provided that:

> (1) On the winding-up, discontinuance or reorganization of the business of any incorporated company, the distribution in any form of the property of the company shall be deemed to be the payment of a dividend to the extent that the company has on hand undistributed income.

It is perhaps not surprising that it was held that the diversion, into the hands of the shareholders of Security, of consideration for the sale of Security's assets was regarded as a "distribution in any form of the property of the company" within the meaning of section 19. Merritt is not of assistance in analyzing the question whether funds or property of Bec were distributed or appropriated to the appellants within the meaning of subsection 84(2) because, as already indicated, the funds paid to the appellants were the proceeds of a loan made to Beformac and because Bec retained its property for some time after the purchase price was paid to the appellants. The Merritt case does shed light on the meaning of the phrase "... upon the winding-up, discontinuance or reorganization of the business ..." of a corporation. However, no question of timing arises in the present case because the evidence shows that the event which subsection 84(2) requires to be timed, a distribution to the appellants of funds or property of Bec, cannot, by reason of the form of the transaction, be said to have occurred either directly or indirectly or at all[13]. »

Enfin, puisqu'il y avait vente véritable, la Cour canadienne de l'impôt refusa de considérer les événements ayant suivi la vente des actions :

« The respondent's characterization of the transaction as something other than a sale of shares rests in part on the premise that the appellants participated in or in some way were responsible for the events which followed the share sale. I gather from the comment of Mr. Smith, the CIBC official, that it was assumed by all concerned that Beformac would, after completing the purchase, do exactly what it did but that is not a basis for finding that either it or Mr. Forestell was under any obligation to the appellants to adopt that or any other course of action. I reject the respondent's submission that Forestell acted in an "agent-like" way. So far as the appellants were concerned the completion of the sale of the shares was the end of the matter. They had their money and anything that Mr. Forestell did or caused Beformac to do was of no concern to them. The appellants cannot be linked to events that occurred after the closing of the sale of the shares[14]. »

---

13 *Id*., 116.

14 *Id*., 116-117.

La position du juge Bonner est intéressante à bien des points de vue. D'une part, il s'agit clairement d'une situation où un tribunal a refusé d'appliquer les arrêts *Merritt* et *Smythe* à un cas de « liquidation indirecte » survenu dans la période subséquente à la Réforme de 1972. Ensuite, bien que cette position soit vraisemblablement en lien avec le raisonnement du tribunal quant au financement par emprunt du prix d'acquisition, le jugement met de côté les transactions intervenues après que le cédant eut cessé d'être actionnaire : « The appellants cannot be linked to events that occured after the closing of the sale of the shares. »

Pour les appelants, le gain quant à la non-application du paragraphe 84(2) L.I.R. fut sans effet puisque, ultimement, le juge Bonner conclut à l'application de la RGAÉ.

2.2.2.2. L'affaire *Equilease*

Dans cette affaire, Itel Corporation (« Itel »), une société publique américaine, a fait l'acquisition en 1988 de la société Equilease Corp. (« EC »), une société non résidente canadienne qui détenait une filiale canadienne nommée Equilease Ltd. (« EL »), qui détenait elle aussi une filiale canadienne du nom de Equilease Canada, Limited (« ECL »).

Pour des raisons fiscales, le 27 juin 1989, les actions que EC détenait dans sa filiale canadienne ont été vendues à RMM Canadian Enterprises Inc. (« RMM »), société nouvellement constituée dont l'un des administrateurs, M. McLachlan, se trouvait à être un ami d'un administrateur de Itel; les autres administrateurs de RMM étaient des avocats au même cabinet d'avocats que M. McLachlan. En contrepartie, RMM payait un montant équivalant aux liquidités de EL et ECL ainsi qu'un montant égal au remboursement d'impôt auquel ces dernières prévoyaient avoir droit. Le financement de cet achat a été effectué par un prêt d'une banque américaine à RMM, prêt qui était garanti par les actifs de la société américaine EC. À la suite de cette transaction, EL a été liquidée dans RMM et la société ECL a fusionné avec cette dernière. Avec les liquidités de ces deux sociétés, RMM a ensuite remboursé le prêt à la banque américaine.

Cette opération permettait de convertir ce qui aurait été un dividende de liquidation assujetti à l'impôt de la partie XIII L.I.R. en gain en capital exempté en vertu des conventions fiscales internationales applicables. Sur l'application du paragraphe 84(2) L.I.R., le juge Bowman de la Cour canadienne de l'impôt s'exprime comme suit :

« What of the fact that there was a sale of shares? Of course there was a sale. It was not a sham. "Sale of shares" is a precise description of the legal relationship. Nor do I suggest that the doctrine of "substance over form" should dictate that I ignore the sale in favour of some other legal relationship. That is not what the doctrine is all about. Rather it is that the essential nature of a transaction cannot be altered for income tax purposes by calling it by a different name. It is the true legal relationship, not the nomenclature that governs. The Minister, conversely, may not say to the taxpayer "You used one legal structure but you achieved the same economic result as that which you would have had if you used a different one. Therefore I shall ignore the structure you used and treat you as if you had used the other one".

One cannot deny or ignore the sale. Rather, one must put it in its proper perspective in the transaction as a whole. The sale of EL's shares and the winding-up or discontinuance of its business are not mutually exclusive. Rather they complement one another. The sale was merely an aspect of the transaction described in subsection 84(2) that gives rise to the deemed dividend. The flaw in the appellant's position and, I should think, in the assessor's view that he had to go through section 245 to get to section 84, is that it is predicated upon an either/or hypothesis: either the amounts received are the proceeds of the sale of the shares of EL or they represent a distribution or appropriation of funds or property of EL on the winding-up or discontinuance of EL's business and the two cannot co-exist. Indeed they can, and they did. I do not think that the brief detour of the funds through RMM stamps them with a different character from that which they had as funds of EL distributed or appropriated to or for the benefit of EC. Nor do I think that the fact that the funds that were paid to EC by RMM were borrowed from the bank and then immediately repaid out of EL's money is a sufficient basis for ignoring the words "in any manner whatever". In *Merritt v. M.N.R.*, [1941] Ex. C.R. 175, Maclean, P. said at p. 182:

> I therefore think there is no room for any dispute of substance but that the Security Company discontinued its business in a real and commercial sense, and that for a consideration it disposed of all its property and assets, however far that may carry one in deciding the issues in this case. There is, therefore, no necessity for attempting any precise definition of the words "winding-up, discontinuance or reorganization." What was done with the business of the Security Company fell somewhere within the meaning and spirit of those words. Neither do I entertain any doubt that there was a distribution of the property of the Security Company among its shareholders, in the sense contemplated by s. 19 (1) of the Act, under the terms of the Agreement after its ratification by the shareholders of the Security Company. It is immaterial, in my opinion, that the consideration received by the appellant for her shares happened to reach her directly from the Premier Company and not through the medium of the Security Company.

In the Supreme Court of Canada ([1942] S.C.R. 269) the majority of the court at p. 274 agreed with this statement but reversed the Exchequer Court on other grounds.

> In *McNichol et al. v. The Queen*, 97 DTC 111 Bonner, J. held, on facts that superficially bear some resemblance to these, that subsection 84(2) did not apply and that therefore it was necessary to invoke GAAR. In other words, he held that without the recharacterization sanctioned by GAAR there was no appropriation or distribution of the funds or property of Bec Holding Corporation Limited on the winding-up or discontinuance of the company's business. I shall not set out all the factual differences that distinguish that case from this case beyond noting that there was no finding in that case that Beformac Holdings Limited was an instrumentality in the overall transaction. There was no payment of any of Beformac's legal fees by the shareholders. A much greater period of time elapsed before the bank was paid off. There appears to have been no conterminous winding-up and amalgamation of Beformac and Bec. Beformac was an existing corporation and was not, as in this case, created solely to facilitate the transaction which had as its only purpose the distribution of EL's funds to EC. It is sufficient to say that Bonner J. reached a conclusion on the facts that were adduced in evidence in that case and I would not presume to disagree with his conclusions of fact. On the facts of this case, however, I have concluded that subsection 84(2) applies.
>
> The words "distributed or otherwise appropriated in *any manner whatever* on the winding-up, discontinuance or reorganization of its business" are words of the widest import, and cover a large variety of ways in which corporate funds can end up in a shareholder's hands. See *Merritt* (*supra*); *Smythe et al. v. M.N.R.*, 69 DTC 5361 (S.C.C.). They were unquestionably received on the winding-up or discontinuance of EL's business and it is impossible to say that the funds that found their way into EC's hands were not on any realistic view of the matter EL's funds, notwithstanding the brief intervention of the bank and RMM[*].
>
> On the basis of this conclusion it follows that under subsection 84(2) there was a deemed dividend received by EC equal to the excess of the amount or value of the funds distributed over EL's paid-up capital[15]. »

La décision du juge Bowman dans l'affaire *Equilease* constitue une adhésion aux principes jurisprudentiels ayant cours avant la Réforme de 1972. En dépit des efforts du juge Bowman afin d'en distinguer les faits propres, l'affaire *Equilease* est, à bien des égards, peu conciliable avec le jugement rendu dans l'affaire *McNichol*. De fait, il exprime un point de vue divergent quant à l'application du paragraphe 84(2) L.I.R. aux planifications de « liquidation indirecte » dans le contexte de la législation en place depuis la Réforme de 1972. Bien que l'on puisse comprendre l'inconfort du tribunal relativement au résultat recherché par le contribuable, le raisonnement utilisé laisse un peu perplexe et l'application du paragraphe 84(2) L.I.R. dans le

---

15 *Equilease*, précité, note 11, 307-308.

cadre de la législation mise en place en 1972 soulève bien des questionnements. Tel qu'il a été noté par les auteurs Boychuk et Rowe :

> « With respect to the application of subsection 84(2), the authors prefer the reasoning of Judge Bonner. There is a clear distinction between the sale of shares and the distribution of corporate property. In addition, it is doubtful that subsection 84(2) was intended to apply to a transaction involving the sale of shares where the sale was not a "sham." Further, the grounds on which Judge Bowman distinguished the McNichol decision are not convincing. In both cases, a party known to the shareholders purchased the shares using borrowed funds in a transaction which the purchaser was participating for a "fee." The fact that in Equilease, the purchasing company was a newly formed rather than an existing company with no particular business, or that the amalgamation and winding-up | occurred more quickly in Equilease, do not appear to be significant. In our view, Judge Bowman's finding that RMM was "instrumental" in the surplus-stripping transaction is not a sufficient basis for the expansive interpretation of subsection 84(2) adopted by him[16]. »

De même, mentionnons cet énoncé de l'auteur Powrie :

> « Consider a naked surplus strip of the type considered early on in the GAAR jurisprudence in the cases of *McNichol* and *Equilease*. In this example, an individual taxpayer owns shares in a taxable Canadian corporation (Cashboxco) whose sole asset is cash. Cashboxco's shares have a nominal paid-up capital. The taxpayer/shareholder can sell Cashbox Co's shares without realizing capital gains subject to tax in Canada because, previously, she had realized a capital gain on the shares that was exempt from tax under the capital gains exemption in section 110.6 (similar to the situation in *McNichol*). Alternatively, the same result could arise because she is a non-resident of Canada and the shares are not taxable Canadian property under subsection 248(1) (similar to the situation in *Equilease*). If Cashboxco were to be wound up, the taxpayer would be deemed to receive a dividend under subsection 84(2) which would be subject to tax, and she also would realize a capital loss.
>
> The taxpayer's tax plan is to sell the shares of Cashboxco to an unrelated, arm's length, taxable Canadian corporation (Purchaserco) for a cash payment. By doing so, she hopes her tax consequence will be determined under section 40 – that is, that she will realize tax exempt proceeds (and no capital gain) because she is a Canadian resident individual and has created adjusted cost base in her shares under the shelter of her capital gains exemption. Purchaserco borrows the money to finance the share purchase. The cash purchase price is less than the cash in Cashboxco. Some time after having purchased the shares of Cashboxco, Purchaserco causes Cashboxco to be wound up and uses most of its tax-free

---

[16] Daryl P. BOYCHUK et Edward C. ROWE, « The General Anti-Avoidance Rule: Recent Developments and Some Practical Advice on Dealing with GAAR », dans *1997 Prairie Provinces Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1997, pp. 6:1-34.

> liquidation proceeds to repay its purchase financing, pocketing the surplus as, in effect, a fee.
>
> On a largely textual interpretation of the rules, this transaction works. Although subsection 84(2) would tax the taxpayer's proceeds from the Cashboxco shares if Cashboxco distributed its cash to her while she was a shareholder, it should not, despite the reasoning of the Tax Court in *Equilease*, apply on a largely textual reading. The words of the rule in subsection 84(2) describe funds having "been distributed or otherwise appropriated in any manner whatever to or for the benefit of the shareholders" and therefore are broad. It is not much of a stretch to say that the liquidation of Cashboxco into Purchaserco results in Cashboxco's funds having been distributed or otherwise appropriated in some manner for the benefit of the former shareholder. However, the rule in subsection 84(2) is specific in deeming a dividend to have been received *at the time* of the appropriation "by each person who held any of the issued shares at that time." The text of the rule provides no ambiguity about this precise timing. The only time at which Cashboxco property is distributed or otherwise appropriated is the time at which it makes a distribution to Purchaserco. Until then, Cashboxco still has its money. When the distribution occurs, the taxpayer is not a shareholder of Purchaserco. Therefore, she cannot, on the wording of subsection 84(2) alone, be deemed to have received a dividend.
>
> Similarly, the sale proceeds would be deemed to be a dividend received by the selling shareholder (under subsection 84.1(1)) if she were not dealing at arm's length with Purchaserco: there is a sale of shares of a corporation resident in Canada, by an individual resident in Canada, to another corporation; after the sale the purchased corporation is connected to the purchaser corporation; and the sale proceeds exceed both the paid-up capital of the transferred shares and the transferor's adjusted cost base of the transferred shares (ignoring the portion that arose under the shelter of the seller's capital gains exemption). However, it is well established that an independent third party purchaser participant in a tax plan can, in fact, deal at arm's length with a vendor where the purchaser has an independent financial interest and an independent mind. Because the sale is to an arm's length person, the taxpayer's share sale proceeds are not recharacterized as a dividend under section 84.1.
>
> On this reading, the Tax Court in *McNichol* had the pre-GAAR analysis of a naked surplus strip right, and the Tax Court in *Equilease* had it wrong. The transaction "works" on a largely textual interpretation of the rules, and a largely textual interpretation is the correct one to apply if the GAAR is not engaged[17]. »

La position subsidiaire du juge Bowman, en faveur de l'application de la RGAÉ, apparaît plus mesurée et compatible avec l'économie générale de la loi. Pour ce qui est de l'interprétation du paragraphe 84(2) L.I.R., l'affaire

---

[17] Douglas J. POWRIE, « GAAR: A Planner's Perspective », dans *2010 Conference Report*, Toronto, Fondation canadienne de fiscalité, 2011, pp. 8:1-32, aux pages 8:17-18.

Equilease a été citée dans plusieurs décisions subséquentes, mais toutefois, aucun jugement dans le même sens n'a été rendu depuis.

2.2.2.3. Sommaire

De bons arguments, en termes de politique fiscale et de cohérence législative, militent en faveur d'une remise en question, après la Réforme de 1972, de l'interprétation élargie donnée par nos tribunaux aux dispositions qui ont précédé notre paragraphe 84(2) L.I.R. actuel. À ce propos, l'affaire *McNichol* peut constituer une certaine confirmation de ce point de vue. Toutefois, l'affaire *Equilease* est également un précédent pour la position opposée. Dans ce contexte, tant que les tribunaux d'appel ne se seront pas prononcés définitivement, la question demeurera non résolue.

2.3. LES TRANSACTIONS DE TYPE PIPELINE

Du côté de l'ARC, maints écrits et commentaires semblent confirmer qu'elle se sent liée par la jurisprudence antérieure à 1972 quant à l'application du paragraphe 84(2) L.I.R. aux cas de « liquidation indirecte ». Du reste, cette adhésion ne surprend pas puisque le paragraphe 84(2) L.I.R., interprété de façon extensive, confère à l'ARC un outil additionnel dans sa lutte à ce qu'elle considère être du dépouillement de surplus. D'ailleurs, les faits des affaires *McNichol* et *Equilease*, eu égard aux principes émanant des articles 84.1 et 212.1 L.I.R., n'étaient pas bien sympathiques et ont justifié, dans les deux cas, l'application corollaire du paragraphe 245(2) L.I.R. Le problème est que l'on ne peut limiter une interprétation élargie du paragraphe 84(2) L.I.R. aux situations de planification abusive. Celle-ci peut également s'appliquer à toute planification légitime dont les paramètres correspondent à ceux prescrits par l'interprétation extensive du paragraphe 84(2) L.I.R. Les restructurations de type pipeline sont un bon exemple d'application inattendue de l'interprétation élargie du paragraphe 84(2) L.I.R.

2.3.1. Description

Le pipeline est une technique qui utilise le coût fiscal élevé des actions détenues par une succession afin de lui permettre, ultimement, de distribuer les biens de la société sans générer de dividende imposable présumé reçu et de perte en capital. Le principal avantage de cette stratégie est que les valeurs ainsi reçues par la succession sont imposées à un taux de gain en capital (en raison du décès) plutôt que de dividende (en raison du rachat ou de la distribution). Selon les valeurs en cause et la province de résidence, l'écart entre ces deux taux peut être significatif et il peut donc en découler

une économie d'impôts importante. À ce propos, voici un exemple d'une transaction du type pipeline.

M. A est décédé. Il était l'actionnaire unique d'Investco dont les seuls actifs sont des placements de portefeuille ne comportant aucun gain en capital latent significatif. N'ayant aucune conjointe à son décès, un gain en capital d'environ 1 M$ a été imposé dans les dernières déclarations de revenus de M. A. Advenant que la succession procède à la liquidation d'Investco, elle subirait un dividende présumé payé de même qu'une perte en capital d'environ 1 M$. Dans la mesure où cette perte en capital était subie dans la première année d'imposition de la succession, un choix fiscal permettant de reporter cette perte contre le gain en capital imposé entre les mains de M. A dans l'année de son décès pourrait être effectué. Dans cette situation, bien qu'il n'y aurait pas de double imposition, le montant de 1 000 000 $ serait imposé à un taux de dividende plutôt qu'à un taux de gain en capital.

D'un autre côté, la succession pourrait implanter une stratégie pipeline. Pour ce faire, elle aurait tout d'abord à incorporer une nouvelle société (« Nouco ») dont elle serait l'unique actionnaire. Puis, elle vendrait à cette dernière les actions d'Investco qu'elle possède. Dans notre exemple, puisque le coût fiscal des actions de la succession serait élevé, soit 1 M$, en raison du décès de M. A, la succession ne subirait aucune conséquence fiscale lors de cette vente. En contrepartie, elle recevrait de Nouco un billet à demande et/ou des actions ayant un plein capital versé (donc aucun dividende réputé payé advenant leur rachat par Nouco). Le « conduit » ou pipeline, qui permettrait ultérieurement de retirer 1 M$ de valeur de Nouco sans impôt, serait alors créé. Par la suite, Investco serait liquidée et Nouco utiliserait les liquidités reçues aux fins de rembourser le billet ou de réduire le capital versé des actions émises lors de l'achat des actions d'Investco. Par l'utilisation de la technique du pipeline, la succession aura ainsi obtenu les actifs d'Investco à un taux de gain en capital plutôt qu'à un taux de dividende.

2.3.2. Le paragraphe 84(2) L.I.R. et les transactions pipeline

Les transactions pipeline comportent les caractéristiques d'un mécanisme de « liquidation indirecte » :

1) Il y a vente à un tiers, soit la société de gestion constituée aux fins de l'opération.

2) Le prix d'achat des actions est acquitté par l'acquéreur à même les actifs de la société faisant l'objet du pipeline.

À ce propos, sur la base des conclusions du juge Bowman dans l'affaire *Equilease* et des arrêts rendus antérieurement à la Réforme de 1972, l'ARC a énoncé à maintes occasions les risques d'application du paragraphe 84(2) L.I.R. aux transactions pipeline effectuées sur une courte période. Par exemple, plusieurs documents émanant de l'ARC méritent mention[18].

Il ne semble pas que cette position ait été développée en vue de mettre fin à ce type de planification. En fait, sur le plan de la politique fiscale, les transactions pipeline apparaissent plutôt bien fondées :

1) Il ne s'agit pas d'une situation de dépouillement de surplus puisqu'il y a eu imposition au décès à titre de gain en capital. Cette facette peut être contrastée avec les faits des affaires *McNichol* et *Equilease* où, pour différentes raisons, le gain en capital était exempté.

2) L'imposition des surplus d'entreprise à titre de gain en capital et non de dividende découle du choix du législateur à l'égard de l'adoption des règles de disposition réputée au décès (par. 70(5) L.I.R.).

3) Les autorités fiscales permettent généralement les planifications visant à éviter la double imposition pouvant résulter des règles d'impôt au décès et rien dans la législation fiscale ne semble indiquer que le paragraphe 164(6) L.I.R. soit la seule solution acceptable à cet égard.

Les prises de position de l'ARC semblent simplement refléter une volonté de cohérence quant à sa vision élargie, au sens de l'affaire *Equilease*, de la portée du paragraphe 84(2) L.I.R. Par exemple, l'ARC répondait comme suit dans la Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des produits financiers du Congrès 2009 de l'Association de planification fiscale et financière (« APFF ») :

> « **13. Planification *post mortem* pipeline**
>
> Depuis que le taux d'imposition du gain en capital est inférieur au taux d'imposition d'un dividende, lors du décès d'un contribuable qui détient des

[18] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2002-0154223, 13 novembre 2002; 2005-014211R3, 2 novembre 2005; 2007-0237511R3, 24 octobre 2007; 2009-0326961C6; 2009-0346351R3, 27 avril 2010; 2010-0388591R3, 4 avril 2011; 2010-0389551R3, 12 novembre 2010; 2010-0377601R3, 11 novembre 2010.

actions d'une compagnie devant être liquidée à court terme, il peut être préférable d'utiliser la technique *post mortem*, dite pipeline, plutôt que le paragraphe 164(6) L.I.R. afin que le montant devenant imposable par suite du décès du contribuable le soit à titre de gain en capital plutôt qu'à titre de dividende.

Par exemple, présumons que le contribuable détient la totalité des actions d'une compagnie canadienne imposable (ci-après "ACO"), qui n'est pas une société exploitant une petite entreprise, ayant une JVM de 100 000 $ et un coût de 100 $.

ACO possède une encaisse de 100 000 $, un capital-actions de 100 $ et des bénéfices non répartis de 99 900 $ et n'a aucun passif.

À son décès, le contribuable est présumé avoir disposé de ses actions pour 100 000 $ et réalise un gain en capital de 99 900 $.

La succession du contribuable est réputée avoir fait l'acquisition des actions pour une somme de 100 000 $, laquelle correspond à la fois au coût et à la JVM des actions pour la succession.

La succession constitue une nouvelle société canadienne imposable (ci-après "BCO") et y souscrit 100 actions ordinaires pour 100 $.

La succession vend les actions d'ACO à BCO à un prix de 100 000 $ payable par l'émission d'un billet à demande, sans intérêt. Aucun impôt n'en découle.

ACO est ensuite liquidée dans BCO et tous ses biens sont remis à BCO.

À la réception des biens d'ACO, dont l'encaisse de 100 000 $, BCO rembourse le billet de 100 000 $ dû à la succession.

BCO est ensuite dissoute.

Finalement, la succession remet au(x) légataire(s) la somme de 100 000 $ extraite d'ACO.

Le résultat final est que la plus-value des actions d'ACO sera imposée comme gain en capital entre les mains du contribuable décédé.

Le paragraphe 164(6) L.I.R. aurait plutôt donné lieu à un dividende imposable de 99 900 $ entre les mains de la succession, provoquant une perte en capital de 99 900 $ dans la succession, laquelle perte en capital aurait été appliquée par le liquidateur contre le gain en capital réalisé par le contribuable décédé.

Les décisions anticipées F 2002-0154223 et F 2005-0142111R3 laissent sous-entendre que la succession ne devrait pas procéder à la liquidation d'ACO dans BCO avant qu'il se soit écoulé une période d'au moins une année si elle veut

profiter de ces décisions, toutes deux favorables relativement à la non-application de l'article 84.1 L.I.R. ainsi que des paragraphes 84(2) et 245(2) L.I.R.

De plus, dans les deux décisions anticipées mentionnées ci-dessus, il était fait mention que durant l'année d'attente en question, la société donnée, c'est-à-dire ACO, continuerait d'exploiter son entreprise, et ce, de la même manière que cela se faisait auparavant.

Dans l'interprétation technique F 2006-0170641E5 du 29 juin 2006, l'ARC mentionne que cette attente d'un an de même que le maintien d'ACO comme entité juridique distincte continuant d'exploiter son entreprise pour cette période d'un an faisaient partie des opérations projetées soumises par les contribuables concernés et ne sauraient être qualifiés à proprement parler d'une "exigence" de l'ARC. L'ARC mentionne également qu'elle reconnaît toutefois que ces éléments ont contribué à permettre à la présente Direction de conclure à la non-application du paragraphe 84(2) L.I.R.

a) Pourquoi obliger la succession de maintenir la structure d'ACO et BCO en place pendant toute une année et de retarder ainsi le règlement de la succession, puisque le résultat de la dissolution d'ACO dans BCO sera la reconnaissance d'un dividende imposable versé par ACO à BCO de 99 900 $? Ce dividende n'entraînera aucune imposition puisqu'il sera versé entre deux sociétés canadiennes imposables rattachées.

b) En quoi l'application du paragraphe 84(2) L.I.R. changerait-elle quelque chose à cet état de fait?

c) En quoi le report de la dissolution pendant une année changera-t-il quelque chose à l'application ou la non-application du paragraphe 84(2) L.I.R.?

d) S'il faut absolument maintenir la structure d'ACO et de BCO pendant une année, est-ce une année civile ou une année financière qui pourrait être plus courte?

Réponse de l'ARC aux questions a) et b)

La question a) fait état d'un dividende inter-société qui résulterait de la liquidation d'une filiale dans sa société mère en vertu du paragraphe 88(1) L.I.R. Normalement, aucun dividende inter-société ne résulte d'une telle liquidation. En effet, l'alinéa 88(1)d.1) L.I.R. édicte que le paragraphe 84(2) L.I.R. ne s'applique pas à la liquidation de la filiale.

D'autre part, l'application potentielle du paragraphe 84(2) L.I.R. dans une planification *post mortem* de type pipeline entraînerait non pas un dividende inter-société, mais plutôt un dividende réputé versé par une société (ACO dans l'exemple) et réputé reçu par un particulier (la succession dans l'exemple).

Réponse de l'ARC à la question c)

Dans le cadre des décisions anticipées F 2002-0154223 et F 2005-0142111R3, l'ARC a conclu que le paragraphe 84(2) L.I.R. n'était pas applicable aux opérations projetées pour imposer un dividende au particulier qui était ultimement bénéficiaire de la distribution ou de l'attribution. À cet égard, les opérations projetées indiquaient, entre autres, que la société donnée demeurait une entité juridique distincte (c'est-à-dire que cette société n'était pas liquidée dans une autre société ou fusionnée avec une autre société) pour une période d'au moins une année à compter du transfert d'actions du capital-actions de la société donnée par le particulier en faveur de la société nouvellement constituée. De plus, durant cette même période, la société donnée continuait d'exploiter son entreprise, et ce, de la même manière que cela se faisait auparavant. Par la suite, il était prévu que le billet payable serait remboursé (ou que la diminution du capital versé serait effectuée) sur une base progressive.

Si l'on se fonde sur ce qui précède, il était raisonnable, dans les circonstances et dans un contexte de planification *post mortem*, de considérer que les conditions d'application du paragraphe 84(2) L.I.R. n'étaient pas toutes respectées. Ainsi, le paragraphe 84(2) L.I.R. exige que des fonds ou des biens d'une société donnée soient distribués ou autrement attribués, de quelque façon que ce soit, à ses actionnaires ou au profit de ceux-ci, lors de la liquidation, de la cessation de l'exploitation ou de la réorganisation de l'entreprise de la société donnée. Dans les décisions anticipées F 2002-0154223 et F 2005-0142111R3, le particulier avait cessé d'être un actionnaire de la société donnée depuis une période d'au moins une année, préalablement à la réception des fonds ou des biens et à la liquidation, cessation de l'exploitation ou réorganisation de l'entreprise de la société donnée.

Par ailleurs, la situation brièvement décrite dans l'énoncé de la présente question nous semble différente de celles décrites dans les décisions anticipées F 2002-0154223 et F 2005-0142111R3. Entre autres, ACO ne semble plus exploiter d'entreprise préalablement au décès du contribuable et la totalité de ses éléments d'actif est constituée de liquidités. En conséquence et compte tenu du fait que l'énoncé de la présente question ne décrit que sommairement une situation donnée hypothétique, nous ne pouvons formuler de commentaires sur l'application potentielle du paragraphe 84(2) L.I.R. dans le cadre de la situation décrite dans l'énoncé.

Réponse de l'ARC à la question d)

Comme vous l'avez soulevé dans l'énoncé de la présente question, l'ARC a mentionné dans l'interprétation technique F 2006-0170641E5 que les éléments des décisions anticipées F 2002-0154223 et F 2005-0142111R3, sommairement décrits ci-dessus, faisaient partie des opérations projetées soumises par les contribuables concernés et ne sauraient être qualifiés, à proprement parler, d'une exigence de notre direction. Par ailleurs, nous tenons à préciser que la position de notre direction est de se prononcer sur l'application potentielle du paragraphe 84(2) L.I.R. au cas par cas, après avoir effectué un examen complet

> de tous les faits et circonstances se rapportant à une situation particulière donnée[19]. »

De ce qui précède, sous réserve des faits propres à chaque cas, on doit comprendre que l'ARC ne devrait pas appliquer le paragraphe 84(2) L.I.R. dans les circonstances suivantes :

1) Il y a un délai important (disons un an et plus) entre le moment du transfert des actions à la société de gestion et la liquidation de la société faisant l'objet du pipeline. Puisqu'au moment de la liquidation des actifs la succession n'est plus, depuis au moins un an, actionnaire de la société, il est, selon l'ARC, probablement très difficile de prétendre qu'il s'agit d'une distribution en faveur d'un actionnaire.

2) Entre ces deux moments, la société faisant l'objet du pipeline doit continuer d'exploiter son entreprise de placement. Ainsi, au moment du transfert à la société de gestion, il est possible de prétendre qu'il n'y a pas liquidation, cessation ou réorganisation de l'entreprise, autre prérequis à l'application du paragraphe 84(2) L.I.R.

Les efforts de l'ARC afin de définir un cadre à l'intérieur duquel les transactions pipeline n'entraînent pas l'application du paragraphe 84(2) L.I.R. sont louables. Pour la communauté fiscale, le message est clair : l'ARC accepte les transactions pipeline dans la mesure où des précautions sont prises afin d'éviter l'application du paragraphe 84(2) L.I.R. À cet égard, notons cette réponse à la Table ronde fédérale 2011 de la *British Columbia Tax Conference* :

> « Question 8: Pipeline Strategy
>
> Is the CRA's position on the so-called pipeline strategy unchanged?
>
> CRA Response:
>
> Post-mortem planning is used to mitigate a form of double taxation exposure at the shareholder level on shares of private corporations
>
> Two strategies: s. 164(6) Loss Carryback and Pipeline

---

[19] « Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des produits financiers », dans *Congrès 2009*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, pp. 47:1-58, question 13., aux pages 47:35-38.

S. 164(6) loss carryback results in taxation of corporate surpluses as a deemed dividend

Pipeline results in taxation of corporate surpluses as a capital gain

The pipeline is not dead...but the potential application anti-avoidance provisions of s. 84.1 and s. 84(2) must be reviewed

S. 84(2) could apply where, for example:

Funds or property of operating company would be distributed to the estate in a short time frame following death

Underlying assets of operating company would be cash and company would have no activities or business ("cash corporation")

Application of s. 84(2) results in dividend treatment

S.164(6) may be available where s. 84(2) applies

CRA previously accepted pipeline strategies where one more of the conditions of s. 84(2) were not met (for example, F 2002-0154223, F 2005-0142111R3, F 2007-0237511R3, F 2009-0346351R3, F 2010-0377601R3, F 2010-0388591R3 and E 2011-0403031R[20]. »

Néanmoins, compte tenu de l'incertitude actuelle entourant l'application du paragraphe 84(2) L.I.R. aux situations de « liquidation indirecte », la question de savoir si le paragraphe 84(2) L.I.R. peut s'appliquer aux transactions de type pipeline ne correspondant pas aux paramètres établis par l'ARC n'est pas résolue. Dans ce cadre, du point de vue du planificateur fiscal, le respect des énoncés de l'ARC est certainement l'approche à privilégier.

3. LIQUIDATION, CESSATION OU RÉORGANISATION DE L'ENTREPRISE

Pour qu'il y ait application du paragraphe 84(2) L.I.R., la distribution doit être effectuée dans le contexte de la liquidation, cessation ou réorganisation de l'entreprise. À cet égard, l'arrêt *Merritt* a établi le principe d'une interprétation large à donner à ces expressions :

---

[20] « Table ronde fédérale 2011 », dans *2011 British Columbia Tax Conference*, Toronto, Fondation canadienne de fiscalité, 2011, question 8.

> « 7 I entertain no difficulty over the construction to be given the words "winding-up, discontinuance or reorganization," as used in s. 19(1) of the Act. In construing those words we must look at the substance and form of what was done here. In the case *In re South African Supply and Cold Storage Company*[*], Buckley J. had to consider whether or not there had been a winding-up "for the purpose of reconstruction or amalgamation," and he said "that neither the word reconstruction nor the word amalgamation has any definite legal meaning. Each is a commercial and not a legal term, and, even as a commercial term has no exact definite meaning." I think that would be equally true of the words of s. 19(1) which I have just mentioned. There was no "winding-up" of the Security Company by a liquidator, but there was in fact, I think, a winding-up of the business of that company and I think the word "winding-up" may be given that meaning here, although I need not definitely so decide because, in any event, there was a "discontinuance" of the business of the Security Company, and whether that was brought about by a sale to or amalgamation with the Premier Company is, in my opinion, immaterial. I therefore think there is no room for any dispute of substance but that the Security Company discontinued its business in a real and commercial sense, and that for a consideration it disposed of all its property and assets, however far that may carry one in deciding the issues in this case. There is, therefore, no necessity for attempting any precise definition of the words "winding-up, discontinuance or reorganization." What was done with the business of the Security Company fell somewhere within the meaning and spirit of those words. Neither do I entertain any doubt that there was a distribution of the property of the Security Company among its shareholders, in the sense contemplated by s. 19(1) of the Act, under the terms of the Agreement after its ratification by the shareholders of the Security Company. It is immaterial, in my opinion, that the consideration received by the appellant for her shares happened to reach her directly from the Premier Company and not through the medium of the Security Company. »

La jurisprudence subséquente, en particulier en ce qui concerne l'expression « réorganisation de l'entreprise », a néanmoins nuancé fortement la portée de cet énoncé.

3.1. LIQUIDATION, CESSATION DE L'ENTREPRISE

La notion de liquidation et cessation de l'entreprise ne pose pas de difficultés particulières. De façon générale, elle permettra de couvrir la situation où les actifs détenus par la société après la cessation de l'entreprise (liquidités ou résidu des actifs liés aux opérations) sont distribués aux actionnaires. Cette expression a toutefois une portée plus large que le processus de liquidation et dissolution prévu dans nos lois sur les sociétés; plus précisément, elle ne requiert pas la fin de l'existence légale de l'entité corporative et une simple attribution sans dissolution de la société pourra se qualifier à titre de liquidation ou cessation de l'entreprise. À ce propos, le *Bulletin d'interprétation* IT-126R2 résume comme suit la position de l'ARC :

> « 2. Le paragraphe 84(2) s'applique à la distribution ou à l'attribution de fonds ou de biens par une société résidant au Canada à ses actionnaires ou au profit de ses actionnaires, lorsque des mesures effectives sont prises en vue de la liquidation, de la cessation de l'exploitation ou de la réorganisation de son entreprise. Ainsi, des cas n'allant pas jusqu'à la dissolution d'une société peuvent quand même résulter en l'application de ce paragraphe. Toutefois, étant donné que l'entreprise d'une société dépend de son statut de société, lorsque des mesures effectives sont prises en vue de la dissolution officielle de la société, cette dernière est également réputée liquider ou cesser d'exploiter son entreprise. Conformément à l'alinéa 88(1)d.1), le paragraphe 84(2) ne s'applique pas lorsque les dispositions du paragraphe 88(1) s'appliquent; toutefois, le paragraphe 84(2) s'appliquera, de façon générale, à la liquidation d'une société qui est assujettie aux dispositions du paragraphe 88(2)[21]. »

3.2. RÉORGANISATION DE L'ENTREPRISE

Le sens à donner à l'expression « réorganisation de l'entreprise » est plus problématique. De fait, en se fondant sur l'analyse des décisions rendues depuis l'arrêt *Merritt*, il faut conclure que les tribunaux ont, en pratique, adopté une interprétation plutôt restrictive de ce qui peut constituer une réorganisation d'entreprise.

3.2.1. L'affaire *Kennedy* c. *MRN*[22]

Les faits de l'affaire *Kennedy* se résument comme suit :

- M. James F. Kennedy était le seul actionnaire d'une société exploitant une concession automobile et détenant le terrain et le bâtiment sur lesquels la concession était exploitée.

- Pour des raisons d'affaires, M. Kennedy a acheté le terrain et le bâtiment appartenant à la société, pour un montant total d'environ 259 000 $. En retour, M. Kennedy s'engageait à louer cet emplacement à la concession automobile, pour un prix mensuel de 1 935 $.

- Contestant le prix négocié entre M. Kennedy et sa société, l'ARC prétendait que M. Kennedy, lors de l'achat de la propriété, avait reçu, en tant qu'actionnaire de la société, un avantage imposable important.

---

[21] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-126R2, « Signification de "liquidation" », 20 mars 1995, par. 2.

[22] 72 D.T.C. 6357 (C.F. 1re inst.) (« *Kennedy* »).

- M. Kennedy soutenait plutôt que, s'il y avait un avantage, celui-ci devait être considéré comme un dividende présumé découlant de la réorganisation d'une entreprise au sens du paragraphe 84(2) L.I.R., le rendant ainsi admissible au crédit d'impôt pour dividendes.

Confronté à ces faits, le juge Cattanach, de la Cour fédérale, conclut à la non-application du paragraphe 84(2) L.I.R. :

> « In section 81(1) the word "reorganization" is used in association with the words "winding-up" and "discontinuance". Both of those words contain an element of finality. The company is ended. It is therefore logical to assume that the word "reorganization" presupposes the conclusion of the conduct of the business in one form and its continuance in a different form.
>
> In the *Shorter Oxford Dictionary*, 3rd Ed. at page 1704, the word "reorganization" is defined as "a fresh organization" and the verb "reorganize" is defined as "to organize anew".
>
> In the circumstances of the present case there has been no "fresh" organization. The same company continued the same business in the same manner and in the same form. The only difference was that by reason of the sale of its premises the Company operated the same business from the same premises which were rented by it rather than being owned by it.
>
> This was merely the sale by the Company of a capital asset which did not result in the end of the business of the Company. It might have bought other premises from which to carry on its business but it chose to continue its business from the rented premises it had owned formerly. Obviously this would not affect the conduct of its business *per se* but only the manner in which the Company held the premises from which it conducted its business.
>
> In my view this is not a "reorganization" of the business in a commercial sense nor in the sense of the word as contemplated in section 81(1)[23]. »

L'affaire *Kennedy* est importante en ce qu'elle pose le principe que l'expression « réorganisation de l'entreprise » doit être confinée à des changements fondamentaux en regard de l'entreprise et non à des changements mineurs, sans impact réel sur la conduite des opérations. En l'espèce, le fait que l'exploitation s'effectue dans un bâtiment loué, par opposition à un bâtiment appartenant à la société, ne rencontrait pas les paramètres de l'expression « réorganisation de l'entreprise » : « The word "reorganization" presupposes the conduct of the business in one form and its continuance in a different form. »

---

[23] *Id*., 6362-6363.

3.2.2. L'affaire *Geransky* c. *La Reine*[24]

Quant aux faits de la cause *Geransky*, ils peuvent être résumés comme suit :

- L'entreprise de construction d'immeubles en béton Geransky Brothers Construction Ltd. (« GBC ») a été créée en 1978.

- GBC était une filiale à part entière de Geransky Holdings Ltd. (« GH »), dont les seuls actionnaires étaient MM. Dennis et Harvey Geransky (« frères Geransky ») et dont la principale activité était la détention des actions de GBC.

- En 1987, vu le contexte économique, GBC concluait qu'il serait plus avantageux de cesser de s'approvisionner en béton à l'externe et décidait alors de construire sa propre usine de fabrication de béton.

- En 1991, la société Lafarge Canada Inc. (« Lafarge ») approchait GBC dans l'espoir de faire l'acquisition de son entreprise de fabrication de béton, mais GBC n'était pas intéressée à ce moment.

- En 1992, le prix du béton chutant, les frères Geransky ont réalisé qu'il n'était plus avantageux que GBC fabrique son propre ciment et ils ont alors recontacté Lafarge.

- Une entente intervint entre les frères Geransky et Lafarge. Lafarge accepta d'acheter l'entreprise de fabrication de béton et les éléments d'actifs y afférents, tout en consentant à approvisionner GBC en béton pendant 10 ans.

- À la suite des recommandations d'un fiscaliste, les mesures suivantes furent prises :

  – Le ou vers le 15 février 1994, les frères Geransky ont chacun vendu 40 des 50 actions de catégorie « A » qu'ils détenaient dans GH en faveur de 606103 Saskatchewan Ltd. (« 606103 »), en contrepartie de 100 actions ordinaires de 606103. Les frères Geransky ont alors cristallisé un gain en capital de 500 000 $ chacun et ont réclamé en

[24] 2001 D.T.C. 243 (C.C.I.) (« *Geransky* »).

conséquence l'exonération du gain en capital. Le prix de base rajusté des actions que 606103 détenait dans GH était alors de 1 M$.

- Le ou vers le 21 février 1994, les frères Geransky, GBC, GH et Lafarge ont conclu une entente aux termes de laquelle Lafarge s'engageait à acheter des frères Geransky la totalité des actions de catégorie « A » qu'ils détenaient dans 606103 contre 477 450 $ comptant (un montant de 22 550 $ était dû par 606103 à chacun des deux actionnaires).

- Le 4 avril 1994, à 9 h, GBC déclarait un dividende de 1 M$ sur les actions détenues par GH. Ce dividende fut payé par le transfert d'éléments d'actifs relatifs à l'entreprise de fabrication de béton.

- Le 4 avril 1994, entre 10 h et 12 h, GH racheta les 80 actions de catégorie « A » détenues par 606103 pour 1 M$. En contrepartie, GH transféra les actifs relatifs à l'entreprise de fabrication de béton reçus de GBC lors du paiement du dividende.

- Plus tard ce même jour, Lafarge acheta la totalité des actions détenues par les frères Geransky dans 606103 tel qu'il avait été convenu et le résidu des actifs relatifs à l'entreprise de fabrication de béton détenus par GBC.

L'ARC, en plus de l'application de la RGAÉ, arguait qu'il y avait application du paragraphe 84(2) L.I.R. puisque, selon son analyse, des fonds ou biens de la société avaient été attribués aux appelants lors de la réorganisation de l'entreprise de la société. Les affaires *Smythe*, *Merritt* et *Equilease* étaient, entre autres, invoquées. La Cour canadienne de l'impôt refusa de donner raison aux procureurs de l'ARC et d'appliquer le paragraphe 84(2) L.I.R. L'un des principaux motifs était qu'il n'y avait pas eu réorganisation de l'entreprise de la société.

Le juge Bowman avait conclu que les activités de construction et de fabrication de béton constituaient une seule et même entreprise :

> « [8] Il n'y avait aucune distinction entre les membres du personnel ni les éléments d'actif de GBC selon qu'ils étaient affectés à la construction d'immeubles ou à la fabrication de ciment. Aucun compte distinct de DPA n'a été créé pour les éléments d'actif utilisés dans la construction, par opposition aux éléments d'actif utilisés dans la fabrication de ciment. GBC traitait les deux volets de l'entreprise comme une seule entreprise, et non deux, et c'est à mon

> avis ce qu'il fallait faire. La fabrication de ciment faisait simplement partie de l'entreprise de construction[25]. »

Par ailleurs, les deux tiers du béton fabriqué étant utilisés dans les opérations de l'entreprise de construction et le tiers des revenus bruts tirés des contrats de construction étant attribuable au béton fabriqué par la société, il était clair que la transaction de vente de l'usine de fabrication de ciment était, du point de vue de la stratégie d'affaires, de grande importance. Pourtant, le tribunal décida que la disposition des actifs de fabrication de ciment, dans les circonstances de la planification mise en place par les frères Geransky, n'équivalait pas à la réorganisation de l'entreprise de GBC et de l'entreprise de GH :

> « [20] Appliquons donc ce raisonnement à la présente affaire afin de voir où cela nous mène. Le paragraphe 84(2) est une disposition d'application relativement large qui permet d'aboutir au genre de conclusion que l'on trouve dans les affaires *Smythe*, *RMM* et *Merritt*. Néanmoins, je ne crois pas que l'on puisse le déformer au point de ne pouvoir le reconnaître.
>
> [21] a) Il n'y a eu ni cessation, ni liquidation ni réorganisation de quelque entreprise que ce soit d'une compagnie. Encore aujourd'hui, GH et GBC font ce qu'elles ont toujours fait[26]. »

À la suite de l'affaire *Geransky*, il est devenu évident que les tribunaux adhèrent à une approche très restrictive de ce qui constitue une réorganisation de l'entreprise.

3.2.3. L'affaire *McMullen* c. *La Reine*[27]

Dans l'affaire *McMullen*, l'appelant, M. Robert McMullen, ainsi que M. Bernard DeBruyn détenaient chacun 50 % des actions de la société DeBruyn McMullen Enterprises Limited (« DMEL »). La société DMEL exploitait une entreprise spécialisée en chauffage et en climatisation à deux endroits, à savoir Belleville et Kingston, en Ontario. Vu la mésentente régnant entre MM. McMullen et DeBruyn, ceux-ci ont décidé de scinder l'entreprise afin que chacun exploite une succursale. Pour ce faire, le 29 septembre 1995, la société 1149530 Ontario Inc. (« Ontario ») a été constituée par la conjointe de M. DeBruyn, seule actionnaire de cette

---

[25] *Id*., par. 8.

[26] *Id*., par. 20-21.

[27] 2007 D.T.C. 286 (C.C.I.) (« *McMullen* »).

nouvelle société. Le 1er octobre 1995, M. McMullen a vendu ses actions de catégorie « A » à Ontario et a réclamé l'exonération du gain en capital sur le gain ainsi réalisé. Ontario a acquitté subséquemment le prix d'achat à même un dividende reçu sur ses actions de catégorie « A » de DMEL. Toujours le 1er octobre 1995, Haven Home Comfort Inc., une société détenue en parts égales par M. McMullen et sa conjointe, fit l'acquisition des actifs de DMEL relatifs à la division Kingston à leur juste valeur marchande. À cet égard, cet achat était entre autres financé par une mise de fonds de M. McMullen, provenant du produit de la vente de ses actions de DMEL.

Par le jeu de la séquence des transactions décrites ci-dessus, M. McMullen et sa conjointe se sont retrouvés actionnaires d'une société détenant la totalité de l'entreprise située à Kingston, anciennement détenue par la société DMEL. En substance, tel qu'il a été résumé par le juge Lamarre : « le résultat final était que l'appelant a reçu une partie des actifs de DEL en échange de la cession de ses actions ». En dépit de l'ampleur de la restructuration, la Cour canadienne de l'impôt conclut que la séparation de la division de Kingston et de la division de Belleville, selon la série d'opérations analysées, n'équivalait pas à la réorganisation de l'entreprise de DMEL :

> « [20] In the present case, what in fact happened was that DEL sold its Kingston branch to HHCI, a corporation owned by the appellant and his wife, while keeping its business in Belleville. Had DEL sold its Kingston branch to a third party, that sale of part of its business presumably would not have been considered a reorganization. (See for example the case of *Geransky v. R.*, 2001 CarswellNat 272 (T.C.C. [General Procedure]), in which the cessation of a significant portion of a business and the resulting sale of the cement manufacturing assets to a third party did not constitute, in this Court's view, a reorganization within the meaning of subsection 84(2) of the Act.) The fact that the Kingston branch was sold to a corporation half of which was owned by the appellant, who had just severed his links with DEL, is in my view no different than selling to a third party. It is no different than the situation in the *Kennedy* case where a company sold its premises to its controlling shareholder. The situation here is even clearer, in my view, than that in *Kennedy*. Indeed, in *Kennedy*, the purchasing controlling shareholder leased back the premises to the company, which continued to operate its business from that site. In the present case, the appellant, through HHCI, purchased the Kingston assets from DEL and subsequently never had any dealings with that entity. DEL continued to operate its business in Belleville, but was no longer controlled by the same shareholders. Indeed, DEL was thereafter owned by Bernard DeBruyn and 114 Co, belonging to Linda DeBruyn. DEL's business was now focused only on Belleville and had ceased to be carried on by the same partners as those that had carried it on, when DEL had two branches. The end result was the sale by DEL of capital assets which did not result in the end of its business. Indeed, DEL did

> not discontinue its business. In my view, this was not a reorganization of the business as contemplated by subsection 84(2) of the *Act*[28]. »

Tout comme l'affaire *Geransky*, la cause *McMullen* reflète une interprétation très restrictive de la notion de réorganisation de l'entreprise.

3.2.4. Implications pratiques

Les problèmes relatifs à l'interprétation de l'expression « réorganisation de l'entreprise » ne sont pas nouveaux. Déjà en 1939, Plaxton écrivait ceci : « The application of provision in the case of reorganization is obscure in as much as the reorganization must be of the business of the company and this may exclude reorganization of the finances of the company[29]. »

Dans l'état actuel de la jurisprudence, en considérant les affaires *Kennedy*, *Geransky* et *McMullen*, il est excessivement difficile de déterminer ce qui peut constituer une « réorganisation de l'entreprise » aux fins du paragraphe 84(2) L.I.R. En fait, l'ARC pourra trouver difficile d'invoquer le paragraphe 84(2) L.I.R. dans toute situation où il n'y a pas clairement liquidation et cessation de l'entreprise. Bien que cette difficulté puisse dans bien des situations favoriser les contribuables, elle peut dans certains cas constituer un frein à certaines restructurations d'affaires, ayant recours au mécanisme du paragraphe 84(2) L.I.R. À ce propos, il semble que l'ARC soit disposée à démontrer une certaine ouverture dans son administration de la législation fiscale. À titre d'exemple, on peut se référer à la Table ronde sur la fiscalité fédérale du Congrès 2007 de l'APFF :

> « **17. Sens de "réorganisation" au paragraphe 84(2) L.I.R.**
>
> XCo. est une société publique aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* puisqu'une catégorie des actions émises et en circulation de son capital-actions est cotée à la Bourse. XCo. exploite deux mines, l'une qui produit du zinc, l'autre de l'or. XCo. désire séparer ses deux mines qui sont en activité dans des marchés très différents. XCo. crée Filiaco et lui transfère sa mine de zinc. Par la suite, XCo. réduit le capital versé des actions émises et en circulation de son capital-actions d'un montant équivalant à la JVM des actions de Filiaco. En guise de paiement pour la réduction du capital versé, XCo. transfère à ses actionnaires les actions qu'elle détient dans le capital-actions de Filiaco qui devient, elle aussi, une société publique aux fins de la loi.

---

[28] *Id*., par. 20.

[29] Herbert A.W. PLAXTON, *Canadian Income Tax Law*, The Carswell Company, Limited, 1939, pp. 179-180.

L'ARC estime-t-elle que la réduction du capital versé de XCo. profite du paragraphe 84(2) L.I.R. en considérant l'*obiter* suivant de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *McMullen* c. *La Reine* :

> "The end result was the sale by DEL of capital assets which did not result in the end of its business. Indeed, DEL did not discontinue its business. In my view, this was not a reorganization of the business as contemplated by subsection 84(2) of the *Act*."?

Réponse de l'ARC

L'application potentielle du paragraphe 84(2) L.I.R. nécessite l'analyse de tous les faits et circonstances se rapportant à une situation particulière donnée. Compte tenu du fait que l'énoncé de la présente question ne décrit que sommairement une situation donnée hypothétique, il nous apparaît impossible de nous prononcer de manière définitive sur l'application potentielle de cette disposition législative. Nous pouvons tout de même formuler les commentaires généraux suivants.

Dans la décision *McMullen*, le tribunal justifie sa position relativement à la non-application du paragraphe 84(2) L.I.R. en soulignant que le résultat final de la transaction analysée était la vente par DEL d'éléments d'actif de nature capital, vente qui n'avait pas entraîné la fin ou la cessation de l'entreprise de DEL. En conséquence, selon le tribunal, il n'y aurait pas de réorganisation de l'entreprise au sens du paragraphe 84(2) L.I.R.

Le tribunal semble fonder cette conclusion en partie sur la décision *Kennedy* c. *MRN*. Dans la décision *Kennedy*, une société exploitait une entreprise de concessionnaire d'automobiles. Cette société avait vendu l'emplacement où elle exerçait son entreprise à son actionnaire et avait ensuite loué cet emplacement dudit actionnaire. Le tribunal avait alors conclu que le changement du statut de propriétaire à celui de locataire de la société n'était pas suffisant pour constituer une réorganisation d'entreprise. C'est dans ce contexte que le tribunal a établi que la vente d'un élément d'actif de nature capital n'avait pas entraîné la réorganisation de l'entreprise de la société concernée. De l'avis de la Cour, cette vente d'élément d'actif n'avait pas eu de répercussions sur la façon dont l'entreprise était exploitée : la même société continuait d'exploiter la même entreprise de la même manière et dans la même forme. À première vue, la situation prévalant dans l'arrêt *Kennedy* nous semble différente de celle décrite dans la décision *McMullen*, ou encore de celle décrite dans l'énoncé de la présente question.

Le paragraphe 84(2) L.I.R. est applicable lorsque des fonds ou des biens d'une société résidant au Canada sont distribués ou autrement attribués, de quelque façon que ce soit, aux actionnaires non seulement lors de la liquidation ou de la cessation de l'entreprise de la société, mais également lors de la réorganisation d'une telle entreprise. Selon nous, il ressort clairement de la décision *Kennedy* que la "réorganisation" d'une entreprise est quelque chose de très différent de sa liquidation ou de sa cessation. Il ressort tout aussi clairement de l'arrêt *Kennedy* que l'entreprise d'une société continue lors d'une "réorganisation" d'entreprise.

> En conséquence, il n'est pas nécessaire pour une entreprise de cesser d'être exploitée afin qu'il y ait une "réorganisation" d'entreprise au sens du paragraphe 84(2) L.I.R. Au contraire, il appert de l'arrêt *Kennedy* que, pour qu'il y ait une "réorganisation" d'entreprise au sens du paragraphe 84(2) L.I.R., l'entreprise de la société visée doit continuer à être exploitée, mais sous une forme différente ou à une échelle différente[30]. »

4. FONDS OU BIENS D'UNE SOCIÉTÉ

Pour que le paragraphe 84(2) L.I.R. trouve application, il doit y avoir distribution de fonds ou de biens d'une société, notion qui a fait l'objet de certaines décisions de nos tribunaux.

4.1. ACQUISITION DES ACTIONS DE LA SOCIÉTÉ CIBLE AVEC DES FONDS EMPRUNTÉS

Dans un scénario de liquidation indirecte, le scénario le plus simple est celui où l'acquéreur achète les actions de la société cible et paie directement le vendeur avec les liquidités de la société cible. D'un autre côté, l'acquéreur pourrait emprunter les fonds d'un tiers et payer directement le vendeur avec les fonds empruntés, les liquidités de la société cible étant subséquemment utilisées afin de rembourser l'emprunt. Ainsi, tel qu'il a été mentionné précédemment, dans l'affaire *McNichol*, le juge Bonner adopta la position selon laquelle l'utilisation des fonds empruntés aux fins du paiement du vendeur ne pouvait être assimilée à une distribution des biens de la société :

> « I have concluded that subsection 84(2) does not apply. The respondent's argument involves the conversion of the transaction which in fact took place into something else which is regarded as its equivalent and the application of the subsection to the latter. I know of no authority for such a process. Subsection 84(2) is not ambiguous. It applies only "where funds or property of a corporation ... have ... been distributed or otherwise appropriated in any manner whatever to or for the benefit of the shareholders ...". It is impossible to conclude that the money which found its way into the pockets of the appellants was Bec's money in the face of evidence which demonstrates clearly that
>
> (a) Beformac used money borrowed from CIBC to fund the payment of the sale price to the appellants and
>
> (b) Bec's money remained in its bank account until the amalgamation of Bec and Beformac on April 5, 1989 and continued to sit in that same bank account

[30] « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 57:1-100, question 17., aux pages 57:46-47.

> as an asset of the amalgamated company until April 21, 1989 when a portion of the money was used to retire the $300,000 debt to CIBC which had been incurred by Beformac[31]. »

En se fondant sur des faits très similaires, le juge Bowman, dans l'affaire *Equilease*, développa la position opposée :

> « I do not think that the brief detour of the funds through RMM stamps them with a different character from that which they had as funds of EL distributed or appropriated to or for the benefit of EC. Nor do I think that the fact that the funds that were paid to EC by RMM were borrowed from the bank and then immediately repaid out of EL's money is a sufficient basis for ignoring the words "in any manner whatever"[32]. »

Sans revenir sur la question spécifique de l'application du paragraphe 84(2) L.I.R. aux situations de liquidation indirecte, une question non résolue, la position du juge Bowman reproduite ci-dessus apparaît plus conforme au libellé du paragraphe 84(2) L.I.R. et à l'utilisation de l'expression « de quelque façon que ce soit »; de fait, l'application du paragraphe 84(2) L.I.R. ne devrait pas dépendre de l'interposition ou non d'un financement temporaire.

4.2. DÉPOUILLEMENT DE SURPLUS SANS DISTRIBUTION DE BIENS DE LA SOCIÉTÉ

À certaines occasions, l'ARC a invoqué le paragraphe 84(2) L.I.R. dans des situations qui, selon son analyse, devaient être assimilées à du dépouillement de surplus mais qui, dans les faits, n'impliquaient pas de distribution de biens de la société en faveur de son actionnaire.

4.2.1. L'affaire *Geransky*[33]

Les faits de l'affaire *Geransky* ont été décrits à la section 3.2.2. du présent texte à laquelle nous référons le lecteur. Par le biais d'une série de transactions, les frères Geransky, dans le cadre d'une opération qui, en substance, était une vente d'actifs, avaient isolé une partie de ces actifs dans une société dont ils étaient les actionnaires pour ensuite en revendre les

---

31 *McNichol*, précité, note 10, 115.

32 *Equilease*, précité, note 11, 307.

33 Précité, note 24.

actions à Lafarge, ce qui leur permettait de matérialiser le bénéfice de leur exemption du gain en capital.

Pour le juge Bowman, le paragraphe 84(2) L.I.R. ne pouvait s'appliquer à cette restructuration, et ce, pour deux motifs. D'abord, tel qu'il a été mentionné antérieurement, il n'y avait pas « réorganisation de l'entreprise » au sens de cette disposition. Ensuite et surtout, Lafarge avait acheté les actions avec ses propres fonds et n'avait en aucune façon utilisé les actifs des sociétés concernées aux fins de financer le paiement du prix d'achat :

> « J'ai demandé à l'avocat de l'intimée de quelle société il était question pour l'application du paragraphe 84(2); il a répondu qu'il s'agissait à la fois de GH et de GBC. Si l'on fait abstraction du fait que l'appelant n'était pas actionnaire de GBC, je ne peux voir quels fonds ou quels biens de l'une ou l'autre compagnie ont fini par se trouver entre les mains de l'appelant. Ce dernier a vendu 40 de ses actions de catégorie A de GH à 606103 pour la somme de 500 000 $. Cela a entraîné un gain en capital. Si l'on s'arrête ici, on ne peut voir comment des fonds ou des biens d'une société ont été attribués à l'appelant. Les mesures prises par la suite – la remise du dividende de GBC et le rachat par GH de ses actions à 606103 – n'ont pas fait en sorte que des fonds ou des biens ont fini entre les mains de l'appelant. Enfin, la vente des actions de 606103 par l'appelant n'a pas eu pour effet de faire aboutir entre ses mains des fonds ou des biens de GH ou de GBC. L'appelant a vendu ses actions de 606103 à Lafarge, qui l'a payé avec ses propres fonds. Lafarge n'était pas une compagnie de commodité du type de celle qui a été utilisée dans les affaires *Smythe* et *RMM*, où le paiement a été effectué essentiellement au moyen des fonds de la compagnie même dont le surplus était distribué. Lafarge voulait les biens et elle les a payés, en traitant avec 606103[34]. »

Par ailleurs, aux prétentions de l'ARC quant à l'application de la RGAÉ, le juge Bowman répondit comme suit :

> « [...] L'avantage fiscal tient au fait que Dennis a indirectement tiré 500 000 $ de GBC Ltd. sans attributs fiscaux.
>
> L'appelant n'a pas du tout tiré 500 000 $ de GBC. Il a vendu des actions de 606103 à Lafarge pour 477 450 $.
>
> L'affirmation selon laquelle les différentes opérations n'ont pas entraîné d'attributs fiscaux est farfelue :
>
> le gain en capital découlant de la vente des actions de GH à 606103 n'était que partiellement protégé par la déduction pour gains en capital de l'appelant;

---

[34] *Id*., par. 21.

> le versement par GBC d'un dividende en nature à GH avait d'importants attributs fiscaux, sous forme de récupération de la DPA;
>
> le rachat par GH de ses actions à 606103 a donné lieu à un gain en capital aux termes de l'article 55;
>
> GBC avait peut-être payé le salaire supplémentaire à l'appelant afin de réduire le revenu supplémentaire de GBC, mais ce salaire aurait été imposable entre les mains de l'appelant au taux maximal de l'impôt des particuliers.
>
> [36] À mon avis, la Couronne a mis la charrue devant les bœufs. Elle a jugé que l'objectif commercial principal de la vente des actifs de la cimenterie à Lafarge était moins important que le moyen utilisé pour parvenir à cette fin d'une manière fiscalement efficace.
>
> [37] Je ne crois pas que ces opérations soient des opérations d'évitement car, à mon avis, on peut raisonnablement (en fait, indéniablement) considérer qu'elles ont été principalement effectuées pour des objets véritables autres que l'obtention de l'avantage fiscal.
>
> [...]
>
> [40] Il y a une autre raison pour laquelle l'article 245 ne s'applique pas, qui n'a rien à voir avec le fait que les opérations ne sont pas des opérations d'évitement au motif qu'elles visent principalement à atteindre un objectif véritable de nature non fiscale. Le paragraphe 245(4) soustrait à l'application du paragraphe 245(2) les opérations qui n'entraînent pas "directement ou indirectement d'abus dans l'application des dispositions de la présente loi lue dans son ensemble – compte non tenu du présent article". Ce qui constitue un abus est dans une certaine mesure une question d'opinion. Le ministre semble être d'avis que le recours à une disposition constitue un abus si cette disposition n'est pas utilisée de manière à entraîner un impôt maximal sur l'opération considérée. Ici, je suppose que, pour effectuer l'opération de la manière la moins efficace sur le plan fiscal, GBC aurait dû vendre les éléments d'actif directement à Lafarge et verser un dividende à GH, qui aurait alors versé un dividende aux frères Geransky. Je ne vois pas la moindre raison d'obliger le contribuable à suivre cette voie[35]. »

À la suite de ce jugement, dans la Table ronde sur la fiscalité fédérale du Congrès 2002 de l'APFF, l'ARC a confirmé qu'elle acceptait la décision du juge Bowman dans l'affaire *Geransky* à l'égard de situations identiques à cette dernière affaire :

---

35 *Id*., par. 35 à 37 et 40.

« **Question 23 – Article 245 L.I.R. et l'affaire *Geransky* c. *La Reine***

La réponse à la question 6 de la table ronde de la conférence de l'Association canadienne d'études fiscales de 2001, qui fut reproduite dans le n^{o} 22 de la publication *Nouvelles Techniques*, stipule que l'ADRC continuera d'appliquer la disposition générale antiévitement (ci-après "DGAÉ") aux situations de dépouillement de surplus. Dans cette réponse, l'ADRC a donné l'exemple suivant d'opérations de dépouillement de surplus et a mentionné que l'affaire *Geransky* offre un exemple de telles opérations : un particulier vend des actions de sa société à Nouvelle ltée et demande une déduction pour gains en capital. Les biens de la société sont transférés, normalement sur une base imposable, à Nouvelle ltée. Les actions de Nouvelle ltée sont vendues sans qu'aucun gain ne soit réalisé.

Or, le 5 décembre 2001, l'ADRC a retiré son appel à la Cour fédérale du Canada dans ladite affaire *Geransky*.

Est-ce que l'ADRC confirme que sa position administrative relativement aux situations visées par la DGAÉ est modifiée depuis le retrait de l'appel dans l'affaire *Geransky*?

23.1. Réponse de l'ADRC

Oui. Nous continuerons à appliquer la DGAÉ dans des situations de dépouillement de surplus; par exemple, dans des situations de dépouillement de surplus comme dans les affaires *McNichol et autres* c. *La Reine* et *RMM Canadian Enterprises Inc. et autres* c. *La Reine*.

Toutefois, nous acceptons la décision du juge Bowman dans l'affaire *Geransky*. Par conséquent, nous n'envisageons plus d'appliquer la DGAÉ dans des situations identiques à l'affaire *Geransky*[36]. »

De plus, dans la Table ronde sur la fiscalité fédérale du Congrès 2003, l'ARC fit sienne la conclusion du juge Bowman dans l'affaire *Geransky* quant à la non-application du paragraphe 84(2) L.I.R. à des situations où le prix d'achat des actions de la société cible est financé avec les propres fonds de l'acquéreur :

« Nous sommes d'avis que, dans la mesure où aucun des fonds ou biens d'Opco ne serait distribué ou autrement attribué, de quelque façon que ce soit aux actionnaires vendeurs d'Opco ou au profit de ces derniers dans le cadre de la situation donnée, le paragraphe 84(2) L.I.R. ne serait alors pas applicable. Cela

[36] « Partie B – Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 57:11-70, question 23., aux pages 57:42-43.

> pourrait notamment être le cas dans la mesure où les actionnaires vendeurs et l'acheteur n'auraient entre eux aucun lien de dépendance, les actionnaires vendeurs recevraient en contrepartie de leurs actions du capital-actions d'Opco un montant en espèces émanant des propres fonds de l'acheteur, et les éléments d'actif d'Opco continueraient d'être utilisés dans une entreprise exploitée activement par Opco ou par une autre entité du groupe corporatif de l'acheteur[37]. »

De fait, à la suite de ces énoncés, il semblait acquis pour plusieurs fiscalistes que les transactions de type « Geransky », tant du point de vue du paragraphe 84(2) que de celui du paragraphe 245(2) L.I.R., ne seraient plus contestées par l'ARC. Toutefois, en 2007, une demande de décisions anticipées, fondée sur des faits similaires, fut soumise à l'ARC et subséquemment retirée par le contribuable, par suite du refus des autorités fiscales d'accorder les décisions demandées. L'ARC prit acte de la demande de retrait dans les termes suivants :

> « La présente fait suite à votre courriel du 11 juillet 2007 dans lequel vous nous avez informés de votre intention de retirer votre demande de décisions anticipées du 5 février 2007. Vous désirez retirer votre demande puisque, tel que discuté lors d'une conversation téléphonique (LeBlond / XXXXXXXXXX) du 28 juin 2007, nous sommes d'avis que, soit le paragraphe 84(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (ci-après la "Loi"), soit la disposition générale anti-évitement (ci-après "DGAÉ"), prévue au paragraphe 245(2) de la Loi, s'appliquerait à la série d'opérations projetées décrite dans votre demande.
>
> La série d'opérations que vous nous avez présentée a pour but de convertir un dividende imposable, qui autrement aurait été versé par XXXXXXXXXX à ses actionnaires à même le produit de la vente de son entreprise, en un produit de disposition tiré par les actionnaires de XXXXXXXXXX de la vente, en faveur d'un acheteur non lié, d'actions du capital-actions d'une société nouvellement constituée ayant acquis préalablement l'entreprise de XXXXXXXXXX sur une base imposable. Nous sommes d'avis que la série d'opérations projetées constitue un mécanisme pour dépouiller les surplus de XXXXXXXXXX et que

---

[37] « Partie B – Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 57:7-50, question 1., à la page 57:10. Voir aussi AGENCE DU REVENU DU CANADA, document 2004-0086771C6, 8 octobre 2004 :

> « Dans un deuxième temps, il est clair que les fonds reçus par Monsieur X dans les scénarios décrits aux alinéas a) et b) de l'énoncé de la présente question émaneraient d'OPCO. Ceci diffère notamment de la décision *Geransky* c. *La Reine*, 2001 DTC 243, [2001] 2 CTC 2147, 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. »

> toutes les conditions pour l'application, soit du paragraphe 84(2) de la Loi, soit de la DGAÉ de la Loi, sont réunies. »

La décision de l'ARC dans ce dernier dossier semble découler d'une volonté de restreindre la portée de l'affaire *Geransky* aux situations où il n'y a pas vente de la totalité de l'entreprise (dans l'affaire *Geransky*, seule la division fabrication de ciment était vendue, la société conservait la division construction). Sous l'angle du paragraphe 84(2) L.I.R., cette position peut s'expliquer en ce que, dans le cas d'une vente totale d'entreprise, le critère de liquidation et cessation de l'entreprise est rempli, ce qui n'est pas le cas lorsqu'il y a vente partielle, comme dans l'affaire *Geransky*. Toutefois, cette position ne répond pas au second motif de refus du juge Bowman dans cette affaire, à savoir que le paragraphe 84(2) L.I.R. ne peut s'appliquer dans des situations où l'acquéreur achète les actions de la société cible avec ses propres fonds, sans recourir aux actifs de la société cible. Sur ce point, il est loin d'être acquis que l'ARC puisse avoir gain de cause lors d'un éventuel litige devant les tribunaux. Quant à la RGAÉ, mentionnons que l'affaire *Geransky* ne distinguait pas entre les ventes totales ou partielles d'entreprises.

4.2.2. L'arrêt *Tremblay* c. *La Reine*[38]

Dans cette affaire, les faits se résument comme suit :

- La famille Tremblay détenait une société de gestion nommée Les Placements M.H.T. inc. (« MHT ») laquelle détenait une société de câblodistribution appelée Télésag inc. (« Télésag »).

- En 1989, MHT a cédé ses actions de Télésag à Le Groupe Vidéotron Ltée (« Vidéotron »), en contrepartie d'actions privilégiées de cette dernière.

- En 1994, la famille Tremblay, désirant aller vivre à l'extérieur du Canada, a demandé la collaboration de Vidéotron pour procéder à une réorganisation permettant de minimiser les impôts liés au changement de résidence.

- Le 15 février 1994, la famille Tremblay a transféré ses actions de MHT en faveur d'une société nouvellement constituée, 9000-8855 Québec inc.

---

[38] 2009 D.T.C. 227 (C.C.I.); 2010 D.T.C. 5079 (C.A.F.) (« *Tremblay* »).

(« 9000-8855 »), en contrepartie d'actions de catégorie « A » de cette dernière.

- Le 16 février 1994, MHT a transféré, en faveur de 9000-8855, les biens suivants qu'elle détenait dans Vidéotron :

  – des débentures convertibles de Vidéotron, portant intérêt à 11,75 %;

  – des actions privilégiées qu'elle détenait dans Vidéotron, possédant un droit à un dividende cumulatif de 8 % l'an ainsi qu'un droit de conversion en actions subalternes au gré du détenteur.

- Le 25 février 1994, Vidéotron a accepté de collaborer dans la mesure où la famille Tremblay renonçait aux intérêts sur les débentures ainsi qu'aux dividendes dus sur les actions de catégorie « B », le tout pour un montant total d'environ 536 000 $, en plus d'assumer tous les frais relatifs à cette transaction.

- Le 6 avril 1994, Vidéotron a échangé, en vertu du paragraphe 85.1(1) L.I.R., des actions ordinaires subalternes nouvelles créées de son capital-actions contre toutes les actions de 9000-8855 détenues par la famille Tremblay.

- Le même jour, 9000-8855 était liquidée. Les débentures et actions privilégiées que 9000-8855 détenait dans Vidéotron lui ont été distribuées et ont donc été annulées.

Pour l'ARC, cette série de transactions constituait une distribution de quelque façon que ce soit des actifs de 9000-8855 lors de la cessation de son entreprise. Pourtant, sur le plan fiscal, il n'y avait pas techniquement distribution de biens appartenant à la société. Il y avait plutôt planification afin de permettre aux membres de la famille Tremblay d'obtenir des titres équivalents à ceux détenus par 9000-8855. Dans ce contexte, le juge Favreau, de la Cour canadienne de l'impôt, conclut à la non-application du paragraphe 84(2) L.I.R. :

> « [47] La société 8855 était un intermédiaire financier créé le 2 février 1994 dans le seul but de détenir les actions privilégiées et les débentures de Vidéotron Ltée et dont l'existence était limitée compte tenu de l'entente intervenue entre Vidéotron Ltée et la Famille Tremblay le 22 février 1994. De fait, elle a été liquidée pour fins fiscales, le jour même où les échanges d'actions entre les appelants et Vidéotron Ltée ont eu lieu. Lors de la liquidation de la société 8855, les actions privilégiées et les débentures qu'elle détenait ont été annulées.

[48] Les actions subalternes de Vidéotron Ltée qui ont été émises aux appelants en contrepartie de leurs actions de la société 8855 étaient de nouvelles actions issues du trésor, c.-à-d. qu'elles n'existaient pas auparavant. Ces actions subalternes avaient une nature juridique différente des actions privilégiées et des débentures détenues par la société 8855. Le droit de conversion rattaché aux actions privilégiées et aux débentures n'en faisait pas des biens légalement identiques aux actions subalternes. Les actions subalternes distribuées ou attribuées aux appelants ne sont pas des biens provenant de la société 8855.

[49] Il ne fait pas de doute que les biens de la société 8855 ont été acquis par Vidéotron Ltée lors de la liquidation de la société 8855.

Conclusion

[50] Compte tenu de ce qui précède, je ne vois pas comment les échanges d'actions effectués par les appelants pourraient de quelque manière que ce soit être visés par le paragraphe 84(2) de la Loi. »

Par ailleurs, la Cour d'appel fédérale entérina la position du tribunal de première instance :

« [40] [...] Pour les motifs qui précèdent cependant, les biens reçus par les intimés en l'espèce n'ont tout simplement jamais été des biens de 8855. Si les actions ordinaires de Vidéotron reçues par les intimés étaient réputées avoir appartenu à 8855, cela reviendrait à dire: "Je dois faire fi de la structure que vous avez utilisée et vous traiter comme si vous aviez utilisé l'autre." Une telle interprétation serait contraire à *RMM*, *Shell Canada* et *Canada Trustco*.

[41] Bien que les intimés exhortent la Cour à appliquer *Geransky*, il n'est pas nécessaire de s'appuyer sur cette décision ni d'établir une distinction entre elle et la présente affaire. En l'espèce, le sens ordinaire du paragraphe 84(2) permet de trancher le litige : puisque les actions ordinaires de Vidéotron reçues par les intimés n'ont jamais appartenu à 8855, il est tout simplement impossible que le paragraphe 84(2) entre en jeu. Celui-ci exige l'attribution ou la distribution de biens d'une société. Or, 8855 a conservé tous ses éléments d'actif jusqu'à ce qu'elle soit liquidée par Vidéotron. Par conséquent, je conclus qu'il n'y a eu aucune distribution ou attribution de biens de 8855 et que l'opération ne donne donc pas lieu à un dividende réputé. »

Il y eut toutefois dissidence du juge Pierre Blais à cet égard :

« [46] Il ne peut être contesté que, par suite d'une série d'opérations prédéterminées ayant abouti à la liquidation de 8855, les intimés sont devenus les propriétaires directs d'une participation dans Vidéotron qui remplaçait ce qui était une participation indirecte dans Vidéotron qu'ils avaient détenue en étant propriétaires de 8855. Il s'agit là à première vue d'une assise factuelle suffisante pour faire entrer en jeu le paragraphe 84(2). La question est de savoir si l'application de ce paragraphe est évitée simplement parce que la participation directe des intimés dans Vidéotron prend la forme d'actions nouvellement

émises de Vidéotron ayant remplacé les actions et les débentures convertibles de Vidéotron que détenaient auparavant indirectement les intimés par l'intermédiaire de 8855. À mon avis, la réponse doit être négative.

[47] Selon moi, l'issue de la présente affaire est régie par l'arrêt *Smythe c. Canada (Ministre du Revenu national – M.R.N.)*, [1970] R.C.S. 64 (*Smythe*), où la Cour suprême a conclu que le paragraphe 81(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, s'appliquait à une série d'opérations qui ressemblaient fondamentalement aux opérations en cause en l'espèce. […]

[50] Même s'il y avait, dans *Smythe*, attribution d'un revenu en main non distribué aux actionnaires, les biens avaient été transformés par suite de diverses opérations, dont la constitution d'une nouvelle société et d'entreprises non apparentées, ainsi que des prêts bancaires, jusqu'à ce que les biens se retrouvent à nouveau détenus par les appelants sous la forme désirée.

[51] Le juge Judson a dit à la page 68 :

> Il n'y a qu'une conclusion possible de l'examen de ces transactions artificielles et c'est que leur seul but était de répartir ou autrement affecter à l'avantage des actionnaires le "revenu en main non distribué" de l'ancienne société. Aucune preuve testimoniale ou autre preuve documentaire n'est requise en sus de cet examen. Toutefois, il y avait en plus une surabondance de preuve. C'était un plan bien réfléchi adopté sur l'avis de conseillers professionnels, après que d'autres moyens d'obtenir le revenu non distribué [...]

[52] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel. »

Du point de vue de l'ARC, le débat n'est possiblement pas terminé. Dans une interprétation technique émise après l'affaire *Tremblay*, l'application du paragraphe 84(2) L.I.R. à une situation factuelle similaire fut évoquée en ces termes :

« Votre lettre ne décrit que sommairement la Situation Donnée. En conséquence, il nous apparaît impossible de nous prononcer de manière définitive sur l'application des paragraphes 84(2) et 245(2) dans ce contexte. Nous pouvons tout de même formuler les commentaires généraux suivants :

Vous faites d'abord référence à l'affaire Tremblay. À cet égard, il faut souligner que la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans cette affaire comporte une dissidence du juge en chef Blais, laquelle conclut à l'application du paragraphe 84(2) sur la base notamment de l'arrêt *Smythe* c. *M.R.N.*, [1970] S.C.R. 64 de la Cour suprême du Canada.

Par ailleurs et comme vous le soulignez vous-même, l'article 245 n'a pas été invoqué dans l'affaire Tremblay.

> En conséquence et malgré la décision Tremblay, l'ARC entend continuer de contester les situations de dépouillement de surplus jugées abusives, y compris celles revêtant la forme d'opérations de type "tuck under" en examinant notamment l'application potentielle des paragraphes (84(2) et 245(2) dans les situations données[39]. »

Une position similaire fut énoncée dans la Table ronde sur la fiscalité fédérale du Congrès 2010 de l'APFF :

> « Il faut d'abord souligner que la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Tremblay* comporte une dissidence du juge en chef Blais, laquelle conclut à l'application du paragraphe 84(2) L.I.R. en se basant notamment sur l'arrêt *Smythe* c. *MRN*, rendu par la Cour suprême du Canada.
>
> Il faut également souligner que l'article 245 L.I.R. n'a pas été invoqué dans l'affaire *Tremblay*.
>
> En conséquence et malgré la décision *Tremblay*, l'ARC entend continuer de contester les situations de dépouillement de surplus jugées abusives, y compris celles revêtant la forme d'opérations de type *tuck under*, en examinant notamment l'application potentielle des paragraphes 84(2) et 245(2) L.I.R. dans les situations données.
>
> Cela étant dit, il est possible que, dans des circonstances appropriées, des opérations de type *tuck under* puissent être effectuées sans qu'elles entraînent l'application des paragraphes 84(2) et 245(2) L.I.R. À titre d'exemple, l'ARC maintient sa position de longue date que les paragraphes 84(2) et 245(2) L.I.R. ne devraient pas s'appliquer à une opération *tuck under* effectuée afin d'extraire le revenu protégé en main relatif à la participation d'un contribuable corporatif dans une société cible, du type de celle décrite dans l'énoncé de la présente question. En se basant sur ce qui précède, l'ARC est toutefois d'avis que la décision *Tremblay* ne saurait être interprétée comme ayant pour effet de valider automatiquement tous les autres types d'opérations *tuck under*[40]. »

4.2.3. Sommaire

Bien que le paragraphe 84(2) L.I.R. soit d'interprétation large, on doit garder à l'esprit cette observation du juge Bowman dans l'affaire *Geransky* :

> « Le paragraphe 84(2) L.I.R. est une disposition d'application relativement large qui permet d'aboutir au genre de conclusion que l'on trouve dans les

---

[39] Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2010-037055, 12 août 2010.

[40] « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2010*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2011, pp. 52:1-102, question 14., à la page 52:35.

affaires *Smythe*, *RMM* et *Merritt*. Néanmoins, je ne crois pas que l'on puisse le déformer au point de ne pas le reconnaître[41]. »

En l'espèce, le paragraphe 84(2) L.I.R. requiert expressément un transfert d'actifs appartenant à la société aux actionnaires. Pour les affaires *Geransky* et *Tremblay*, cette condition n'était pas remplie et le paragraphe 84(2) L.I.R. ne pouvait s'appliquer.

5. ACTIONNAIRE, FILIALE ET SOUS-FILIALE

Le paragraphe 84(2) L.I.R. requiert la distribution de biens par une société en faveur de son actionnaire. Bien que cette question n'ait jamais fait l'objet d'une décision spécifique, l'application du paragraphe 84(2) L.I.R. à la distribution d'actifs par une sous-filiale en faveur des actionnaires de la société mère a fait l'objet, à deux occasions, de questionnements de la part du juge Bowman :

Dans l'affaire *Equilease* :

« [3]There is a technical point that was not dealt with in the evidence or argument. Some of the cash evidently came from ECL, of which EC was only indirectly a shareholder through EL. Subsection 84(2) speaks of an appropiation or distribution of "funds or property of a corporation" to or for the benefit of a shareholder. EC was a shareholder of EL. The assessment treated the entire net amount received less EL's paid-up capital as subject to withholding tax. The matter was one that might have been the subject of legal arguments and possibly of accounting evidence. It was not dealt with by counsel for any of the parties and I do not think it would be appropriate for me to do so, beyond noting that EL's property, in its entirety, including that of its subsidiary ECL passed through RMM and, except for the leases, ended up in EC's hands. In fact even the leases did after EC paid RMM its $140,000[42]. »

Dans l'affaire *Geransky* :

« (b) The appellant is a shareholder of GH, not of GBC. GH's "business" (if that is an appropriate term considering that it is a passive holding company) is the holding of the shares of GBC. Even if one regards the taxable event as the "reorganization" of GBC's business because it disposed of some assets that can hardly bear on the appellant who is not a shareholder of GBC.

---

41 *Geransky*, précité, note 24, par. 20.

42 *Equilease*, précité, note 11, 308.

> (c) I asked counsel for the respondent what corporation we were talking about in subsection 84(2) and he said both GH and GBC. Leaving aside the fact that the appellant was not a shareholder of GBC I do not see where any funds or property of either company ended up in the appellant's hands[43]. »

CONCLUSION

En l'absence d'intervention législative, la délimitation du champ d'application du paragraphe 84(2) L.I.R. sera ultimement laissée aux tribunaux. Il est toutefois manifeste que le recours au paragraphe 84(2) L.I.R. à titre de quasi-mesure générale antidépouillement de surplus soulève des difficultés importantes :

1) En ce qui concerne les planifications de liquidation indirecte, le débat *McNichol-Equilease* n'est toujours pas résolu. On peut néanmoins mentionner que, sous l'angle de la politique fiscale, après la Réforme fiscale de 1972, le besoin d'une interprétation extensive au paragraphe 84(2) L.I.R. apparaît moindre. Par ailleurs, on peut douter que le libellé contemporain du paragraphe 84(2) L.I.R., en tenant compte du cadre législatif dans lequel il s'intègre, permette une interprétation aussi généreuse. La RGAÉ semble un outil beaucoup mieux adapté aux planifications abusives de conversion de dividendes en gains en capital. À ce propos, le récent débat sur les transactions pipeline est un exemple d'imbroglio technique suscité par une interprétation mal adaptée au contexte fiscal actuel.

2) Si le champ d'application des notions de liquidation et cessation d'entreprise semble bien circonscrit, la portée de l'expression « réorganisation de l'entreprise » est bien mal définie. En fait, dans l'état actuel de la jurisprudence, on a peine à déterminer de façon précise les critères permettant de correspondre aux paramètres de cette expression.

3) Tel qu'il a été démontré par l'affaire *Geransky* et l'arrêt *Tremblay*, l'utilisation du paragraphe 84(2) L.I.R. afin de couvrir des situations où il y a, selon l'ARC, apparence de dépouillement de surplus sans qu'il y ait techniquement distribution de biens de la société aux actionnaires n'a pas été entérinée par les tribunaux.

---

[43] *Geransky*, précité, note 24, par. 21.

4) Certains financements par emprunt et la détention indirecte d'actions sont d'autres questions d'importance sur lesquelles les tribunaux n'ont pas statué de façon définitive.

Compte tenu de la confusion jurisprudentielle actuelle, le paragraphe 84(2) L.I.R., à juste titre, n'est pas bien compris par les membres de la communauté fiscale. À cet effet, un réexamen du champ d'application de cette disposition s'impose. Les décisions plus récentes dans les affaires *Geransky* et *McMullen* ainsi que dans l'arrêt *Tremblay* sont une indication claire des limites du libellé du paragraphe 84(2) L.I.R. et de la nécessité d'un réalignement des positions traditionnelles de l'ARC. En l'espèce, sur bien des éléments, la solution est probablement dans un juste retour du balancier. De quasi-mesure générale antidépouillement de surplus, le statut du paragraphe 84(2) L.I.R. doit probablement être ramené plus près de celui qui avait cours à ses origines, soit celui de simple mesure technique à portée plutôt spécifique.

TENDANCE DU MARCHÉ EN MATIÈRE DE TRANSACTION COMMERCIALE



Benoit Martinet
CA, LL.M. fisc.
Directeur principal, fiscalité
Samson Bélair
Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.



François Giroux
Avocat
Associé, fiscalité
BCF s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (BENOIT MARTINET)
La technique du *tuck under* – Développements récents

INTRODUCTION 26:3

1. UTILISATION DU *TUCK UNDER* AFIN D'EXTRAIRE LE REVENU PROTÉGÉ 26:3

1.1. APPLICATION DES PARAGRAPHES 84(2) ET 69(5) L.I.R. AU *TUCK UNDER* 26:6
1.2. L'ARRÊT *VAILLANCOURT TREMBLAY ET AUTRES* C. *LA REINE* 26:7
1.3. POSITION DE L'ARC À LA SUITE DE L'ARRÊT *TREMBLAY* 26:10

CONCLUSION 26:10

PARTIE B (FRANÇOIS GIROUX)
Les transactions hybrides

INTRODUCTION 26:11

1. DÉFINITION D'UNE TRANSACTION HYBRIDE 26:11

2. VALEUR RELATIVE D'UNE DÉDUCTION POUR GAINS EN CAPITAL 26:11

3. LA VENTE D'ACHALANDAGE PERMET UN REPORT D'IMPÔT IMPORTANT 26:12

4. VALEUR DE L'AUGMENTATION DU COÛT FISCAL DE L'ACHALANDAGE POUR L'ACHETEUR 26:12

5. STRUCTURE DE LA TRANSACTION 26:12

6. QUELS ACTIFS VENDRE? 26:13

7. CONSIDÉRATIONS IMPORTANTES 26:13

8. COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL 26:14

9. SOLUTION À ENVISAGER 26:15

PARTIE A
La technique du *tuck under* – Développements récents

Benoit Martinet, CA, LL.M. fisc.
Directeur principal, fiscalité
Samson Bélair/Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.

INTRODUCTION*

Plusieurs développements sont survenus au cours de la dernière année relativement à l'utilisation de la technique du *tuck under*. En effet, au cours de la dernière année, la Cour d'appel fédérale a rendu un jugement dans un cas où cette technique fut utilisée et l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») a commenté à quelques reprises ce jugement. Le présent texte a donc pour objectif de décrire ces développements ainsi que de formuler certains commentaires quant à l'utilisation de cette technique afin d'extraire le revenu protégé.

1. UTILISATION DU *TUCK UNDER* AFIN D'EXTRAIRE LE REVENU PROTÉGÉ

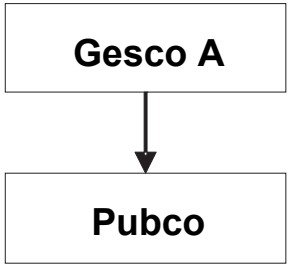
Avant de discuter des développements récents quant à l'utilisation de cette technique, voyons tout d'abord, à l'aide d'un exemple, comment le *tuck under* peut être utilisé pour extraire le revenu protégé attribuable aux actions d'une société donnée.

Gesco A détient des actions d'une société publique (« Pubco »). Gesco A souhaite disposer d'une partie de ses actions de Pubco. Le revenu protégé attribuable aux actions de Pubco est important et il est impossible d'extraire le revenu protégé par le versement d'un dividende ou par une augmentation de capital versé (« CV ») des actions de Pubco, puisque Pubco ne souhaite pas effectuer ces transactions.

L'organigramme ci-après présente la situation initiale.

---

* Le présent texte a fait l'objet d'une conférence lors du colloque intitulé « Réorganisation d'entreprises et transactions commerciales », organisé par l'Association de planification fiscale et financière le 18 mai 2011 à Montréal. Au moment de la rédaction du texte présenté lors du colloque, M. Martinet travaillait chez Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.



Afin de permettre à Gesco A d'accéder au revenu protégé attribuable aux actions de Pubco, les transactions suivantes sont mises en place :

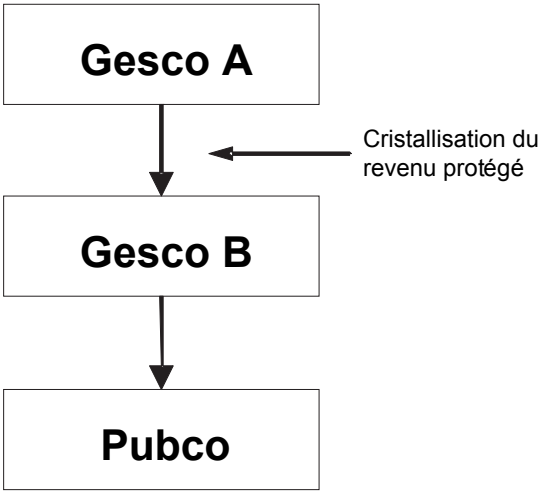
i) Gesco A a créé une filiale à 100 % (« Gesco B »).

ii) Gesco A transfère la totalité de ses actions de Pubco en faveur de Gesco B en contrepartie d'actions de Gesco B. Les parties se prévalent des dispositions de roulement prévues au paragraphe 85(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1] afin que la transaction s'effectue en franchise d'impôt.

iii) Gesco B procède à une augmentation du CV de ses actions, d'un montant correspondant au revenu protégé attribuable aux actions de Pubco. En vertu du paragraphe 84(1) L.I.R., Gesco A sera réputée avoir touché un dividende d'un montant correspondant au revenu protégé et Gesco B sera réputée avoir versé ce même dividende d'un montant correspondant au revenu protégé. De plus, le prix de base rajusté (« PBR ») des actions de Gesco B augmentera du même montant en vertu de l'alinéa 53(1)b) L.I.R.

La structure des sociétés à la suite de ces opérations est la suivante :

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

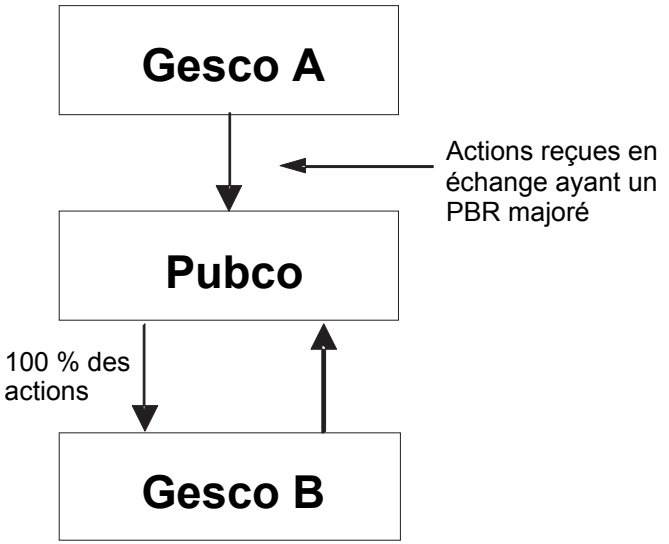


Si Gesco A souhaitait disposer de la totalité de ses actions de Pubco en faveur d'un acheteur donné, elle pourrait alors disposer de la totalité de ses actions de Gesco B en faveur de cet acheteur et les opérations décrites ci-dessus lui auront permis de cristalliser le revenu protégé attribuable aux actions de Pubco. Dans un tel scénario, l'acheteur pourrait liquider Gesco B et possiblement se prévaloir des dispositions de l'alinéa 88(1)d) L.I.R. afin de majorer le PBR des actions de Pubco pour qu'il corresponde au prix payé en vue d'acquérir les actions de Gesco B.

Toutefois, il peut être impossible pour Gesco A de vendre les actions de Gesco B sur le marché, soit parce que les actions de Pubco seront écoulées sur le marché plutôt que vendues à un acheteur spécifique, ou soit parce qu'un acheteur n'est pas enclin à acheter des actions de Gesco B. C'est alors que le *tuck under* peut être mis en place dans le but de permettre de vendre des actions de Pubco tout en extrayant le revenu protégé attribuable à ces actions. Le *tuck under* consiste à mettre en place les étapes supplémentaires suivantes :

iv) Gesco A transfère la totalité de ses actions de Gesco B en faveur de Pubco en contrepartie d'actions de Pubco. Les parties se prévalent des dispositions de roulement prévues au paragraphe 85(1) L.I.R. afin que cette transaction s'effectue en franchise d'impôt.

La structure des sociétés à la suite de ces transactions est la suivante :



v) Gesco B est liquidée dans Pubco et par la suite, au moment opportun, Gesco B est dissoute.

Cette série de transactions aura permis à Gesco A de se retrouver avec des actions de Pubco ayant un PBR majoré du montant du revenu protégé attribuable aux actions, ce qui aura pour effet de réduire le gain en capital qu'elle réalisera à la disposition de ses actions.

1.1. APPLICATION DES PARAGRAPHES 84(2) ET 69(5) L.I.R. AU *TUCK UNDER*

Compte tenu de la portée plutôt large du paragraphe 84(2) L.I.R. et de l'arrêt *Canadian Entreprises Inc.* c. *Canada*[2], il y a toujours une certaine incertitude à savoir si les paragraphes 84(2) et 69(5) L.I.R. sont applicables dans le cas d'un *tuck under*.

Si le paragraphe 84(2) L.I.R. s'appliquait à un *tuck under*, dans l'exemple ci-dessus, Gesco A serait réputée avoir reçu un dividende d'un montant égal à la différence entre la juste valeur marchande (« JVM ») des

[2] 97 D.T.C. 302 (C.C.I.) (« *RMM* »).

actions de Pubco et le CV des actions de Gesco B. Pour la portion qui n'est pas attribuable à du revenu protégé, le paragraphe 55(2) L.I.R. pourrait alors s'appliquer afin de recaractériser ce dividende comme étant du gain en capital. Si Gesco A avait vendu la totalité de ses actions de Pubco, l'application combinée des paragraphes 84(2) et 55(2) L.I.R. n'entraînerait aucune conséquence fiscale négative. Toutefois, si Gesco A n'avait vendu qu'une partie de ses actions de Pubco, l'application combinée des paragraphes 84(2) et 55(2) L.I.R. ferait en sorte que Gesco A doive s'imposer immédiatement sur la totalité du gain couru.

De plus, le paragraphe 69(5) L.I.R. pourrait s'appliquer lors d'un *tuck under* pour faire en sorte que Gesco B soit réputée avoir disposé de ses actions de Pubco à la JVM, ce qui entraînerait de la double imposition.

1.2. L'ARRÊT *VAILLANCOURT TREMBLAY ET AUTRES* C. *LA REINE*[3]

Le 12 mai 2010, la Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *Tremblay*, a conclu que le paragraphe 84(2) L.I.R. ne s'appliquait pas à une réorganisation de type *tuck under*.

Toutefois, ce jugement n'est pas venu totalement dissiper l'incertitude qui régnait quant à la possibilité pour une société d'utiliser ce type de réorganisation, sans conséquence fiscale négative, afin d'extraire le revenu protégé attribuable à des actions qu'elle détient et dont elle souhaite se défaire.

Dans l'arrêt *Tremblay*, les contribuables ont utilisé un *tuck under* dans un contexte différent. En effet, en prévision de leur émigration du Canada, les membres de la famille Tremblay qui détenaient les actions de 9000-8855 Québec inc. (« 8855 ») ont conclu une transaction d'échange d'actions avec Vidéotron en vertu du paragraphe 85.1(1) L.I.R. par laquelle Vidéotron a émis des actions ordinaires de son capital-actions aux membres de la famille Tremblay en contrepartie de leurs actions de 8855 (« transaction d'échange »). 8855 avait alors pour seuls actifs des actions privilégiées de Vidéotron et une débenture de Vidéotron. Ces deux titres étaient convertibles en actions ordinaires de Vidéotron.

À la suite de cette transaction, 8855 est devenue une filiale à part entière de Vidéotron. Vidéotron a procédé subséquemment à la liquidation de 8855

---

[3] 2010 CAF 119 (« *Tremblay* »).

en vertu du paragraphe 88(1) L.I.R. Dans le cadre de la liquidation, tous les biens de 8855 ont été distribués à Vidéotron.

Le ministre a cotisé les membres de la famille Tremblay pour inclure dans leur revenu un dividende reçu en vertu du paragraphe 84(2) L.I.R. lors de la transaction d'échange.

La Cour d'appel fédérale a conclu que le paragraphe 84(2) L.I.R. ne s'appliquait pas à la transaction d'échange puisque les biens reçus par les membres de la famille Tremblay n'avaient jamais été détenus par 8855, de telle sorte que les biens de 8855 n'avaient jamais « été distribués ou autrement attribués, de quelque façon que ce soit », comme le stipule le paragraphe 84(2) L.I.R., aux membres de la famille Tremblay. En effet, les biens reçus par les membres de la famille Tremblay étaient de nouvelles actions émises du Trésor par Vidéotron. La Cour d'appel fédérale en arrive à cette conclusion en alléguant que le sens ordinaire des mots du paragraphe 84(2) L.I.R. est clair et en se basant sur la jurisprudence existante.

La Cour d'appel fédérale s'appuie principalement sur les propos suivants tenus par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada Trustco Mortgage Co.* c. *Canada*[4], afin de conclure que le sens ordinaire des mots doit normalement prévaloir :

> « […] Lorsque le libellé d'une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d'interprétation […].
>
> […] Lorsque le législateur précise les conditions à remplir pour obtenir un résultat donné, on peut raisonnablement supposer qu'il a voulu que le contribuable s'appuie sur ces dispositions pour obtenir le résultat qu'elles prescrivent[5]. »

La Cour d'appel fédérale mentionne que les mots les plus pertinents du paragraphe 84(2) L.I.R. aux fins de son analyse sont les mots « lorsque des fonds ou des biens d'une société résidant au Canada ont […] ». Selon elle, la seule interprétation possible de cette expression est que le bien ayant été distribué ou autrement attribué à un actionnaire doit avoir été un bien de la société résidente du Canada en question. Ce qui n'était pas le cas dans l'arrêt

---

4 [2005] 2 R.C.S. 601, 2005 CSC 54.

5 *Id*., par. 10 et 11.

Tremblay puisque les actions ordinaires de Vidéotron reçues par les membres de la famille Tremblay n'avaient jamais été la propriété de 8855.

Par la suite, la Cour d'appel fédérale s'emploie à démontrer que la conclusion du juge Bowman dans l'arrêt *RMM* ne s'applique pas à l'arrêt *Tremblay*. La Couronne s'appuyait fortement sur l'arrêt *RMM*. Dans cet arrêt, le juge Bowman a conclu que le paragraphe 84(2) L.I.R. s'appliquait dans le cas où une société non résidente ayant une filiale canadienne, dont les éléments d'actif étaient des liquidités, avait disposé de ses actions de cette société en faveur d'un accommodateur pour un paiement comptant et s'était prévalue des dispositions de la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis* qui était alors en vigueur afin de ne pas s'imposer au Canada sur le gain résultant de la transaction, évitant ainsi l'impôt de la partie XIII L.I.R.

La Cour d'appel fédérale souligne que le juge Bowman a clairement mentionné dans l'arrêt *RMM* que les fonds reçus par la société non résidente étaient des biens identiques aux biens ayant été distribués. La Cour d'appel fédérale indique que, dans cette affaire, la nature des biens n'a jamais été modifiée. Ce qui, selon elle, n'est pas le cas dans l'arrêt *Tremblay* puisque les biens reçus par les membres de la famille Tremblay, en l'occurrence des actions ordinaires de Vidéotron, étaient des biens différents de ceux qui étaient détenus par 8855.

Lorsqu'un *tuck under* est mis en place afin d'extraire le revenu protégé, les actions reçues sont la plupart du temps identiques aux actions qui étaient détenues par la société liquidée. De ce fait, la conclusion du juge Bowman dans l'arrêt *RMM* pourrait faire en sorte que le paragraphe 84(2) L.I.R. s'applique dans un tel cas. Un contribuable pourrait alléguer que le paragraphe 84(2) L.I.R. ne s'applique pas, puisque les actions qu'il a reçues n'ont jamais appartenu à la société liquidée, ces actions étant émises du Trésor par l'acquéreur en faveur du contribuable dans le cadre de la transaction d'échange. Toutefois, dans l'arrêt *RMM*, les liquidités provenant de l'accommodateur n'avaient jamais appartenu à la filiale canadienne et la Cour a conclu que le paragraphe 84(2) L.I.R. s'appliquait.

1.3. POSITION DE L'ARC À LA SUITE DE L'ARRÊT *TREMBLAY*

En réponse à une question lors de la Table ronde du Congrès 2010[6] de l'Association de planification fiscale et financière, l'ARC a mentionné qu'il est possible, dans des circonstances appropriées, que des opérations de type *tuck under* puissent être effectuées sans entraîner l'application des paragraphes 84(2) et 245(2) L.I.R. L'ARC mentionne qu'à titre d'exemple les paragraphes 84(2) et 245(2) L.I.R. ne devraient pas s'appliquer à une opération *tuck under* effectuée afin d'extraire le revenu protégé en main du type de celle décrite dans le présent texte.

Toutefois, l'ARC a mentionné que l'affaire *Tremblay* ne saurait être interprétée comme ayant pour effet de valider automatiquement tous les autres types de transactions *tuck under*.

CONCLUSION

L'ARC a confirmé qu'elle n'attaquera généralement pas un *tuck under* utilisé afin d'extraire le revenu protégé.

Toutefois, l'ARC n'indique pas les raisons techniques pour lesquelles dans le cas où le *tuck under* est utilisé pour extraire le revenu protégé, les paragraphes 84(2) et 245(2) L.I.R. ne trouvent pas application. De plus, sur le plan technique, l'arrêt *Tremblay* ne vient pas totalement dissiper l'incertitude qui régnait quant à l'utilisation de ce type de planification, puisque le paragraphe 84(2) L.I.R. pourrait peut-être s'appliquer si les actions reçues sont identiques aux actions détenues par la société de gestion liquidée.

De ce fait, il pourrait être prudent de faire en sorte que les actions reçues soient différentes des actions détenues par la société liquidée afin que les faits soient similaires à ceux de l'arrêt *Tremblay* et se distinguent de ceux de l'arrêt *RMM*.

Enfin, s'il n'est pas possible de faire en sorte que des actions différentes soient émises, il pourrait être prudent d'obtenir une décision anticipée de l'ARC avant d'utiliser cette technique.

---

[6] « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2010*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2011, pp. 52:1-102, question 14., aux pages 52:33-35.

PARTIE B
Les transactions hybrides

François Giroux, avocat, associé, fiscalité
BCF s.e.n.c.r.l.

INTRODUCTION*

La distinction entre vente d'actions et vente d'actifs porte principalement sur ceci :

- les risques commerciaux reliés à l'achat d'actions;

- les conséquences fiscales très différentes tant pour l'acheteur que pour le vendeur.

La transaction hybride vise à réconcilier les positions traditionnelles de l'acheteur et du vendeur, du moins pour les aspects fiscaux.

1. DÉFINITION D'UNE TRANSACTION HYBRIDE

Une transaction hybride se définit ainsi : il s'agit du transfert d'une entreprise par une combinaison de vente d'actifs et de vente d'actions.

2. VALEUR RELATIVE D'UNE DÉDUCTION POUR GAINS EN CAPITAL

La valeur relative d'une déduction pour gains en capital (« DGC ») se calcule de cette manière :

* Le présent texte a fait l'objet d'une conférence lors du colloque intitulé « Réorganisation d'entreprises et transactions commerciales », organisé par l'Association de planification fiscale et financière le 18 mai 2011 à Montréal.

Transaction de 20 M$: 24,11 % → 23,2 %
Transaction de 50 M$: 24,11 % → 23,7 %

Impôt des sociétés		Fonds personnels sans impôt supplémentaire	Deuxième ronde d'impôt	Impôt total
Vente d'immobilisations		0		
Récupération	26,9 %			
Gain en capital	23,29 %		23,98 %	50,88 %
			1,22 %	24,51 %
Vente d'achalandage	13,45 %	50 %	11,99 %	25,44 %
Vente d'actions	S. O.	75,89 %	S. O.	24,11 %

3. LA VENTE D'ACHALANDAGE PERMET UN REPORT D'IMPÔT IMPORTANT

Première ronde : 13,45 % *versus* 24,11 %
Deuxième ronde : 11,99 %
25,44 %

La société dispose de 10,66 % de capital supplémentaire à investir; elle a six ans pour récupérer l'impôt supplémentaire de 1,33 % (4 % rendement, intérêts).

4. VALEUR DE L'AUGMENTATION DU COÛT FISCAL DE L'ACHALANDAGE POUR L'ACHETEUR

La valeur de l'augmentation du coût fiscal de l'achalandage se présente ainsi :

10,3 % (TA 8 %)
13,5 % (TA 5 %)

5. STRUCTURE DE LA TRANSACTION

Première partie : Vente d'actifs

- Qui achète :

- éviter un lien de dépendance

- en raison de l'alinéa 13(7)e) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1].

- Valeur des actifs vendus :

  - conserver des actifs ayant une valeur correspondant à A+B.

    A = 2 × DGC

    B = impôts découlant de la vente d'actifs.

6. QUELS ACTIFS VENDRE?

A) Pour minimiser l'impôt immédiat, vendre les immobilisations, l'inventaire et les autres actifs ayant un coût fiscal et conserver une partie de l'achalandage.

B) Pour minimiser l'impôt reporté, vendre tout l'achalandage et conserver certaines immobilisations, inventaire, etc.

Sur le plan conceptuel, il est intéressant de conserver dans la société tout achalandage faisant l'objet d'une clause d'*earn-out*.

7. CONSIDÉRATIONS IMPORTANTES

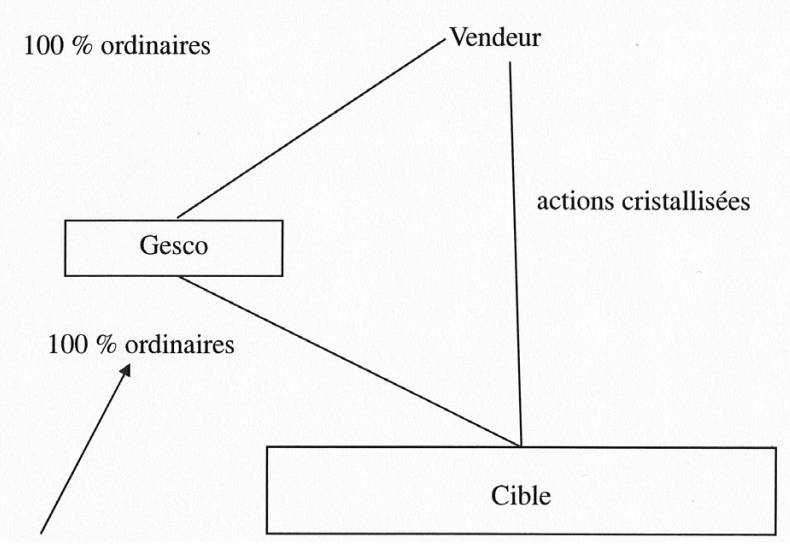
- DGC :

  - La vente d'actifs peut avoir pour effet de faire perdre le statut d'actions admissibles de petite entreprise (AAPE)!

  - Donc, il est nécessaire de cristalliser avant, mais… la purification peut entraîner le « moment de détermination du revenu protégé »!

---

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



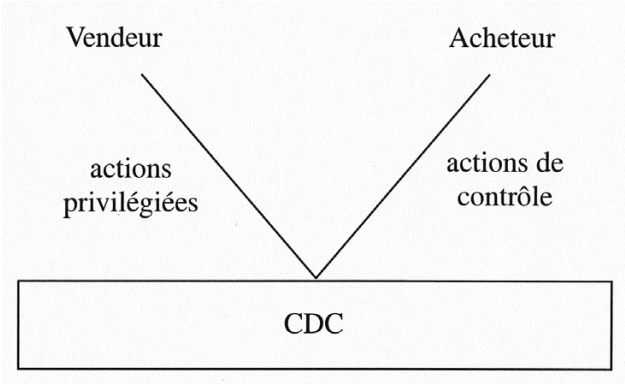
Pour le revenu protégé qui est généré par la vente d'actifs

8. COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL

La problématique du *timing* de l'augmentation du compte de dividendes en capital (« CDC ») découle de la vente d'achalandage.

- Fin d'année est requise :
  - normale (chanceux!);
  - perte de statut si acquéreur non résident ou public (al. 251(5)b) et par. 249(3.1) L.I.R.);
  - fusion pour simplification de la structure;
  - permission…

9. SOLUTION À ENVISAGER



- Taxe sur les produits et services/Taxe de vente du Québec (TPS/TVQ)

L'article 167 de la *Loi sur la taxe d'accise*[2] peut ne pas s'appliquer à la vente d'actifs.

Solutions

- Louer les actifs conservés.

- Suivre la procédure de remboursement accéléré.

Crédit de taxe sur les intrants/Remboursement de taxe sur les intrants (CTI/RTI) > 500 000 $

Deuxième partie : Extraction des actifs ou augmentation des attributs fiscaux

- Extraction :

  – dividende du CDC;

---

2 L.R.C. (1985), ch. E-15 et mod.

- augmentation du capital versé (« CV ») pour utiliser le revenu protégé, et réduction du CV pour distribuer les actifs.

ou

- Augmentation des attributs fiscaux :

  - augmentation du CV pour le montant du CDC → augmentation du prix de base rajusté (« PBR »);

  - augmentation du CV pour le revenu protégé → augmentation du PBR.

Troisième partie : Vente d'actions

Le vendeur transfère les actions de la cible à l'acheteur.

COMMENT UTILISER DES SOCIÉTÉS DE PERSONNES ET EN TIRER PROFIT?



Hugues Lachance
CA
Associé délégué, fiscalité
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 27:3

1. RÈGLES PROPOSÉES POUR L'ÉLIMINATION DU REPORT DE L'IMPÔT AVEC L'UTILISATION D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES 27:3

1.1. RÈGLES D'IMPOSITION DES SOCIÉTÉS DE PERSONNES ET NOUVELLES MESURES 27:3
1.2. CONDITIONS D'APPLICATION DES MESURES PROPOSÉES 27:5
1.3. CALCUL DU MONTANT COMPTABILISÉ AJUSTÉ POUR LA PÉRIODE TAMPON 27:6
1.3.1. Définition de « montant comptabilisé ajusté pour la période tampon » – Palier unique 27:6
1.3.2. Nature du montant comptabilisé pour la période tampon 27:9

1.3.3. Sous-estimation du montant comptabilisé ajusté pour la période tampon 27:9
1.4. DÉPENSE ADMISSIBLE RELATIVE À DES RESSOURCES 27:11
1.5. CHOIX DE MODIFICATION DE L'EXERCICE D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES – PALIER UNIQUE 27:12
1.6. ALLÈGEMENT TRANSITOIRE 27:15
1.6.1. Revenu admissible à l'allègement 27:15
1.6.2. Critères d'admissibilité 27:16
1.6.3. Rajustement du revenu admissible à l'allègement 27:18
1.6.4. Règle antiévitement spécifique 27:19
1.7. ADMISSION D'UN NOUVEL ASSOCIÉ 27:19
1.8. EXEMPLES ET PROBLÉMATIQUES RELIÉS AUX MESURES PROPOSÉES 27:20
1.9. SOCIÉTÉ DE PERSONNES À PALIERS MULTIPLES 27:22
1.10. EFFET DES NOUVELLES MESURES PROPOSÉES SUR LES COENTREPRISES 27:22

2. AVANTAGES D'UTILISER UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES 27:23

2.1. AVANTAGES FISCAUX 27:23

3. DÉCISIONS RÉCENTES 27:24

4. CONFORMITÉ FISCALE 27:27

CONCLUSION 27:28

ANNEXE 27:30

INTRODUCTION

L'utilisation de sociétés de personnes dans le cadre de planification ou de réorganisation permet d'obtenir des avantages fiscaux parfois non disponibles si de telles planifications étaient réalisées avec une société. Le Budget fédéral du 22 mars 2011 est venu limiter les situations pour lesquelles il était possible de tirer profit des sociétés de personnes. Ce budget, officiellement réintroduit à la Chambre des communes le 6 juin 2011 (« Budget ») prévoyait de nouvelles mesures fiscales limitant le report d'impôt pour une société par l'utilisation d'une société de personnes ayant une fin d'année différente. À cet effet, le 16 août 2011, le ministère des Finances du Canada déposa des propositions législatives, qui traitent, entre autres, des mesures proposées pour limiter le report de l'impôt avec l'utilisation d'une société de personnes[1]. Ainsi, l'objet du présent texte est de présenter les nouvelles règles proposées pour limiter le report de l'impôt, de faire un survol des différents avantages fiscaux découlant de l'utilisation d'une société de personnes et de la jurisprudence récente traitant des sociétés de personnes.

1. RÈGLES PROPOSÉES POUR L'ÉLIMINATION DU REPORT DE L'IMPÔT AVEC L'UTILISATION D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES

1.1. RÈGLES D'IMPOSITION DES SOCIÉTÉS DE PERSONNES ET NOUVELLES MESURES

Aux termes du paragraphe 96(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[2] une société de personnes n'est pas une personne, mais son revenu est calculé comme si elle en était une et est réparti entre les associés aux fins de l'impôt. Les associés doivent s'imposer sur le revenu attribué par la société de personnes sans qu'il y ait eu distribution. Pour diverses raisons, les fins d'année de la société de personnes et de ses associés peuvent être différentes

---

1 CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives concernant la loi de l'impôt sur le revenu et des règlements connexes*, publiées dans le *Communiqué 2011-067*, « Le gouvernement du Canada poursuit la mise en œuvre de son plan prévoyant des impôts bas pour stimuler la croissance et l'emploi », Ottawa, 16 août 2011. Le 1er septembre 2011, le ministère des Finances a déposé les Notes explicatives concernant ces propositions. Le 3 octobre 2011, le ministère des Finances a déposé un *Avis de motion de voies et moyens portant exécution de certaines dispositions du budget de 2011 mis à jour le 6 juin 2011 et mettant en œuvre d'autres mesures* et reprenant les nouvelles mesures pour les sociétés de personnes.

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

et ainsi provoquer un report des impôts à payer par l'associé. Par conséquent, une société qui exploitait une entreprise par l'intermédiaire d'une société de personnes, laquelle avait une fin d'année se terminant après la fin de l'année de son associé, pouvait reporter l'inclusion à son revenu jusqu'à 364 jours. Dans l'affaire *Fredette* c. *La Reine*, la Cour a accueilli l'appel du contribuable et accepté le report de l'impôt sur une année :

> « 66 Durant la période pertinente, comme on l'a vu, la Loi autorisait que le revenu soit reporté d'un an. Si le législateur croyait qu'il y avait lieu de changer sa politique fiscale relativement à cet avantage fiscal, il lui était loisible de le faire. Et il l'a fait en 1995 pour les exercices débutant après 1994. Par conséquent, on ne peut conclure que le report d'un an entraînait un abus dans l'application de la Loi lue dans son ensemble au cours de la période pertinente.
>
> 67 Toutefois, interposer une deuxième, une troisième ou une quatrième société pour différer de deux, trois ou quatre ans l'imposition du revenu est une tout autre affaire. Il n'est pas nécessaire de chercher bien loin pour trouver à quelles dispositions de la Loi lue dans son ensemble on contrevient ainsi. Le paragraphe 2(1) de la Loi édicte qu'un impôt doit être payé sur le revenu imposable "pour chaque année d'imposition". Le paragraphe 2(2) de la Loi prévoit que le revenu imposable pour une année d'imposition comprend le revenu pour cette année. Entre dans le calcul du revenu pour une année d'imposition le revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien pour cette année. À l'article 12 de la Loi, on retrouve un ensemble de règles qui visent à ajouter an revenu pour une année d'imposition notamment les sommes à recevoir pour la fourniture de services au cours de l'année, même si ces sommes "ne sont dues qu'au cours d'une année postérieure" (alinéa 12(1)b)), et les sommes d'intérêts "reçues ou à recevoir [...] au cours de l'année" (alinéa 12(1)c)). Une déclaration de revenu doit être produite chaque année et l'impôt payé (150(1)).
>
> 68 Peu de personnes, je crois, trouveraient raisonnable de différer ainsi de quatre années l'imposition d'un revenu. Il faut fixer une limite quelque part. À mon avis, il faut la fixer ici à une année : différer l'imposition de plus d'une année de façon aussi factice, grâce à une série d'opérations d'évitement, entraîne un abus dans l'application de la Loi. Même si on ne contrevient pas à la lettre de l'alinéa 96(1)b) et des paragraphes 248(1) et 249(2), on contrevient à leur esprit. L'intention du législateur, en adoptant ces dispositions, n'était pas de permettre de reporter indéfiniment l'imposition du revenu d'un contribuable[3]. »

Par contre, le report sur plus d'une année fut considéré comme abusif. Comme l'a si bien dit le juge Archambault, le contribuable avait le droit d'aménager ses affaires de façon à minimiser l'impôt exigible et il ne pouvait être tenu de structurer ses opérations de la façon la plus favorable pour l'Agence du revenu du Canada (« ARC »). Ces dernières années, il

---

[3] [2001] 3 C.T.C. 2468 (C.C.I.), par. 66 à 68.

semble y avoir eu une multiplication des sociétés de personnes avec report d'impôt et c'est ainsi que le ministère des Finances est venu mettre un terme à ce genre de planification dans le dernier budget fédéral en introduisant des mesures visant à limiter, voire éliminer, ce genre de structure. La baisse du taux d'impôt des dernières années permettait une économie d'impôt absolu lorsqu'il y avait mise en place d'une stratégie de report du revenu. Les États-Unis, le Royaume-Uni et l'Australie sont parmi les pays qui ont introduit des règles limitant l'utilisation d'une société de personnes afin de reporter l'impôt.

Les nouvelles mesures proposées permettent toujours à une société de personnes d'avoir une fin d'année différente[4]; par contre, l'associé sera tenu d'inclure un revenu pour la période « tampon »[5] et si certaines conditions sont remplies la société pourra bénéficier d'un allègement transitoire[6] lui permettant d'ajouter au revenu le revenu pour la période « tampon » sur une période de cinq ans. Les règles sont complexes et visent à la fois les structures de sociétés de personnes à palier unique et aussi celles à paliers multiples. Pour une bonne compréhension des règles à l'égard de structure à paliers multiples, il est important de comprendre celles applicables aux structures à palier unique.

1.2. CONDITIONS D'APPLICATION DES MESURES PROPOSÉES

Les nouvelles mesures proposées s'appliquent à une année d'imposition d'une société (autre qu'une société professionnelle[7]) se terminant après le 22 mars 2011, lorsque, à la fois :

- la société est un associé d'une société de personnes à la fin d'une année d'imposition;

---

4 La possibilité de conserver une fin d'année différente ne sera toutefois pas offerte aux structures de société de personnes à paliers multiples.

5 Les règles concernant l'inclusion au revenu pour cette période dite « tampon » sont décrites aux nouveaux paragraphes 34.2(1) à 34.2(10), à l'article 34.3 et à l'article amendé 249.1 L.I.R.

6 Les règles concernant le revenu admissible à l'allègement pouvant généralement être inclus au revenu sur une période de cinq ans sont décrites aux nouveaux paragraphes 34.2(1) et 34.2(11) à 34.2(18) et à l'article amendé 249.1 L.I.R.

7 L'expression « société professionnelle » est définie au paragraphe 248(1) L.I.R.

- le dernier exercice de la société de personnes qui a commencé dans l'année d'imposition de la société se termine dans l'année d'imposition subséquente;

- la société possède, seule ou avec des personnes ou sociétés de personnes qui lui sont affiliées ou liées, une participation « importante » dans la société de personnes, donnant droit à plus de 10 % du revenu de la société de personnes du revenu ou de la perte de la société de personnes ou des actifs (net du passif) en cas de liquidation.

1.3. CALCUL DU MONTANT COMPTABILISÉ AJUSTÉ POUR LA PÉRIODE TAMPON

Afin de limiter la possibilité d'un report d'impôt, le ministère propose une méthode de calcul du revenu de la société de personnes qui permettra d'inclure, dans les revenus de la société, une portion du revenu qui était autrefois reporté. À cette fin, les propositions législatives définissent cette portion de revenu comme étant le « montant comptabilisé ajusté pour la période tampon ».

1.3.1. Définition de « montant comptabilisé ajusté pour la période tampon » – Palier unique

Une société qui est un associé d'une société de personnes dont la fin d'année d'imposition diffère de l'exercice de la société de personnes devra inclure dans le calcul de son revenu sa part des revenus de la société de personnes qui s'est accumulée durant la période de l'année d'imposition de la société, qui comprend l'exercice de la société de personnes qui débute durant cette année d'imposition et qui se termine dans l'année d'imposition subséquente (« période tampon »). Ce montant de revenus additionnels se nomme le « montant comptabilisé ajusté pour la période tampon »[8] et correspond au montant calculé selon la formule suivante :

$$((A - B) \times C/D) - (E + F)$$

où :

A est la part du revenu ou d'un gain en capital imposable de la société de personnes pour les exercices se terminant durant l'année d'imposition, à

[8] Par. 34.2(1) « montant comptabilisé ajusté pour la période tampon », al. a) L.I.R.

l'exception des dividendes imposables ayant fait l'objet d'une déduction en vertu des articles 112 L.I.R. ou 113 L.I.R.;

B est la part d'une perte ou d'une perte en capital déductible de la société de personnes, dans la mesure où le montant de perte en capital déductible n'excède pas le montant de gains en capital imposable à A, pour les exercices se terminant durant l'année d'imposition;

C est le nombre compris dans la période de jours de l'année d'imposition qui comprend l'exercice de la société de personnes qui débute durant l'année d'imposition et qui se termine durant l'année d'imposition subséquente;

D est le nombre de jours des exercices de la société de personnes se terminant l'année d'imposition;

E est le montant des dépenses admissibles relatives à des ressources désigné par la société, tel qu'il est expliqué ci-dessous;

F est la somme que la société désigne, tel qu'il est expliqué ci-dessous.

Une société doit inclure dans le calcul de son revenu le montant comptabilisé ajusté pour la période tampon si, à la fois[9] :

- elle détient une participation importante[10] dans la société de personnes à la fin du dernier exercice de cette dernière qui s'est terminé dans l'année d'imposition;

- un autre exercice de la société de personnes débute dans l'année d'imposition et se termine après cette année;

- à la fin de l'année, la société a droit à une part des revenus, pertes, gains en capital imposables ou pertes en capital déductibles de la société de personnes pour l'exercice de cette dernière qui débute dans l'année d'imposition et se termine après.

---

9 Selon le paragraphe 34.2(2) L.I.R.

10 Une société possède une participation importante lorsqu'elle a droit, à titre individuel ou de concert avec une ou plusieurs autres personnes ou sociétés de personnes qui lui sont liées ou affiliées, à plus de 10 % soit du revenu ou de la perte de la société de personnes, soit des actifs (net du passif) de la société de personnes dans l'éventualité où elle cesserait d'exister. Selon la définition de « participation importante » au paragraphe 34.2(1) L.I.R.

Par contre, la société pourra déduire ce montant dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition suivante[11]. Un montant comptabilisé ajusté pour la période tampon n'aura pas à être inclus dans le calcul du revenu d'une société ou déduit selon le paragraphe 34.2(4) L.I.R. dans la mesure où la société a fait faillite au cours de l'année[12].

De plus, le nouveau paragraphe 34.2(8) L.I.R. contient des règles à l'égard d'une société étrangère affiliée (« SÉA ») qui est l'associé d'une société de personnes. Essentiellement, les nouvelles règles ne s'appliquent pas au revenu étranger accumulé, tiré de biens (« RÉATB »)[13]; et, sauf indication contraire du contexte, au déficit exonéré, au déficit imposable, au surplus exonéré et au surplus imposable de la société affiliée. Toutefois, les règles de l'article 34.2 L.I.R. pourraient s'appliquer à une société résidant au Canada qui est elle-même un associé d'une société de personnes propriétaire d'une SÉA qui gagne directement le RÉATB. De plus, les nouvelles règles pourraient trouver application à l'égard du calcul de surplus. Voici un extrait des notes explicatives sur cette question :

> « Toutefois, dans certaines circonstances, il est approprié de faire appliquer les règles de l'article 34.2 au calcul des soldes de surplus. En pareil cas, l'alinéa 34.2 (8)b) s'applique "sauf indication contraire du contexte". C'est notamment ce qui se produirait si la société affiliée tire des gains d'une entreprise exploitée activement devant être calculés en application du sous-alinéa a)(ii) de la définition de "gains" du paragraphe 5907(1) du *Règlement du l'impôt sur le revenu* lorsque l'entreprise est exploitée activement au Canada et est assujettie à l'impôt au Canada. Tel serait également le cas si la société affiliée a réalisé des gains en capital à la disposition de biens canadiens imposables non protégés par un traité. Dans ce cas, l'article 34.2 s'appliquerait déjà à la société étrangère affiliée pour le calcul de son revenu imposable gagné au Canada et, si les règles canadiennes sont celles visant le surplus, le contexte exigerait qu'elles soient appliquées aux fins du surplus[14]. »

Afin de réduire le montant comptabilisé ajusté pour la période tampon que la société doit inclure dans le calcul de son revenu, cette dernière peut désigner un montant[15], soit l'élément F de la formule. Cette désignation peut être avantageuse lorsqu'on sait que le montant de revenu proportionnel réel

---

[11] Selon le paragraphe 34.2(4) L.I.R.

[12] Selon le paragraphe 34.2(7) L.I.R.

[13] Al. 34.2(8)a) L.I.R.

[14] CANADA, ministère des Finances, précité, note 1; par. 34.2(8) L.I.R.

[15] Élément F de la formule figurant à l'alinéa a) de la définition « montant comptabilisé ajusté pour la période tampon » au paragraphe 34.2(1) L.I.R.

provenant de la société de personnes pour la période tampon est inférieur au montant comptabilisé ajusté pour la période tampon. Il faut cependant faire attention à toute sous-estimation de ce montant, une « pénalité » peut alors s'appliquer tel qu'il est décrit à la section 1.3.3.

1.3.2. Nature du montant comptabilisé pour la période tampon

Il est à noter que le montant comptabilisé ajusté pour la période tampon inclus dans le calcul du revenu de la société est réputé être un revenu ou des gains en capital imposables de même nature et de même proportion que les revenus et gains en capital imposables attribués par la société de personnes et inclus dans son calcul par l'élément A de la formule figurant à l'alinéa a) de la définition « montant comptabilisé ajusté pour la période tampon » au paragraphe 34.2(1) L.I.R.[16] Il en est de même pour le montant déduit en vertu du paragraphe 34.2(4) L.I.R. Ce montant est réputé être de même nature et de même proportion que les revenus et gains en capital ayant été inclus dans son calcul pour l'année d'imposition précédente[17].

Par exemple, si une société reçoit 100 000 $ de revenu provenant d'une société de personnes et que ce revenu est composé de 40 000 $ de revenu d'entreprise, de 30 000 $ de revenu de biens et de 30 000 $ de gains en capital imposables, le montant comptabilisé ajusté pour la période tampon représentera 40 % de revenu d'entreprise, 30 % de revenus de biens et 30 % de gains en capital imposables. Le gain en capital imposable ne constituera pas un « gain en capital provenant d'une disposition » inclus dans le calcul du compte de dividendes en capital.

Les règles concernant la nature du montant comptabilisé pour la période tampon assurent ainsi que le revenu découlant de cette période sera assujetti à un taux d'imposition approprié. Ces règles s'appliquent également au revenu désigné par un nouvel associé.

1.3.3. Sous-estimation du montant comptabilisé ajusté pour la période tampon

Dans la mesure où le montant comptabilisé ajusté pour la période tampon, réduit à la suite d'une désignation de la part de la société, est

---

16 Selon le sous-alinéa 34.2(5)a)(i) L.I.R.

17 Selon le sous-alinéa 34.2(5)a)(iii) L.I.R.

inférieur au moindre du revenu proportionnel réel provenant de la société de personnes pour la période tampon et du montant comptabilisé ajusté pour la période tampon calculé sans tenir compte de la désignation (« sous-estimation »), la société sera alors assujettie aux règles de sous-estimation du montant comptabilisé ajusté pour la période tampon. La société devra alors inclure dans le calcul de son revenu[18] un montant additionnel égal au montant de la sous-estimation multiplié par le taux d'intérêt moyen prescrit, s'appliquant au paiement insuffisant d'impôt[19], pour la période débutant le lendemain de la période tampon et qui se termine le jour où l'année d'imposition prend fin[20]. De plus, dans la mesure où le montant de rajustement pour revenu insuffisant est plus élevé que 25 % multiplié par le moindre :

a) de revenu proportionnel réel provenant de la société de personnes pour la période tampon; et

b) de montant comptabilisé ajusté pour la période tampon calculé sans tenir compte de la désignation,

multiplié par le taux d'intérêt moyen prescrit s'appliquant au paiement insuffisant d'impôt pour la période mentionnée ci-dessus; 50 % de cet excédent devra être inclus dans le calcul de revenu de la société[21]. Ainsi, puisqu'une société ne peut modifier ou révoquer sa désignation[22], il devient alors important de ne pas sous-estimer le montant comptabilisé ajusté pour la période tampon afin d'éviter l'application des règles de la sous-estimation du montant comptabilisé ajusté pour la période tampon.

---

18 Selon le paragraphe 34.3(3) L.I.R.

19 Taux d'intérêt visé à l'alinéa 4301a) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, ch. 945 et mod. (« R.I.R. »).

20 Soit le « rajustement pour revenu insuffisant », selon cette définition au paragraphe 34.3(1) L.I.R.

21 Selon le paragraphe 34.3(3) L.I.R.

22 Selon le paragraphe 34.2(10) L.I.R.

1.4. DÉPENSE ADMISSIBLE RELATIVE À DES RESSOURCES

Une « dépense admissible relative à des ressources »[23] correspond à la dépense engagée par la société de personnes au cours de la période tampon, visée à l'une des définitions suivantes :

- des « frais d'exploration au Canada » visés au paragraphe 66.1(6) L.I.R.;
- des « frais d'aménagement au Canada » visés au paragraphe 66.2(5) L.I.R.;
- des « frais relatifs à des ressources à l'étranger » visés au paragraphe 66.21(1) L.I.R.;
- des « frais à l'égard de biens canadiens relatifs au pétrole et au gaz » visés au paragraphe 66.4(5) L.I.R.

Afin de réduire le « montant comptabilisé ajusté pour la période tampon » une société peut désigner un montant de dépense admissible relative à des ressources à l'élément E de la définition de « montant comptabilisé ajusté pour la période tampon » au paragraphe 34.2(1) L.I.R. Toutefois, cette désignation ne peut être effectuée que dans la mesure où la société obtient, de la part de la société de personnes par écrit, avant la date d'échéance de production de la déclaration de revenus de la société, les renseignements permettant de déterminer les dépenses relatives à des ressources de la société visées :

- à l'alinéa h) de la définition de « frais d'exploration au Canada » au paragraphe 66.1(6) L.I.R.;
- à l'alinéa f) de la définition de « frais d'aménagement au Canada » au paragraphe 66.2(5) L.I.R.;
- à l'alinéa e) de la définition de « frais relatifs à des ressources à l'étranger » au paragraphe 66.21(1) L.I.R.;
- à l'alinéa b) de la définition de « frais à l'égard de biens canadiens relatifs au pétrole et au gaz » au paragraphe 66.4(5) L.I.R.;

---

[23] Selon la définition de « dépense admissible à des ressources » au paragraphe 34.2(1) L.I.R.

déterminées comme si ces dépenses avaient été engagées par la société de personnes au cours de son dernier exercice prenant fin dans l'année d'imposition de la société[24]. De plus, le montant de dépenses désigné ne peut excéder le montant maximal que la société pourrait déduire selon les articles 66.1, 66.2, 66.21 et 66.4 L.I.R. dans le calcul de son revenu si ces dépenses étaient les seuls montants entrant dans le calcul du montant maximal[25], si l'exercice de la société de personnes qui débute durant l'année d'imposition et qui se termine après l'année d'imposition avait cessé à la fin de l'année et si chaque dépense était réputée en vertu du paragraphe 66(18) L.I.R. avoir été engagée par la société à la fin de son année d'imposition[26].

1.5. CHOIX DE MODIFICATION DE L'EXERCICE D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES – PALIER UNIQUE

Afin d'éviter l'application des règles mentionnées ci-dessous, relativement au montant comptabilisé ajusté pour la période tampon, les associés d'une société de personnes pourront faire un choix[27] afin de modifier la date de fin d'exercice de cette dernière dans le but d'harmoniser cet exercice avec l'année d'imposition d'un ou de plusieurs associés qui sont des sociétés[28] (« exercice aligné »). Le dernier jour de l'exercice aligné, qui débute avant le 22 mars 2011 et qui se termine après cette date, doit être antérieur à la date où il aurait normalement pris fin. Les conditions suivantes doivent être réunies afin de pouvoir faire le choix de modification de la date de fin d'exercice :

a) tous les associés de la société de personnes sont des sociétés, autres que des sociétés professionnelles[29];

b) la société de personnes n'est pas un associé d'une autre société de personnes;

---

24 Selon l'alinéa 34.2(6)a) L.I.R.

25 Selon le sous-alinéa 34.2(6)b)(i) L.I.R.

26 Selon le sous-alinéa 34.2(6)b)(ii) L.I.R. – Alignement d'exercice pour palier unique. Un choix d'alignement est également disponible pour les sociétés de personnes à paliers multiples, voir la section 1.9.

27 Selon le paragraphe 249.1(8) L.I.R.

28 Le fait de changer la date de fin d'exercice en vertu du paragraphe 249.1(8) L.I.R. se nomme « alignement pour palier unique » selon cette définition au paragraphe 34.2(1) L.I.R.

29 *Supra*, note 7.

c) au moins un des associés possède une participation importante[30] à la fin de l'exercice aligné;

d) s'il n'était pas tenu compte de ce choix de modification de date de fin d'exercice, au moins un des associés mentionnés au point précédent aurait une fin d'année d'imposition différente de la date de fin d'exercice de la société de personnes;

e) le dernier jour de l'exercice aligné prend fin après le 22 mars 2011, sans dépasser le dernier jour de la plus tardive des années d'imposition se terminant après le 22 mars 2011 des sociétés qui sont les associés de la société de personnes de façon continue depuis le 22 mars 2011;

f) le choix est présenté au ministre par une société autorisée à agir au nom de tous les associés[31], sur formulaire prescrit, à la première des dates d'échéance de production pour l'année d'imposition se terminant après le 22 mars 2011 des sociétés qui sont les associés de la société de personnes[32];

g) la durée de l'exercice aligné ne peut excéder 12 mois[33];

h) aucun autre choix de modification de fin d'exercice, à une date autre à laquelle le présent choix s'applique, n'a été présenté au ministre[34].

Nous pouvons donc constater que le choix de modification de l'exercice de la société de personnes doit s'effectuer très rapidement dès la première année d'imposition de la société se terminant après le 22 mars 2011; sinon, ce choix ponctuel ne pourra être effectué par la suite. De plus, il est à noter que le choix de modifier l'exercice d'une société de personnes peut engendrer une situation où une société, associée de la société de personnes, se voit attribuer les revenus pour deux exercices de cette dernière se terminant dans la même année d'imposition. Cependant, dans la mesure où le premier exercice aligné de la société de personnes se termine dans la première année d'imposition de la société se terminant après le 22 mars 2011

---

30 *Supra*, note 10.

31 Selon l'alinéa 249.1(10)c) L.I.R.

32 Selon le sous-alinéa 249.1(10)a)(i) L.I.R.

33 Selon l'alinéa 249.1(10)b) L.I.R.

34 Selon l'alinéa 249.1(10)d) L.I.R.

(« exercice admissible »), que le deuxième des exercices qui se terminent dans la même année d'imposition est l'exercice aligné et que la société est associée de la société de personnes à la fin de l'exercice admissible, le revenu de cet exercice admissible est alors admissible à un allègement transitoire[35]. Le revenu d'alignement admissible correspond à la somme des éléments suivants[36] :

$$A + B + C$$

où :

A est la part du revenu ou d'un gain en capital imposable de la société de personnes pour l'exercice admissible, à l'exception des dividendes imposables ayant fait l'objet d'une déduction en vertu des articles 112 ou 113 L.I.R.;

B est la part d'une perte ou d'une perte en capital déductible de la société de personnes, dans la mesure où le montant de perte en capital déductible n'excède pas le montant de gains en capital imposable à A, pour l'exercice admissible;

C est le montant de dépenses, réputées en vertu du paragraphe 66(18) L.I.R. avoir été engagées ou effectuées par la société à la fin de l'exercice admissible, relativement à des « frais d'exploration au Canada » selon l'article 66.1 L.I.R., des « frais d'aménagement au Canada » selon l'article 66.2 L.I.R., des « frais relatifs à des ressources à l'étranger » selon l'article 66.21 L.I.R. et des « frais à l'égard de biens canadiens relatifs au pétrole et au gaz » selon l'article 66.4 L.I.R., tel montant étant déterminé comme si ces dépenses étaient les seules entrant dans le calcul de la somme déductible.

Par contre, dans la mesure où l'exercice aligné de la société de personnes est le premier exercice qui se termine dans la première année d'imposition de la société se terminant après le 22 mars 2011, le revenu d'alignement admissible est alors de zéro puisque les revenus d'un exercice seulement sont à inclure dans le calcul du revenu de la société.

---

[35] Ce revenu se nomme « revenu d'alignement admissible » selon cette définition au paragraphe 34.2(1) L.I.R.

[36] Selon le sous-alinéa a)(i) de la définition « revenu d'alignement admissible » au paragraphe 34.2(1) L.I.R.

En conséquence, le « revenu d'alignement admissible » sera inclus dans le calcul du « revenu admissible à l'allègement »[37], tel qu'il est expliqué ci-après.

1.6. ALLÈGEMENT TRANSITOIRE

Afin de minimiser l'impact négatif sur les flux de trésorerie d'une société, qui serait tenue d'inclure dans le calcul de son revenu pour sa première année d'imposition qui se termine après le 22 mars 2011 un montant comptabilisé ajusté pour la période tampon ou un revenu d'alignement admissible, ou encore les deux à la fois, cette même société aura droit à un allègement transitoire afin de lui permettre d'inclure dans le calcul de son revenu ce ou ces montants supplémentaires sur une période de cinq ans.

1.6.1. Revenu admissible à l'allègement

Le montant admissible à l'allègement transitoire, soit le revenu admissible à l'allègement, correspond à la somme du revenu d'alignement admissible et du montant comptabilisé ajusté pour la période tampon d'une société pour sa première année d'imposition qui se termine après le 22 mars 2011[38]. Aux fins du revenu admissible à l'allègement, le revenu ou la perte de la société de personnes, pour son premier exercice se terminant dans l'année d'imposition ou pour l'exercice aligné, doit être calculé comme si la société de personnes avait déduit le montant maximal admissible en ce qui a trait à toute dépense, provision ou autre somme et comme si aucun choix n'avait été effectué selon l'alinéa 34a) L.I.R. concernant les travaux en cours[39].

La société peut donc déduire dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition donnée[40] un montant égal au revenu admissible à l'allègement multiplié par le « pourcentage déterminé »[41]. Le pourcentage déterminé relativement à une année d'imposition donnée correspond à 100 %

---

37 Selon la définition de « revenu admissible à l'allègement » au paragraphe 34.2(1) L.I.R.

38 *Id.*

39 Selon le paragraphe 34.2(15) L.I.R.

40 Selon l'alinéa 34.2(11)a) L.I.R.

41 Selon la définition de « pourcentage déterminé » au paragraphe 34.2(1) L.I.R.

pour l'année d'imposition de la société qui prend fin en 2011, 85 % pour 2012, 65 % pour 2013, 45 % pour 2014, 25 % pour 2015 et 0 % pour 2016 dans la mesure où la première année d'imposition pour laquelle la société a un revenu admissible à l'allègement prend fin en 2011[42].

Cependant, cette déduction ne peut excéder :

- le montant que la société se doit d'inclure dans le calcul de son revenu en vertu du paragraphe 34.2(12) L.I.R.[43], auquel s'ajoute le montant de rajustement du montant comptabilisé pour la période tampon qui peut être ajouté au revenu admissible à l'allègement[44], tel qu'il est décrit ci-après[45]; ou

- le revenu de la société calculé sans tenir compte de la déduction relative au revenu admissible à l'allègement dont nous traitons actuellement ou de la somme déduite en vertu des articles 61.3 et 61.4 L.I.R.[46]

Tel qu'il est mentionné ci-dessus, la somme qu'une société a déduite selon le paragraphe 34.2(11) L.I.R. dans le calcul de son revenu de l'année d'imposition précédente doit être incluse dans le calcul de son revenu[47].

1.6.2. Critères d'admissibilité

Une société peut se prévaloir de la déduction prévue au paragraphe 34.2(11) L.I.R. dans la mesure où les conditions suivantes sont respectées[48] :

---

42 Si, toutefois, la première année d'imposition pour laquelle la société a un revenu admissible à l'allègement prend fin en 2012, les pourcentages sont les suivants pour l'année d'imposition qui prend fin en 2012, 100 %; en 2013, 85 %; en 2014, 65 %; en 2015, 45 %; en 2016, 25 % et, en 2017, 0 %. Si l'année d'imposition durant laquelle la société a un revenu admissible pour la première fois prend plutôt fin en 2013, les pourcentages sont identiques à ceux d'une société pour qui cette année d'imposition prend fin en 2012, à l'exception du 100 % en 2012 qui n'est pas applicable.

43 Soit le montant déduit en vertu du paragraphe 34.2(11) L.I.R. au cours de l'année d'imposition précédente.

44 Selon le paragraphe 34.2(17) L.I.R.

45 Selon l'alinéa 34.2(11)b) L.I.R.

46 Selon l'alinéa 34.2(11)c) L.I.R.

47 Selon le paragraphe 34.2(12) L.I.R.

48 Selon le sous-alinéa 34.2(13)a)(ii) L.I.R.

- la société est l'associé de la société de personnes à la fin de l'exercice de cette dernière qui débute avant le 22 mars 2011 et qui se termine dans l'année d'imposition de la société comprenant cette date;

- la société est l'associé de la société de personnes à la fin de l'exercice débutant immédiatement après l'exercice dont il est fait mention au point précédent et jusqu'après la fin de l'année d'imposition comprenant le 22 mars 2011;

- la société est l'associé de la société de personnes de façon continue depuis une date antérieure au 22 mars 2011 et jusqu'à la fin de l'année d'imposition.

De plus, aucune déduction ne peut être réclamée par la société si :

- à la fin d'une année d'imposition ou à tout moment au cours de l'année d'imposition suivante, le revenu de la société est exonéré de l'impôt de la partie I L.I.R. durant laquelle la société cesse de résider au Canada et la société de personnes n'exploite pas une entreprise par le biais d'un établissement stable au Canada[49];

- l'année d'imposition se termine immédiatement avant une autre année d'imposition au cours de laquelle la société est en faillite, la société est dissoute ou liquidée (autrement dans les circonstances où le paragraphe 88(1) L.I.R. s'applique) ou au début de laquelle la société de personnes n'exploite plus principalement l'entreprise à laquelle le revenu admissible à l'allègement se rapporte[50].

Toutefois, lorsqu'une société dispose, au cours d'une année d'imposition, de sa participation dans la société de personnes en faveur d'une autre société avec qui la société est liée ou affiliée, au moment de la disposition, et que cette autre société possède toujours la participation à la fin de l'année d'imposition, la société sera alors réputée être un associé de la société de personnes aux fins du paragraphe 34.2(13) L.I.R.[51] Cette mesure permettra alors à la société de se prévaloir de la déduction pour l'allègement transitoire prévue au paragraphe 34.2(11) L.I.R. au cours de l'année d'imposition durant laquelle la disposition a eu lieu. Ainsi, la société devra

---

49 Selon l'alinéa 34.2(13)b) L.I.R.

50 Selon l'alinéa 34.2(13)c) L.I.R.

51 Selon le paragraphe 34.2(14) L.I.R.

alors inclure dans le calcul de son revenu de l'année d'imposition suivante le montant d'allègement transitoire non encore inclus aux revenus, selon le paragraphe 34.2(12) L.I.R.

1.6.3. Rajustement du revenu admissible à l'allègement

Il est prévu que le montant de revenu admissible à l'allègement soit rajusté, pour une année donnée et chaque année d'imposition subséquente pour laquelle une somme est déductible en vertu du paragraphe 34.2(11) L.I.R., dans la mesure où l'année d'imposition donnée :

- se termine après la première année d'imposition au cours de laquelle un montant comptabilisé ajusté pour la période tampon a été inclus dans le revenu admissible à l'allègement[52];

- correspond à l'année d'imposition dans laquelle prend fin l'exercice de la société de personnes qui a débuté dans la première année d'imposition au cours de laquelle un montant comptabilisé ajusté pour la période tampon a été inclus dans le revenu admissible à l'allègement[53].

Si ces conditions sont respectées, la société pourra alors rajuster le revenu admissible à l'allègement qui pourra être déduit en vertu du paragraphe 34.2(11) L.I.R., en recalculant le montant comptabilisé ajusté pour la période tampon[54]. Ce dernier doit être recalculé en tenant compte des éléments suivants qui remplacent les éléments de la formule à la définition de « montant comptabilisé ajusté pour la période tampon » au paragraphe 34.2(1) L.I.R. :

A devient la part du revenu ou d'un gain en capital de la société de personnes pour l'exercice qui se termine durant l'année d'imposition donnée (ou dans l'exercice se terminant dans une année d'imposition subséquente à l'année d'imposition donnée pour laquelle une somme est déductible en vertu du paragraphe 34.2(11) L.I.R.), à l'exception des dividendes imposables ayant fait l'objet d'une déduction conformément aux articles 112 et 113 L.I.R.;

---

52 Selon l'alinéa 34.2(16)a) L.I.R.

53 Selon l'alinéa 34.2(16)b) L.I.R.

54 Selon l'alinéa 34.2(17)a) L.I.R.

B devient la part d'une perte ou d'une perte en capital de la société de personnes, dans la mesure où le montant de perte en capital déductible n'excède pas le montant de gains en capital imposable à A, pour l'exercice qui se termine durant l'année d'imposition donnée (ou dans l'exercice se terminant dans une année d'imposition subséquente à l'année d'imposition donnée pour laquelle une somme est déductible en vertu du paragraphe 34.2(11) L.I.R.);

C devient le nombre de jours qui font partie à la fois de cet exercice et de l'année d'imposition donnée (ou de l'année d'imposition subséquente à l'année d'imposition donnée pour laquelle une somme est déductible en vertu du paragraphe 34.2(11) L.I.R.);

D devient le nombre de jours qui font partie de cet exercice;

E reste identique;

F devient zéro.

Ce rajustement du revenu admissible à l'allègement sert à « rendre conforme à la réalité » le montant comptabilisé ajusté pour la période tampon. Ce rajustement change le revenu admissible à l'allègement pour la deuxième année d'imposition aux fins du calcul de la provision transitoire.

1.6.4. Règle antiévitement spécifique

Les propositions législatives, comparativement aux mesures proposées dans le Budget, contiennent aussi une règle antiévitement spécifique qui stipule que dans la mesure où il est raisonnable de conclure que l'une des principales raisons pour lesquelles une société est un associé d'une société de personnes est d'éviter l'application du paragraphe 34.2(13) L.I.R., cette société sera alors réputée ne pas être un associé de la société de personnes aux fins de ce paragraphe.

1.7. ADMISSION D'UN NOUVEL ASSOCIÉ

Les mesures proposées dans le Budget ne prévoyaient aucun allègement pour une société qui devient un associé d'une société de personnes et qui ne se voit attribuer aucun revenu de la société de personnes au cours de l'année d'admission en tant que nouvel associé, en raison de l'exercice de la société de personnes qui prend fin au cours de l'année d'imposition suivant celle au cours de laquelle la société est devenue un associé. En effet, dans une telle situation, la société est contrainte de devoir inclure dans le calcul de son

revenu pour son année d'imposition suivant celle au cours de laquelle elle est devenue un associé un montant comptabilisé ajusté pour la période tampon en sus de sa part des revenus de la société de personnes pour l'exercice qui se termine au cours de cette année d'imposition. Cependant, les propositions législatives prévoient une mesure d'allègement pour pallier ce problème. Selon ces règles, une société, autre qu'une société professionnelle, peut inclure une somme dans le calcul de son revenu durant l'année d'imposition au cours de laquelle elle est devenue un associé[55], à condition que l'exercice de la société de personnes qui commence au cours de cette année d'imposition se termine au plus tard à la date d'échéance de production applicable à la société. Dans la mesure où cette condition est respectée, la société peut alors inclure dans le calcul de son revenu le moindre de la somme que la société désigne et de la part du revenu de la société de personnes pour l'exercice qui débute dans l'année d'imposition de la société au cours de laquelle elle est devenue un associé et qui se termine dans son année d'imposition suivante, proratée en fonction du nombre de jours qui font partie à la fois de l'année d'imposition au cours de laquelle la société est devenue un associé sur le nombre de jours de l'exercice de la société de personnes. Ainsi, la société pourra inclure un montant dans le calcul de son revenu au cours de l'année d'imposition durant laquelle elle est devenue associé et ainsi déduire ce même montant au cours de l'année d'imposition suivante selon le paragraphe 34.2(4) L.I.R. En conséquence, la société sera en mesure de réduire l'impact de l'inclusion dans le calcul de son revenu pour son année d'imposition suivant celle au cours de laquelle elle est devenue un associé du montant comptabilisé ajusté pour la période tampon et de sa part des revenus de la société de personnes pour l'exercice qui se termine au cours de cette année d'imposition.

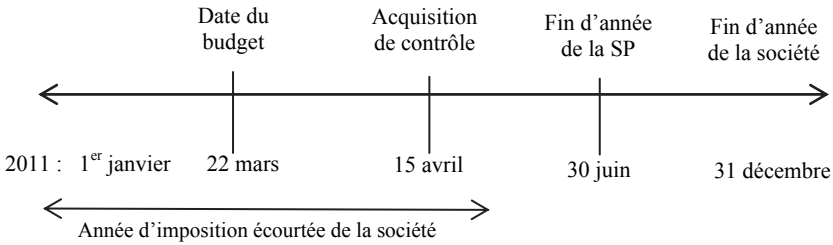
1.8. EXEMPLES ET PROBLÉMATIQUES RELIÉS AUX MESURES PROPOSÉES[56]

Voici un exemple qui permettra d'illustrer le fonctionnement de ces nouvelles mesures proposées :

---

55 Selon le paragraphe 34.2(3) L.I.R.

56 Plusieurs critiques ont été énoncées à l'égard des nouvelles mesures proposées, notamment dans le document produit par le Tax Executive Institute dans deux lettres adressées au ministère des Finances, soit le 21 juin et le 16 septembre 2011.



Par exemple, une société a une fin d'année le 31 décembre et un intérêt dans une société de personnes (dont la fin d'année est le 30 juin 2011) et subit une acquisition de contrôle le 16 avril 2011; la société de personnes n'aurait pas une fin d'année qui se termine dans l'année d'imposition de la société, laquelle s'est terminée le 15 avril 2011. Pour minimiser l'inclusion au revenu, la société pourrait choisir une fin d'année du 30 juin 2011.

Ainsi, la société n'aura droit à aucun allègement transitoire puisque aucun montant comptabilisé ajusté pour la période tampon n'est à inclure dans sa première année d'imposition se terminant après le 22 mars 2011, car aucun exercice de la société de personnes ne s'est terminé au cours de cette année[57]. En conséquence, la société se verra dans l'obligation d'inclure dans le calcul de son revenu pour son année d'imposition suivant sa part du revenu de la société de personnes et un montant comptabilisé ajusté pour la période tampon, sans pouvoir se prévaloir de l'allègement transitoire.

De plus, dans la mesure où une société de personnes, pour laquelle un montant comptabilisé ajusté pour la période tampon est à calculer, est à perte pour son premier exercice se terminant dans l'année d'imposition de la société qui prend fin après le 22 mars 2011, cette dernière n'aura pas droit à l'allègement transitoire[58]. Ainsi, si la société de personnes réalise un profit l'exercice suivant, la société sera alors contrainte d'inclure dans le calcul de son revenu sa part du revenu de la société de personnes pour l'exercice se

---

57 Selon le sous-alinéa 34.2(13)a)(ii) L.I.R.

58 La société doit avoir un montant comptabilisé ajusté pour la période tampon pour sa première année d'imposition se terminant après le 22 mars 2011 afin d'avoir droit à l'allègement transitoire, selon le sous-alinéa b)(ii) de la définition « revenu admissible à l'allègement » du paragraphe 34.2(1) L.I.R. Cette condition n'est pas respectée lorsque la société de personnes est à perte ou si aucun revenu n'est attribué à la société.

terminant durant l'année d'imposition et un montant comptabilisé ajusté pour la période tampon, sans qu'aucun allègement ne soit possible.

Finalement, lorsqu'une société devient, avant le 22 mars 2011, un nouvel associé d'une société de personnes et que cette dernière est à perte durant l'exercice se terminant au cours de l'année d'imposition de la société qui prend fin après le 22 mars 2011, la société n'aura pas droit à l'allègement transitoire[59]. De plus, si l'exercice de la société de personnes se termine après l'année d'imposition de la société, cette dernière n'aura pas droit à l'application du paragraphe 34.2(3) L.I.R., lui permettant d'inclure un montant dans le calcul de son revenu et de déduire ce montant l'année suivante selon le paragraphe 34.2(4) L.I.R.

1.9. SOCIÉTÉ DE PERSONNES À PALIERS MULTIPLES

Les structures de sociétés de personnes à paliers multiples auront le choix de s'aligner sur la même fin d'année[60] ou elles devront adopter le 31 décembre comme fin d'exercice. Le choix de la fin d'année sera par la suite déterminant sur le calcul du montant comptabilisé ajusté pour la période tampon et le revenu d'alignement admissible. L'exercice de la société de personnes qui fait l'objet de l'alignement pour paliers multiples est défini comme étant l'« exercice admissible ». Il est possible que l'exercice admissible découlant de l'alignement ne coïncide pas avec la fin de l'année d'imposition de l'associé et que, par conséquent, la société ait un montant comptabilisé ajusté pour la période tampon et un revenu d'alignement admissible. Cependant, il est prévu qu'un associé assujetti à l'alignement pour paliers multiples ne soit pas tenu d'inclure un montant comptabilisé pour la période tampon à l'égard de la société de personnes avant l'année d'imposition qui inclut la fin de l'exercice admissible de la société de personnes[61].

1.10. EFFET DES NOUVELLES MESURES PROPOSÉES SUR LES COENTREPRISES

Auparavant, il était aussi possible pour une société de reporter l'impôt par l'utilisation d'une coentreprise. En effet, si une société avait une année d'imposition qui se terminait le 31 décembre et qu'elle possédait une

---

[59] Selon l'alinéa 34.2(11)b) L.I.R.

[60] Par. 249.1(9) L.I.R.

[61] Par. 34.2(9) L.I.R.

participation dans une coentreprise dont la fin d'exercice était le 1er janvier, la part du revenu de la coentreprise pour un exercice donné était seulement incluse dans le calcul du revenu de la société pour l'année d'imposition au cours de laquelle l'exercice donné se terminait. Il était donc possible de reporter l'imposition d'une année. Toutefois, dans une récente interprétation technique[62], l'ARC a confirmé que les nouvelles mesures proposées dans le Budget s'appliqueraient aussi aux coentreprises. En conséquence, une société ne pourra plus reporter l'impôt par l'utilisation d'une coentreprise. Des mesures d'allègement pourraient être élaborées, la question était à l'étude au moment d'écrire le présent texte.

2. AVANTAGES D'UTILISER UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES

2.1. AVANTAGES FISCAUX

Il existe de nombreux avantages[63] résultant de l'utilisation d'une société de personnes. Notons, entre autres :

1) Élimination d'un niveau d'imposition. Ainsi le revenu d'une société de personnes peut être imposé directement dans les mains d'un particulier. Il faut toutefois évaluer si la détention directe de parts d'une société de personnes est plus avantageuse que la détention par une société. Le niveau de revenu et le taux d'imposition de chacun devront être considérés.

2) Allocation de pertes fiscales aux associés. Ce genre de structure peut être avantageuse pour un projet en démarrage pour lequel on prévoit des pertes durant les premières années. S'il s'agit d'une société en commandite, la déduction des pertes sera limitée compte tenu du prix de base rajusté de la participation et de la fraction à risque des associés commanditaires;

3) Possibilité d'allouer le revenu aux associés selon différents critères, mais il faut prendre garde à l'application des paragraphes 103(1) et 103(1.1) L.I.R.

---

62 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2011-0403081C6, « Joint Venture Administrative Policy », 6 juin 2011.

63 Pour une discussion plus détaillée sur les avantages, voir notamment Lorne BEILES, « Partnerships : a Review of Tax Planning Strategies », dans *2006 British Columbia Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2006.

4) Possibilité de distribuer des fonds aux associés sans imposition immédiate, sous réserve des règles applicables aux sociétés en commandite et leurs commanditaires.

5) Possibilités de réaliser des réorganisations avec report d'impôts compte tenu des dispositions de roulement prévues aux paragraphes 97(2) et 98(3) L.I.R.

6) Possibilité de « rouler » des biens immeubles en inventaire.

7) Il n'y a pas d'équivalent de l'article 15 L.I.R. (avantage à l'actionnaire) applicable à une société de personnes. Il n'y a pas non plus d'équivalent de l'article 84.1 L.I.R., lequel vise à empêcher l'extraction de surplus libre d'impôt d'une société.

8) Le partage de la déduction pour la petite entreprise (« DPE »). Par contre, certaines règles empêchent la multiplication de cette DPE au paragraphe 125(6) L.I.R.

3. DÉCISIONS RÉCENTES

Dans l'affaire *Krauss* c. *La Reine*[64], la Cour a autorisé l'ARC à réallouer au contribuable le revenu d'une société de personnes provenant d'une fiducie familiale à la suite d'une opération de gel en faveur de la société de personnes. La Cour a expliqué que l'attribution du revenu était déraisonnable.

En décembre 1992, une société de personnes est constituée entre le contribuable (M^me^ Krauss), une société lui appartenant en propriété exclusive (K Co), son fils et la fiducie familiale de celui-ci pour réaliser un gel dans le cadre duquel la croissance à venir des biens transférés à la société de personnes était dévolue aux bénéficiaires de la fiducie, à savoir l'épouse du fils et leurs deux enfants.

M^me^ Krauss et son fils confièrent chacun à la société de personnes un intérêt indivis de 50 % dans certains biens immobiliers. En contrepartie, la société de personnes prenait à sa charge le passif des biens immobiliers et remettait le même nombre (1,252 million) de parts rachetables de catégorie A à M^me^ Krauss ainsi qu'à son fils. La valeur de rachat des parts de catégorie A était égale à la juste valeur marchande (« JVM ») des biens

64 2009 CCI 597; conf. par 2010 CAF 284.

immobiliers moins le passif à la charge de la société de personnes. Le contrat de la société de personnes prévoyait que toutes les pertes liées aux biens immobiliers devaient être affectées aux parts de catégorie A et que leurs détenteurs devaient combler les besoins de trésorerie nécessaires à l'exploitation courante des biens immobiliers sans que cela touche leur droit au revenu ou aux distributions. En outre, M^me^ Krauss ne pouvait procéder au rachat de ses parts de catégorie A de façon unilatérale et sans le consentement de son fils. K Co et le fils ont également remis un intérêt détenu en copropriété à la société de personnes contre des parts de catégorie B; on ne sait pas si ces parts ont par la suite été rachetées.

En janvier 1993, la société de personnes a émis 100 parts de catégorie C qu'elle a remises à la fiducie familiale du fils en contrepartie de 100 $. En 1994, la société de personnes a produit un revenu d'environ 342 000 $ découlant des biens immobiliers de départ; une somme de 108 000 $ a été affectée aux parts de catégorie A de M^me^ Krauss ainsi qu'à celles de son fils, et le solde résiduel de 126 000 $ a été affecté aux parts de catégorie C de la fiducie familiale du fils.

L'ARC a établi une nouvelle cotisation de M^me^ Krauss de façon que ses revenus comprennent la moitié (63 000 $) du montant affecté aux parts de catégorie C de la fiducie familiale de son fils. L'ARC a soutenu cette position parce que M^me^ Krauss avait investi 50 % du capital de la société de personnes et qu'elle avait la responsabilité de la moitié de la gestion de la société de personnes en vertu du contrat de société; il était donc raisonnable de lui imputer la moitié du revenu de la société de personnes.

Fait intéressant, la Cour est en désaccord avec l'argument de l'ARC selon lequel la loi n'autorise pas le gel en faveur d'une société de personnes, et elle a plutôt indiqué que s'il est structuré convenablement, ce type de gel peut remplacer le gel classique en faveur d'une société. Néanmoins, la Cour a relevé le fait que ce gel en faveur de la société de personnes avait ceci de particulier que les pertes provenant des biens immobiliers étaient affectées aux parts de catégorie A, ce qui obligeait les détenteurs de ces parts à financer l'exploitation des biens immobiliers sans accroître leurs droits aux revenus ou aux distributions, et empêchait M^me^ Krauss de procéder unilatéralement au rachat de ses parts de catégorie A. La Cour a affirmé que ces différences réduisaient la valeur des parts de catégorie A de M^me^ Krauss. Une clause de rajustement de prix était censée corriger la valeur de rachat des parts de catégorie A pour qu'elle corresponde à la JVM des biens immobiliers au premier transfert. Toutefois, la Cour a indiqué que même si la valeur de rachat était égale à la JVM des biens immobiliers, la JVM des parts de catégorie A était réduite du fait de l'absence d'un droit de rachat

unilatéral et des fonds éventuellement nécessaires pour financer les immobilisations. Dans l'ensemble, la Cour a indiqué que les données économiques du gel en faveur de la société de personnes n'étaient pas analogues à celles d'un gel classique et qu'il y avait une faille fondamentale dans la planification fiscale qui était censée détourner un revenu annuel de 126 000 $ et l'imputer à un associé (la fiducie familiale du fils) dont la seule contribution s'élevait à 100 $.

En ce qui a trait à la règle d'attribution du paragraphe 74.1(2) L.I.R. et à la question de savoir si M^me^ Krauss a transféré un avantage à l'enfant de son fils au moyen de la fiducie, la Cour a cité l'affaire *Romkey* c. *La Reine*[65]. La Cour a indiqué que M^me^ Krauss avait délaissé son droit de recevoir une plus grande partie des loyers futurs ou des autres revenus relativement aux immeubles excédant le rendement privilégié sur les parts de catégorie A. (Ce rendement privilégié n'a pas été décrit de façon détaillée.) La Cour a donc précisé que la règle imputait à M^me^ Krauss sa part des revenus qui, en vertu du contrat de société, étaient attribués aux enfants de son fils en tant que bénéficiaires de la fiducie familiale.

La Cour a également indiqué que le paragraphe 103(1.1) L.I.R., qui exige une imputation raisonnable du revenu de la société de personnes, allouait à M^me^ Krauss sa part des revenus attribués à l'épouse de son fils en tant que bénéficiaire de la fiducie familiale. (La règle aurait également produit le même résultat que le paragraphe 74.1(2) L.I.R. à l'endroit des enfants bénéficiaires.) Le tribunal a indiqué que, pour l'année d'imposition de 1994, le rendement de 126 000 $ de l'investissement sur les parts de catégorie C, qui était totalement dépourvu de risque de perte, était hautement déraisonnable et qu'il était si exagéré qu'il frisait le ridicule.

En conclusion, la Cour a maintenu la cotisation établie par l'ARC, qui ajoutait dans le calcul du revenu de M^me^ Krauss 50 % du revenu de la société de personnes pour l'année d'imposition de 1994 qui avait été affecté à la fiducie familiale de son fils en vertu du contrat de la société de personnes.

Dans l'affaire *Paajanen* c. *La Reine*[66], la Cour a déterminé que deux associés pouvaient, selon certaines circonstances, partager le revenu de la société de personnes de façon inégale. La Cour a conclu que l'allocation du revenu n'était pas motivée par des considérations fiscales et a donné raison au contribuable. Bien que les faits soit uniques et qu'il s'agisse d'une cause

---

65 2000 D.T.C. 6047 (C.A.F.).

66 2011 CCI 310.

en procédures informelles, les conclusions tirées pas la juge Woods méritent notre attention. L'ARC a invoqué le paragraphe 103(1.1) L.I.R. afin d'allouer de nouveau une partie du revenu de la société de personnes à un associé. L'ARC jugeait que l'allocation du revenu devait se faire également dans une proportion de 50 % pour chaque associé.

La Cour a conclu que l'approche de l'ARC était erronée :

> « [21] Toutefois, il est erroné, à mon avis, d'énoncer comme principe général que les répartitions entre les associés ayant entre eux un lien de dépendance doivent toujours être fondées uniquement sur des critères se rapportant à une activité de la société.
>
> [22] En premier lieu, je souligne que le paragraphe 103(1.1) de la Loi n'est pas libellé d'une manière aussi restrictive. Bien que cette disposition mentionne explicitement des critères liés à une activité de la société, elle inclut ensuite tout facteur "pertinent". Cela laisse entendre que le législateur ne voulait pas limiter le genre de facteurs qui seraient pris en compte[67]. »

Cette ouverture de la Cour permet de croire que l'expression « ou de tout autre facteur pertinent » implique que des critères non fiscaux peuvent permettre de conclure qu'une allocation du revenu est raisonnable selon certaines circonstances, et ce, même si elle ne respecte pas le capital investi.

4. CONFORMITÉ FISCALE

Une société de personnes n'est pas une personne aux fins de l'impôt payable; par contre, elle doit calculer son revenu comme si elle était une personne. Ainsi, une société de personnes n'a pas à produire une déclaration de revenus, mais elle doit tout de même produire une déclaration de renseignements en vertu de l'article 229 R.I.R. Notons que l'ARC peut établir une cotisation concernant le revenu ou la perte d'une société de personnes[68].

Le 17 septembre 2010, l'ARC a publié un communiqué[69] proposant de nouvelles exigences concernant la production d'une déclaration de renseignements (T-5013) par une société de personnes. Depuis le 1er janvier

---

67 *Id*., par. 21 et 22.

68 Par. 152(1.4) à 152(1.8) L.I.R.

69 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Communiqué*, « Nouvelles exigences en matière de production des déclarations de société de personnes », 17 septembre 2010. En ligne : http://www.cra-arc.gc.ca/nwsrm/rlss/2010/m09/nr100917-fra.html.

2011, les critères exigeant la production d'une déclaration de renseignements sont désormais fondés sur des seuils financiers plutôt que sur le nombre d'associés. Une société de personnes qui exploite une entreprise au Canada ou une société de personnes canadienne qui exerce des opérations ou qui a des placements au Canada ou à l'étranger est tenue de produire un Formulaire T5013 pour chaque exercice de la société de personnes selon les situations suivantes :

- si, à la fin de l'exercice :
  - la valeur absolue combinée des recettes et des dépenses de la société de personnes est supérieure à 2 M$ ou si la société de personnes compte plus de 5 M$ en actifs;
- si, à un moment quelconque de l'exercice :
  - il s'agit de société de personnes à paliers multiples,
  - la société de personnes compte parmi ses associés une société ou une fiducie,
  - la société de personnes a acquis les actions accréditives d'une société exploitant une entreprise principale qui a engagé des frais de ressources canadiennes et qui a renoncé à ces frais en faveur de la société de personnes,
  - le ministre du Revenu national a demandé qu'une déclaration soit produite par écrit.

Bien que la *Loi de l'impôt sur le revenu* eût toujours exigé qu'une déclaration de renseignements soit produite, l'ARC appliquait une politique administrative permettant à certaines sociétés de personnes de ne pas produire une telle déclaration. Le nombre de contribuables visés par cet allègement est maintenant restreint. Il est cependant recommandé de produire une déclaration de renseignements pour toute société de personnes afin que les années d'imposition puissent devenir prescrites.

CONCLUSION

Tel qu'il a été décrit, il existe encore des possibilités de planifications avec les sociétés de personnes; par contre, la planification du report de l'impôt sur le revenu gagné par l'intermédiaire d'une société de personnes

est désormais grandement limité. Les nouvelles règles visant à limiter ce report sont complexes et exigeront une revue annuelle si la société de personnes conserve une fin d'année différente de ses associés dans le cas d'une structure à palier unique. Dans le cas des structures à paliers multiples, l'alignement des fins d'année doit faire l'objet d'un choix; sinon, la fin d'année des sociétés de personnes sera par défaut le 31 décembre. Ainsi, dans les différentes structures, il pourrait être plus simple d'aligner la fin d'année sur celle des associés, mais ce choix pourrait parfois ne pas être optimal. Les mesures annoncées le 22 mars 2011 et reprises le 6 juin 2011 laissent bien peu de temps aux contribuables ayant des sociétés de personnes dans leur structure pour réagir et faire les choix d'alignement si désirés. Il serait souhaitable que le ministère des Finances permette des choix tardifs, pour l'année 2011, du court délai imposé par les mesures proposées.

ANNEXE

EXEMPLES

Exemple 1

Cet exemple présente l'inclusion du montant comptabilisé ajusté pour la période tampon d'une société de personnes à palier unique et le revenu d'allégement admissible sans choix d'alignement.

Faits :

- La société C est un associé de la SP P.
- C a une fin d'année le 30 novembre.
- P a une fin d'année le 31 décembre.
- La part du revenu de P attribuée à C est de 15 millions pour l'exercice terminé le 31 décembre 2010 de P. Le revenu augmente de 10 % pour les années subséquentes.

Le revenu fiscal de C serait :

	30 novembre					
Fin d'année	**2011**	**2012**	**2013**	**2014**	**2015**	**2016**
Par. 96(1) Revenu de la SP (A)	15 000	16 500	18 150	19 965	21 962	24 158
Par 34.2(2) Plus : MCAPT = A & 11/12 (note 1)	13 750	15 125	16 638	18 301	20 131	22 145
Par. 34.2(4) Déduire : MCAPT de la période précédente	-	(13 750)	(15 125)	(16 638)	(18 301)	(20 131)
MCAPT net	13 750	1 375	1 513	1 664	1 830	2 013
Revenu avant la provision transitoire	28 750	17 875	19 663	21 628	23 792	26 172
Par. 34.2(11) Déduire :						
2011, RAA de 13 750 $ × 100 % (note 2)	(13 750)					
2012, RAA de 15 125 $ × 85 % (note 3)		(12 856)				
2013, RAA de 15 125 $ × 65 % (note 3)			(9 831)			
2014, RAA de 15 125 $ × 45 % (note 3)				(6 806)		
2015, RAA de 15 125 $ × 25 % (note 3)					(3 781)	
Par. 34.2(12) Plus : réserve année précédente	-	13 750	12 856	9 831	6 806	3 781
Revenu de l'associé aux fins fiscales	**15 000 $**	**18 769 $**	**22 688 $**	**24 653 $**	**26 817 $**	**29 953 $**

Note 1
La pro-ration est normalement sur le nombre de jours.

Note 2
Pour 2011, le RAA est basé sur le revenu de 2010 (15 000 $ × 11/12 = 13 750 $).

Note 3
Pour 2012 et années subséquentes, le RAA est basé sur le revenu réel pour les 11 mois terminés le 30 novembre 2011 (16 500 $ × 11/12 = 15 125 $).

Exemple 2

Cet exemple considère une société qui subit une perte d'une source indépendante du revenu de la société de personnes et cette perte réduit le montant déductible à titre de provision contre le revenu admissible à l'allègement.

Les faits sont les mêmes que dans l'exemple 1, sauf :

- Dans son année terminée le 30 novembre 2011, C subit une perte de 18 750 $, laquelle réduit son revenu d'autres sources à 10 000 $, avant la déduction à la provision prévue au paragraphe 34.2(11) L.I.R.

Le revenu de C serait :

	30 novembre					
Fin d'année	**2011**	**2012**	**2013**	**2014**	**2015**	**2016**
Pertes enregistrées d'autres sources	(18 750)	-	-	-	-	-
Par. 96(1) Revenu de la SP	15 000	16 500	18 150	19 965	21 962	24 158
Par 34.2(2) Plus : MCAPT = A * 11/12	13 750	15 125	16 638	18 301	20 131	22 145
Par. 34.2(4) Déduire : MCAPT (période précédente)	-	(13 750)	(15 125)	(16 638)	(18 301)	(20 131)
MCAPT net	13 750	1 375	1 513	1 664	1 830	2 013
Revenu avant la provision	10 000	17 875	19 663	21 628	23 792	26 172
Par. 34.2(11) Déduire :						
Provision pour 2011 (note 1)	(10 000)					
Provision pour 2012 (note 2)		(11 375)				
Provision pour 2013 (note 2)			(9 831)			
Provision pour 2014 (note 2)				(6 806)		
Provision pour 2015 (note 2)					(3 781)	
Par. 34.2(12) Plus : réserve année précédente	-	10 000	11 375	9 831	6 806	3 781
Revenu de l'associé aux fins fiscales	**- $**	**16 500 $**	**21 207 $**	**24 653 $**	**26 817 $**	**29 953 $**

Note 1
Pour 2011, le RAA de C inclut le MCAPT de P, lequel est basé sur la période terminée le 31 décembre 2010, c'est-à-dire RAA = 15 000 × 11/12 – 13 750.

Note 2
Pour 2012 et les années subséquentes, selon les paragraphes 34.2(16) et 34.2(17), le RAA de C inclura le MCAPT de P, calculé selon le revenu réel pour 11 mois terminés le 30 novembre 2011, c'est-à-dire : RAA = 16 500 × 11/12 = 15 125.

	2011	2012	30 novembre 2013	2014	2015
La déduction selon le paragraphe 34.2(11) est égale au moindre de :					
(a) RAA	13 750	15 125	15 125	15 125	15 125
× le pourcentage déterminé	100 %	85 %	65 %	45 %	25 %
(b) provision de la période précédente	13 750	12 856	9 831	6 806	3 781
+ le rajustement positif	s. o.	10 000	11 375	9 831	6 806
	s. o.	1 375	-	-	-
	s. o.	11 375	11 375	9 831	6 806
	10 000	17 875	19 663	21 629	23 792
(c) revenu avant provision					
Par. 34.2(11) Provision	10 000	11 375	9 831	6 806	3 781

FIDUCIE TESTAMENTAIRE : ATTENTION À LA CONTAMINATION





Daniel Gosselin
M. Fisc.
Associé, fiscalité
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

Émilie St-Onge
Notaire, LL. M.
Conseillère en fiscalité
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 28:3

1. FIDUCIE TESTAMENTAIRE : CONDITIONS À REMPLIR 28:4

1.1. DÉFINITION ACTUELLE 28:4
1.1.1. Généralités 28:4
1.1.2. Condition de base : fiducie ayant commencé à exister au décès d'un particulier et par suite de ce décès 28:6
1.1.3. Première exception : fiducie créée par une personne autre que le particulier décédé 28:8
1.1.4. Seconde exception : fiducie lorsque des biens lui ont été remis autrement que par un particulier lors de son décès ou postérieurement et par suite de ce décès 28:9

1.2. PROPOSITIONS LÉGISLATIVES 28:13
1.2.1. Suppression du mot « succession » dans le passage introductif de la définition de fiducie testamentaire au paragraphe 108(1) L.I.R. 28:14
1.2.2. Ajout de l'alinéa d) à la définition de fiducie testamentaire au paragraphe 108(1) L.I.R. 28:15
1.2.3. Ajout du paragraphe 249(6) L.I.R. 28:20

2. COMMENTAIRES ET PIÈGES À ÉVITER 28:21

CONCLUSION 28:24

INTRODUCTION*

La définition de « fiducie testamentaire » dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1] a grandement évolué au fil des ans. Notamment, en décembre 2002, certaines modifications législatives ont été proposées par le ministre des Finances du Canada afin d'en restreindre la portée[2]. Lorsque les modifications proposées seront adoptées par le Parlement, certains gestes posés par les héritiers, les liquidateurs d'une succession, les fiduciaires ou d'autres tiers pourraient avoir comme conséquence inattendue qu'une fiducie ne soit pas considérée comme une fiducie testamentaire, ce qui pourrait entraîner des conséquences fiscales importantes.

L'objet du présent texte est de présenter une mise à jour de la notion de fiducie testamentaire à la lumière des dernières modifications législatives proposées, notamment l'ajout de l'alinéa d) à la définition de fiducie testamentaire au paragraphe 108(1) L.I.R. ainsi que l'ajout du paragraphe 249(6) L.I.R. Nous reviendrons sur les conditions de base à remplir pour qu'une fiducie soit considérée comme une fiducie testamentaire aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et nous ferons un survol des positions administratives de l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») et mentionnerons quelques jugements sur la question. Nous ferons également des commentaires sur les conséquences pratiques des modifications législatives proposées ainsi que sur les pièges à éviter pour qu'une fiducie demeure une fiducie testamentaire à des fins fiscales.

---

* Le sujet du présent texte a fait l'objet d'une présentation dans le cadre du colloque sur les fiducies organisé par l'Association de planification fiscale et financière (« APFF ») en février 2011.

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

2 CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives et notes explicatives concernant l'impôt sur le revenu*, publiées avec le *Communiqué* 2002-107, « Le gouvernement fédéral rend publics des projets de modifications techniques à l'impôt sur le revenu », Ottawa, 20 décembre 2002.

1. FIDUCIE TESTAMENTAIRE : CONDITIONS À REMPLIR

1.1. DÉFINITION ACTUELLE

1.1.1. Généralités

Historiquement, la définition de fiducie testamentaire dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*[3] a servi à circonscrire le type de fiducie auquel le législateur désirait conférer des avantages fiscaux en raison du contexte de sa création, soit le décès d'un particulier. L'avantage fiscal le plus important conféré à une fiducie testamentaire consiste à permettre à la fiducie de bénéficier des taux d'imposition progressifs sur son revenu alors que la fiducie non testamentaire (qui se définit comme une fiducie autre qu'une fiducie testamentaire[4]) doit s'imposer au taux d'imposition le plus élevé.

Initialement, la définition de fiducie testamentaire renvoyait essentiellement à la fiducie qui a commencé à exister au décès d'un particulier ou par suite de son décès. Puisqu'il n'existait aucune restriction aux transferts de biens en faveur de la fiducie à la suite du décès du particulier, l'une des planifications envisagées avant le 12 novembre 1981 consistait à créer une fiducie à la suite du décès d'un contribuable pour ensuite en augmenter le capital par transfert de biens par d'autres personnes de leur vivant. La fiducie testamentaire s'imposant à des taux progressifs, les sommes nettes d'impôts étaient souvent plus élevées que dans la situation où les revenus étaient imposés personnellement entre les mains des individus. Une fois la fiducie testamentaire mise en place, il était donc possible d'utiliser la fiducie testamentaire afin de procéder à du fractionnement de revenus.

L'une des premières modifications législatives importantes à la définition de fiducie testamentaire (anciennement prévue à l'alinéa 108(1)i) L.I.R.[5]) avait donc pour but d'empêcher ce type de planification en imposant des restrictions aux transferts de biens en faveur d'une fiducie testamentaire[6].

---

3 Par. 108(1) L.I.R.

4 *Id*.

5 Avant la refonte de 1991 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui correspond à L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.).

6 L.C. 1980-81-82-83, ch. 140, par. 63(2) (applicable aux années d'imposition commençant après le 12 novembre 1981).

D'autres modifications législatives, essentiellement de forme et de terminologie, ont été adoptées par la suite[7].

La définition de fiducie testamentaire au paragraphe 108(1) L.I.R. se lit actuellement comme suit :

> « "fiducie testamentaire" Relativement à une année d'imposition, fiducie ou succession qui a commencé à exister au décès d'un particulier et par suite de ce décès (y compris une fiducie visée au paragraphe 248(9.1)), à l'exception :
>
> a) d'une fiducie créée par une personne autre que le particulier;
>
> b) d'une fiducie créée après le 12 novembre 1981 si, avant la fin de l'année d'imposition, des biens ont été remis à la fiducie autrement que par un particulier lors de son décès ou postérieurement et par suite de ce décès;
>
> c) d'une fiducie créée avant le 13 novembre 1981 :
>
> (i) si, après le 28 juin 1982, des biens ont été remis à la fiducie autrement que par un particulier lors de son décès ou postérieurement et par suite de ce décès,
>
> (ii) si, avant la fin de l'année d'imposition, le total de la juste valeur marchande des biens appartenant à la fiducie et qui ont été remis à celle-ci autrement que par un particulier lors de son décès ou postérieurement et par suite de ce décès et de la juste valeur marchande des biens appartenant à la fiducie qui ont remplacé les biens remis dépasse le total de la juste valeur marchande des biens appartenant à la fiducie qui ont été remis par un particulier lors de son décès ou postérieurement et par suite de ce décès et de la juste valeur marchande des biens appartenant à la fiducie qui ont remplacé les biens remis; pour l'application du présent sous-alinéa, la juste valeur marchande d'un bien est déterminée au moment de son acquisition par la fiducie. »

Essentiellement, cette définition a pour effet de limiter le transfert de biens en faveur d'une fiducie testamentaire en excluant toute fiducie dont des biens lui ont été remis autrement que par un particulier lors de son décès après le 12 novembre 1981, lorsque la fiducie a été créée après cette date (al. b)), et après le 28 juin 1982, lorsque la fiducie a été créée avant le 13 novembre 1981 (s.-al. c)(i)).

---

[7] L.C. 1985, ch. 45, par. 52(1) (applicable aux années d'imposition commençant après le 12 novembre 1981) et art. 126 (applicable le 29 octobre 1985); L.C. 1994, ch. 21, par. 48(4) (applicable aux années d'imposition 1990 et suivantes).

Une disposition transitoire a cependant été prévue au sous-alinéa c)(ii) de la définition de fiducie testamentaire au paragraphe 108(1) L.I.R. de manière à ne pas exclure toute fiducie testamentaire créée avant le 13 novembre 1981 si aucun bien n'a été remis à la fiducie après le 28 juin 1982 autrement que par un particulier à la suite de son décès et si la juste valeur marchande (« JVM ») des biens remis à la fiducie par un particulier au moment de son décès ou de tout bien de remplacement est supérieure à la JVM des biens remis à la fiducie autrement que par un particulier lors de son décès ou de tout bien de remplacement. Il faut noter que la JVM d'un bien dont il est question dans le cadre de cette disposition transitoire est établie à la date de l'acquisition du bien par la fiducie, ce qui simplifie la tâche des fiduciaires qui n'ont pas à refaire le test chaque année en fonction des fluctuations de la valeur des biens détenus par la fiducie.

Les conditions afin de considérer toute nouvelle fiducie comme une fiducie testamentaire créée après le 12 novembre 1981 peuvent se résumer ainsi :

– La fiducie testamentaire est une fiducie qui a commencé à exister au décès d'un particulier et par suite de ce décès à l'exception de[8] :

  a) la fiducie créée par une personne autre que le particulier décédé[9];

  b) la fiducie lorsque des biens lui ont été remis autrement que par un particulier lors de son décès ou postérieurement et par suite de ce décès[10].

1.1.2. Condition de base : fiducie ayant commencé à exister au décès d'un particulier et par suite de ce décès

La condition de base, à savoir que la fiducie ait commencé à exister au décès du particulier et par suite de ce décès, peut amener à se demander quelle est la date véritable de la création de la fiducie dans certaines circonstances particulières.

---

8 Passage introductif de la définition de fiducie testamentaire au paragraphe 108(1) L.I.R.

9 Par. 108(1) « fiducie testamentaire », al. a) L.I.R.

10 Par. 108(1) « fiducie testamentaire », al. b) L.I.R.

La définition de fiducie testamentaire renvoie au paragraphe 248(9.1) L.I.R. en prévoyant que les fiducies visées à ce paragraphe sont visées par la définition de fiducie testamentaire. Le paragraphe 248(9.1) L.I.R., quant à lui, fait notamment référence aux fiducies établies par testament[11]. Ainsi, les fiducies testamentaires comprennent les fiducies créées par testament.

L'ARC a confirmé que la fiducie établie par testament d'un particulier dont la création est retardée au décès d'un bénéficiaire d'une autre fiducie créée par le testament du même particulier peut être considérée comme une fiducie testamentaire, et ce, même si elle n'a pas été techniquement créée au moment du décès[12]. À titre d'exemple, la fiducie au bénéfice d'un enfant serait considérée comme une fiducie testamentaire même si sa création et le transfert de biens en faveur de la fiducie prévus dans le testament du particulier étaient retardés au décès du conjoint bénéficiaire d'une fiducie au bénéfice exclusif du conjoint également créée par le testament du particulier. En effet, la fiducie au bénéfice de l'enfant étant créée par le particulier et par suite de son décès, celle-ci satisfait aux critères pour être une fiducie testamentaire même si la création a eu lieu postérieurement au décès.

L'ARC a également confirmé à plusieurs reprises que la désignation à titre de bénéficiaire d'une police d'assurance vie, d'une fiducie à être créée à la suite du décès d'un contribuable était considérée comme un transfert de biens par suite du décès du contribuable, et ce, même si la désignation était faite séparément du testament et même si les fonds ne sont techniquement pas transférés en faveur de la fiducie par le contribuable décédé[13]. La conclusion ne sera pas différente dans le cas d'une police d'assurance vie payable au dernier décès des deux conjoints[14]. Toutefois, il faut noter que le jugement de la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Compagnie d'assurance-vie Manufacturers (Financière Manuvie)* c. *Massouh*[15] a

---

[11] Al. 248(9.1)a) L.I.R. L'alinéa 248(9.1)b) L.I.R. fait également référence à la fiducie établie par ordonnance d'un tribunal rendue relativement à la succession du contribuable en application d'une loi provinciale prévoyant une aide alimentaire aux personnes à charge.

[12] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9801035, 22 septembre 1998.

[13] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9605575, 17 décembre 1996; 9625975, 7 octobre 1996; 9238555, 4 février 1993.

[14] AGENCE DU REVENU DU CANADA, document 2008-0278801C6, « Consolidated 2008 STEP Round Table », 22 juillet 2009.

[15] 2010 QCCS 2060 (« *Compagnie d'assurance-vie Manufacturers* »).

apporté certaines incertitudes quant aux désignations de fiducies à titre de bénéficiaires de polices d'assurance vie au Québec. En effet, dans cette affaire, une désignation à titre de bénéficiaire d'une police d'assurance vie était faite en faveur de la fille de l'assuré et la mention « Selon testament » était inscrite dans l'espace réservé à l'identification d'un « Fiduciaire » dans les documents d'assurance. La Cour a souligné que puisque le produit d'assurance vie ne faisait pas partie de la succession du défunt, l'on ne pouvait conclure que le produit d'assurance vie représentait un transfert par le défunt en faveur du patrimoine fiduciaire, condition essentielle à la création d'une fiducie en droit civil du Québec[16]. Cette condition n'étant pas remplie, la Cour a jugé qu'aucune fiducie n'avait été créée en bonne et due forme en vertu du droit civil du Québec[17].

1.1.3. Première exception : fiducie créée par une personne autre que le particulier décédé

La première exception voulant qu'une fiducie ne soit pas considérée comme une fiducie testamentaire vise la fiducie qui est créée par une personne autre que le particulier décédé. Elle ne suscite pas de véritable question quant à son application. En effet, en pratique, rares sont les situations où il y a un doute sur l'identité du constituant de la fiducie.

Toutefois, un tel doute peut exister dans le cadre d'une fiducie *alter ego* dont l'acte prévoit la création d'une nouvelle fiducie et une remise de la totalité du capital, au décès du bénéficiaire principal, en faveur de cette nouvelle fiducie. Dans une telle situation, il a été conclu que la nouvelle fiducie n'est pas considérée comme ayant été créée par le particulier décédé. En effet, elle est plutôt créée par les fiduciaires de la fiducie *alter ego*[18]. Une telle fiducie n'est donc pas une fiducie testamentaire, en vertu de cette exception.

---

16 *Id*., par. 31-33; *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »), art. 1260.

17 *Compagnie d'assurance-vie Manufacturers*, précité, note 15, par. 34.

18 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2001-0079285, 2 novembre 2001; 2000-0005135, 23 mars 2001.

1.1.4. Seconde exception : fiducie lorsque des biens lui ont été remis autrement que par un particulier lors de son décès ou postérieurement et par suite de ce décès

La seconde exception voulant qu'une fiducie ne soit pas considérée comme une fiducie testamentaire vise la fiducie à laquelle des biens ont été remis autrement que par un particulier décédé lors de son décès ou postérieurement et par suite de ce décès. Il s'agit de l'exception qui a fait couler le plus d'encre. En effet, en pratique, dans le cadre de l'administration d'une fiducie, cette dernière est souvent appelée à recevoir des biens. Il faut alors se demander si chaque transfert peut être considéré comme une remise de bien à la fiducie autrement que par un particulier décédé lors de son décès ou postérieurement et par suite de ce décès, ce qui ferait en sorte que la fiducie ne serait pas une fiducie testamentaire.

À ce titre, le paragraphe 248(8) L.I.R. précise que le transfert, la distribution[19] ou l'acquisition de biens en vertu d'un testament ou d'un autre acte testamentaire d'un contribuable par suite de ce testament, cet acte testamentaire ou par l'effet de la loi dans le cadre d'une succession *ab intestat* est considéré comme un transfert, une distribution ou une acquisition de biens par suite du décès du contribuable. Dans le cadre de l'application de ce paragraphe, l'ARC a indiqué que la remise des biens en faveur d'une fiducie conformément à la désignation à titre de bénéficiaire d'un régime enregistré d'épargne-retraite ou d'un fonds enregistré de revenu de retraite au décès du particulier ne sera pas considérée comme une remise de biens à la fiducie autrement que lors du décès d'un particulier et par suite de ce décès dans la mesure où l'instrument selon lequel la désignation a été faite est un acte testamentaire conforme aux lois provinciales applicables[20].

En ce qui concerne le mot « remis » (*contributed* dans la version anglaise) employé dans le cadre des alinéas b) et c) de la définition de fiducie testamentaire au paragraphe 108(1) L.I.R., il a été défini dans la décision de la Cour canadienne de l'impôt *Greenberg Estate* c. *La Reine*[21]

---

19 CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives*, 16 juillet 2010. Il est proposé de remplacer le mot « attribution » par le mot « distribution » dans la version française du paragraphe 248(8) L.I.R., pour qu'il soit clair que les biens sont effectivement remis au bénéficiaire de la fiducie et non pas seulement mis de côté pour lui.

20 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2005-0116491E5, 6 avril 2005; 2003-0007365, 20 juin 2003.

21 [1997] 3 C.T.C. 2859 (C.C.I.) (« *Greenberg Estate* »).

comme renvoyant à un paiement volontaire fait dans le but d'augmenter le capital de la fiducie. Selon la Cour, l'objectif est de s'assurer de ne pas conférer aux remises de biens entre vifs le même traitement fiscal avantageux qu'aux remises de biens dans le cadre du décès d'un particulier.

L'expression « postérieurement et par suite de ce décès » à l'alinéa b) de la définition de fiducie testamentaire au paragraphe 108(1) L.I.R. doit également être soulignée. Elle confirme qu'il est possible de remettre des biens à la fiducie postérieurement au décès et que celle-ci demeure une fiducie testamentaire dans la mesure où l'on peut considérer que les biens ont été remis par suite du décès du particulier. À titre d'exemple, pensons à la fiducie créée en vertu du testament du particulier décédé, dont la création est retardée au décès d'un bénéficiaire d'une autre fiducie créée par le testament du même particulier[22].

Une question s'est posée dans le cadre d'une remise de biens par une fiducie *alter ego* en faveur d'une nouvelle fiducie créée conformément à l'acte de fiducie *alter ego* lors du décès du bénéficiaire principal. En effet, le particulier décédé n'étant plus propriétaire des biens détenus dans la fiducie *alter ego*, plusieurs se sont demandé quel était l'effet d'une telle remise de biens sur le statut de la nouvelle fiducie. L'ARC s'est prononcée sur cette question à quelques reprises et elle a conclu que les biens seront considérés comme ayant été remis à la nouvelle fiducie autrement que par un particulier décédé lors de son décès, et ce, même si le transfert de biens a lieu au moment du décès[23]. Ainsi, une telle fiducie, en plus de ne pas être une fiducie testamentaire en vertu de l'alinéa a) de la définition, ne sera pas non plus une fiducie testamentaire par l'application de l'alinéa b) de la définition.

L'ARC a eu plusieurs occasions de se prononcer sur l'effet de certains paiements en faveur d'une fiducie sur le statut de cette dernière dans le cadre de situations particulières. Dans plusieurs de ces situations, elle a considéré que le paiement ne constituait pas une remise de biens à la fiducie autrement qu'au décès d'un particulier et par suite de ce décès.

C'est notamment le cas du remboursement en faveur de la fiducie fait par un bénéficiaire ayant reçu un paiement trop élevé de la fiducie, qui ne sera pas automatiquement considéré comme une remise de biens au sens de l'alinéa b) de la définition de fiducie testamentaire au paragraphe 108(1) L.I.R., et la fiducie demeurera une fiducie testamentaire. En effet, l'ARC a

---

22 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 12.

23 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 18.

confirmé que lorsque le paiement en trop a été fait par erreur, le fait pour le bénéficiaire de simplement rembourser l'excédent du montant reçu en trop en faveur de la fiducie n'engendrera pas en soi une remise de biens en faveur de la fiducie autrement que par le décès d'un particulier au sens de l'alinéa b) de la définition de fiducie testamentaire au paragraphe 108(1) L.I.R.[24] Cette interprétation a d'ailleurs été adoptée par la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Greenberg Estate*[25].

Également, on s'est demandé si le fait pour une fiducie de faire un choix en vertu du paragraphe 104(13.1) ou 104(13.2) L.I.R. (qui consiste à imposer le fardeau du paiement des impôts à la fiducie, et ce, malgré le fait que des revenus ou du gain en capital aient été attribués aux bénéficiaires) pourrait être considéré comme une remise de biens à la fiducie autrement qu'au décès d'un particulier et par suite de ce décès lorsque le paiement des impôts est ultimement supporté par les bénéficiaires. Il semblerait que peu importe de quelle manière le paiement des impôts a été supporté par le bénéficiaire (remboursement du fiduciaire, paiement direct par chèque en faveur des autorités fiscales ou réception du montant du revenu ou du capital net d'impôts), pourvu que le paiement des impôts n'excède pas le montant des impôts attribuable au revenu ou au capital auquel le bénéficiaire a droit, un tel geste ne serait pas considéré comme une remise de biens à la fiducie autrement que lors du décès d'un particulier et par suite de ce décès[26].

La même conclusion a été adoptée en ce qui concerne les paiements de certaines dépenses relativement à l'entretien d'une maison en faveur d'une fiducie lorsque de tels paiements étaient une condition intrinsèque du legs de la maison en faveur d'une fiducie au bénéfice exclusif du conjoint[27]. Dans une telle situation, l'ARC a indiqué qu'elle ne considérera généralement pas que le paiement des dépenses de fonctionnement relativement à une maison, autres que les dépenses de nature capital, par le bénéficiaire ayant l'usage de la maison est une remise de biens à la fiducie autrement que lors du décès d'un particulier et par suite de ce décès.

---

[24] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9725495, 30 octobre 1997.

[25] Précité, note 21.

[26] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2003-000552, 24 juin 2003; 9307775, 22 mars 1993.

[27] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0154435, 17 avril 2003.

En ce qui concerne le choix exprimé du conjoint de ne pas recevoir le revenu de la fiducie au bénéfice exclusif du conjoint pour une année donnée avant que le revenu ne lui soit devenu payable, un tel geste ne sera pas considéré comme une remise de biens au sens de l'alinéa b) de la définition de fiducie testamentaire au paragraphe 108(1) L.I.R.[28] Toutefois, la conclusion serait différente si le revenu était devenu payable au moment de l'exercice du choix. En effet, dans une telle situation, le fait que le revenu soit devenu payable au conjoint a créé une dette pour la fiducie envers le conjoint et le choix du conjoint de renoncer à son droit de réclamer le paiement de cette dette est alors considéré comme une remise de biens en faveur de la fiducie autrement que lors du décès d'un particulier et par suite de ce décès.

Dans le cadre d'une interprétation technique[29] et d'une table ronde[30], l'ARC s'est également prononcée en 2008 sur l'effet de plusieurs situations particulières sur le statut d'une fiducie. Sommairement, les questions suivantes lui ont été posées :

1) Le dividende versé sur des actions acquises par la fiducie avec des fonds provenant de legs testamentaires est-il considéré comme une remise de biens en faveur de la fiducie autrement que lors du décès d'un particulier et par suite de ce décès?

2) Si le dividende était un dividende réputé dans le cadre d'un rachat d'actions, le montant versé dans le cadre du rachat d'actions serait-il considéré comme une remise de biens en faveur de la fiducie autrement que lors du décès d'un particulier et par suite de ce décès?

3) Le fait de prévoir une fiducie testamentaire à titre de bénéficiaire d'une fiducie entre vifs a-t-il pour effet de « disqualifier » automatiquement cette fiducie à titre de fiducie testamentaire étant donné que le droit éventuel au capital ou aux revenus de la fiducie est un bien remis à la fiducie autrement que lors du décès d'un particulier et par suite de ce décès?

---

[28] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2004-0093821E5, 18 avril 2005; 2003-0046171E5, 1er décembre 2004.

[29] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-0285431C6, 10 octobre 2008.

[30] « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 48:1-98, question 9., aux pages 48:28-31.

Quant à la première question, l'ARC a indiqué que les legs testamentaires sont des biens remis à la fiducie lors du décès d'un particulier et par suite de ce décès et que la fiducie peut donc acquérir des biens de façon indépendante à même les fonds reçus de ces legs sans pour autant perdre son statut de fiducie testamentaire. Le dividende reçu sur des actions acquises dans de telles circonstances n'est pas considéré comme un paiement volontaire visant à augmenter le capital de la fiducie. Il s'agit simplement d'un droit inhérent à la possession d'actions. Une telle conclusion avait d'ailleurs été adoptée par la Cour canadienne de l'impôt dans la décision *Algoa Trust* c. *La Reine*[31].

En réponse à la deuxième question, l'ARC a indiqué que le dividende réputé dans le cadre d'un rachat d'actions était en fait le prix de la disposition d'un élément de capital de la fiducie. Il ne s'agit donc pas d'un paiement volontaire visant à augmenter le capital de la fiducie.

Finalement, quant à la troisième question, l'ARC a conclu que la simple participation discrétionnaire dans une fiducie entre vifs est considérée comme une augmentation de capital de la fiducie. Même si la fiducie est créée au moment du décès du particulier, le droit au capital ou au revenu de la fiducie entre vifs provient des dispositions de l'acte de fiducie entre vifs et il n'y a donc eu aucune remise de biens à la fiducie lors du décès d'un particulier et par suite de ce décès. Selon cette interprétation, toute fiducie testamentaire ou succession bénéficiaire d'une fiducie entre vifs ne serait pas considérée comme une fiducie testamentaire au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en raison de cette participation discrétionnaire ou non dans la fiducie entre vifs. Il est donc important d'accorder une attention particulière au type de clause désignant des fiducies à titre de bénéficiaires lors de la rédaction d'un acte de fiducie entre vifs. Afin d'éviter tout débat sur cette question, il est fortement recommandé d'en restreindre la portée aux fiducies entre vifs plutôt qu'à tout type de fiducie.

1.2. PROPOSITIONS LÉGISLATIVES

Des propositions législatives à l'égard de la définition et de la fin d'année d'une fiducie testamentaire ont été publiées par le ministère des Finances le 20 décembre 2002[32]. Ces propositions législatives ont été reprises dans le Projet de loi C-33 au cours de la 1re session de la

---

31 [1993] 1 C.T.C. 2294.

32 CANADA, ministère des Finances, précité, note 2.

39e législature puis dans le Projet de loi C-10 au cours de la 2e session de la 39e législature. Ces deux projets de loi sont toutefois morts au feuilleton. Aucun nouveau projet de loi reprenant ces mêmes propositions législatives n'a été déposé au cours de la 40e législature. En revanche, le 16 juillet 2010, le ministère des Finances est revenu à la charge en publiant de nouveau ces propositions législatives sous forme de document connexe à un communiqué[33]. Également, lors du Budget fédéral du 6 juin 2011, le ministre des Finances a confirmé son intention d'aller de l'avant avec les propositions législatives annoncées le 16 juillet 2010[34].

Comme nous le verrons, ces propositions auront pour effet d'augmenter les risques de perte de statut d'une fiducie testamentaire. Ainsi, cela exigera une plus grande vigilance dans le cadre de l'administration d'une fiducie testamentaire. Il faut noter que lorsque ces propositions législatives entreront en vigueur dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, elles seront applicables à partir du 21 décembre 2002.

1.2.1. Suppression du mot « succession » dans le passage introductif de la définition de fiducie testamentaire au paragraphe 108(1) L.I.R.

Une modification du passage introductif de la définition de fiducie testamentaire au paragraphe 108(1) L.I.R. a été proposée afin de supprimer le mot « succession ». Cette modification serait applicable aux années d'imposition se terminant après le 20 décembre 2002. Selon les notes explicatives, cette suppression est faite uniquement parce que la notion de « fiducie » au paragraphe 104(1) L.I.R. comprend les successions[35]. Il s'agit donc d'une simple modification de forme qui ne devrait avoir aucune incidence en pratique.

---

33 CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives et notes explicatives*, publiées avec le *Communiqué* 2010-068, « Le gouvernement du Canada publie des propositions techniques révisées concernant l'impôt sur le revenu », Ottawa, 16 juillet 2010.

34 CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2011*, 6 juin 2011, Annexe 3, « Mesures fiscales : Renseignements supplémentaires, Avis de motion de voies et moyens et avant-projet de modification du Règlement de l'impôt sur le revenu », p. 364.

35 CANADA, ministère des Finances, *Notes explicatives sur les propositions législatives concernant l'impôt sur le revenu*, juillet 2010, p. 94.

1.2.2. Ajout de l'alinéa d) à la définition de fiducie testamentaire au paragraphe 108(1) L.I.R.

La proposition législative la plus importante est sans aucun doute la règle anti-évitement proposée à l'alinéa d) de la définition de fiducie testamentaire au paragraphe 108(1) L.I.R. Il s'agit d'une règle qui a d'abord une portée très large pour ensuite prévoir quelques exceptions précises. Cette règle anti-évitement a été proposée dans le but de contrer certaines planifications qui consistaient à utiliser la fiducie testamentaire à titre de véhicule permettant de faire du fractionnement de revenus par le biais de dettes ou d'obligations contractées par la fiducie[36]. De telles opérations n'étant pas considérées comme une remise de biens au sens de l'alinéa b) de la définition de fiducie testamentaire au paragraphe 108(1) L.I.R., les prêts et autres obligations contractés par la fiducie n'avaient dans aucun cas pour effet d'exclure la fiducie ayant contracté des prêts ou autres obligations de la définition de fiducie testamentaire. Il était donc possible de faire du fractionnement de revenus entre les bénéficiaires et la fiducie.

La règle anti-évitement proposée se lit comme suit :

« "Fiducie testamentaire" Relativement à une année d'imposition, fiducie qui a commencé à exister au dcès d'un particulier et par suite de ce décès […], à l'exception :

[…]

d) d'une fiducie qui, à un moment après le 20 décembre 2002 et avant la fin de l'année d'imposition, contracte une dette ou autre obligation dont est créancier ou garant un bénéficiaire ou une autre personne ou société de personnes (appelés «partie déterminée» au présent alinéa) avec lequel un bénéficiaire de la fiducie a un lien de dépendance, sauf s'il s'agit :

(i) d'une dette ou autre obligation contractée par la fiducie en règlement du droit de la partie déterminée à titre de bénéficiaire de la fiducie :

(A) soit d'exiger le versement d'une somme sur le revenu ou les gains en capital de la fiducie qui est payable au plus tard à ce moment par la fiducie à la partie déterminée,

(B) soit de recevoir par ailleurs une partie du capital de la fiducie,

---

[36] CANADA, ministère des Finances, lettre d'intention, 28 avril 2004.

(ii) d'une dette ou autre obligation envers la partie déterminée, si la dette ou l'autre obligation découle d'un service (excluant, bien entendu, tout transfert ou prêt de bien) rendu par la partie déterminée à ou pour la fiducie ou pour son compte,

(iii) d'une dette ou autre obligation envers la partie déterminée, si, à la fois :

(A) la dette ou l'autre obligation découle d'un paiement effectué par la partie déterminée pour la fiducie ou pour son compte,

(B) en échange du paiement, la fiducie transfère, à la partie déterminée dans les douze mois suivant le paiement ou, si la fiducie en fait la demande écrite au ministre dans ce délai, dans un délai plus long que le ministre estime raisonnable dans les circonstances, un bien dont la juste valeur marchande est égale ou supérieure au principal de la dette ou de l'autre obligation,

(C) il est raisonnable de conclure que la partie déterminée aurait été prête à faire le paiement si elle n'avait pas eu de lien de dépendance avec la fiducie, sauf si la fiducie est la succession du particulier et que le paiement a été fait dans les douze mois suivant le décès du particulier ou, si la succession en fait la demande écrite au ministre dans ce délai, dans un délai plus long que le ministre estime raisonnable dans les circonstances. » (Notre soulignement)

1.2.2.1. Portée large de la règle anti-évitement

Cette règle anti-évitement a pour effet d'exclure de la définition de fiducie testamentaire, à moins d'exception mentionnée expressément, toute fiducie qui contracte une dette ou autre obligation dont un bénéficiaire ou une personne ou société de personnes ayant un lien de dépendance avec un bénéficiaire (appelés « partie déterminée ») est créancier ou garant.

Sens de « dette ou autre obligation »

En cas de silence d'une loi fédérale quant à l'interprétation à donner à une notion de propriété et de droits civils, il faut se référer aux principes élaborés dans la province où la loi est appliquée à titre de droit supplétif[37]. En vertu du droit civil du Québec, la dette est une « obligation pour une personne, le débiteur, envers une autre, le créancier, d'accomplir une

[37] *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21 et mod., art. 8.1.

prestation »[38]. L'obligation, quant à elle, est « un rapport de droit entre deux ou plusieurs personnes, en vertu duquel l'une d'elles, appelée débiteur, est tenue envers une autre, appelée créancier, à faire ou ne pas faire quelque chose »[39]. Nous pouvons constater que ces notions sont extrêmement larges et peuvent comprendre toute une série de rapports entre une fiducie et des tiers. Heureusement, le fait que l'expression « une dette ou autre obligation » soit précédée du verbe « contracte »[40] nous amène à croire qu'il doit y avoir un « contrat »[41] et qu'une obligation naissant passivement de la simple application de la loi ne serait pas visée par cette règle. Nous pouvons toutefois nous demander si les contrats auxquels la fiducie doit adhérer du simple fait qu'elle devient propriétaire de certains biens, par exemple, seraient visés par l'expression « contracte une dette ou autre obligation ». Par exemple, la fiducie qui adhère à une convention entre actionnaires ou à une déclaration de copropriété divise après avoir reçu des actions d'une société ou un appartement en copropriété contracte des obligations envers les actionnaires de la société ou envers le syndicat et les copropriétaires de l'immeuble. Est-ce que ce type de situation pourrait être visé par la règle anti-évitement proposée à l'alinéa d) de la définition de fiducie testamentaire? L'ARC a mentionné dans son guide sur les fiducies que la règle anti-évitement était applicable aux dettes et obligations de payer une somme uniquement[42]. Toutefois, selon une interprétation textuelle des mots « contracte une dette ou autre obligation », ce type de situation pourrait être visé par la règle anti-évitement.

En ce qui concerne l'expression « dette ou autre obligation dont est créancier ou garant un bénéficiaire ou une autre personne ou société de personnes (appelés partie déterminée) avec lequel un bénéficiaire de la fiducie a un lien de dépendance » (notre soulignement), elle comprend non

---

38 Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2001, p. 179.

39 Jean PINEAU et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 2.

40 Selon le dictionnaire *Le Petit Larousse*, le verbe « contracter » signifie « [S]'engager avec quelqu'un par contrat ou convention ».

41 Le contrat est défini à l'article 1378 C.c.Q. comme étant « un accord de volonté, par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une prestation ». L'article 1433 C.c.Q. précise toutefois ceci : « Le contrat crée des obligations et quelquefois les modifie ou les éteint. En certains cas, il a aussi pour effet de constituer, transférer, modifier ou éteindre des droits réels. »

42 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Guide* T4013, « T3 – Guide des fiducies 2010 », p. 7-8.

seulement les dettes et obligations de la fiducie envers la partie déterminée, mais également toute dette ou obligation dont la partie déterminée s'est portée garante, comme un cautionnement. Encore une fois, nous pouvons constater que cette expression est très large.

Finalement, la règle anti-évitement vise non seulement les bénéficiaires, mais également les personnes ou sociétés de personnes ayant un lien de dépendance avec les bénéficiaires. Le lien de dépendance entre deux personnes étant parfois une question de fait[43] (des amis qui agissent toujours de concert, par exemple), nous pouvons constater une fois de plus que la portée de la règle est très large.

1.2.2.2. Exceptions à la règle anti-évitement

La première exception à l'application de la règle anti-évitement est proposée au sous-alinéa d)(i) de la définition de fiducie testamentaire au paragraphe 108(1) L.I.R. Cette exception vise la dette ou l'obligation contractée en règlement du droit de la partie déterminée à titre de bénéficiaire soit d'exiger des sommes sur le revenu ou le gain en capital de la fiducie qui lui sont payables, soit de recevoir une partie du capital de la fiducie. À titre d'exemple, nous pouvons penser au billet à payer émis par la fiducie en faveur d'un bénéficiaire dans le cadre du paiement du revenu annuel de la fiducie. Une telle situation ne serait pas visée par la règle anti-évitement par l'application de l'exception prévue au sous-alinéa d)(i) de la définition de fiducie testamentaire au paragraphe 108(1) L.I.R.

La deuxième exception à l'application de la règle anti-évitement est prévue au sous-alinéa d)(ii) de la définition de fiducie testamentaire au paragraphe 108(1) L.I.R. Cette exception vise la dette ou l'obligation de la fiducie envers la partie déterminée découlant d'un service rendu par la partie déterminée à ou pour la fiducie ou pour son compte. À titre d'exemple, les services rendus par le liquidateur ou fiduciaire également héritier ou bénéficiaire engendrant un droit à une rémunération n'auraient pas pour effet d'entraîner l'application de la règle anti-évitement.

Finalement, la troisième exception est applicable sous réserve de remplir les trois conditions suivantes : A) la dette ou l'obligation doit découler d'un paiement effectué par la partie déterminée pour la fiducie ou pour son compte; B) en échange du paiement fait par la partie déterminée, dans les 12 mois suivant le paiement ou dans un délai plus long que le ministre

[43] Al. 251(1)c) L.I.R.

estime raisonnable sur demande écrite de la fiducie dans un délai de 12 mois, la fiducie transfère en faveur de la partie déterminée des biens dont la JVM est égale ou supérieure au principal de la dette ou de l'obligation; C) il est raisonnable de conclure que la partie déterminée aurait été prête à faire le paiement si elle n'avait eu aucun lien de dépendance avec la fiducie sauf si la fiducie est une succession et que le paiement a été fait dans les 12 mois suivant le décès ou dans un délai plus long que le ministre estime raisonnable sur demande écrite de la fiducie dans un délai de 12 mois.

La troisième exception s'applique donc lorsque la fiducie rembourse la partie déterminée dans les 12 mois suivant le paiement. Toutefois, le remboursement n'est pas suffisant. Il faut également démontrer qu'il est raisonnable de croire qu'une personne sans lien de dépendance avec la fiducie aurait été prête à faire le paiement à la fiducie dans des circonstances similaires. Cette condition n'est toutefois pas applicable lorsque la fiducie est une succession et lorsque le paiement a été fait dans les 12 mois du décès ou dans un délai plus long que le ministre estime raisonnable sur demande écrite de la fiducie dans un délai de 12 mois. Cette exception pour les successions a été ajoutée à la suite de la lettre du ministère des Finances du 28 avril 2004[44] annonçant son intention de proposer une modification législative en ce sens. Dans sa lettre, le ministère des Finances a indiqué qu'il reconnaissait que, dans la version antérieure de la division d)(iii)(C) proposée à la définition de fiducie testamentaire, certains paiements occasionnés dans le cadre de l'administration d'une succession, tels que les frais funéraires payés par les héritiers, pouvaient ne pas remplir la condition et feraient en sorte que la fiducie ne serait pas considérée comme une fiducie testamentaire. Puisque la modification législative ne vise pas à exclure une fiducie dans de telles circonstances, le ministère des Finances a convenu de proposer une modification législative pour y ajouter l'exception décrite précédemment à l'égard des successions. Le ministère des Finances a également ajouté que dans la mesure où les autres conditions du sous-alinéa d)(iii) sont respectées et qu'il n'y a donc pas eu tentative d'utiliser le véhicule de la fiducie testamentaire afin de procéder à du fractionnement de revenus, la règle anti-évitement ne s'appliquera pas et n'exclura donc pas la succession de la définition de fiducie testamentaire.

Une règle transitoire prévoit qu'aux fins de la division d)(iii)(B) de la définition de fiducie testamentaire au paragraphe 108(1) L.I.R., le transfert de biens à faire par la fiducie en faveur de la partie déterminée dans les 12 mois suivant un paiement sera réputé avoir été fait dans le délai imparti

---

[44] CANADA, ministère des Finances, précité, note 36.

s'il est fait dans les 12 mois de la sanction du projet de loi à l'égard de ces modifications législatives. Ainsi, dans des circonstances où le transfert de biens aura été fait dans un délai de plus de 12 mois à la suite du décès, il ne sera pas nécessaire de demander un délai supplémentaire au ministre par demande écrite dans la mesure où le transfert a lieu au plus tard dans les 12 mois de la date de sanction du projet de loi.

Une autre règle transitoire prévoit que, aux fins de la division d)(iii)(C) proposée à la définition de fiducie testamentaire au paragraphe 108(1) L.I.R., la mention « dans les douze mois suivant le décès du particulier » vaudra mention de « après le décès du particulier et au plus tard douze mois après la date de sanction des propositions législatives » pour les années d'imposition se terminant avant la date de sanction du projet de loi. Autrement dit, la date du décès du particulier vaudra mention de la date de sanction du projet de loi adoptant les propositions législatives pour ces années et l'exception à l'application de la division d)(iii)(C) à l'égard des successions, soit ne pas être assujetties à la condition du lien de dépendance, sera applicable pour le paiement fait dans les 12 mois suivant la date de sanction.

1.2.3. Ajout du paragraphe 249(6) L.I.R.

Le paragraphe 249(6) L.I.R. est une proposition législative qui s'appliquera à compter du 19 juillet 2005. Il s'appliquera également à compter du 21 décembre 2002 à toute fiducie ou succession qui en fera le choix par avis écrit au ministre du Revenu national au plus tard à la date d'échéance de production qui lui sera applicable pour l'année d'imposition qui comprendra la date de sanction du projet de loi comprenant cette modification.

Cette modification législative aura pour effet de réputer une fin d'année pour la fiducie testamentaire immédiatement avant le moment de la perte de son statut en vertu des alinéas b) à d) de la définition de fiducie testamentaire au paragraphe 108(1) L.I.R.[45] Dans de telles circonstances, la fiducie conservera son statut de fiducie testamentaire pour la période avant que ne se produise l'événement lui ayant fait perdre son statut. En ce qui concerne l'année d'imposition suivante, elle commencera au moment de l'événement ayant fait perdre le statut[46] et se terminera le 31 décembre de cette année, la fiducie étant devenue une fiducie non testamentaire[47].

---

45 Al. 249(6)b) L.I.R.

46 Al. 249(6)c) L.I.R.

47 Al. 249(1)b) L.I.R.

Il faut souligner que le paragraphe 249(6) L.I.R. sera applicable uniquement dans le cadre des événements prévus aux alinéas b) à d) de la définition de fiducie testamentaire au paragraphe 108(1) L.I.R. Donc, il serait inapplicable dans le cas où une fiducie serait exclue de la définition de fiducie testamentaire en vertu de l'alinéa a), soit lorsque la fiducie a été créée par une personne autre que le particulier décédé. Ceci n'a rien d'anormal puisque contrairement aux autres exceptions qui consistent à faire perdre le statut de fiducie testamentaire après sa création à la suite d'un événement précis survenu postérieurement, dans de telles circonstances, la fiducie testamentaire n'aura jamais été créée.

2. COMMENTAIRES ET PIÈGES À ÉVITER

L'exclusion d'une fiducie de la définition de fiducie testamentaire peut entraîner des conséquences fiscales importantes. Notamment, la fiducie qui est devenue une fiducie non testamentaire devra s'imposer sur son revenu au taux d'imposition le plus élevé dès sa première année d'imposition ayant débuté par l'événement visé à l'un des alinéas b) à d) de la définition de fiducie testamentaire qui lui a fait perdre son statut de fiducie testamentaire ainsi que pour chacune des années d'imposition subséquentes. De plus, une fin d'année étant réputée pour la fiducie immédiatement avant l'événement lui ayant fait perdre son statut, la première année d'imposition d'une succession pourrait être écourtée à moins de 12 mois. Aux fins du paragraphe 164(6) L.I.R., seules les pertes réalisées dans la première année de la succession peuvent faire l'objet d'un choix en vertu de cette disposition. Ainsi, dans la mesure où de telles pertes n'auraient pas encore été réalisées au moment de la perte du statut de fiducie testamentaire, la fin d'année réputée pour la succession en vertu du paragraphe 249(6) L.I.R. aura pour effet de l'empêcher de bénéficier du choix prévu au paragraphe 164(6) L.I.R. à l'égard de ces pertes. Certaines pertes pouvant être parfois importantes (dans le cadre d'un rachat d'actions ayant un plein prix de base rajusté à la suite du décès, par exemple), cela pourrait avoir des conséquences beaucoup plus graves que la simple perte de l'avantage conféré par les taux d'imposition progressifs.

En ce qui concerne la règle anti-évitement ajoutée à l'alinéa d) de la définition de fiducie testamentaire au paragraphe 108(1) L.I.R., elle a une portée très large malgré quelques exceptions précises. Nous sommes d'avis que cette règle pourrait viser des situations qui ne devraient pas l'être. En effet, selon la lettre du ministère des Finances du 28 avril 2004[48], l'intention

[48] CANADA, ministère des Finances, précité, note 36.

du législateur dans le cadre de l'ajout de cette règle est de ne pas considérer des fiducies comme des fiducies testamentaires lorsqu'il y a tentative d'utiliser le véhicule de la fiducie testamentaire afin de procéder à du fractionnement de revenus. Or, le libellé de l'alinéa d) proposé actuellement est tel qu'il pourrait s'appliquer à une série de rapports juridiques normaux entre la fiducie et ses bénéficiaires ou une personne ayant un lien de dépendance avec ses bénéficiaires sans qu'il y ait eu tentative d'utiliser la fiducie testamentaire afin de procéder à du fractionnement de revenus. Cette opinion a d'ailleurs été partagée par le Comité mixte du droit fiscal de l'Association du Barreau canadien et l'Institut canadien des comptables agréés dans son rapport du 17 septembre 2010[49]. À cet égard, le Comité a recommandé que le libellé de la règle soit revu afin d'en restreindre la portée[50].

À titre d'exemple illustrant la portée générale de la règle anti-évitement, nous pouvons penser à la succession qui adhère à une convention entre actionnaires en devenant propriétaire d'actions d'une société à la suite du décès d'un particulier. Elle contracte alors des obligations envers les autres actionnaires de la société qui deviennent par le fait même créanciers de la fiducie. Dans ces circonstances, aucune augmentation de capital de la succession n'a été effectuée. La succession s'est simplement engagée envers les autres actionnaires de la société à poser ou à ne pas poser certains gestes dans certaines circonstances particulières. Dans la mesure où un bénéficiaire ou une personne ayant un lien de dépendance avec un bénéficiaire est également actionnaire de la société, la succession a alors contracté des obligations dont un bénéficiaire (héritier) ou une personne ayant un lien de dépendance avec un bénéficiaire est créancier et la règle anti-évitement peut alors techniquement s'appliquer. Dans une telle situation, aucune exception ne serait applicable afin d'éviter l'application de la règle anti-évitement. Il faut également souligner qu'une telle situation est loin d'être irréaliste. Nous n'avons qu'à penser au décès d'un actionnaire d'une société exploitant une entreprise familiale.

Nous sommes également d'avis que le libellé actuel de la règle anti-évitement fait abstraction de la réalité de l'administration d'une succession. En effet, en pratique, pour des raisons d'insuffisance de liquidités dans une

---

[49] THE JOINT COMMITTEE ON TAXATION OF THE CANADIAN BAR ASSOCIATION AND THE CANADIAN INSTITUTE OF CHARTERED ACCOUNTANTS, *Submission regarding the July 16, 2010 Draft Legislation*, 17 septembre 2010, p. 10.

[50] *Id.*, p. 11.

succession ou pour des raisons de responsabilité du liquidateur envers les créanciers d'une succession, il arrive souvent que les héritiers, dans le cadre d'une succession solvable, paient les différents créanciers de la succession en sachant qu'ils seront remboursés lors de la liquidation. Il faut alors respecter les trois conditions prévues au sous-alinéa d)(iii) de la définition de fiducie testamentaire au paragraphe 108(1) L.I.R. afin de bénéficier de l'exception à l'égard d'un paiement fait pour le compte de la fiducie et d'éviter de disqualifier la fiducie. Si nous prenons l'exemple des impôts au décès, ces impôts sont parfois payables plus de 12 mois à la suite du décès du particulier. Il faudra alors démontrer, et ce, même si le paiement est remboursé par la succession dans les 12 mois du décès, qu'il est raisonnable de croire qu'une personne sans lien de dépendance avec la succession aurait été prête à faire un tel paiement. À ce titre, il sera plutôt difficile de prétendre qu'une personne sans lien de dépendance aurait été prête à faire un prêt sans intérêts à une succession pour le paiement des impôts au décès du particulier. Ainsi, afin de répondre à une telle condition, nous croyons que les modalités du prêt devraient être similaires à celles d'un prêt qui aurait pu être contracté avec des personnes sans lien de dépendance (les modalités commerciales habituelles d'un prêt bancaire, par exemple). À défaut de respecter de telles modalités, le dernier recours sera de faire une demande écrite au ministre afin d'accorder un délai supplémentaire pour l'application de l'exception à l'égard de la condition du lien de dépendance au-delà de 12 mois pour le paiement fait dans le cadre de l'administration d'une succession. Selon la politique du ministère des Finances énoncée dans la lettre d'intention du 28 avril 2004[51], le délai supplémentaire devrait être accordé si l'on juge que le paiement n'était pas une tentative d'utiliser le véhicule de la fiducie testamentaire afin de procéder à du fractionnement de revenus. Il n'est donc pas souhaitable de se placer dans une situation où le statut de fiducie testamentaire risquerait d'être perdu parce que le délai supplémentaire n'a pas été accordé.

Lorsque le nouvel alinéa d) de la définition de fiducie testamentaire au paragraphe 108(1) et le paragraphe 249(6) L.I.R. seront adoptés, les liquidateurs de successions et les fiduciaires de fiducies testamentaires devront être extrêmement vigilants afin d'éviter de poser tout geste pouvant faire perdre le statut de fiducie testamentaire ou afin de rectifier une situation dans les délais impartis si un tel geste a été posé. De façon générale, chaque fois que l'on prévoit de transférer un bien en faveur de la fiducie, qu'un bénéficiaire prévoit de renoncer à un droit de recevoir du capital ou du revenu de la fiducie, que l'on prévoit d'effectuer un prêt en faveur de la

---

[51] CANADA, ministère des Finances, précité, note 36.

fiducie ou que l'on prévoit d'effectuer un paiement au compte de la fiducie, le fiduciaire ou le liquidateur devra se poser des questions avant que ces gestes ne soient posés. La vigilance devra être d'autant plus grande dans des circonstances où une perte importante n'a pas encore été réalisée et que l'on désire procéder à un choix en vertu du paragraphe 164(6) L.I.R. à l'égard de cette perte. En ce qui concerne la succession, dans la mesure où les héritiers prévoient de faire des paiements au compte de la succession, il sera préférable de les faire dans les 12 premiers mois suivant le décès du particulier afin de bénéficier de l'exception du lien de dépendance sans avoir à faire une demande écrite au ministre du Revenu national à cet effet. Dans tous les cas où un paiement aura été effectué par un bénéficiaire ou par une personne ayant un lien de dépendance avec un bénéficiaire pour le compte de la fiducie, il faudra s'assurer de rembourser la partie déterminée dans les délais impartis.

CONCLUSION

Une fiducie n'est pas automatiquement une fiducie testamentaire aux fins fiscales. Plusieurs conditions doivent être remplies dès la constitution de la fiducie et il faut par la suite demeurer vigilant afin de ne pas poser de gestes qui pourraient avoir pour effet de faire perdre à une fiducie, à un moment donné, son statut de fiducie testamentaire ou afin de poser les gestes nécessaires pour rectifier la situation le cas échéant.

Dans la mesure où les modifications proposées le 16 juillet 2010 seront adoptées telles quelles, les fiduciaires de fiducies testamentaires et les liquidateurs de successions feront face à des problèmes pratiques importants dans le cadre de l'administration de ces fiducies et successions. Étant donné que les personnes assumant ces rôles sont rarement des fiscalistes ou des professionnels en la matière, mais plutôt des membres de la famille de la personne décédée qui n'ont, la plupart du temps, aucune connaissance des règles fiscales concernant les fiducies testamentaires, nous pensons que l'application de ces règles leur impose un fardeau beaucoup trop lourd. Nous espérons en particulier que le ministère des Finances reverra le libellé du nouvel alinéa d) proposé à la définition de fiducie testamentaire au paragraphe 108(1) L.I.R.

GEL SUCCESSORAL D'UNE ENTREPRISE – ERREURS ET OPPORTUNITÉS



Claudine Puglièse
Avocate, M. Fisc.
Consultante en fiscalité
Cabinet conseil Puglièse
et associés inc.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 29:5

1. Y A-T-IL UN BON MOMENT POUR EFFECTUER UN GEL SUCCESSORAL? 29:5

1.1. UNE QUESTION D'ÂGE? 29:5
1.2. UNE QUESTION DE VALEUR DU PATRIMOINE? 29:6
1.3. AU MOMENT OÙ L'ON VEUT FAIRE BÉNÉFICIER LA FAMILLE DE LA PLUS-VALUE FUTURE DE L'ENTREPRISE? 29:7
1.4. AU MOMENT OÙ L'ON VEUT EFFECTUER UN FRACTIONNEMENT DU REVENU? 29:7
1.5. AU MOMENT DE PLANIFIER UN REVENU DE RETRAITE? 29:8

2. TECHNIQUE DE GEL SUCCESSORAL 29:8

2.1. GEL INTERNE : ÉCHANGE D'ACTIONS 29:9
2.1.1. Procédure 29:9
2.1.2. L'article 51 L.I.R. et ses opportunités 29:10
2.1.3. L'article 51 L.I.R. et ses erreurs 29:10
2.1.4. L'article 51 L.I.R. et les documents légaux 29:12
2.1.5. L'article 51 L.I.R. et l'organigramme après l'échange des actions 29:13
2.1.6. L'article 85 L.I.R. et ses opportunités 29:13
2.1.7. L'article 85 L.I.R. et ses erreurs 29:15
2.1.8. L'article 85 L.I.R. et les documents légaux 29:16
2.1.9. L'article 85 L.I.R. et l'organigramme 29:17
2.1.10. L'article 86 L.I.R. et ses opportunités 29:17
2.1.11. L'article 86 L.I.R. et ses erreurs 29:18
2.1.12. L'article 86 L.I.R. et les documents légaux 29:18
2.1.13. L'article 86 L.I.R. et son organigramme 29:19
2.2. GEL INTERNE : PAIEMENT D'UN DIVIDENDE EN ACTIONS 29:19
2.2.1. Procédure 29:19
2.2.2. Les opportunités 29:21
2.2.3. Les erreurs 29:21
2.2.4. Les documents légaux 29:22
2.2.5. L'organigramme 29:22
2.3. GEL EXTERNE : VENTE DES ACTIONS À UNE SOCIÉTÉ DE PORTEFEUILLE 29:22
2.3.1. Procédure 29:22
2.3.2. Les opportunités 29:23
2.3.3. Les erreurs 29:23
2.3.4. Les documents légaux 29:24
2.3.5. L'organigramme 29:25
2.4. GEL EXTERNE : VENTE D'ACTIFS 29:25
2.4.1. Procédure 29:25
2.4.2. Les opportunités 29:26
2.4.3. Les erreurs 29:26
2.4.4. Les documents légaux 29:27
2.4.5. L'organigramme 29:27

3. ACTIONS DE GEL ET DE CONTRÔLE 29:27

3.1. ACTIONS DE GEL 29:27
3.1.1. Droit de vote 29:27
3.1.2. Dividende 29:28
3.1.3. Droit de rachat 29:28
3.1.4. Remboursable préférentiellement 29:29
3.1.5. Clause de rajustement 29:29

3.1.6. Pas de limite au droit de transfert 29:29
3.1.7. Restriction au paiement de dividende 29:29
3.2. ACTIONS DE CONTRÔLE 29:30

4. RÈGLE D'ATTRIBUTION RELATIVE AUX SOCIÉTÉS DU PARAGRAPHE 74.4(2) L.I.R. 29:31

4.1. CONDITIONS D'APPLICATION 29:31
4.2. CONSÉQUENCE FISCALE 29:32
4.3. COMMENT ÉVITER L'APPLICATION DE CES RÈGLES 29:33

CONCLUSION 29:34

ANNEXE A 29:35

ANNEXE B 29:36

ANNEXE C 29:37

ANNEXE D 29:38

ANNEXE E 29:39

ANNEXE F 29:40

INTRODUCTION

L'impôt est une réalité que l'on ne peut ignorer. Au décès d'un individu, l'impôt frappe avec encore plus d'acuité puisque toute la plus-value accumulée sur les biens est imposée dans la même année en plus de la valeur accumulée du régime enregistré d'épargne-retraite (« REÉR ») ou du fonds enregistré d'épargne-retraite. Il est donc sage de prévoir cet impôt et de prendre les moyens pour le réduire au maximum.

Le gel successoral est un outil indispensable à cet exercice. Il permet à l'entrepreneur de plafonner le montant des impôts à payer à son décès sur la plus-value des actions de sa société. En effet, il est possible de geler la valeur des actions avec droit de participation de l'entrepreneur à une valeur qui sera suffisante pour lui assurer un revenu adéquat pour sa retraite et de faire en sorte que la plus-value excédentaire à cette valeur s'accroisse dans les mains de ses enfants. De ce fait, seule la valeur à laquelle les actions avec droit de participation auront été gelées sera assujettie à l'impôt au décès de l'entrepreneur. De plus, comme ces actions feront probablement l'objet d'un rachat du vivant de l'entrepreneur pour lui assurer un revenu de retraite, la valeur des actions de gel à son décès aura diminué d'autant.

Différentes techniques existent pour effectuer un gel successoral. Le présent texte a pour but d'informer le lecteur sur ces différentes techniques ainsi que sur leurs avantages et inconvénients.

1. Y A-T-IL UN BON MOMENT POUR EFFECTUER UN GEL SUCCESSORAL?

1.1. UNE QUESTION D'ÂGE?

On peut se demander lorsqu'il est question de planification successorale s'il y a un moment précis où l'on doit effectuer un gel successoral. Certains seront tentés de penser que c'est l'âge qui détermine le moment pour effectuer un gel successoral, l'âge étant le moment qui détermine la retraite ou le moment de transmettre l'entreprise à ses enfants ou le moment de vendre l'entreprise.

Pourtant certains entrepreneurs peuvent atteindre la quarantaine et avoir déjà une entreprise d'une valeur très importante. Il pourrait donc être utile d'effectuer un gel successoral de façon à minimiser l'impôt advenant un décès ou la vente de l'entreprise. Toutefois, bien qu'à ce moment cette valeur puisse paraître importante, si l'entrepreneur a 40 ans et que ce dernier conserve son entreprise jusqu'à 65 ans, le facteur de l'inflation pourra avoir

entaché la valeur du gel. La valeur des actions de gel peut être insuffisante pour suffire aux besoins de l'entrepreneur jusqu'à son décès.

Lorsqu'on veut effectuer un gel successoral, on doit avoir une famille pour qu'on puisse faire bénéficier quelqu'un d'autre de la plus-value future de l'entreprise. Cela mène donc à une autre étape de la vie de l'entrepreneur.

Certains seront tentés de penser que le gel successoral devrait être effectué à un âge plus mûr. Toutefois, bien qu'ils aient atteint la cinquantaine et ayant une entreprise d'une valeur importante, certains entrepreneurs ne seront pas prêts psychologiquement à laisser la plus-value future de leur entreprise à des membres de leur famille. Dans ce cas, il est préférable de ne pas s'acharner à vouloir les convaincre des avantages fiscaux d'effectuer le gel successoral. Ils ne sont tout simplement pas prêts à passer à cette étape.

1.2. UNE QUESTION DE VALEUR DU PATRIMOINE?

On peut penser que la valeur du patrimoine de l'entrepreneur doit être prise en considération lorsqu'on veut décider s'il s'agit d'un moment opportun pour effecteur un gel successoral. En effet, la valeur des actions de gel et les autres actifs du patrimoine, c'est-à-dire le REÉR, la résidence principale, les autres immeubles, s'il y a lieu, aideront à prendre une décision pour déterminer si la valeur du patrimoine est suffisante pour assurer des revenus satisfaisants à l'entrepreneur pendant sa retraite.

Toutefois, on peut vouloir minimiser les impôts au maximum. Dans ce cas, il est possible d'effectuer un gel des actions à une valeur de 1,5 M$. Pourquoi? Advenant le décès de l'entrepreneur, les actions seront présumées disposées à leur juste valeur marchande (« JVM »), soit 1,5 M$. La déduction pour gains en capital (« DGC ») de 750 000 $ pourra être utilisée pour annuler la moitié du gain en capital. L'autre partie des actions pourra être « roulée » au coût au conjoint. Dans la mesure où l'entreprise est vendue, le conjoint pourra demander sa DGC. Les bénéficiaires du gel pourront à leur tour utiliser la DGC si la valeur de l'entreprise s'est accrue.

Dans la mesure où le bénéficiaire du gel est une fiducie dont l'auteur du gel est aussi bénéficiaire du gel, il sera possible de lui attribuer d'autres actions avec droit de participation s'il advenait que la valeur des actions de gel soit insuffisante. L'auteur du gel est aussi fiduciaire de la fiducie, il pourra donc procéder à cette attribution. De cette façon, l'entrepreneur minimisera ses impôts au décès pendant toute la période où il sera actif. Au moment de sa retraite ou de la vente de son entreprise, il lui faudra décider de la valeur des actions nécessaires afin de pourvoir à ces besoins.

Si l'on ne veut pas opter pour cette planification fiscale, il n'y a pas de chiffre magique pour déterminer la valeur du gel. Tout dépendra des besoins de l'entrepreneur. Certains pourront se contenter d'un revenu annuel de 100 000 $ et d'autres, de 200 000 $. La planification fiscale devra donc considérer la situation particulière de l'entrepreneur. Il ne faut toutefois pas oublier de tenir compte du facteur de l'inflation.

1.3. AU MOMENT OÙ L'ON VEUT FAIRE BÉNÉFICIER LA FAMILLE DE LA PLUS-VALUE FUTURE DE L'ENTREPRISE?

Il est possible d'utiliser le gel successoral comme moyen de transmission de l'entreprise aux membres de la famille actifs dans celle-ci. En effet, l'entrepreneur effectue le gel de ses actions avec droit de participation et les nouvelles actions avec droit de participation sont émises pour une valeur nominale aux membres actifs de la famille. Cette façon de faire permet d'effectuer la transmission d'entreprise sans que les enfants actifs aient à financer la valeur d'achat des actions. L'entrepreneur se fera émettre des actions de contrôle qui lui permettront de veiller à ce que sa dette soit payée, c'est-à-dire que ces actions de gel soient rachetées.

Une autre possibilité est d'effectuer un gel partiel des actions en se faisant émettre des actions avec droit de participation dans une proportion désirée avec ses enfants. Il s'agit d'une transmission graduelle de l'entreprise à ses enfants.

1.4. AU MOMENT OÙ L'ON VEUT EFFECTUER UN FRACTIONNEMENT DU REVENU?

Le moment opportun pour effectuer un gel successoral peut aussi être déterminé par le désir d'effectuer un fractionnement du revenu avec ses enfants majeurs. En effet, l'entrepreneur dont les enfants majeurs sont aux études pourra désirer geler la valeur des actions avec droit de participation et faire émettre de nouvelles actions avec droit de participation à une fiducie dont les enfants, le conjoint et lui-même seront bénéficiaires. Des dividendes pourront être versés à la fiducie qui les attribuera aux enfants majeurs. Ceux-ci peuvent recevoir jusqu'à 30 000 $ de dividende sans payer d'impôt. Les études et le coût de vie des enfants seront payés avec de l'argent libre d'impôt plutôt qu'avec de l'argent provenant de revenus imposés à un taux de 48,2 %.

De plus, le fait pour l'entrepreneur d'être bénéficiaire de la fiducie permettra de lui attribuer d'autres actions avec droit de participation si la valeur des actions de gel s'avère insuffisante.

1.5. AU MOMENT DE PLANIFIER UN REVENU DE RETRAITE?

Il est possible aussi de penser effectuer un gel successoral au moment de la retraite dans le but de constituer un revenu de retraite à l'entrepreneur. On verra cette situation se produire lorsque l'entreprise continue ses activités par l'intermédiaire d'employés clefs ou d'enfants actifs au sein de celle-ci. Le but de l'exercice est de matérialiser la valeur des actions de l'entrepreneur en des actions de gel qui seront rachetables annuellement en nombre suffisant pour accorder un revenu de retraite adéquat à ce dernier. Il est clair que l'entrepreneur se verra émettre des actions de contrôle qui lui permettront de protéger cette créance de l'entreprise que constituent les actions de gel.

Il peut être sage d'avoir une convention d'actionnaires qui prévoit le rachat des actions de gel selon le rythme désiré de façon à éviter les discussions à ce sujet. Il faudra évidemment penser à la façon dont sera financé le rachat d'actions. Est-ce que les revenus après impôts seront suffisants ou sera-t-il nécessaire d'effectuer un financement externe? Tout doit être prévu pour que l'entreprise puisse continuer à fonctionner normalement malgré le rachat des actions.

2. TECHNIQUE DE GEL SUCCESSORAL

Nous nous sommes penchés sur les raisons et le moment pour effectuer un gel successoral. Nous examinerons dans la présente section comment procéder au gel des actions avec droit de participation.

Différentes techniques existent pour effectuer un gel successoral : des techniques de gel interne, c'est-à-dire que tout se passe à l'intérieur de la société, il s'agit alors d'échange d'actions et du paiement d'un dividende en actions, et des techniques de gel externe, c'est-à-dire la vente des actions avec droit de participation à une société de portefeuille et la vente des actifs de la société à une autre société.

Nous verrons les opportunités que peut engendrer l'utilisation d'une technique par rapport à une autre. Nous discuterons aussi des sources d'erreurs que peut occasionner l'utilisation d'une technique plutôt qu'une autre.

On pourra en conclure qu'il n'y a pas de meilleure technique, certaines conviennent mieux à une situation donnée.

2.1. GEL INTERNE : ÉCHANGE D'ACTIONS

2.1.1. Procédure

Le gel s'effectue en procédant à l'échange des actions avec droit de participation détenues par l'entrepreneur contre des actions de gel. Les actions de gel sont rachetables à la JVM des actions avec droit de participation au moment du gel. De ce fait, on limite la valeur des actions de l'entrepreneur. Dans un deuxième temps, la société émet de nouvelles actions avec droit de participation à un coût minimal aux bénéficiaires du gel. Ceux-ci peuvent être le conjoint, les enfants ou une fiducie dont les bénéficiaires sont le conjoint, les enfants et l'entrepreneur si l'on désire lui donner une valeur supplémentaire à un moment donné. Il faudra aussi que la société émette des actions de contrôle à l'entrepreneur de façon qu'il ait la mainmise sur la société pour protéger sa créance, c'est-à-dire les actions de gel.

Il est approprié d'utiliser une fiducie discrétionnaire pour éviter de prendre une décision prématurée concernant l'attribution de la plus-value à certains membres de la famille. Cette fiducie permet de reporter le moment de la répartition de la plus-value à un moment où l'entrepreneur sera plus au fait de sa situation financière et de la maturité de ses enfants. Ce report de la décision de l'attribution de la plus-value est souhaitable lorsque l'entrepreneur désirant minimiser l'impact fiscal au décès procède au gel des actions avec droit de participation à l'âge de 40 ou 50 ans.

L'échange d'actions peut s'effectuer en utilisant différents articles de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1]. On peut procéder à un échange d'actions en vertu de l'article 51 L.I.R. ou de l'article 301 de la *Loi sur les impôts*[2]. On peut décider d'utiliser plutôt le roulement de l'article 85 L.I.R. ou de l'article 518 L.I. Il existe aussi la possibilité d'utiliser la conversion d'actions dans le contexte d'une réorganisation de sociétés en vertu de l'article 86 L.I.R. ou de l'article 541 L.I. Ces dispositions législatives ont toutes un dénominateur commun : elles permettent une disposition des actions échangées au coût. Donc, il ne résulte aucune implication fiscale au moment de l'échange. C'est évidemment l'effet recherché. Nous ne désirons pas effectuer un gel des actions de l'entrepreneur et inclure dans son revenu la plus-value des actions.

---

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

2 L.R.Q., c. I-3 et mod. (« L.I. »).

Nous désirons reporter l'imposition au moment de la disposition des actions de gel. Nous analyserons ci-dessous chacune de ces formes d'échange.

2.1.2. L'article 51 L.I.R. et ses opportunités

L'article 51 L.I.R. prévoit un échange d'actions contre d'autres actions. Il n'est plus nécessaire que les actions échangées aient un droit de conversion comme caractéristique de leur catégorie. Ce fut déjà le cas dans le passé.

L'article 51 L.I.R. prévoit un roulement automatique. Aucun formulaire prescrit ne doit être produit aux autorités fiscales. De plus, l'alinéa 51(1)a) L.I.R. établit explicitement que l'échange est réputé ne pas constituer une disposition d'un bien convertible. L'entrepreneur qui effectuera l'échange ne montrera pas un produit de disposition dans ses déclarations de revenus de l'année de l'échange à l'annexe 3 (fédéral) et à l'annexe G (Québec). Aucune information au sujet de l'échange n'apparaîtra dans les déclarations de revenus de l'entrepreneur.

L'alinéa 51(1)b) L.I.R. indique que le coût des actions reçues en échange sera égal au prix de base rajusté (« PBR ») des actions échangées. Si plus d'une catégorie d'actions est reçue en échange, le PBR des actions converties sera réparti en fonction de la JVM des actions de chaque catégorie sur l'ensemble de la JVM des actions reçues en contrepartie de l'échange.

Il est possible d'effectuer un gel partiel en émettant de nouvelles actions avec droit de participation tant aux bénéficiaires du gel qu'à l'entrepreneur dans la proportion désirée. Si la société émet de nouvelles actions avec droit de participation dans une proportion de 50 %-50 % aux bénéficiaires du gel et à l'entrepreneur, il sera toujours possible pour l'entrepreneur de procéder à un second gel de ses 50 % d'actions avec droit de participation dans quelques années.

2.1.3. L'article 51 L.I.R. et ses erreurs

La mécanique de l'article 51 L.I.R. prévoit que seules des actions peuvent être reçues en contrepartie de l'échange. De plus, le paragraphe 51(2) L.I.R. établit que si la JVM des actions échangées est plus élevée que la JVM des actions reçues en échange, l'excédent constituera un gain en capital. Le roulement ne sera pas parfait. Il faut donc prêter attention aux caractéristiques des actions données en échange.

En général, le capital versé fiscal des actions reçues en échange sera égal au capital versé fiscal des actions échangées selon le paragraphe 51(3) L.I.R. Si plus d'une catégorie d'actions est reçue en contrepartie, le capital versé des actions échangées sera réparti entre les catégories d'actions reçues en échange en fonction de l'augmentation du capital versé de la catégorie d'actions reçues en échange sur l'ensemble de l'augmentation du capital versé des actions reçues en échange.

Toutefois, le capital versé légal ne sera pas égal au capital versé fiscal parce que l'on crédite au compte de capital-actions émis des actions reçues en échange la JVM des actions échangées. Dans ce cas, il sera plus difficile de suivre le capital versé fiscal au cours des années parce que les états financiers ne le refléteront pas.

La *Loi canadienne sur les sociétés par actions*[3] de même que la *Loi sur les sociétés par actions*[4] prévoient respectivement au paragraphe 26(3) et à l'article 70 que dans le cas d'échange d'actions entre personnes ayant un lien de dépendance, il sera possible de verser au compte de capital-actions émis et payé un montant moindre que la JVM de la contrepartie reçue.

L'article 70 L.S.A. innove en ce sens qu'il sera possible de verser au compte de capital-actions émis et payé un montant moindre que la contrepartie reçue lorsque les personnes effectuant l'échange n'ont pas de lien de dépendance dans le cas où cette personne, la société et les actionnaires détenant des actions de la catégorie d'actions reçues en échange y consentent.

Lorsqu'on effectue un gel des actions et que l'entrepreneur est le seul actionnaire, nous sommes dans une situation où l'échange se fait entre personnes ayant un lien de dépendance. Le consentement de l'article 70 L.S.A. trouvera davantage son application lorsque plus d'un actionnaire détient des actions sans qu'un actionnaire ait le contrôle de la société.

Un autre aspect moins intéressant de l'application de l'article 51 L.I.R. est que bien qu'il n'engendre pas une disposition des actions selon l'alinéa 51(1)a) L.I.R., l'échange d'actions dans certaines conditions peut entraîner l'application de la règle d'attribution relative aux sociétés du paragraphe 74.4(2) L.I.R. En effet, l'alinéa 51(1)c) L.I.R. prévoit qu'aux fins de

---

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

4 L.R.Q., c. S-31.1 (« L.S.A. »).

l'application des articles 74.4 et 74.5 L.I.R., l'échange est réputé être un transfert du bien convertible par le contribuable à la société. Nous verrons plus en détail dans le présent texte l'application de cette règle d'attribution.

Il convient de noter que l'article 51 L.I.R. ne peut s'appliquer si les articles 85 ou 86 L.I.R. trouvent application[5].

Un dernier point mérite d'être signalé : l'échange en vertu de l'article 51 L.I.R. ne laisse aucune trace si ce n'est des documents légaux. Il sera donc important de mentionner dans ces documents à quel coût les actions ont été échangées et quel est le nouveau capital versé fiscal des actions échangées. Il peut arriver, quelques années après l'échange, qu'on cherche les attributs fiscaux des actions de gel et seuls les documents légaux permettront de les retrouver. Ces documents sont donc particulièrement importants dans le contexte d'un échange d'actions en vertu de l'article 51 L.I.R.

2.1.4. L'article 51 L.I.R. et les documents légaux

L'échange se matérialisera par un contrat d'échange d'actions dans lequel la mention sera faite que l'échange est effectué en vertu de l'article 51 L.I.R. Il sera judicieux de mentionner dans ce contrat le coût des actions de gel et leur capital versé fiscal pour conserver des traces des attributs fiscaux si par après on ne retrouve pas le mémorandum fiscal. Il est possible de mettre une clause de rajustement de prix d'échange bien qu'il n'y ait pas de disposition fiscale. En général, on ne retrouve pas de clause de rajustement de prix de vente dans un tel contrat. Toutefois, les caractéristiques des actions de gel pourront comprendre une clause de rajustement de la valeur de rachat s'il s'avérait qu'il y a un différend sur la valeur marchande des actions échangées.

Il faudra aussi préparer des résolutions des administrateurs de la société dont les actions font l'objet d'un échange. Ces résolutions autoriseront les agissements suivants :

- le transfert des actions échangées;
- l'annulation des actions avec droit de participation;
- l'émission des actions de gel à l'entrepreneur;

---

5 Par. 51(4) L.I.R.

- l'émission des actions de contrôle à l'entrepreneur;

- l'émission des nouvelles actions avec droit de participation aux bénéficiaires du gel.

2.1.5. L'article 51 L.I.R. et l'organigramme après l'échange des actions

Nous référons le lecteur à l'annexe A qui montre l'organigramme après l'échange.

2.1.6. L'article 85 L.I.R. et ses opportunités

L'échange d'actions en vertu de l'article 85 L.I.R. permet de recevoir une contrepartie autre que des actions dans la mesure où au moins une action est reçue en échange. La contrepartie peut comprendre plus d'une catégorie d'actions. À l'occasion d'un échange des actions, il n'est pas vraiment nécessaire d'avoir une contrepartie autre que des actions. Toutefois, la possibilité de recevoir plus d'une catégorie d'actions permet certaines planifications.

En effet, il est possible de procéder à l'échange des actions avec droit de participation disons de 2 M$ et de recevoir en échange des actions de gel rachetables à une valeur de 1 999 900 $ et 100 actions avec droit de participation de 100 $. Dans ce cas, l'auteur du gel pourra faire un don des actions avec droit de participation à un enfant majeur marié sous le régime de la société d'acquêts, dans le but que les actions ne fassent pas partie des acquêts. Advenant un divorce, la valeur des actions n'entrera pas dans la masse partageable des acquêts. Les actions données par l'auteur du gel constituent un propre au sens du deuxième paragraphe de l'article 450 du *Code civil du Québec*[6]. Il est important que l'intention de faire le don soit claire.

Une jurisprudence récente[7] a examiné comment le don des actions avec droit de participation avait été fait pour conclure qu'il ne s'agissait pas d'un don. Les actions ont donc été incluses dans le patrimoine partageable du fils lors de son divorce. Les actions avaient été données dans le cadre d'un gel successoral par le père. Bien que les faits et la juridiction relèvent de la loi de

---

6 L.Q. 1991, c. 64.

7 *McNamee* c. *McNamee*, 2010 ONSC 674.

l'Ontario et qu'il s'agisse d'une cause en droit de la famille, il est intéressant de constater que des critères ont été mis de l'avant par la Cour pour déterminer s'il s'agissait d'une donation véritable :

1) la capacité du donateur;

2) l'intention de donateur de transférer le bien sans contrepartie et sans l'attente de recevoir une rémunération;

3) le don doit être sans condition, il doit être fait avec détachement et sincère générosité, respect, charité et non pas selon une contrainte légale ou morale ou dans un espoir de recevoir des bénéfices futurs de nature économique. Il ne doit pas être simplement une planification fiscale sophistiquée;

4) le donateur doit se départir de tout le pouvoir et contrôle sur le bien et donner ce pouvoir au donataire;

5) il doit y avoir l'intention de la part du donataire d'accepter le bien comme un don;

6) il doit y avoir délivrance du bien au donataire par le donateur.

Il a été jugé qu'il ne s'agissait pas d'un don, car le donateur avait conservé le contrôle en détenant des actions de gel avec droit de vote. De plus, les actions de gel donnaient droit à des dividendes discrétionnaires. Le donateur pouvait donc reprendre toute la valeur des actions avec droit de participation. La Cour a considéré qu'il n'y avait pas une volonté réelle de laisser la plus-value au fils. La Cour a aussi conclu que le père avait reçu une contrepartie puisque l'entreprise serait dirigée comme il l'entendait et que le fils restait au service de la compagnie. De plus, le fils n'était pas au courant de la donation.

Il est possible que d'autres faits aient influencé la Cour pour inclure les actions dans le partage du patrimoine, à savoir le désir des conjoints durant leur mariage de tout séparer également.

Il faut aussi considérer un autre avantage à effectuer un don des actions avec droit de participation reçues en contrepartie. Il est possible de disposer de ces actions sans avoir à respecter le délai additionnel de détention de 24 mois, soit le délai pour se prévaloir de la DGC. En effet, comme ces actions sont reçues en contrepartie d'autres actions, la présomption de l'alinéa 110.6(14)f) L.I.R. n'est pas applicable. Les actions sont présumées

être la propriété d'une personne liée à la société immédiatement avant leur émission et elles sont transmises par donation à une autre personne liée, soit l'enfant majeur du donateur.

Un autre avantage d'utiliser l'article 85 L.I.R. est celui de la possibilité de cristalliser la DGC de 750 000 $ en effectuant le gel des actions. En effet, l'article 85 L.I.R. permet de choisir le montant convenu, c'est-à-dire le produit de disposition. Ce montant ne doit pas être inférieur au PBR des actions échangées ni ne doit être plus élevé que la JVM desdites actions. Il sera donc possible de choisir un montant convenu qui excède de 750 000 $ le PBR des actions. Il en découlera probablement le paiement d'un impôt minimum. Toutefois, si certaines conditions sont remplies, cet impôt est remboursable sur une période de sept ans.

On peut aussi effectuer un gel partiel en émettant des actions avec droit de participation dans la proportion voulue à l'auteur du gel et aux bénéficiaires du gel.

2.1.7. L'article 85 L.I.R. et ses erreurs

L'utilisation de l'article 85 L.I.R. nécessite la production du Formulaire T2057 prescrit[8]. Ce formulaire doit être produit au plus tard à la première des dates où les personnes qui font le choix doivent produire leur déclaration de revenus pour l'année du choix[9]. Le défaut de produire dans le délai entraîne le paiement d'une pénalité[10].

Il convient aussi de noter que si la JVM des actions échangées est plus élevée que la JVM des actions reçues en échange, l'excédent sera considéré comme un gain en capital[11] dans l'année de l'échange.

Le capital versé fiscal des actions échangées devient le capital versé fiscal des actions reçues en contrepartie au prorata de leur JVM s'il y a plus d'une catégorie reçue en échange[12]. Toutefois, le capital versé légal des actions reçues en contrepartie ne sera pas égal au capital versé fiscal de ces

---

8 Le Formulaire TP-518 au Québec.

9 Par. 85(6) L.I.R.

10 Par. 85(8) L.I.R.

11 Al. 85(1)e.2) L.I.R.

12 Par. 85(2.1) L.I.R.

actions. En effet, le compte de capital-actions émis et payé des actions reçues en contrepartie est augmenté de la JVM des actions échangées. Il est possible de créditer au compte de capital-actions émis et payé un montant moindre si la transaction s'effectue entre personnes ayant un lien de dépendance[13]. C'est souvent le cas quand l'auteur du gel contrôle la société dont la valeur des actions est gelée. Le paragraphe 70 2) L.S.A. prévoit qu'il sera possible de créditer au compte de capital-actions émis et payé un montant moindre si les personnes n'ont pas de lien de dépendance, si la personne qui fait l'échange, la société et les actionnaires des catégories d'actions émises en contrepartie y consentent.

Un autre inconvénient de faire l'échange en vertu de l'article 85 L.I.R. est l'application au moment du transfert des actions à la société des règles d'attribution relatives aux sociétés du paragraphe 74.4(2) L.I.R. dont nous expliquerons les règles plus loin dans le présent texte.

2.1.8. L'article 85 L.I.R. et les documents légaux

Un contrat de vente d'actions entre la société et l'auteur du gel doit être préparé. Il est bon d'insérer une clause de rajustement de prix de vente des actions dans ce contrat dans le but de prévenir les rajustements fiscaux lorsque les parties ont un lien de dépendance.

Diverses résolutions des administrateurs de la société dont les actions sont échangées devront être préparées :

- le transfert des actions échangées;
- l'annulation des actions avec droit de participation;
- l'émission des actions de gel à l'entrepreneur;
- l'émission des actions de contrôle à l'entrepreneur;
- l'émission des nouvelles actions avec droit de participation aux bénéficiaires du gel.

---

[13] Art. 70 L.S.A.; par. 26(3) L.C.S.A.

2.1.9. L'article 85 L.I.R. et l'organigramme

Nous référons le lecteur à l'annexe B qui présente l'organigramme après l'échange.

2.1.10. L'article 86 L.I.R. et ses opportunités

L'échange d'actions en vertu de l'article 86 L.I.R. est un roulement automatique en ce sens qu'il ne nécessite pas la production d'un formulaire prescrit. La contrepartie peut comprendre des actions et des biens autres que des actions.

Le roulement s'effectue en présumant que la disposition des actions s'est effectuée au coût des actions et des biens reçus en contrepartie.

Le coût du bien autre que des actions reçu en contrepartie est égal à la JVM du bien. Le coût des actions reçues en contrepartie sera égal au PBR des actions échangées moins le coût présumé du bien autre que des actions reçues en contrepartie (soit sa JVM). Il ressort de cette mécanique que si la JVM du bien autre que des actions reçues en contrepartie excède le PBR des actions échangées, l'excédent constituera un gain en capital.

Il est intéressant de constater que le capital versé légal des actions reçues en échange sera égal au capital versé légal des actions échangées. En effet, l'article 73 L.S.A. prévoit que dans le cas d'une conversion d'actions, on doit débiter le compte de capital-actions émis et payé de la catégorie d'actions échangées et créditer le compte de capital-actions émis et payé de la catégorie d'actions reçues en contrepartie du même montant. Le paragraphe 39(4) L.C.S.A. est au même effet.

En général, le capital versé légal des actions échangées correspond à son capital versé fiscal. De plus, s'il n'y a que des actions reçues en contrepartie, le capital versé fiscal des actions reçues en échange correspondra au capital versé des actions échangées[14]. Donc, le capital versé légal et le capital versé fiscal seront identiques.

Il est aussi possible d'effectuer un gel partiel avec cette technique. Il ne s'agit que d'émettre des actions avec droit de participation dans une certaine proportion à l'auteur du gel et aux bénéficiaires du gel.

---

[14] Par. 86(2.1) L.I.R.

2.1.11. L'article 86 L.I.R. et ses erreurs

L'article 86 L.I.R. requiert que l'on dispose de la totalité des actions d'une catégorie donnée. Lorsqu'on effectue le gel des actions avec droit de participation, on désire échanger la totalité des actions avec droit de participation. Il est possible dans certains cas de ne pas échanger la totalité des actions avec droit de participation. Les actions avec droit de participation non échangées sont données ou vendues aux bénéficiaires du gel. Cela peut constituer une planification intéressante lorsqu'on prévoit que dans une courte période de temps, l'entreprise prendra une valeur importante. Dans ce cas, les actions étant détenues depuis plus de 24 mois et données ou vendues à une personne liée, il n'est pas nécessaire de satisfaire de nouveau au test de 24 mois de détention pour que les actions se qualifient pour la DGC. L'avantage du don est, comme nous l'avons déjà mentionné, que les actions ne constituent pas des acquêts si le bénéficiaire du gel est marié en société d'acquêts.

Une autre condition d'application de l'article 86 L.I.R. est que la conversion d'actions doit être faite à l'occasion d'un remaniement de capital. C'est donc dire que des statuts de modification doivent être émis à la société. Il sera donc intéressant d'utiliser cette technique de gel quand nous n'avons pas les catégories d'actions nécessaires pour effectuer le gel des actions et qu'il faut modifier les statuts de la société. La modification des statuts s'accompagnera de la conversion des actions avec droit de participation en actions de gel.

Il faut aussi prêter attention à la contrepartie reçue. En effet, si la JVM des actions converties excède la JVM des actions de gel (actions reçues en contrepartie), l'excédent sera considéré comme un gain en capital[15].

De plus, la conversion d'actions de l'article 86 L.I.R. est un transfert d'actions par un particulier à une société et les règles d'attribution relatives aux sociétés s'appliquent.

Il n'est pas possible de cristalliser la DGC avec cette technique de gel.

2.1.12. L'article 86 L.I.R. et les documents légaux

Des statuts de modification devront être déposés auprès du Registraire des entreprises dans le cas d'une charte du Québec ou à Corporations Canada

[15] Par. 86(2) L.I.R.

dans le cas d'une charte fédérale. Dans le contexte d'une résolution spéciale des actionnaires adoptée aux deux tiers des voix, ceux-ci devront autoriser les administrateurs à signer les statuts de modification.

Par voie de résolution, les administrateurs autoriseront l'émission des actions de contrôle à l'auteur du gel et l'émission des actions avec droit de participation aux bénéficiaires du gel.

2.1.13. L'article 86 L.I.R. et son organigramme

Nous référons le lecteur à l'annexe C qui montre l'organigramme après la conversion d'actions.

2.2. GEL INTERNE : PAIEMENT D'UN DIVIDENDE EN ACTIONS

2.2.1. Procédure

Cette technique de gel consiste à verser un dividende en actions dont la valeur de rachat est égale à la valeur des actions avec droit de participation. Nous avons donc dilué la valeur des actions avec droit de participation à néant. Les actions versées comme dividende seront des actions de gel. Toute la valeur de l'entreprise se retrouve maintenant représentée par les actions de gel. Les actions avec droit de participation qui n'ont plus de valeur pourront être données ou vendues aux bénéficiaires du gel.

Le gel successoral ne doit toutefois pas entraîner une imposition au moment où on l'exécute. Il faut donc s'interroger sur l'impact de la réception d'un tel dividende par l'auteur du gel.

La définition du terme « montant »[16] d'un dividende en actions correspond à l'augmentation du capital versé de la société qui verse le dividende. Il ressort de cela que s'il y a augmentation du capital versé des actions de gel, l'auteur du gel devra s'imposer sur cette valeur. Ce n'est évidemment pas le but recherché.

Il est donc suggéré d'avoir une catégorie d'actions à valeur nominale basse et à valeur de rachat élevée de façon que seul le montant minime de la valeur nominale du capital versé soit imposable dans le revenu de l'auteur du gel. Cela exige donc d'avoir une catégorie d'actions à valeur nominale. Seule

[16] Par. 248(1) L.I.R.

la *Loi sur les sociétés par actions* permet encore d'émettre des actions à valeur nominale.

Toutefois, il est d'interprétation générale[17] que l'article 43 L.C.S.A. permet, lors du versement d'un dividende en actions, de verser un montant moindre au capital déclaré des actions.

Le paragraphe 43(2) L.C.S.A. se lit de la façon suivante : « Le montant déclaré en numéraire des dividendes versés par la société sous forme d'actions est porté au compte capital déclaré pertinent. »

Cette interprétation est fondée sur le fait qu'avant 1979, le texte de la loi exigeait que le montant du dividende soit porté au compte du capital déclaré de la catégorie d'actions. Depuis ce changement, on note que seul le montant déclaré en numéraire est porté au compte du capital déclaré.

Il est heureux que la nouvelle *Loi sur les sociétés par actions* du Québec ait introduit une disposition législative claire à cet effet. L'article 103 L.S.A. se lit comme suit :

> « Sauf disposition contraire des statuts ou d'une convention unanime des actionnaires, le conseil d'administration peut déclarer un dividende et la société peut payer ce dividende en argent, en biens ou en actions entièrement payées qu'elle émet ou en droits d'option ou d'acquisition portant sur ces actions.
>
> Si le paiement d'un dividende est effectué en actions, la société peut porter au crédit du compte de capital-actions émis et payé de a catégorie ou série appropriée tout ou partie de la valeur des actions. » (Notre soulignement)

Il est donc possible d'avoir un dividende en actions sans valeur nominale dont le capital versé sera moindre que la valeur des actions et cela depuis le 14 février 2011, date d'entrée en vigueur de cette nouvelle loi.

Il sera aussi opportun d'émettre des actions de contrôle (avec droit de vote multiple) à l'auteur du gel de façon qu'il puisse protéger sa créance représentée par les actions de gel.

Les actions avec droit de participation seront données ou vendues aux bénéficiaires du gel.

---

[17] Luc MARTEL, « Incidences fiscales de la nouvelle *Loi sur les sociétés par actions* du Québec », dans *Congrès 2010*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2011, pp. 2:1-36, à la page 2:4.

2.2.2. Les opportunités

L'avantage le plus important qu'offre cette technique est que la règle d'attribution relative aux sociétés du paragraphe 74.4(2) L.I.R. ne s'applique pas. Il n'y a effectivement aucun transfert de biens entre un particulier et une société dans l'utilisation de cette technique.

Un autre avantage réside dans la simplicité de la procédure. Il s'agit simplement de verser un dividende en actions.

Il est aussi possible d'éviter la période de détention de 24 mois par les bénéficiaires du gel pour la qualification des actions à la DGC puisque les actions avec droit de participation sont des actions déjà émises depuis plusieurs années que l'on donne ou vend à une personne liée[18].

2.2.3. Les erreurs

On peut se demander si le paragraphe 15(1.1) L.I.R. trouve application lors d'un gel effectué avec cette technique. Ce paragraphe prévoit que si le motif pour verser le dividende en actions est de modifier de façon sensible la valeur de la participation d'un actionnaire déterminé de la société, dans ce cas, la JVM du dividende en actions doit être incluse dans le revenu de cet actionnaire. Un actionnaire déterminé est un actionnaire qui a une participation de 10 % et plus dans la société.

Bien que le dividende en actions ait pour effet de réduire à néant la valeur des actions avec droit de participation de l'auteur du gel, la valeur de la participation de ce dernier n'est pas réduite pour autant. Elle se retrouve sous la forme d'actions de gel rachetables à la valeur des actions avec droit de participation. Il est donc logique de penser que cette disposition législative ne s'applique pas dans un contexte de gel successoral. Des interprétations techniques[19] de l'Agence de revenu du Canada (« ARC ») sont au même effet.

Il est aussi très important de savoir que la clause de rajustement prévue à la valeur de rachat dans les caractéristiques des actions de gel en cas de

---

[18] Par. 110.6(1) « action admissible de petite entreprise », al. b) L.I.R. : « [...] tout au long de la période de 24 mois qui précède le moment donné, n'est la propriété de nul autre que le particulier ou une personne ou société de personnes qui lui est liée ».

[19] *Tax Window Files*, dans *Canadian Tax Library*, Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétations techniques RCT 5-1140, 9 octobre 1986; 2003-0004125, 1er avril 2003.

contestation de la valeur des actions par les autorités fiscales n'est pas reconnue comme une clause de rajustement de prix par l'ARC dans un contexte de gel par le moyen d'un dividende en actions[20]. Le motif à l'appui de cette position est que cette clause n'est pas conforme à celle prévue au *Bulletin d'interprétation* IT-169[21]. Le service de la législation de l'ARC mentionne que dans le cas d'un dividende en actions, il ne s'agit pas d'une transaction entre deux parties, mais plutôt d'un geste unilatéral de la part de la société et, de ce fait, la clause n'est pas conforme à celle prévue au *Bulletin d'interprétation* IT-169. C'est une interprétation assez surprenante. Il faudra prêter une attention particulière à l'évaluation des actions qui font l'objet du gel lors de l'utilisation de cette technique de gel.

2.2.4. Les documents légaux

La documentation légale est assez succincte. Cette technique requiert une résolution des administrateurs pour autoriser le versement du dividende. Il est préférable d'avoir un contrat de donation ou de vente des actions avec droit de participation. Une résolution des administrateurs de la société est requise pour autoriser l'émission des actions de contrôle à l'auteur du gel.

2.2.5. L'organigramme

Nous référons le lecteur à l'annexe D qui présente l'organigramme après le paiement du dividende en actions.

2.3. GEL EXTERNE : VENTE DES ACTIONS À UNE SOCIÉTÉ DE PORTEFEUILLE

2.3.1. Procédure

Il est possible d'effectuer un gel des actions avec droit de participation en utilisant une société de portefeuille. Dans ce cas, l'auteur du gel transfère ses actions avec droit de participation à une autre société. Il reçoit en contrepartie des actions de gel de la société de portefeuille. Le transfert des actions s'effectue libre d'impôt en utilisant le roulement de l'article 85 L.I.R. Lors de la création de la société de portefeuille, les actions avec droit de participation sont émises à une valeur nominale aux bénéficiaires du gel. Des

---

20 *Id*., interprétation technique 2003-0004125, 1er avril 2003.

21 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-169, « Clauses de rajustement du prix », 1er janvier 1995.

actions de contrôle de la société de portefeuille seront émises à l'auteur du gel.

Après le gel des actions, c'est la société de portefeuille qui détient 100 % des actions avec droit de participation de la société exploitante. Le gel s'est effectué au niveau de la société de portefeuille et non pas dans la société en exploitation.

Le coût des actions avec droit de participation de la société exploitante de l'auteur du gel devient le coût des actions avec droit de participation pour la société de portefeuille. Les actions de gel de la société de portefeuille émises en contrepartie ont un PBR égal au coût original des actions avec droit de participation de la société en exploitation de l'auteur du gel.

2.3.2. Les opportunités

Cette technique de gel permet de cristalliser la DGC. En effet, lors du transfert des actions avec droit de participation par l'auteur du gel à la société de portefeuille, il est possible de faire le choix que le montant convenu soit égal à 750 000 $ dans la mesure où la JVM des actions est plus élevée. Les actions de gel de la société de portefeuille reçues en contrepartie auront donc un PBR de 750 000 $.

Un autre avantage à utiliser cette technique est qu'advenant la vente des actions de la société exploitante par la société de portefeuille, le produit de la vente se retrouvera dans la société de portefeuille et non directement dans les mains des bénéficiaires du gel. L'auteur du gel aura donc le plein contrôle sur la façon d'investir cet argent. Dans ce cas, l'auteur du gel ne peut demander la DGC puisque c'est la société de portefeuille qui vend les actions.

Dans le contexte d'un gel interne, il sera judicieux de faire signer une convention d'actionnaires aux bénéficiaires du gel, laquelle stipulerait d'exiger qu'advenant la vente des actions avec droit de participation, les bénéficiaires du gel seraient tenus d'investir le produit de disposition dans une société dont l'auteur du gel a le contrôle.

2.3.3. Les erreurs

Le principal inconvénient de cette structure est que l'on doit vendre les actions de la société de portefeuille pour demander la DGC. Si la société de portefeuille a accumulé des actifs au cours des années, il faudra procéder à la purification de ladite société dans le but de transférer ses autres actifs dans

une autre société et que les actions de la société exploitante soient les seuls biens de la société de portefeuille au moment de la vente.

Dans certains cas, il y aura lieu de fusionner la société de portefeuille et la société exploitante avant la vente dans le cas où l'acheteur ne veut pas acheter les actions de la société de portefeuille. Cela pourra se faire s'il n'y a pas d'autres actifs dans la société de portefeuille.

Lors du transfert des actions de la société exploitante à la société de portefeuille, il faut s'assurer que l'article 84.1 L.I.R. ne s'applique pas. Cette disposition législative prévoit un dividende présumé pour l'auteur du transfert des actions lorsque l'augmentation du capital versé des actions reçues en contrepartie et la JVM des biens autres que des actions reçues en contrepartie excèdent le plus élevé du PBR ou du capital versé des actions disposées. Le montant de l'excédent est réputé être un dividende versé par la société de portefeuille à l'auteur du gel. On doit aussi respecter les autres conditions d'application de l'article 84.1 L.I.R.

Le transfert des actions s'effectue en vertu de l'article 85 L.I.R. Le Formulaire T2057[22] prescrit doit donc être produit avant la première des dates de production des déclarations de revenus des parties qui font le choix, c'est-à-dire l'auteur du gel et la société de portefeuille[23].

De plus, comme il s'agit d'un transfert d'actions par un particulier à une société, la règle d'attribution relative aux sociétés du paragraphe 74.4(2) L.I.R. s'applique. Cette règle méritera une attention particulière. Nous verrons plus en détail l'application de cette règle plus loin dans le présent texte.

2.3.4. Les documents légaux

Cette technique de gel requiert l'incorporation d'une société de portefeuille. Le capital-actions de la société de portefeuille doit comporter différentes catégories d'actions dont des actions de gel, des actions de contrôle et des actions avec droit de participation.

---

22 Au Québec, il s'agit du Formulaire TP-518.

23 Par. 85(6) L.I.R.

Un contrat de vente d'actions devra être rédigé et comprendre une clause de rajustement de prix pour se prémunir contre une contestation de l'évaluation des actions par les autorités fiscales.

Les administrateurs de la société de portefeuille devront adopter les résolutions suivantes :

- émission des actions de gel à l'auteur du gel;
- émission des actions de contrôle à l'auteur du gel;
- émission des actions avec droit de participation aux bénéficiaires du gel.

Les administrateurs de la société exploitante devront adopter une résolution pour autoriser le transfert des actions de l'auteur du gel.

2.3.5. L'organigramme

Nous référons le lecteur à l'annexe E qui montre l'organigramme après la vente des actions à la société de portefeuille.

2.4. GEL EXTERNE : VENTE D'ACTIFS

2.4.1. Procédure

Cette technique de gel requiert l'incorporation d'une nouvelle société. Les actions avec droit de participation de la nouvelle société seront émises aux bénéficiaires du gel. Les actifs de la société exploitante seront transférés à la nouvelle société. Ce transfert d'actifs s'effectuera au coût indiqué des actifs conformément au roulement de l'article 85 L.I.R. La nouvelle société émettra à la société exploitante en contrepartie des actions de gel. La nouvelle société émettra des actions de contrôle à l'actionnaire de la société exploitante.

La nouvelle société devient la société exploitante puisqu'elle possède tous les actifs. Elle est toutefois endettée de la valeur des actifs envers l'ancienne société exploitante par le biais des actions de gel que cette dernière société détient dans la nouvelle société exploitante.

2.4.2. Les opportunités

Cette technique de gel sera très intéressante à utiliser lorsque l'auteur du gel désire conserver la plus-value de certains actifs et transférer d'autres actifs à des membres de la famille actifs dans l'entreprise. Ce peut être le cas si l'entreprise est exploitée dans un immeuble qui est la propriété de la société exploitante. Il peut être intéressant de conserver l'immeuble dans la société et de transférer le fonds de commerce dans l'autre société dont les enfants actifs détiendront les actions avec droit de participation. La plus-value future de l'entreprise sera reflétée dans la valeur des actions avec droit de participation des enfants actifs. La plus-value de l'immeuble demeurera dans le giron de l'auteur du gel qui pourra s'en servir pour sa propre retraite ou pour avantager des enfants qui ne sont pas actifs dans l'entreprise.

Un autre avantage de cette technique de gel est que la règle d'attribution relative aux sociétés du paragraphe 74.4(2) L.I.R. ne s'applique pas. En effet, il n'y a pas de transfert d'actions à une société par un particulier.

2.4.3. Les erreurs

Une attention particulière est requise lorsqu'on effectue le transfert d'actifs à la nouvelle société et que celle-ci assume un montant de dette supérieur au coût indiqué du bien transféré. Dans ce cas, il en découlera l'imposition d'un gain en capital pour la valeur de cet excédent[24]. Ce cas peut se présenter lors de la vente d'un immeuble dont l'hypothèque excède le coût original parce qu'il a été refinancé en tenant compte de sa plus-value.

Comme il s'agit d'une vente d'actifs, plusieurs éléments devront être pris en compte. Il faut voir si le transfert de ces actifs occasionne le paiement de taxe de vente ou de choix à effectuer en vertu de cette législation. Il faudra aussi être vigilant quant aux droits de mutation pour s'assurer que les exceptions prévues à cette loi s'appliquent à notre cas.

Il faudra également produire le Formulaire T2057[25] prescrit de l'article 85 L.I.R. dans le délai exigé, soit la première date de production de la déclaration de revenus des personnes qui ont fait le choix[26].

---

[24] Al. 85(1)b) L.I.R.

[25] Au Québec, le Formulaire TP-518.

[26] Par. 85(6) L.I.R.

Il ne sera pas possible d'effectuer une cristallisation de la DGC en utilisant cette technique parce qu'il n'y a pas de disposition d'actions en vertu de l'article 85 L.I.R.

2.4.4. Les documents légaux

Cette technique de gel nécessite l'incorporation d'une nouvelle société.

Les résolutions des administrateurs de la nouvelle société devront autoriser :

- l'émission des actions avec droit de participation aux bénéficiaires du gel;
- l'émission des actions de contrôle à l'auteur du gel;
- l'émission des actions de gel à la société exploitante.

Un contrat de vente des actifs devra être rédigé et prévoir une clause de rajustement de prix. S'il y a disposition d'un fonds de commerce, les dispositions spécifiques du *Code civil du Québec* à ce sujet devront être suivies.

2.4.5. L'organigramme

Nous référons le lecteur à l'annexe F qui présente l'organigramme après le transfert d'actifs.

3. ACTIONS DE GEL ET DE CONTRÔLE

3.1. ACTIONS DE GEL

Les caractéristiques des actions de gel doivent faire en sorte que la valeur des actions se conserve dans le temps. Nous examinerons chaque caractéristique de cette catégorie d'actions.

3.1.1. Droit de vote

Il n'est pas nécessaire que cette catégorie d'actions comporte un droit de vote. Toutefois, elle doit être assortie d'un droit de *veto* en ce qui concerne tout changement aux droits, aux privilèges, aux restrictions et aux conditions s'y rattachant.

3.1.2. Dividende

La catégorie d'actions doit comporter le droit à un dividende raisonnable. L'ARC a soutenu lors d'une table ronde[27] que l'absence de dividende n'aurait pas de répercussion sur la baisse de la valeur de l'action de gel.

Il semble qu'il ne soit pas nécessaire que le dividende soit préférentiel aux autres catégories puisque les autorités fiscales permettent même l'absence de dividende.

On comprend bien que le dividende ne doit pas être cumulatif parce qu'il augmenterait de façon considérable la valeur des actions, ce qui n'est pas le but du gel.

En général, il est préférable que le taux de dividende soit mensuel parce que cela permet plus de flexibilité dans la décision de verser des dividendes ou non.

3.1.3. Droit de rachat

Les autorités fiscales exigent que les actions de gel soient rachetables au gré du détenteur[28]. Elles ont énoncé l'opinion qu'une convention d'actionnaires qui limiterait le nombre d'actions de gel pouvant faire l'objet d'un rachat par année aurait comme impact de diminuer la valeur de ces actions[29]. On mentionne aussi que si la valeur de rachat est payable sur une période de temps, le solde impayé devrait porter intérêt à un taux concurrentiel.

L'ARC est aussi d'avis que les actions de gel peuvent ne pas être rachetables au gré du détenteur si les conditions suivantes se retrouvent :

- le droit de rachat disparaît avec le décès de l'auteur du gel;

---

[27] « Revenue Canada Round Table », dans *1981 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1982, pp. 726-766, question 45, à la page 759.

[28] Par. 85(6) L.I.R.

[29] *Windows on Canadian Tax*, dans *Canadian Tax Library*, Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 1411, 23 et 29 août 1991.

- les actions de gel obtiennent à ce moment un dividende fixe, préférentiel, cumulatif à un taux raisonnable; et

- il y a une entente quant au rachat des actions de gel sur une période n'excédant pas 10 ans avec au minimum 1/10 des actions à racheter chaque année[30].

3.1.4. Remboursable préférentiellement

Cette catégorie d'actions doit être remboursable à sa valeur de rachat préalablement à toute autre catégorie d'actions advenant la liquidation ou la dissolution de la société. Cette caractéristique assure à l'auteur du gel qu'il touchera la pleine valeur de ses actions ou tout au moins que sa dette sera payée en premier.

3.1.5. Clause de rajustement

Il est fortement conseillé que la catégorie d'actions de gel comporte une clause de rajustement de sa valeur de rachat dans le but de rajuster cette valeur advenant un différend sur l'évaluation des actions avec les autorités fiscales. Il semble que cette clause de rajustement trouvera application dans le cas où le gel des actions s'effectue par le biais d'une transaction entre deux personnes et non de façon unilatérale comme dans le cas du dividende en actions.

3.1.6. Pas de limite au droit de transfert

Les autorités fiscales recommandent que cette catégorie d'actions n'ait aucune restriction quant au droit de transférer ces actions sauf celles nécessaires pour que la société conserve son statut de société fermée.

3.1.7. Restriction au paiement de dividende

Une autre caractéristique que doit comporter le capital-actions est qu'aucun dividende ne soit payé sur toutes les autres catégories d'actions dont le montant soit tel qu'il rendrait la société incapable de racheter les actions de gel au montant prévu[31].

---

30 *Id.*

31 *Id.*

3.2. ACTIONS DE CONTRÔLE

En général, l'auteur du gel désirera conserver le contrôle de son entreprise jusqu'au moment où ses actions de gel seront complètement rachetées. Il fut un temps où les actions de gel comportaient droit de vote pour permettre à l'auteur du gel de conserver le contrôle de l'entreprise. Toutefois, cela avait comme inconvénient que par suite du rachat de ses actions, l'auteur du gel perdait le contrôle de la compagnie. De plus, s'il décédait et léguait les actions de gel à son conjoint, il léguait automatiquement le contrôle de l'entreprise à son conjoint. Si le conjoint n'était pas actif dans l'entreprise, cela ne s'avérait pas adéquat.

Les fiscalistes en sont donc venus à émettre une catégorie d'actions à droit de vote multiple à l'auteur du gel pour que ce dernier puisse conserver le contrôle quel que soit le nombre d'actions de gel rachetées. De plus, il pouvait léguer séparément les actions de gel et les actions de contrôle.

À la suite de l'utilisation de cette catégorie d'actions, la question suivante s'est posée concernant la valeur des actions de contrôle : devait-on considérer une prime pour les actions de contrôle au décès de l'auteur du gel?

La jurisprudence[32] montre que les actions de contrôle ne doivent pas faire l'objet d'une prime parce que les législations sur les sociétés protègent adéquatement les actionnaires de sociétés par actions qui donnent aux actionnaires minoritaires les mêmes recours que ceux prévus par la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*.

L'ARC est toutefois d'avis[33] que les actions de contrôle émises à l'auteur du gel à l'occasion d'un gel successoral ne feront pas l'objet d'une prime au contrôle lors de leur évaluation au moment de la disposition présumée au décès.

Si l'on veut être assuré qu'il n'y aura pas de discussion sur la valeur des actions de contrôle advenant le décès de l'auteur du gel, il est suggéré

---

[32] *Mann Estate* c. *Minister of Finance of British Columbia*, [1974] C.T.C. 222 (C.S.C.); *Barber Estate* c. *MRN*, 66 D.T.C. 315 (C.A.I.); *Terry* c. *La Reine*, 85 D.T.C. 5179 (C.F.).

[33] *Windows on Canadian Tax*, précité, note 29, interprétation technique 2009-0330211C6, 9 octobre 2009.

d'inclure dans les caractéristiques de ces actions qu'elles perdent leur droit de vote advenant le décès de l'actionnaire.

À ce titre, nous signalons la cause *Bowater Canadian Limited* c. *NR. L. Crain inc.*[34] dans laquelle il a été mentionné que les droits des actions ne peuvent varier en fonction du détenteur des actions. Dans ce cas, il serait préférable de mentionner que le droit de vote cesse avec le décès du premier détenteur de la catégorie d'actions.

En conclusion, les actions de contrôle possèdent les caractéristiques suivantes : sans droit de participation, sans droit à un dividende, droit de vote multiple.

Il est possible de remplacer les actions de contrôle par la signature d'une convention d'actionnaires qui donnera à l'auteur du gel les pouvoirs suffisants pour protéger la valeur de ses actions de gel. L'inconvénient de cela est qu'il ne lui sera pas loisible de léguer les actions de contrôle à une personne en particulier. De toute façon, si les actions de contrôle perdent leur droit de vote au décès de l'actionnaire, cela ne pourra pas se faire non plus.

4. RÈGLE D'ATTRIBUTION RELATIVE AUX SOCIÉTÉS DU PARAGRAPHE 74.4(2) L.I.R.

Nous avons mentionné à de nombreuses reprises dans le présent texte le fait que le gel successoral peut entraîner l'application, dans certains cas, de la règle d'attribution relative aux sociétés du paragraphe 74.4(2) L.I.R. Nous expliquerons ci-après plus en détail les conditions d'application ainsi que les conséquences fiscales qui en découlent. Nous discuterons aussi brièvement des manières de faire obstacle à son application.

4.1. CONDITIONS D'APPLICATION

Le paragraphe 74.4(2) L.I.R. trouve application dans le cas d'un transfert ou d'un prêt d'un bien à une société par un particulier. L'objet du transfert doit être de réduire le revenu de ce particulier et d'avantager une autre personne qui est une personne désignée[35]. Une personne désignée est un époux ou un conjoint de fait du particulier ou une personne de moins de

---

[34] (1988) 46 D.L.R. (4e) 161 (C.A. Ont.).

[35] Par. 74.5(5) L.I.R.

18 ans ayant un lien de dépendance avec ce particulier ou son neveu ou sa nièce.

Pour la période postérieure au transfert ou au prêt, la société ne doit pas être une « société exploitant une petite entreprise » (« SEPE »). Cette expression est définie au paragraphe 248(1) L.I.R. Il s'agit d'une société privée dont le contrôle est canadien et dont 90 % et plus de la JVM de ses actifs est utilisée principalement dans l'exploitation active d'une entreprise au Canada ou une société qui lui est liée. Cette définition s'étend aussi à une société privée dont le contrôle est canadien et dont 90 % et plus des actifs sont du capital-actions ou des dettes d'une ou de plusieurs SEPE. Cette société doit être rattachée à la société. On entend par une société rattachée une société qui est détenue en valeur et en vote à 10 % et plus par l'autre société ou qui est contrôlée par l'autre société[36]. On vise donc les sociétés de gestion qui détiennent des actions d'une SEPE.

Une autre condition d'application est que la personne avantagée soit un « actionnaire déterminé » de la société. L'expression « actionnaire déterminé » est définie au paragraphe 248(1) L.I.R. comme étant une personne qui détient 10 % et plus des actions d'une catégorie d'actions de la société ou d'une société qui lui est liée. Aux fins de cette définition, les bénéficiaires d'une fiducie sont censés détenir les actions de la fiducie selon le pourcentage de la JVM de leur droit de bénéficiaire[37] dans la fiducie. S'il s'agit d'une fiducie discrétionnaire, les bénéficiaires sont censés détenir chaque action que la fiducie possède[38].

4.2. CONSÉQUENCE FISCALE

Si les conditions du paragraphe 74.4(2) L.I.R. sont remplies, un intérêt est réputé reçu par l'auteur du transfert, égal à l'excédent des intérêts au taux prescrit sur la valeur impayée des biens transférés ou du prêt non remboursé sur les intérêts reçus sur le transfert ou le prêt et les dividendes reçus sur les actions reçues en contrepartie du transfert des biens ou en remboursement du prêt.

---

36 Par. 186(4) L.I.R.

37 Par. 248(25) L.I.R.

38 Par. 248(1) « actionnaire déterminé », al. e) L.I.R.

Les dividendes inclus à titre de revenu fractionné selon l'article 120.4 L.I.R. dans le revenu d'un bénéficiaire désigné viendront réduire le montant de l'avantage imposable.

Il convient de noter que les dividendes présumés en vertu de l'article 84 L.I.R. ne viennent pas réduire l'avantage imposable. C'est donc dire que le dividende présumé au rachat des actions de gel ne réduira pas l'avantage imposable. Mais il réduira la valeur impayée des biens transférés.

4.3. COMMENT ÉVITER L'APPLICATION DE CES RÈGLES

Dans le contexte d'un gel successoral qui a été effectué avec un échange d'actions et dont les actions avec droit de participation ont été émises à une fiducie familiale discrétionnaire dont les bénéficiaires sont l'auteur du gel, le conjoint et les enfants mineurs de l'auteur du gel, les règles du paragraphe 74.4(2) L.I.R. s'appliquent si la société ne se qualifie pas comme SEPE. En effet, chaque bénéficiaire de la fiducie est censé détenir la totalité des actions de la société, ils sont tous des actionnaires déterminés et des personnes désignées.

Est-il possible d'éviter l'application de ces règles?

La façon la plus simple est de structurer la société pour qu'elle puisse se qualifier en tout temps à titre de SEPE en mettant en place une structure de purification continue. Une structure assez simple est de déterminer comme bénéficiaire de la fiducie une société contrôlée par l'auteur du gel. Les excédents de liquidités de la société exploitante sont versés sous forme de dividende sur les actions avec droit de participation à la fiducie. La fiducie attribue les dividendes à la société bénéficiaire. Il n'y a pas d'impôt à payer par la société bénéficiaire parce que cela est vu comme un dividende intersociétés[39], donc déductible du revenu de la société. Il n'y a pas d'impôt de la partie IV L.I.R. parce que les deux sociétés sont rattachées compte tenu du fait qu'elles sont contrôlées par la même personne, soit l'auteur du gel[40].

Une autre façon d'éviter l'application du paragraphe 74.4(2) L.I.R. est de faire en sorte que les termes de la fiducie prévoient que les enfants

---

39 Par. 112(1) L.I.R.

40 Le paragraphe 186(2) L.I.R. prévoit qu'une société est réputée contrôlée par une autre société si plus de 50 % des actions appartiennent à une personne avec laquelle l'autre société a un lien de dépendance. La société bénéficiaire et la société payante étant contrôlées par l'auteur du gel, la condition est remplie.

mineurs ne pourront recevoir aucun revenu ou qu'aucune attribution de capital ne pourra leur être faite tant qu'ils seront mineurs. Dans le cas du conjoint, il faudra se résoudre à ne pas le nommer comme bénéficiaire ou à restreindre sa participation au capital et au revenu à 9 % du capital de la fiducie dans le but qu'il ne soit pas un actionnaire déterminé. Dans ce cas, la fiducie ne doit plus être discrétionnaire.

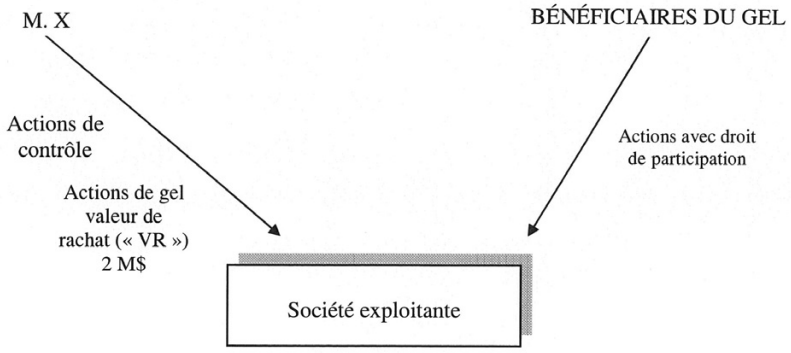
Une dernière façon d'éviter l'application de ce paragraphe est de payer un dividende sur les actions de gel qui annuleront le montant de l'avantage imposable. Il est moins coûteux d'un point de vue fiscal de recevoir un dividende que d'inclure dans son revenu un avantage imposable.

CONCLUSION

Le présent texte a permis de cerner les différentes techniques de gel successoral. Au moment d'effecteur un tel gel, il est important de réviser les avantages et les inconvénients des différentes techniques dans le but de maximiser l'effet de ce gel successoral. Il est également important de prendre connaissance des récentes interprétations techniques à ce sujet parce que la planification successorale évolue au rythme de la jurisprudence et des interprétations techniques. On ne peut jamais tenir tout pour acquis.

ANNEXE A

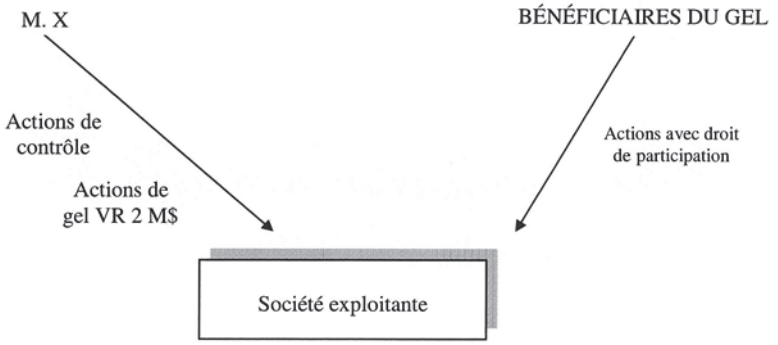
Échange selon l'article 51 L.I.R.



Actions de gel	Actions de contrôle	Actions avec droit de participation
PBR : 100 $	PBR : 1 $	PBR : 100 $
Capital versé (« CV ») : 100 $	CV : 1 $	CV : 100 $
JVM : 2 M$	JVM : 1 $	JVM : 100 $

ANNEXE B

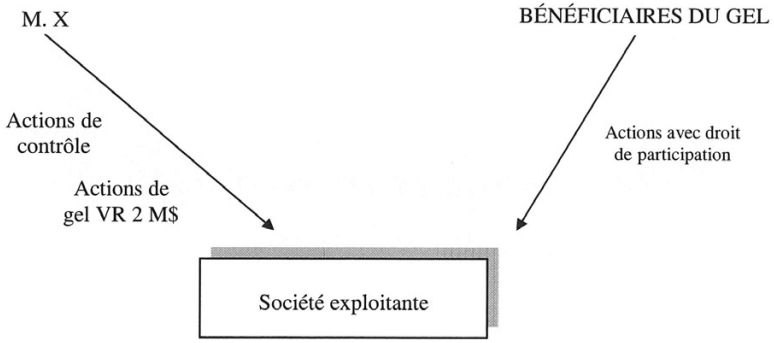
Échange selon l'article 85 L.I.R.



Actions de gel	Actions de contrôle	Actions avec droit de participation
PBR : 100 $	PBR : 1 $	PBR : 100 $
CV : 100 $	CV : 1 $	CV : 100 $
JVM : 2 M$	JVM : 1 $	JVM : 100 $

ANNEXE C

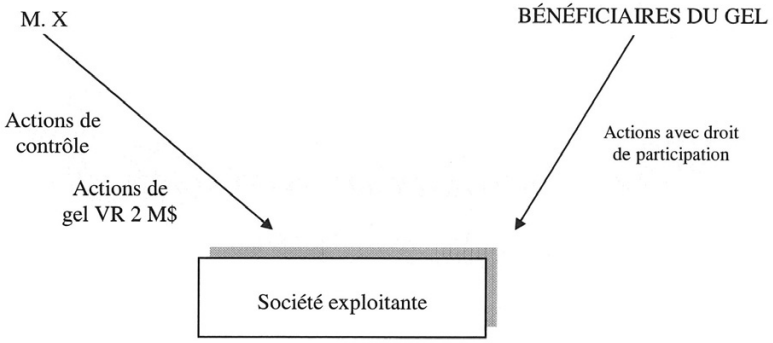
Échange selon l'article 86 L.I.R.



Actions de gel	Actions de contrôle	Actions avec droit de participation
PBR : 100 $	PBR : 1 $	PBR : 100 $
CV : 100 $	CV : 1 $	CV : 100 $
JVM : 2 M$	JVM : 1 $	JVM : 100 $

ANNEXE D

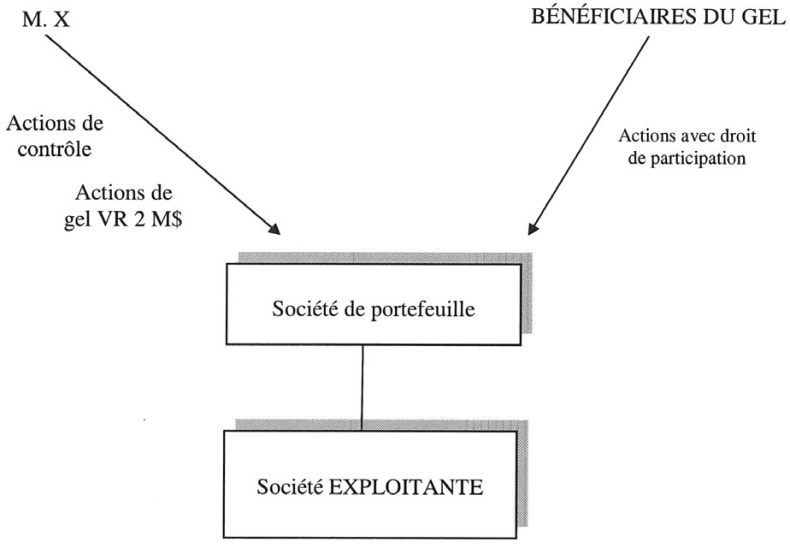
Paiement d'un dividende en actions



Actions de gel	Actions de contrôle	Actions avec droit de participation
PBR : 100 $	PBR : 1 $	PBR : 100 $
CV : 100 $	CV : 1 $	CV : 100 $
JVM : 2 M$	JVM : 1 $	JVM : 100 $

ANNEXE E

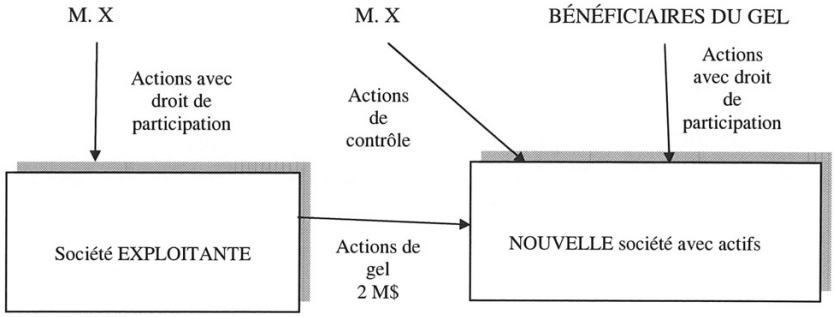
Vente à une société de portefeuille



Actions de gel	Actions de contrôle	Actions avec droit de participation
PBR : 100 $	PBR : 1 $	PBR : 100 $
CV : 100 $	CV : 1 $	CV : 100 $
JVM : 2 M$	JVM : 1 $	JVM : 100 $

ANNEXE F

Vente d'actifs



Actions de gel	Actions de contrôle	Actions avec droit de participation
PBR : 100 $	PBR : 1 $	PBR : 100 $
CV : 100 $	CV : 1 $	CV : 100 $
JVM : 2 M$	JVM : 1 $	JVM : 100 $

JURISPRUDENCE FISCALE ET ADMINISTRATIVE



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



Daniel Bourgeois
Avocat, BAA, M. Fisc., associé
De Grandpré Chait s.e.n.c.r.l.



Louis Tassé
Avocat, associé
Couzin Taylor s.r.l.



Pierre Zemaitis
Avocat
Direction du contentieux du Revenu
Revenu Québec



Marie-Andrée Legault
Avocate générale
Direction des affaires fiscales
Ministère de la Justice du Canada

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (DANIEL BOURGEOIS)

1. L'AFFAIRE *LES PRO-POSEURS INC.* C. *LA REINE* 30:5

1.1. INTRODUCTION 30:5
1.2. LES FAITS 30:5
1.3. LA DÉCISION 30:7
1.4. COMMENTAIRES 30:9

2. L'AFFAIRE *RICHARD A. KANAN CORPORATION* C. *LA REINE* 30:10

2.1. INTRODUCTION 30:10
2.2. LES FAITS 30:10
2.3. LA DÉCISION 30:11
2.4. COMMENTAIRES 30:13

3. L'ARRÊT *LA REINE* C. *HACHÉ* 30:14

3.1. INTRODUCTION 30:14
3.2. LES FAITS 30:14
3.3. DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT 30:15
3.4. DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE 30:15
3.5. COMMENTAIRES 30:16

4. L'ARRÊT *CENTURY SERVICES INC.* C. *PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA* 30:17

4.1. INTRODUCTION 30:17
4.2. LES FAITS 30:17
4.3. LES QUESTIONS EN LITIGE 30:19
4.4. DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME 30:19
4.5. COMMENTAIRES 30:21

PARTIE B (LOUIS TASSÉ)

1. L'AFFAIRE *SOMMERER* C. *LA REINE* 30:23

1.1. LES FAITS 30:23
1.2. LES QUESTIONS EN LITIGE 30:24
1.3. LA POSITION DES PARTIES 30:25
1.3.1. La position du Contribuable 30:25
1.3.2. La position de l'ARC 30:26
1.4. LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT 30:26
1.5. COMMENTAIRES 30:28

2. L'ARRÊT *AMOUR INTERNATIONAL MINES D'OR LTÉE* C. *LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA* 30:29

2.1. LES FAITS 30:29
2.2. LA QUESTION EN LITIGE 30:30
2.3. LA POSITION DES PARTIES 30:30
2.4. LA DÉCISION 30:31
2.5. COMMENTAIRES 30:32

3. L'ARRÊT *CHARKY* C. *PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA* 30:33

3.1. LES FAITS 30:33
3.2. LA QUESTION EN LITIGE 30:34
3.3. LA POSITION DES PARTIES 30:34
3.4. LA DÉCISION 30:35
3.5. COMMENTAIRES 30:35

4. L'AFFAIRE *ENVISION CREDIT UNION* C. *LA REINE* 30:36

4.1. LES FAITS 30:36
4.2. LES QUESTIONS EN LITIGE 30:37
4.3. LA POSITION DES PARTIES 30:37
4.4. LA DÉCISION 30:38
4.5. COMMENTAIRES 30:39

5. L'ARRÊT *LA REINE* C. *CAPITAL GÉNÉRALE ÉLECTRIQUE DU CANADA INC.* 30:40

5.1. LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT 30:42
5.2. LES QUESTIONS EN LITIGE 30:42
5.3. LA POSITION DES PARTIES 30:43
5.3.1. La position de l'ARC 30:43
5.3.2. La position de GEC 30:44
5.4. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE 30:45
5.5. COMMENTAIRES 30:48

PARTIE C (PIERRE ZEMAITIS)

1. ARRÊT *SMRQ* C. *SERVICES ENVIRONNEMENTAUX AES INC.* 30:49

1.1. INTRODUCTION 30:49
1.2. LES FAITS 30:50

2. ARRÊT *RIOPEL ET AUTRES* C. *SMRQ ET ARC* 30:54

2.1. INTRODUCTION 30:54
2.2. LES FAITS 30:54

3. ARRÊT *T.A.P. CONSULTANT INC.* C. *SMRQ* 30:57

3.1. COMMENTAIRES 30:59

4. ARRÊT *PRATT & WHITNEY CANADA CIE* C. *SMRQ* 30:59

4.1. INTRODUCTION 30:59
4.2. LES FAITS 30:59
4.3. LES QUESTIONS EN LITIGE 30:63
4.4. LE CONTEXTE LÉGISLATIF 30:63

5. JUGEMENT RÉCENT EN MATIÈRE DE PROROGATION DE DÉLAI POUR FAIRE APPEL D'UNE COTISATION ÉMISE PAR REVENU QUÉBEC 30:68

6. JUGEMENT EN MATIÈRE DE LÉGISLATION RÉTROACTIVE 30:69

PARTIE D (MARIE-ANDRÉE LEGAULT)

1. L'AFFAIRE *TRIAD GESTCO LTD.* V. *THE QUEEN* 30:71

1.1. LES FAITS 30:71
1.2. POSITION DES PARTIES 30:72
1.3. LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT 30:73
1.4. COMMENTAIRES 30:76

2. L'AFFAIRE *MARÉCHAUX* C. *CANADA* 30:76

2.1. LES FAITS 30:77
2.2. LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT 30:77
2.3. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE 30:77
2.4. COMMENTAIRES 30:78

3. L'AFFAIRE *CANADA* C. *JOHN H. CRAIG* 30:79

3.1. LES FAITS 30:79
3.2. LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT 30:80
3.3. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE 30:81
3.4. COMMENTAIRES 30:82

4. L'AFFAIRE *CHAGNON* C. *LA REINE* 30:83

4.1. LES FAITS 30:83
4.2. LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT 30:84
4.3. COMMENTAIRES 30:85

PARTIE A

Daniel Bourgeois, avocat, BAA, M. Fisc., associé
De Grandpré Chait s.e.n.c.r.l.

1. L'AFFAIRE *LES PRO-POSEURS INC.* C. *LA REINE*[1]

1.1. INTRODUCTION

Cette décision soulève, outre la question de la qualité de la preuve nécessaire pour démolir les hypothèses de fait à l'appui d'une cotisation, la question des exigences légales et réglementaires en matière de réclamations de crédit sur intrants (« CTI ») dans le contexte de la *Loi sur la taxe d'accise*[2].

Cette affaire s'inscrit également dans la foulée des décisions qui ont suivi la cause *Systematix Technology Consultants Inc.* c. *Canada*[3], où la Cour d'appel fédérale a rappelé le caractère obligatoire des exigences documentaires au soutien d'une demande de CTI.

1.2. LES FAITS

Dans cette affaire, l'appelante exploitait une entreprise spécialisée dans les travaux de systèmes intérieurs soit à titre d'entrepreneur ou à titre de sous-traitant. L'Agence du revenu du Québec (« Revenu Québec ») a refusé les CTI réclamés par l'appelante pour 16 périodes entre les années 2001 et 2006 en invoquant plusieurs raisons dont, entre autres, les suivantes :

- absence de renseignements suffisants;
- pièces justificatives et documents qui ne remplissent pas les exigences de la *Loi sur la taxe d'accise*;
- les pièces justificatives sont fausses et constituent des factures d'accommodation;

---

1 2011 CCI 113 (« *Pro-Poseurs* »).

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

3 2007 CAF 226. Voir également la décision récente de la Cour du Québec dans l'affaire *Aliments spécialisés Impresa international inc.* c. *SMRQ*, 2011 QCCQ 7635.

- l'appelante n'a acquis aucune des fournitures indiquées sur les factures;

- l'appelante n'a pas indiqué auprès de la Commission de la construction du Québec (CCQ) qu'elle faisait affaire avec des sous-traitants;

- les sous-traitants en cause sont délinquants envers Revenu Québec relativement à plusieurs lois fiscales;

- les chèques tirés par l'appelante pour payer les factures sont presque toujours présentés à une entreprise d'encaissement de chèques par les sous-traitants;

- les pièces justificatives fournies au soutien des CTI ne contiennent pas une description suffisante et détaillée;

- suite numérique incohérente sur les factures, etc.

En ce qui concerne la preuve administrée dans ce dossier, seuls l'appelant, son actionnaire et certains employés et/ou travailleurs autonomes ont témoigné à l'audition et aucun des sous-traitants dont les factures étaient contestées n'ont été assignés comme témoins.

La Cour canadienne de l'impôt n'avait dans ce dossier qu'à déterminer deux choses, c'est-à-dire si l'appelante avait droit à ces CTI eu égard aux fournisseurs douteux et si le ministre était en droit d'imposer la pénalité prévue à l'article 285 L.T.A. Cependant, le juge Bédard a divisé en deux questions sous-jacentes, selon lui, la question principale de savoir si l'appelante pouvait réclamer les CTI. En effet, il a voulu, dans un premier temps, déterminer si l'appelante avait véritablement acquis des fournisseurs douteux les fournitures pour lesquelles elle demandait des CTI. Par la suite, le juge Bédard voulait également répondre à la question de savoir si les factures prétendument établies par les fournisseurs respectaient les exigences prescrites par l'alinéa 169(4)a) L.T.A., plus particulièrement l'article 3 du *Règlement sur la taxe de vente du Québec*[4].

[4] D. 1607-92, 1992 G.O. 2, 6726 (c. T-0.1, r.1) (« R.T.V.Q. »).

1.3. LA DÉCISION

Se fondant sur l'arrêt *Hickman Motors Ltd.* c. *Canada*[5], qui confirme que le contribuable doit s'acquitter du fardeau initial de présenter une preuve *prima facie* démolissant l'exactitude des hypothèses formulées par le ministre, le juge en arrive à la conclusion que, sur la question de la valeur probante des témoignages rendus par les témoins du contribuable, ces derniers ne sont aucunement crédibles et, à au moins une occasion, le juge n'hésite pas à qualifier un témoin de fieffé menteur.

De plus, le contribuable n'ayant pas fait entendre les sous-traitants et d'autres témoins qui étaient des acteurs importants dans cette affaire, le juge en retient donc que puisque l'appelante ne les a pas fait témoigner, leur témoignage aurait été défavorable à l'appelante et, en conséquence, il en tire une inférence négative.

Ainsi, il arrive à la conclusion que les factures étaient fausses.

Nous nous serions attendus, après avoir évalué la valeur probante des témoignages, et après avoir déterminé que les témoins de l'appelante n'avaient pas la crédibilité suffisante, leur témoignage étant vague, imprécis, voire carrément trompeur, que l'appel soit tout simplement rejeté à cette étape. Or, le juge Bédard poursuit son analyse sur les exigences réglementaires des informations devant apparaître sur les pièces justificatives. Puisque selon lui le but de l'alinéa 169(4)a) L.T.A. et du *Règlement sur la taxe de vente du Québec* est de protéger le trésor contre les violations tant frauduleuses qu'innocentes, il est d'avis que les factures en question ne contiennent pas une description suffisante qui permettrait à Revenu Québec d'identifier les travaux effectués par les fournisseurs. Selon lui, les factures déposées en preuve par l'appelante ne peuvent respecter les exigences réglementaires que si elles comprennent au moins les renseignements suivants :

> « (i) Le lieu précis où le fournisseur en question avait posé des plaques de plâtre ou rempli des joints. Par lieu précis, j'entends l'adresse municipale où les travaux avaient été réalisés. Dans le cas d'un édifice comportant plusieurs étages, la facture doit préciser l'étage où les travaux avaient été réalisés. Si l'étage en question comporte plusieurs bureaux, la facture doit aussi identifier le bureau où les travaux avaient été réalisés;

[5] [1997] 2 R.C.S. 336.

> (ii) La nature de la fourniture. En l'espèce, si l'on se fie aux témoignages de l'appelant et de ceux qui sont venus témoigner à l'appui de la position des appelants, la quasi-totalité des services rendus par les sous-traitants douteux avaient trait soit à la pose de plaques de plâtre ou soit au remplissage de joints. Par conséquent, chacune des factures déposées en preuve par les appelants devrait indiquer, selon le cas, si le fournisseur douteux avait posé des plaques de plâtre ou s'il avait rempli des joints. À mon avis, chacune des factures devait de plus indiquer le nombre de pieds carrés de plaques de plâtre posées ou le nombre de pieds carrés de plâtre qui ont fait l'objet de remplissage de joints, selon le cas[6]. »

Sur cet aspect, l'appelante avait prétendu que c'était à tort que le ministre s'était appuyé sur le fait que les factures présentées ne contenaient pas une description suffisante et détaillée pour identifier les fournitures, puisqu'il était assez connu que la plupart des intervenants dans l'industrie de la construction n'ont pas la plume facile et que les pièces justificatives détaillées ne sont pas la norme dans cette industrie.

L'appelante plaidait également qu'il est de notoriété publique que lorsque les fournisseurs ne sont pas en défaut fiscal, des factures rédigées à peu près de la même façon ne font pas l'objet d'une remise en question par le ministre, ce qui laisse supposer que c'est beaucoup plus l'identité du fournisseur que la manière dont la facture a été rédigée qui détermine l'action entreprise par le ministre.

Le juge rejette ces arguments qui lui apparaissent faibles et insoutenables.

En ce qui concerne la « norme de l'industrie », souscrire à cet argument, selon le juge, équivaudrait à donner à l'industrie le droit de déterminer ce que le législateur entend par les mots « description suffisante pour identifier chaque fourniture ». Selon lui, c'est à la Cour et non à l'industrie de déterminer ce que le législateur entend par cette expression. Qui plus est, aucune preuve n'a été présentée à cet égard.

Sur la question de l'identité du fournisseur qui aurait ou non un historique fiscal douteux, le juge conclut qu'il ne s'agit pas d'un argument valable et il ajoute à cet effet que la Cour, contrairement au ministre, ne peut se permettre de faire preuve de « laxisme » dans l'application de la loi, si tant est qu'il y en ait eu.

---

6 *Pro-poseurs*, précité, note 1, par. 46.

1.4. COMMENTAIRES

Dans la mesure où la Cour canadienne de l'impôt n'a accordé aucune valeur probante aux témoignages des témoins de l'appelante et que la position de l'intimée selon laquelle il s'agissait de factures d'accommodation s'était avérée, il ne restait donc plus, selon nous, de question en litige, puisque Revenu Québec avait réussi à prouver que l'appelante n'avait pas véritablement acquis les fournitures et les services des sous-traitants douteux. Le juge aurait donc dû arrêter son analyse après cette détermination et conclure au rejet de l'appel. En effet, il devenait alors inutile d'analyser l'autre question, qui était de savoir si les factures répondaient aux exigences réglementaires de la *Loi sur la taxe d'accise*.

En effet, nous sommes d'avis, avec déférence pour l'opinion contraire, que la description précise à laquelle fait référence le juge Bédard non seulement ne reflète pas la réalité commerciale dans plusieurs secteurs d'activités économiques (et non seulement le secteur de la construction), mais, qui plus est, nous craignons que son commentaire quant au laxisme potentiel de Revenu Québec (qui n'appliquerait pas de la même façon la notion de « description suffisante » selon l'identité des fournisseurs) puisse inciter les vérificateurs de Revenu Québec à se montrer très exigeants, et ce, dans toutes les situations. Il sera donc intéressant de constater quelle sera la position de Revenu Québec dans la pratique.

Par ailleurs, sur la question des « normes de l'industrie », les commentaires du juge Bédard dans la présente affaire semblent contraires à l'approche retenue par la juge Lamarre dans la décision *Bijouterie Almar inc.* c. *La Reine*[7] En effet, dans cette décision, la juge Lamarre a déterminé que selon la prépondérance des probabilités, les factures soumises par l'inscrit étaient conformes à l'article 3 R.T.V.Q. et que les fournitures étaient donc véritables. Selon elle, si la pratique commerciale usuelle dans cette industrie n'est pas conforme au *Règlement sur la taxe de vente du Québec* selon Revenu Québec, il devrait donc revenir à Revenu Québec de faire une démonstration plus approfondie que les exigences qu'il invoque sont celles qui sont requises. Enfin, puisque l'appelante dans le présent dossier a porté sa cause en appel, il sera intéressant de voir quelle sera la position de la Cour d'appel fédérale à ce sujet.

---

7 2010 CCI 618.

2. L'AFFAIRE *RICHARD A. KANAN CORPORATION* C. *LA REINE*[8]

2.1. INTRODUCTION

Dans cette affaire, les points en litige concernaient la déductibilité des dépenses d'honoraires juridiques ainsi que les obligations du contribuable relativement à son fardeau de preuve à cet égard. Résumée de la plus simple façon, la question était de savoir quelle est la nature et la quantité d'informations que l'Agence du revenu du Canada (« ARC »), ou la Cour, peut requérir d'un contribuable afin qu'il puisse s'acquitter de son obligation de prouver que la dépense a été engagée pour gagner un revenu d'entreprise, et ce, dans le contexte où un contribuable bénéficie du privilège de la confidentialité des informations échangées avec ses conseillers juridiques.

2.2. LES FAITS

L'appelante dirige un centre dentaire en Colombie-Britannique. Elle utilise les services professionnels de deux firmes basées à Calgary, Alberta, soit Olson Lemons LLP, une firme d'avocats, ainsi que Olson Tax Consultants Inc., laquelle fournit différents services de comptabilité incluant les conseils et la préparation des déclarations fiscales. En ce qui concerne les années 2006 et 2007, l'ARC a refusé les déductions réclamées par l'appelante concernant certaines dépenses légales parce que les factures présentées ne fournissaient pas suffisamment de détails pour supporter la déduction des dépenses.

À l'audition, l'avocat de l'appelante, M[e] Thomas Olson, a témoigné et a avisé la Cour que sa cliente ne l'avait pas relevé de son secret professionnel et que, dans les circonstances, son témoignage serait limité à des questions générales sur les affaires de l'appelante et qui ne relèvent pas du secret professionnel. M[e] Olson a témoigné qu'il rendait plusieurs services à sa cliente et que, dans le cadre de la vérification fiscale, il avait invité les vérificateurs à son bureau de Calgary puisque tous les documents et informations s'y retrouvaient et puisqu'il y avait de l'espace suffisant dans son bureau, contrairement au bureau de sa cliente en Colombie-Britannique. Il fut mis en preuve que le vérificateur de l'ARC a refusé de se rendre au bureau de Calgary pour faire la vérification puisque la position du Bureau des services fiscaux de Penticton, Colombie-Britannique, était qu'une vérification pour une société de la Colombie-Britannique ne devrait pas impliquer des déplacements dans une autre province à cette fin. Ainsi, la

8 2011 CCI 211 (« *Richard A. Kanan* »).

vérification s'est faite à distance, par le biais de photocopies des livres comptables, des livres des procès-verbaux et de certaines dépenses et, ultimement, le vérificateur s'est montré satisfait de tout ce qu'on a pu porter à sa connaissance, à l'exception des factures en litige.

À l'audition, l'appelante reconnaissait qu'elle avait le fardeau de prouver le bien-fondé des factures en litige. Cependant, elle soumet que les contribuables ne devraient pas être requis de révéler l'information privilégiée et confidentielle afin de s'acquitter de leur fardeau de preuve. Selon elle, le témoignage de son avocat était suffisant afin de démolir les hypothèses sur lesquelles l'ARC avait basé ses cotisations.

L'ARC, quant à elle, invoquait les alinéas 18(1)a) et 18(1)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[9] et prétendait que le témoignage de M^e^ Olson ne contenait pas suffisamment d'explications et de détails afin de permettre à la Cour d'accorder les déductions des dépenses en question. À cet égard, l'ARC a pris la position qu'une divulgation complète du dossier de l'avocat était requise afin de permettre à l'ARC ou à la Cour de conclure que les dépenses sont déductibles. De façon alternative ou subsidiaire, l'ARC invoquait la doctrine de la « renonciation implicite » selon laquelle le témoignage de M^e^ Olson équivalait à une renonciation du privilège légal. Selon cette doctrine, on ne peut permettre à l'appelante de révéler que les seules informations privilégiées qui appuient son argumentation, tout en gardant confidentiel tout le reste des informations non divulguées.

La Cour devait donc déterminer si l'appelante, avec le seul témoignage de son avocat, s'était acquittée de son fardeau de preuve et, dans la mesure où une partie seulement des informations est divulguée, si la doctrine de la renonciation implicite s'applique afin de permettre à l'ARC de prendre connaissance de tout le dossier légal du contribuable.

2.3. LA DÉCISION

En rendant une ordonnance intérimaire, la juge Campbell n'a acquiescé totalement à aucune des thèses des parties et, dans un jugement de Salomon, est arrivée à la conclusion qu'aucune de ces positions ne pouvait être acceptée. En conséquence, elle rendit l'ordonnance suivante :

---

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

> « 1) L'appelante et ses avocats devaient, avant le 15 juin 2011, considérer et juger quelles informations l'appelante était prête à divulguer en vertu d'une renonciation partielle et limitée de son privilège avocat-client.
>
> 2) Un représentant de l'ARC devait, au plus tard le 31 juillet 2011, aller au bureau de Olson Lemons à Calgary en vue de constater et vérifier l'information que l'appelante était prête à lui rendre accessible.
>
> 3) Au plus tard le 31 août 2011, chaque partie devra faire rapport à la Cour par écrit[10]. »

Avant d'arriver à cette conclusion originale, la juge Campbell a pris soin d'analyser les dispositions qui limitent la déductibilité d'une dépense, entre autres, celles aux alinéas 18(1)a) et 18(1)b) L.I.R., et a également analysé les dispositions particulières permettant au contribuable de réclamer le privilège avocat-client, tels les paragraphes 232(1) et suivants L.I.R.

Dans le cadre de son analyse, la juge Campbell se base sur l'approche générale qu'avait appliquée le juge Bowman dans la décision *International Colin Energy Corporation* c. *La Reine*[11], et en vertu de laquelle la première étape est de déterminer si la dépense a été faite dans le but de produire un revenu d'entreprise ou de biens et, dans un second temps, se demander si la déduction ne serait pas permise puisque la dépense en serait une de nature capital.

Pour suivre cette approche, la Cour a besoin d'une description du travail accompli. La description de ce travail peut ne pas relever du privilège avocat-client puisque ce ne sont pas tous les documents et informations en possession d'un conseiller juridique qui sont couverts par ce privilège. Cependant, selon la Cour, lorsqu'un contribuable demande la déduction de montants engagés à l'égard d'un avis juridique confidentiel, il est évident que même s'il s'agit d'informations confidentielles, le contribuable devra soumettre une certaine preuve afin de s'acquitter de son fardeau de preuve. Dans l'éventualité où un contribuable n'est pas prêt à renoncer au privilège de confidentialité, il risque alors, selon la Cour, de se faire refuser la déduction de telles dépenses. Cependant, bien que la Cour pourra requérir la description des tâches effectuées par les avocats, ainsi que les montants qui y sont associés, dans la majorité des cas la Cour ne demandera pas et ne devrait pas requérir le dossier légal complet, incluant les avis légaux ou tout projet de contrat non exécuté ou encore les détails des discussions, ce qui

---

[10] *Richard A. Kanan*, précité, note 8.

[11] 2002 D.T.C. 2185.

relève clairement du secret professionnel et qui n'est pas nécessaire, selon la Cour, pour s'acquitter de son fardeau de preuve.

2.4. COMMENTAIRES

Nous sommes d'avis que la juge Campbell a pris la bonne approche et a fait la bonne analyse dans le contexte des dépenses de cette nature. Nous ne pouvons qu'être d'accord lorsqu'elle rejette la prétention de l'intimée selon laquelle l'ARC devrait avoir accès à tout le dossier légal du contribuable afin d'être en mesure d'évaluer la validité de la réclamation des dépenses légales. La Cour rejette également, à bon droit, le second argument de l'intimée basé sur la doctrine de la « renonciation implicite ». À cet effet, la Cour déclare ce qui suit :

> « [27] Moreover, fairness and consistency would not operate to find an implied waiver in these circumstances. I accept that, in general, it is problematic to allow a litigant to pick and choose the privileged information to be disclosed. However, in this context it is both fair and reasonable to expect a taxpayer to reveal enough information to satisfy the Court and CRA as to the nature of the legal expense, while keeping the specifics of the lawyer's advice confidential.
>
> [28] To find otherwise would create an unreasonable and unacceptable rule, Taxpayers would effectively have the choice of foregoing a proper deduction for legal expenses or revealing to CRA the entirety of their lawyer's files. Such a rule would be inconsistent with the status accorded to solicitor-client privilege as a substantive and fundamental civil right, and a privilege which must be as close to absolute as possible[12]. »

En arrivant à ces conclusions, la Cour a appliqué les conclusions de la Cour suprême dans la décision *Lavallée, Rackel & Heintz* c. *Canada (Procureur général)*[13]. Enfin, il est important de noter que l'intimée n'a pas porté cette décision en appel.

---

12 *Richard A. Kanan*, précité, note 8, par. 27-28.

13 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209. Voir aussi, à cet effet, la décision de la Cour supérieure du district de Montréal dans l'affaire *Chambre des notaires du Québec* c. *Canada (Procureur général)*, 2010 QCCS 4215, qui fait une excellente analyse des documents qui sont protégés par le secret professionnel dans le contexte des demandes péremptoires prévues à l'article 231.2 L.I.R.

3. L'ARRÊT *LA REINE* C. *HACHÉ*[14]

3.1. INTRODUCTION

Dans cet arrêt, la Cour d'appel fédérale devait déterminer si le produit de disposition de deux permis de pêche commerciale était imposable au titre d'un gain en capital, la Cour canadienne de l'impôt ayant au préalable répondu à cette question par la négative, au motif que ces permis de pêche n'étaient pas des biens au sens du paragraphe 248(1) L.I.R.

3.2. LES FAITS

M. Gildard Haché était un pêcheur commercial enregistré et était détenteur, de 1996 à 2000, de deux permis de pêche émis par le ministère des Pêches et Océans Canada (« MPO »). Au cours de l'année 2000, le MPO a mis en œuvre un programme visant à accroître la participation des Premières Nations aux pêches commerciales en leur octroyant, entre autres, des quotas de pêche. Cet accès aux pêches commerciales a été mis en œuvre par le truchement d'un processus de renonciation volontaire de la part de certains détenteurs de permis de pêche commerciale. C'est dans ce contexte qu'en février 2001, M. Haché renonce volontairement à ses permis en contrepartie du versement par le MPO d'une somme de 3 050 000 $, dont 466 535 $ étaient attribués à la disposition du bateau et des équipements de pêche et 2 583 465 $ étaient attribués, selon l'ARC, à un produit de disposition des permis de pêche.

Dans un premier temps, l'ARC a inclus cette dernière somme dans le revenu de M. Haché aux termes des articles 9 et 14 L.I.R., à titre d'un montant en immobilisation admissible, mais a par la suite abandonné cette position et a soumis en Cour canadienne de l'impôt que la somme de 2 583 465 $ devait être imposable comme gain en capital.

M. Haché considérait tout simplement que ce montant n'était pas imposable aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* puisque les permis de pêche n'étaient pas, selon lui, des biens au sens du paragraphe 248(1) L.I.R.

---

[14] 2011 CAF 104, 2011 D.T.C. 5089 (« *Haché* »).

3.3. DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT

S'appuyant sur l'arrêt *Manrell* c. *Canada*[15], où il a été décidé qu'un paiement reçu en vertu d'une entente de non-concurrence par un actionnaire d'une société dans le contexte d'une vente d'actions ne représentait pas le produit de disposition d'un bien, la juge Lamarre estime que, tout comme dans l'arrêt *Manrell*, il ne saurait être question de la disposition d'un bien au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En concluant de cette façon, elle faisait donc un parallèle entre le droit pour un contribuable de renoncer à son droit d'exploiter une entreprise (par une clause de non-concurrence) et celui de renoncer tout simplement à son droit de demander un permis de pêche.

La juge Lamarre distinguait aussi la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Saulnier* c. *Banque Royale du Canada*[16], où la Cour suprême avait décidé que, dans le contexte de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*[17], le droit de participer à des activités de pêche exclusive selon les conditions de permis de pêche s'apparentait raisonnablement à un « profit à prendre en common law », ce qui constituait indéniablement un intérêt de propriété qui devait être inclus dans la définition de « biens » contenue à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Malgré cette décision de la Cour suprême du Canada, la juge Lamarre distingua les faits du cas en litige puisque, selon sa compréhension, M. Haché ne détenait plus de permis valides et aussi parce que M. Haché ne transférait pas ses permis à quiconque pouvant exercer ses droits à sa place, mais renonçait tout simplement à son droit de demander un permis de pêche. La juge Lamarre était donc d'avis que la somme en litige ne provenait pas de la disposition d'un bien et que la réception d'un tel montant ne pouvait pas donner lieu à un gain en capital imposable.

3.4. DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Dans un jugement unanime, la Cour renverse la décision de première instance et conclut que M. Haché négociait alors un « bien » au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et ce qu'il a reçu était en contrepartie de la disposition d'un « droit de quelque nature qu'il soit » au sens du paragraphe 248(1) L.I.R.

---

15 2003 CAF 128 (« *Manrell* »).

16 2008 CSC 58, [2008] 3 R.C.S. 166.

17 L.R.C. (1985), ch. B-3 et mod. (« L.F.I. »).

La Cour d'appel fédérale, après avoir révisé la preuve entière, arrive à la conclusion que les permis qui ont été annulés, lors de la signature de l'entente, étaient toujours valides, et ce, contrairement aux conclusions factuelles à cet effet par la juge Lamarre.

De plus, la Cour d'appel fédérale distingue l'arrêt *Manrell* de l'arrêt *Haché* en ce que dans l'arrêt *Manrell*, le contribuable disposait de son droit général de faire une chose que n'importe qui pouvait faire (le droit d'exploiter une entreprise et de faire concurrence à quiconque), alors que dans le cas en l'espèce, la réalité commerciale et les dispositions législatives en cause dans le domaine des pêcheries faisaient en sorte que le détenteur d'un permis de pêche détenait un « bien » comportant quelque chose de très exclusif.

3.5. COMMENTAIRES

Il est intéressant de noter que le contribuable avait, dans sa déclaration fiscale de l'année 2001, traité le montant reçu du MPO comme le produit de disposition d'une immobilisation admissible. Ce n'est qu'en janvier 2004, à la suite d'une vérification des années 2000 et 2001, que l'ARC a émis un avis de nouvelle cotisation et a inclus la somme en litige à titre de produit de disposition de permis. M. Haché s'est opposé à cet avis de nouvelle cotisation peu après, probablement encouragé à le faire par ses conseillers fiscaux, puisque la Cour d'appel fédérale avait déterminé, un an plus tôt en 2003 dans l'arrêt *Manrell*, qu'un paiement reçu en vertu d'une entente de non-concurrence ne représentait pas le produit de disposition d'un bien.

Autre fait intéressant dans cette décision, la Cour d'appel fédérale s'est également inspirée, dans l'interprétation des dispositions législatives en cause, par les pratiques et transactions commerciales de l'industrie des pêches. En effet, la juge Trudel précise à cet égard ce qui suit :

> « Sans doute, la LSLP limite les droits du titulaire d'un permis de pêche quant à sa durée, au lieu et aux modalités de son exercice (ensemble, les conditions du permis), mais il n'en demeure pas moins que la réalité commerciale dans ce secteur d'activité est à l'effet que les permis seront renouvelés, d'une année à l'autre, et que la politique ministérielle protégera ceux qui détiennent déjà des permis. En effet, tel que mentionné dans *Saulnier*, la stabilité du secteur des pêches dépend du renouvellement prévisible des permis par le MPO d'année en année[18]. » (Notre soulignement)

[18] *Haché*, précité, note 14, par. 28.

Sur ce point, il est réconfortant de constater que les tribunaux peuvent tenir compte de la réalité économique pour, dans certains cas[19], interpréter les dispositions législatives en cause.

4. L'ARRÊT *CENTURY SERVICES INC.* C. *PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA*[20]

4.1. INTRODUCTION

Il s'agit d'une décision de la Cour suprême du Canada en matière de priorités de la Couronne et de fiducies présumées dans un contexte de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*[21]. Cet arrêt s'inscrit dans la foulée de la décision de la Cour suprême en 2009 dans l'arrêt *Québec (Revenu)* c. *Caisse populaire Desjardins de Montmagny*[22], laquelle avait été rendue dans le contexte de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. En effet, dans cette dernière décision, la Cour suprême avait conclu que le fisc n'était pas propriétaire des montants de taxe sur les produits et services (« TPS ») et de taxe de vente du Québec (TVQ) perçus, mais non remis, au moment de la faillite et la Cour avait de ce fait rejeté la thèse défendue par le fisc selon laquelle les fiducies réputées établies par l'article 222 L.T.A. et l'article 20 de la *Loi sur le ministère du Revenu*[23] survivaient à la faillite.

4.2. LES FAITS

Le 13 décembre 2007, Ted Leroy Trucking Ltd. a déposé une requête sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans le but de réorganiser ses finances et d'obtenir la suspension des procédures entreprises contre elle.

---

19 Voir à cet effet, *Shell Canada ltée* c. *Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, où la Cour suprême a déclaré cependant que l'examen de la réalité économique d'une opération ne peut jamais dispenser le tribunal de l'obligation d'appliquer une disposition claire et non équivoque de la loi.

20 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379.

21 L.R.C. (1985), ch. C-36 (« L.A.C.C. »).

22 2009 CSC 49, [2009] 3 R.C.S. 286 (« *Caisse populaire Desjardins de Montmagny* »).

23 L.R.Q., c. M-31 et mod.

Parmi les dettes de Ted Leroy Trucking Ltd. figurait une somme due à la Couronne au titre de la TPS et également une dette d'environ 5 M$ à Century Services Inc., le principal créancier garanti du débiteur. Il est à préciser que le contribuable avait perçu un peu plus de 300 000 $ en TPS, somme qu'il n'avait pas remise au fisc au moment où il a demandé la protection de la Cour en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*.

La Cour suprême de la Colombie-Britannique a ordonné, dans un premier temps, le plan de restructuration qui prévoyait le paiement à Century Services Inc. d'une somme d'au plus 5 M$, soit le produit de la vente d'éléments d'actifs excédentaires. Le contribuable Ted Leroy Trucking Ltd. a proposé de retenir un montant égal aux sommes perçues au titre de la TPS, mais non encore versé à la Couronne, et de le déposer dans le compte en fiducie du contrôleur jusqu'à ce que l'issue de la réorganisation soit connue. Afin de maintenir le statu quo, en raison du succès incertain de la réorganisation, le juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a accepté la proposition et ordonné qu'une somme de 305 202 $ soit détenue par le contrôleur dans son compte en fiducie. Peu après, étant arrivé à la conclusion que la réorganisation n'était pas possible, le contribuable a demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique l'autorisation de faire cession de ses biens en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. La Couronne a donc demandé au Tribunal d'ordonner le paiement au Receveur général du Canada de la somme détenue par le contrôleur en fiducie au titre de la TPS. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a refusé d'acquiescer à la demande du fisc puisque, selon elle, l'impossibilité de procéder à la réorganisation, suivie d'une cession de biens, signifiait que la Couronne perdait sa priorité sous le régime de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel interjeté par la Couronne et a de ce fait adopté le raisonnement énoncé dans l'arrêt *Re Ottawa Senators Hockey Club Corp.*[24] suivant lequel la fiducie réputée que crée la *Loi sur la taxe d'accise* à l'égard des sommes dues au titre de la TPS établissait la priorité de la Couronne sur le créancier garanti dans le cadre de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Qui plus est, selon la Cour d'appel, en ordonnant la ségrégation des sommes de TPS dans le compte en fiducie du contrôleur, le Tribunal de première instance avait créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne et les sommes ainsi déposées ne pouvaient être utilisées à quelque autre fin.

---

[24] (2005) 73 O.R. (3e) 737 (B.C.C.A.) (« *Ottawa Senators* »).

4.3. LES QUESTIONS EN LITIGE

Le pourvoi en Cour suprême du Canada soulevait trois questions :

1) Le paragraphe 222(3) L.T.A. l'emporte-t-il sur le paragraphe 18.3(1) L.A.C.C. et donne-t-il priorité à la fiducie réputée qui est établie par la *Loi sur la taxe d'accise* en faveur de la Couronne pendant des procédures régies par la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, comme il a été décidé dans l'arrêt *Ottawa Senators*?

2) Le Tribunal de première instance a-t-il outrepassé les pouvoirs qui lui étaient conférés par la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* en levant la suspension des procédures dans le but de permettre au débiteur de faire cession de ses biens?

3) L'ordonnance du Tribunal de première instance voulant que soient déposées dans le compte en fiducie du contrôleur les sommes relatives à la TPS a-t-elle créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne à l'égard de ces fonds?

4.4. DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME

En ce qui concerne la deuxième question, la juge Deschamps, pour la majorité, conclut que le juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique avait, en première instance, le pouvoir de lever la suspension des procédures et avait toute la discrétion nécessaire afin de permettre la transition au régime de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

Quant à la troisième question, à savoir si le Tribunal de première instance avait créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne, la juge Deschamps renverse également la Cour d'appel de la Colombie-Britannique sur ce point puisque, selon elle, la création d'une fiducie expresse exige la présence de trois certitudes, c'est-à-dire la certitude d'intention, la certitude de matière et la certitude d'objet. Selon la juge Deschamps, au moment où l'ordonnance a été rendue, il y avait un différend entre Century Services Inc. et la Couronne, et la solution retenue par le Tribunal de première instance a consisté à accepter, selon la proposition de Ted Leroy Trucking Ltd., que la somme en question soit détenue séparément jusqu'à ce que le différend puisse être réglé. Il n'y avait donc aucune certitude que la Couronne serait véritablement le bénéficiaire de la fiducie.

Enfin, en ce qui concerne la première question portant sur la priorité de la Couronne dans le contexte non seulement de l'insolvabilité, mais plus

particulièrement dans le contexte des dispositions de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, deux dispositions législatives semblaient contradictoires, c'est-à-dire le paragraphe 222(3) L.T.A. et le paragraphe 18.3(1) L.A.C.C.

Le paragraphe 222(3) L.T.A. précise ce qui suit :

> « (3) [Non-versement ou non-retrait] Malgré les autres dispositions de la présente loi (sauf le paragraphe (4) du présent article), tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), tout texte législatif provincial ou toute autre règle de droit, lorsqu'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (1) détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada n'est pas versé au receveur général ni retiré selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie, les biens de la personne – y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ses biens – d'une valeur égale à ce montant sont réputés :
>
> a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, à compter du moment où le montant est perçu par la personne, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie;
>
> b) ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est perçu, que ces biens aient été ou non tenus séparés de ses propres biens ou de son patrimoine et qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie. […] »

Les paragraphes 18.3(1) et 18.3(2) L.A.C.C. précisent ce qui suit :

> « 18.3(1) [Fiducies présumées] Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.
>
> 18.3(2) [Exceptions] Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi* […]. »

Selon la juge Deschamps, il est difficile d'imaginer deux dispositions législatives plus contradictoires en apparence. En effet, selon la *Loi sur la taxe d'accise*, la fiducie réputée s'applique malgré tout texte de loi fédérale, sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, alors qu'en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, on fera droit à la fiducie

réputée seulement si cette dernière est visée au paragraphe 18.3(2) L.A.C.C. (qui ne réfère pas à la *Loi sur la taxe d'accise*).

Après avoir examiné de façon exhaustive l'évolution des priorités de la Couronne dans un contexte historique en matière d'insolvabilité (tant en ce qui concerne la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* que la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*), la juge Deschamps arrive à la conclusion que c'est la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, et non la *Loi sur la taxe d'accise*, qui énonce la règle applicable. En conséquence, l'appel de Century Services Inc. est accueilli.

4.5. COMMENTAIRES

Cette décision est intéressante à plusieurs points de vue. Dans un premier temps, la Cour suprême du Canada fait l'historique de l'évolution et des modifications apportées aux dispositions législatives en matière d'insolvabilité, que ce soit en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Dans un deuxième temps, la Cour suprême énonce clairement que le recours par le gouvernement aux fiducies présumées doit être une exception et, pour arriver à cette conclusion, la Cour suprême analyse non seulement les dispositions canadiennes en cause, mais fait également l'analyse des législations de différentes autres juridictions telles que l'Allemagne, l'Australie, la France et les États-Unis. De plus, la Cour suprême est d'avis que les dispositions de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* et de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* doivent être interprétées dans le but d'accorder une grande flexibilité en matière de réorganisation des entreprises. Enfin, la Cour fait une importante distinction entre les fiducies présumées en matière de retenues à la source (impôt sur le revenu, *Régime de pensions du Canada*[25] et *Loi sur l'assurance-emploi*[26]) puisque les fiducies créées en vertu de ces trois régimes sont confirmées dans les dispositions particulières de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* et de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Or, en ce qui concerne la fiducie réputée créée en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*, le législateur fédéral ne confirme pas la survie de cette fiducie réputée parmi les exceptions contenues dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*.

---

[25] L.R.C. (1985), c. C-8.

[26] L.C. 1996, c. 23.

Il sera donc important de voir si le législateur fédéral voudra modifier la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* ou encore la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* afin de contrer non seulement cette décision, mais aussi celle dans l'arrêt *Caisse populaire Desjardins de Montmagny*.

PARTIE B

Louis Tassé, avocat, associé
Couzin Taylor s.r.l.*

1. L'AFFAIRE *SOMMERER* C. *LA REINE*[1]

1.1. LES FAITS

Le 13 mai 2011, le juge Miller rendait sa décision dans l'affaire *Sommerer* dans laquelle il a notamment interprété la portée du paragraphe 75(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[2]. Pour rendre son jugem69+ent, la Cour canadienne de l'impôt a dû se pencher sur trois problématiques; la plus importante, celle de déterminer si les règles d'attribution prévues au paragraphe 75(2) L.I.R. pouvaient s'appliquer à la situation d'espèce, sera développée dans le présent texte.

En bref, les faits de cette affaire peuvent être résumés comme suit.

Le contribuable, M. Peter Sommerer (« Contribuable »), a grandi en Autriche avec sa famille. Après s'être marié, il a décidé en 1978 d'immigrer au Canada avec sa femme et ses enfants. Le Contribuable est devenu citoyen canadien en 1993, tout en conservant sa citoyenneté autrichienne. En 1996, le père du Contribuable, M. Herbert Sommerer, a décidé de tirer avantage de la nouvelle législation autrichienne et de créer la Fondation Privée Sommerer (« FPS ») au profit du Contribuable, sa femme et ses enfants. M. Herbert Sommerer avait prévu, à titre de constituant de la FPS, que si la fondation était liquidée, ses biens retourneraient au contribuable.

Le 3 octobre 1996, une dotation initiale d'un million de schillings a été versée à la FPS. Le lendemain, le 4 octobre 1996, le Contribuable a vendu à la FPS des actions qu'il détenait dans la société Vienna en conservant toutefois les droits de vote afférents, de même que les droits aux dividendes afin que la société puisse conserver son statut de société canadienne imposable. La vente des actions de la société Vienna fut effectuée pour une somme équivalente à la juste valeur marchande (« JVM ») des actions.

---

* L'auteur tient à remercier M^e^ Marie-Claude Marcil, avocate chez Couzin Taylor, de sa précieuse collaboration lors de la rédaction du présent texte.

1 2011 CCI 212 (« *Sommerer* »).

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

En 1997, le Contribuable a continué d'investir et a décidé de souscrire à des actions d'une compagnie nommée Cambrian Systems (« Cambrian »). Il a ensuite vendu et transféré les certificats d'actions à la FPS en avril 1998 pour une somme équivalente à la JVM.

En novembre 2008, la société Nokia a offert d'acheter les actions que la FPS détenait dans la société Vienna. Après analyse, le comité consultatif de la FPS a recommandé à son conseil exécutif d'accepter l'offre de Nokia et de procéder à la vente des actions qu'elle détenait dans la société Vienna. Le 18 décembre 2008, après que le Contribuable ait accepté de transférer à la FPS les droits de vote ainsi que le droit aux dividendes sur les actions faisant l'objet de la vente qu'il détenait toujours, l'offre d'achat fut signée et la transaction conclue.

En décembre 2008, Nokia a ensuite offert d'acheter les actions que la FPS détenait dans Cambrian. La FPS a accepté cette offre et immédiatement procédé à la vente desdites actions.

Suite à la vente des actions, la FPS a demandé un allégement d'impôt sur les gains en capital réalisés en vertu de l'article XIII(5) de la *Convention entre le Canada et la République d'Autriche*[3].

Ce sont donc ces deux transactions qui sont au cœur de la cotisation émise par l'Agence du revenu du Canada (« ARC »). En effet, l'ARC a cotisé le Contribuable en vertu du paragraphe 75(2) L.I.R., présumant que la FPS était en fait une fiducie au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, de façon à attribuer au Contribuable le gain en capital réalisé par la FPS lors de la disposition des actions de Vienna et de Cambrian en faveur de Nokia. Selon l'ARC, le paragraphe 75(2) L.I.R. prévoit l'attribution de revenu ou de gain en capital, comme c'est le cas en l'espèce, à la personne qui a transféré le bien vendu à la FPS.

1.2. LES QUESTIONS EN LITIGE

Les questions devant la Cour canadienne de l'impôt étaient donc les suivantes : 1) À quel moment le Contribuable a-t-il effectivement disposé des actions qu'il détenait dans la société Vienna, considérant qu'il n'avait pas disposé de son droit de vote en 1996? 2) Est-ce que la FPS est une fiducie pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*? 3) Advenant

[3] Signée le 9 décembre 1976 et telle qu'elle a été modifiée par le protocole signé le 15 juin 1999.

que la FPS soit en effet une fiducie, est-ce que le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique de façon à attribuer le gain réalisé par la FPS au Contribuable lors de la disposition des actions en faveur de Nokia? 4) Advenant l'application du paragraphe 75(2) L.I.R., est-ce que la *Convention entre le Canada et la République d'Autriche* s'applique de façon à limiter l'imposition des gains réalisés par la FPS lors de la disposition des actions? 5) Est-ce que la FPS était l'agent Contribuable lors de la disposition des actions?

Seule la troisième question sera développée en l'espèce, celle-ci ayant fait l'objet d'une analyse fiscale plus étendue de la part de la Cour canadienne de l'impôt. En effet, afin de répondre à cette question, la Cour canadienne de l'impôt a dû déterminer la portée du terme « personne » employé à cette disposition. Le paragraphe 75(2) L.I.R. stipule que si un bien peut revenir à la personne de qui il a été reçu, il y aura attribution du revenu ou du gain résultant de cette disposition :

> « **75. (2)** Lorsque, en vertu d'une fiducie créée de quelque façon que ce soit depuis 1934, des biens sont détenus à condition :
>
> *a*) soit que ces derniers ou des biens qui leur sont substitués puissent :
>
> (i) 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),
>
> (ii) ou bien être transportés à des personnes devant être désignées par la personne après la création de la fiducie;
>
> *b*) soit que, pendant l'existence de la personne, il ne soit disposé des biens qu'avec son consentement ou suivant ses instructions,
>
> 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, 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. » (Notre soulignement)

1.3. LA POSITION DES PARTIES

1.3.1. La position du Contribuable

Le Contribuable contestait la position de l'ARC soutenant que le paragraphe 75(2) L.I.R. ne trouvait pas application de façon à lui attribuer le gain en capital réalisé lors de la disposition des actions de Vienna et Cambrian par la FPS.

D'abord, le Contribuable soutenait que le paragraphe 75(2) L.I.R. ne pouvait pas s'appliquer puisqu'il n'y avait pas eu création d'une fiducie au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Advenant qu'il s'agisse effectivement d'une fiducie, le Contribuable prétendait que le paragraphe 75(2) L.I.R. ne pouvait pas trouver application puisque le législateur, en utilisant le terme « personne » à cette disposition, souhaitait viser seulement le constituant d'une fiducie dans les cas où celui-ci conservait un droit dans la propriété qu'il transférait pour créer ladite fiducie.

1.3.2. La position de l'ARC

L'ARC soutenait que le paragraphe 75(2) L.I.R. s'appliquait puisque la FPS pouvait être assimilée à une fiducie et que les conditions énoncées à cette disposition étaient réunies. Selon l'ARC, la « personne » qui contribue le bien vendu n'a pas à être le constituant de la fiducie. N'importe quelle personne, y compris un bénéficiaire qui vend des biens à la fiducie à la JVM, pouvait être considérée comme la « personne » au sens du paragraphe 75(2) L.I.R.

Ainsi, puisque lors de la dissolution de la fiducie les biens de la FPS devaient retourner au Contribuable, le paragraphe 75(2) L.I.R. trouvait application de façon à attribuer au cédant, le Contribuable en l'espèce, le gain découlant de cette disposition. L'ARC donnait donc une portée large au terme « personne » employé à ce paragraphe de façon à viser non seulement le constituant qui conserve un droit dans la propriété transférée, mais aussi le bénéficiaire qui peut voir les biens qu'il a vendus à la JVM à la fiducie lui revenir.

1.4. LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT

Après avoir conclu que la FPS était bel et bien une fiducie au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le juge Miller a rejeté l'interprétation avancée par l'ARC concernant l'applicabilité du paragraphe 75(2) L.I.R. Selon une analyse textuelle, contextuelle et téléologique, la Cour canadienne de l'impôt est venue à la conclusion que le paragraphe 75(2) L.I.R. ne pouvait pas être interprété comme visant les transferts faits par d'autres personnes que le constituant de la fiducie.

D'abord, une analyse textuelle a permis à la Cour canadienne de l'impôt d'établir que seul le constituant était visé par le paragraphe 75(2) L.I.R. En effet, selon elle, les termes du paragraphe 75(2) L.I.R. renvoient à une analyse du point de vue de la constitution de la fiducie. Le paragraphe 75(2) L.I.R. renvoie spécifiquement à une situation où « […] en vertu d'une

fiducie créée de quelque façon que ce soit depuis 1934, des biens sont détenus à condition », c'est-à-dire à la création de la fiducie. Au moment de la création de la fiducie, seul le constituant peut lui transférer des biens et sera donc, *a contrario*, la seule personne de qui la fiducie a reçu les biens. La Cour canadienne de l'impôt en est arrivée à cette interprétation en reprenant le paragraphe 75(2) L.I.R. et en y substituant des mots qui reflètent la situation d'espèce :

> « **75. (2)** Lorsque, en vertu d'une fiducie créée [**en octobre 1996**], des biens [**les shillings**] sont détenus à condition :
>
> *a*) soit que ces derniers [**les shillings**] ou des biens qui leur sont substitués [**les actions**] puissent :
>
> (i) ou bien revenir à la personne [**Monsieur Hebert Sommerer**] dont les biens [**les shillings**] ou les biens qui leur sont substitués [**les actions**] ont été reçus […] » (Notre soulignement)

Au moment de la création de la fiducie, les shillings ont été reçus par la FPS de M. Herbert Sommerer. En ce sens, si l'analyse doit être faite au moment de la création de la fiducie, seul le constituant est l'acteur qui transfère des biens à la fiducie. Nul autre que le constituant peut donc être visé par le terme « personne » prévu au paragraphe 75(2) L.I.R. Selon la Cour canadienne de l'impôt, il s'agit d'une lecture correcte et logique du paragraphe 75(2) L.I.R.

Certes, si une autre personne avait fait une contribution à la FPS, cette personne aurait pu être visée par le paragraphe 75(2) L.I.R. Cette personne aurait été considérée comme créant une nouvelle fiducie et donc comme étant le constituant de celle-ci. Toutefois, il ne s'agit pas de la situation en l'espèce. La Cour canadienne de l'impôt a précisé que le Contribuable ne pouvait pas être visé par le paragraphe 75(2) L.I.R. de cette façon puisqu'il n'avait pas effectué de contribution. Il avait plutôt effectué une vente à la JVM, à titre de bénéficiaire de la fiducie. De cette façon, il importe peu que les biens de la fiducie vendus par le Contribuable puissent lui revenir advenant la dissolution de la fiducie. Ces biens pouvaient lui revenir selon les conditions établies par le constituant, M. Herbert Sommerer. Le Contribuable ne peut donc pas être considéré comme étant la personne au sens du paragraphe 75(2) L.I.R. puisque les actions qu'il a vendues à la FPS peuvent lui revenir seulement par l'opération de la fiducie selon les conditions prévues par M. Herbert Sommerer.

La Cour canadienne de l'impôt a ensuite procédé à l'analyse contextuelle qui lui a permis de conclure dans le même sens. Contextuellement, la Cour canadienne de l'impôt a cité l'arrêt

Greenberg Estate c. *La Reine*[4], où le juge Bowie a interprété le terme « contribué » comme étant un transfert **volontaire** équivalant à un don. Cette interprétation ne pouvait donc s'étendre à une vente effectuée à la JVM, comme c'était le cas en l'espèce.

Tant l'analyse du texte de langue anglaise que celle du texte de langue française ont permis à la Cour canadienne de l'impôt de conclure que textuellement, le paragraphe 75(2) L.I.R. ne s'applique pas à la situation.

Pour ce qui est de l'analyse téléologique, la Cour canadienne de l'impôt n'a pas pu se prononcer puisque peu d'information lui a été fournie concernant la raison d'être du paragraphe 75(2) L.I.R. La Cour canadienne de l'impôt en avait quand même assez pour rejeter l'interprétation du paragraphe 75(2) L.I.R. avancée par les procureurs de l'ARC. Pour toutes ces raisons, le paragraphe 75(2) L.I.R. n'a pas trouvé application.

1.5. COMMENTAIRES

Cette décision est intéressante car il existe peu de décisions portant sur le paragraphe 75(2) L.I.R. Plus précisément, il s'agit de la première décision traitant de la question de la portée du paragraphe 75(2) L.I.R. quant à son application éventuelle à une personne qui aurait vendu des biens à une fiducie pour un montant correspondant à la JVM, comme le soutenait l'ARC. En donnant raison au Contribuable, la Cour canadienne de l'impôt a adopté une interprétation restrictive du paragraphe 75(2) L.I.R. qui était plus harmonieuse avec le texte et le contexte de cette disposition. Cette conclusion va toutefois à l'encontre de la position défendue par l'ARC depuis de nombreuses années (1990).

La Cour canadienne de l'impôt a donné raison à l'ARC sur la première question, à savoir que la FPS était une fiducie aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Toutefois, l'ARC a annoncé depuis qu'elle ne statuerait plus sur la qualification d'une entité juridique dans le cadre d'une décision anticipée ou d'une lettre d'interprétation.

Cette affaire a été portée en appel. Lors de la rédaction du présent texte, les parties n'avaient pas encore déposé leur mémoire respectif. Nous pouvons supposer que cette affaire ne sera pas entendue par la Cour d'appel fédérale avant mi-2012.

---

[4] 97 D.T.C. 1380.

2. L'ARRÊT *AMOUR INTERNATIONAL MINES D'OR LTÉE* C. *LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA*[5]

2.1. LES FAITS

Dans cette affaire, Amour International Mines D'Or Ltée (« Amour International ») avait effectué une demande d'allégement en vertu du Programme des divulgations volontaires. En effet, Amour International avait effectué une retenue à la source sur les dividendes versés à des actionnaires étrangers, mais avait omis de remettre le montant au Receveur général du Canada, comme l'exigeait le paragraphe 212(2) L.I.R. Après analyse, l'ARC a décidé de rejeter la requête. Amour International s'est donc adressé à la Cour fédérale afin qu'elle procède au contrôle judiciaire de la décision de l'ARC.

Les faits entourant ce litige sont les suivants. En décembre 2006, le contribuable a versé un dividende de 245 000 $ à un de ses actionnaires résident des Bahamas. En vertu du paragraphe 212(2) L.I.R. et en l'absence de convention fiscale entre le Canada et les Bahamas, le contribuable était dans l'obligation de retenir 25 % de ce montant et de verser cette somme au Receveur général du Canada dans les 15 jours du versement du dividende, ce qu'il n'a pas fait.

Un écran de vérification a été créé par l'ARC autour du 15 octobre 2007 pour la compagnie Greymount Associates Ltd. (« Greymount ») afin d'étudier les paiements des dividendes faits par Amour International à des actionnaires non résidents en 2006 et 2007.

Le 29 octobre 2007, l'ARC a transmis une lettre au comptable de Greymount concernant la société Orex Mines d'Or (« Orex ») pour laquelle Greymount était actionnaire. Précisément, l'ARC s'interrogeait sur les dispositions des actions d'Orex effectuées par deux sociétés et un individu. Il est à noter qu'Orex est aussi un actionnaire d'Amour International, détenant à lui seul 44 % des actions en circulation.

En novembre 2007, le contribuable verse de nouveau un dividende, cette fois-ci à un actionnaire résident des Pays-Bas. Conformément à l'article 10 de la *Convention fiscale entre le Canada et le Royaume des Pay-Bas*[6], le

---

[5] 2010 CF 1070 (« *Amour International* »).

[6] Signée le 27 mai 1986, et telle qu'elle a été modifiée par le Protocole signé le 4 mars 1993 et le Protocole signé le 25 août 1997.

contribuable a effectué une retenue à la source de 15 %, sans toutefois remettre cette somme au Receveur général du Canada.

Ce n'est que vers les mois de février et mars 2008 que les comptables d'Amour International ont retrouvé les erreurs et divulgué à l'ARC les omissions de verser les montants de retenues sur les paiements de dividendes.

Le 4 novembre 2008, après analyse, la divulgation volontaire du contribuable a été rejetée. Le 10 juillet 2009, la décision initiale est maintenue après un deuxième niveau d'analyse. Chacune des décisions informait le contribuable que la divulgation volontaire ne pouvait pas être acceptée puisqu'elle n'était pas volontaire, c'est-à-dire qu'elle avait été faite après que des mesures d'exécution et de contrainte avaient déjà été entreprises à l'égard de personnes associées au contribuable.

2.2. LA QUESTION EN LITIGE

La question en litige devant la Cour fédérale était la raisonnabilité de la décision finale de l'ARC. Précisément, il s'agissait de déterminer s'il y avait eu manquement aux principes d'équité procédurale et si les démarches de l'ARC constituaient des mesures d'exécution, justifiant le rejet de la divulgation volontaire.

2.3. LA POSITION DES PARTIES

Amour International soutenait entre autres que les principes de justice naturelle n'avaient pas été respectés puisque la divulgation était conforme aux conditions énoncées à la *Circulaire d'information* 00-1R2[7] et confirmées par les tribunaux notamment dans l'affaire *Livaditis* c. *ARC*[8]. Plus particulièrement, le contribuable arguait que toutes les conditions étaient remplies puisque la divulgation était effectivement volontaire, complète, qu'elle comprenait l'imposition d'une pénalité et que les renseignements avaient été omis pendant au moins un an. En effet, le contribuable soutenait qu'il n'était pas au courant qu'il y avait eu des mesures d'exécution mises en place avant qu'il effectue la divulgation volontaire.

---

7 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 00-1R2, « Programme des divulgations volontaires (PDV) », 22 octobre 2007.

8 2010 CF 950.

Alternativement, le contribuable prétend que la lettre qu'il a reçue de l'ARC n'était pas une mesure d'exécution, mais plutôt une demande d'information. Finalement, le contribuable soutenait que même si la Cour concluait qu'il s'agissait bel et bien d'une mesure d'exécution, la lettre n'avait aucun lien avec la divulgation volontaire qu'il avait effectuée.

Pour sa part, l'ARC prétendait que la divulgation n'était pas admissible au programme puisqu'elle n'avait pas été faite de façon volontaire et qu'elle avait été faite tardivement étant donné que des mesures d'exécution avaient déjà été entreprises.

2.4. LA DÉCISION

La Cour fédérale a tranché en faveur du contribuable et accordé la demande de contrôle judiciaire. Sans toutefois être en mesure d'accepter si la divulgation avait été effectuée de façon volontaire ou bien d'ordonner au ministre d'annuler les pénalités perçues, la Cour fédérale a déclaré que la cause devait être retournée à un nouvel agent du ministre afin qu'une autre décision soit rendue. La Cour fédérale a donc admis la demande de contrôle judiciaire sur les bases que les décisions administratives antérieures avaient été prises de façon arbitraire, sans tenir compte des faits pertinents.

Le juge Harrington a toutefois refusé le premier argument d'Amour International qu'il y avait eu manquement aux principes d'équité procédurale et base plutôt sa décision sur le fait que la lettre du 29 octobre 2007 ne peut pas être considérée comme une mesure d'exécution prohibant le contribuable de faire une demande de divulgation volontaire. Précisément, le juge Harrington a conclu qu'Amour International ne pouvait pas soulever l'argument de l'équité procédurale puisqu'il était évident par les faits qu'Amour International était au courant que l'ARC effectuait une vérification auprès de Greymount. Dans cette affaire, la Cour fédérale n'a eu d'autre choix que de conclure que la connaissance de la tête dirigeante d'Amour International devait être assimilée à celle de la société. En effet, de par ses fonctions, le directeur et secrétaire d'Amour International était bel été bien au courant que Greymount faisait l'objet de vérifications. Celui-ci agissait à la fois comme tête dirigeante d'Amour International et comme unique directeur d'Orex. Qui plus est, les faits sont clairs que celui-ci a même agi au nom de Greymount afin d'aider les comptables à répondre à la lettre du 29 octobre 2007. Ainsi, bien qu'Amour International n'ait pas de connexion officielle avec Greymount, la Cour fédérale ne pouvait pas accepter la proposition qu'Amour International n'avait pas été informée de la situation.

Pour accorder la demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale s'est plutôt penchée sur la question de savoir s'il y avait effectivement eu des mesures d'exécution d'entreprises avant la divulgation. Le juge Harrington a dû déterminer si la lettre du 29 octobre 2007 ainsi que les communications qui avaient précédé la divulgation volontaire d'Amour International étaient effectivement des mesures d'exécution et si tel était le cas, si l'information recueillie aux termes de la vérification de Greymount était suffisamment liée au contenu de ladite divulgation.

Pour ce faire, la Cour fédérale a dû déterminer si une mesure d'exécution à l'encontre de quiconque associé ou apparenté au contribuable aurait permis à l'ARC de découvrir l'omission. Certes, la lettre du 29 octobre 2007 était adressée aux comptables qui avaient été engagés par les trois vendeurs d'actions d'Orex, mais celle-ci visait plutôt l'émission de certificats de conformité relatifs à la vente d'actions d'une société canadienne effectuée par Greymount, une société non résidente.

Sur cette base, la Cour fédérale a conclu qu'il n'était pas nécessaire de déterminer si les communications étaient effectivement des mesures exécutoires puisqu'il était clair que la nature des communications n'aurait pas permis à l'ARC de découvrir les renseignements divulgués par le contribuable de manière volontaire.

Selon la Cour fédérale, la norme de contrôle dans cette affaire était la décision « raisonnable », tel qu'il avait été établi dans l'affaire *Dunsmuir* c. *Nouveau-Brunswick*[9]. En l'espèce, la demande de contrôle judiciaire méritait d'être accueillie puisque la décision prise par l'ARC était clairement déraisonnable étant donné qu'elle était basée sur des hypothèses injustifiées qui n'étaient pas étayées par la preuve.

2.5. COMMENTAIRES

La Cour fédérale n'avait pas le pouvoir de forcer l'ARC à accepter la divulgation volontaire mais seulement d'obliger cette dernière à effectuer une nouvelle analyse du dossier, sur la base que la lettre du 29 octobre 2007 n'était pas une mesure d'exécution. En théorie, l'ARC pourrait donc maintenir sa position et rejeter encore une fois la divulgation volontaire. Cependant, pour ce faire, l'ARC devra établir que d'autres conditions préalables à l'acceptation d'une divulgation volontaire ne sont pas réunies.

---

[9] 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (« *Dunsmuir* »).

Sur la base de la preuve soumise par les parties, il n'est pas évident que l'ARC pourra en arriver à une telle conclusion.

Il est intéressant de noter que le juge Harrington a clairement établi qu'une simple écriture comptable que l'on retrouve dans le système interne de l'ARC déclarant son intention de vérifier un contribuable relativement au même sujet que la divulgation volontaire effectuée n'est pas suffisante pour constituer une mesure d'exécution susceptible de remettre en question le caractère volontaire de la divulgation.

Finalement, cette décision permet d'apporter certaines précisions quant à la recevabilité d'une divulgation volontaire dans le cas où des mesures d'exécution à l'égard de personnes apparentées ou affiliées ont été initiées par l'ARC. En accordant la demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale a rejeté l'interprétation très restrictive mise de l'avant par l'ARC à cet égard.

3. L'ARRÊT *CHARKY* C. *PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA*[10]

3.1. LES FAITS

Il s'agit encore une fois d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision refusant la demande de divulgation volontaire d'un contribuable, M. Gabriel Charky (« M. Charky »). Dans cette affaire, M. Charky était président d'une société nommée Allianz Madvac Inc. (« Allianz ») qui, dans ses déclarations de revenus pour ses années d'imposition 2005, 2006 et 2007, avait déduit certaines dépenses de nature personnelle attribuables à M. Charky.

Le 19 avril 2007, l'ARC a avisé un employé d'Allianz responsable de la comptabilité qu'une vérification générale aurait lieu et qu'il était probable que les dépenses de la société soient un élément sujet à la vérification. C'est finalement au mois de juin 2007 qu'un informaticien de l'ARC a procédé à l'extraction de données du système informatique de la société. Toutefois, peu de temps après, M. Charky a effectué une demande de divulgation volontaire, d'abord de façon anonyme le 13 juillet 2007, pour ensuite finaliser la demande et révéler son identité le 13 août 2008.

Le 11 février 2009, l'ARC a refusé la demande de divulgation volontaire sur les bases que celle-ci avait été effectuée à la suite d'une vérification d'une personne apparentée, donc qu'elle n'avait pas été faite de façon

[10] 2010 CF 1327.

volontaire. M. Charky a demandé une révision administrative de cette décision, mais sans succès. En effet, le 20 janvier 2010, le directeur adjoint de l'Exécution du bureau des services fiscaux (BSF) de Montréal a rejeté de nouveau la demande de divulgation volontaire étant donné que des mesures d'exécution susceptibles de révéler des éléments faisant l'objet de la divulgation avaient préalablement été entreprises auprès d'Allianz, la société dont il était le président. Ce deuxième palier de révision était donc du même avis, c'est-à-dire que la divulgation devait être rejetée puisqu'elle n'avait pas été effectuée sur une base volontaire.

C'est donc dans ces circonstances que M. Charky a présenté une demande de contrôle judiciaire auprès de la Cour fédérale, contestant ainsi la raisonnabilité de la décision rendue par le directeur adjoint soutenant qu'il n'était pas au courant de la vérification et donc que sa divulgation avait effectivement été faite de façon volontaire.

3.2. LA QUESTION EN LITIGE

Les questions en litige devant la Cour fédérale étaient d'abord de déterminer quelle est la norme de contrôle applicable à une situation où une décision a été prise en vertu du paragraphe 220(3.1) L.I.R. et ensuite, de déterminer si cette décision était raisonnable étant donné les circonstances.

3.3. LA POSITION DES PARTIES

M. Charky soutient que l'ARC n'avait pas rendu une décision raisonnable. Selon lui, la divulgation qu'il avait effectuée était bel et bien volontaire puisqu'il n'avait pas été mis au courant que l'ARC avait contacté son employé responsable de la comptabilité et qu'Allianz faisait l'objet d'une vérification. Par cette prémisse, M. Charky soutient que sa demande de divulgation volontaire aurait dû être acceptée. Finalement, M. Charky a insisté sur les contradictions dans deux documents publiés par l'ARC relativement aux divulgations volontaires pour appuyer sa prétention que la divulgation devait être acceptée.

Pour sa part, l'ARC prétend qu'il n'y a pas lieu de permettre que sa décision fasse l'objet d'un contrôle judiciaire puisque celle-ci a été rendue de façon raisonnable vu les circonstances. En effet, l'ARC est d'avis que la demande de divulgation effectuée par M. Charky méritait d'être rejetée puisqu'elle n'avait pas été faite de façon volontaire. Selon elle, une mesure d'exécution avait déjà été entreprise à l'égard d'un tiers apparenté à M. Charky avant que la demande de divulgation ne soit faite. Puisque cette mesure était une vérification générale visant Allianz, la société dont

M. Charky était le président, l'ARC soutient que les renseignements divulgués auraient raisonnablement pu être révélés. En effet, la divulgation faite par M. Charky faisait état de dépenses personnelles assumées par Allianz.

3.4. LA DÉCISION

Dans cette affaire, la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire. En s'appuyant sur l'affaire *Dunsmuir*[11], le juge Boivin a confirmé que la norme de contrôle dans une situation où il y a eu exercice d'un pouvoir discrétionnaire est celle de la décision raisonnable.

En l'espèce, la Cour fédérale a conclu que le directeur adjoint n'avait pas outrepassé ses pouvoirs et avait rendu une décision raisonnable. Sans toutefois avoir à se prononcer si le ministre avait eu raison ou tort, le juge Boivin a été convaincu que toute la preuve présentée lors de la demande de divulgation volontaire avait été traitée de façon équitable et conformément au paragraphe 220(3.1) L.I.R. Selon les faits, la Cour fédérale a jugé qu'il n'était pas déraisonnable de la part du directeur adjoint de conclure qu'en prélevant les données du système informatique d'Allianz, l'ARC aurait facilement été en mesure de découvrir les renseignements faisant l'objet de la divulgation de M. Charky. En effet, bien qu'il soit impossible de déterminer avec certitude si M. Charky avait réellement eu connaissance des mesures d'exécution, le fait que le contribuable était le président de la société visée par la vérification tend à démontrer qu'il était ou, du moins, qu'il pouvait être au courant des mesures d'exécution entreprises. Ainsi, la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire.

3.5. COMMENTAIRES

Il est intéressant de noter que la Cour fédérale a refusé l'argument soulevé par le contribuable voulant qu'il y ait contradiction entre les conditions énoncées à l'article 34 de la *Circulaire d'information* 00-1R2 et celles de l'article 3.2.4 des lignes directrices concernant ce qui peut être considéré comme une divulgation effectuée de façon volontaire. D'abord, la Cour fédérale a précisé que les directives n'avaient pas force de loi et ne pouvaient pas restreindre le pouvoir discrétionnaire octroyé au ministre par le paragraphe 220(3.1) L.I.R. Il s'agit à notre avis d'une approche très restrictive des pouvoirs d'intervention de la Cour fédérale.

---

[11] Précité, note 9.

Cette décision peut être mise en contraste avec l'arrêt *Amour International*, examiné précédemment. Alors que le contribuable avait réussi à démontrer en preuve que la divulgation volontaire avait été provoquée par des circonstances qui n'avaient rien à voir avec les mesures d'exécution invoquées par l'ARC, la Cour fédérale a considéré que la décision de l'ARC était malgré tout raisonnable dans les circonstances. La distinction entre les deux affaires se situe peut-être au niveau suivant : alors que dans l'arrêt *Amour International*, la Cour fédérale a conclu que l'ARC s'était basée sur un fait erroné (c'est-à-dire l'existence d'une mesure d'exécution qui s'est avérée mal fondée), la Cour a plutôt conclu, dans l'arrêt *Charky*, qu'il était raisonnable pour l'ARC de conclure que la prise de contact avec Allianz constituait une mesure d'exécution.

La Cour semble accorder beaucoup d'importance à la question de savoir si l'ARC aurait été en mesure de découvrir facilement les renseignements faisant l'objet de la divulgation pour déterminer si elle avait procédé à des mesures d'exécution qui lient le contribuable. À l'inverse, il semble qu'un argument basé sur la connaissance réelle des mesures d'exécution entreprises par l'ARC ne soit pas un élément auquel la Cour accorde une importance particulière.

Il est à noter que la Cour fédérale a bien insisté sur le fait qu'elle n'avait pas à exprimer son accord quant à la décision de l'ARC mais uniquement d'établir si cette dernière était raisonnable.

4. L'AFFAIRE *ENVISION CREDIT UNION* C. *LA REINE*[12]

4.1. LES FAITS

Envision Credit Union (« Envision ») est une caisse de crédit qui a été créée en 2001 par la fusion de deux autres caisses de crédit, soit Delta Credit Union (« Delta ») et First Heritage Savings Credit Union (« Heritage »). Pour ce faire, Delta et Heritage ont fusionné conformément aux dispositions de la *Credit Union Incorporation Act*[13] de Colombie-Britannique. Toutefois, au moment exact de la fusion, Delta et Heritage ont chacune transféré à la société à numéro 619547 B.C. Ltd. une participation dans certains biens immeubles tel que lui permettait la législation de la Colombie-Britannique sur les sociétés.

---

12 2010 CCI 576.

13 R.S.B.C. 1996, ch. 82 (« C.U.I.A. »).

Selon le contribuable, une telle unification n'était pas une fusion au sens du paragraphe 87(1) L.I.R. puisque les caisses de crédit remplacées n'avaient pas transféré tous leurs biens qu'elles détenaient immédiatement avant la fusion à Envision en vertu de la fusion. Les parties avaient délibérément choisi de structurer l'unification de cette façon afin d'éviter l'application des règles de l'article 87 L.I.R. Envision souhaitait que la caisse de crédit issue de la fusion n'hérite pas des soldes des attributs fiscaux des caisses de crédit remplacées, mais plutôt que leurs attributs fiscaux d'origine lui soient cédés. Une telle planification permettait à la caisse de crédit issue de la fusion d'obtenir une fraction non amortie du coût en capital (« FNACC ») équivalente au coût en capital des actifs de chaque catégorie des sociétés remplacées.

Grâce à cette planification, Envision a pu, pour ses années d'imposition 2001 à 2004, réclamer une déduction pour amortissement (« DPA ») plus élevée que si l'article 87 L.I.R. s'était appliqué puisqu'elle se fondait sur la valeur d'origine de la FNACC pour toutes les catégories de biens et non pas sur leur solde de clôture. Évidemment, l'ARC s'est opposée à cette interprétation et a réduit la DPA réclamée par le contribuable.

4.2. LES QUESTIONS EN LITIGE

La question au cœur de ce litige était de savoir si, lors de l'unification de Delta et Heritage, les attributs fiscaux des caisses de crédit remplacées passent à la caisse de crédit issue de la fusion.

Comme question subsidiaire, la Cour canadienne de l'impôt devait aussi déterminer si l'ARC était en droit de cotiser l'année d'imposition 2001 du contribuable bien que celle-ci ait été prescrite. L'ARC prétendait que le contribuable avait fait une présentation erronée des faits par négligence, inattention ou omission volontaire.

Finalement, la Cour canadienne de l'impôt devait décider si la règle générale antiévitement (« RGAÉ ») pouvait trouver application pour réduire la DPA réclamée par le contribuable.

4.3. LA POSITION DES PARTIES

Dans cette affaire, l'ARC prétendait que l'article 87 L.I.R. s'appliquait à l'unification de Delta et Heritage de sorte que la DPA réclamée par la caisse de crédit issue de la fusion devait être réduite puisque la FNACC des actifs transmis devait être égale au solde de clôture des caisses de crédit fusionnées

et non pas équivalente au coût en capital des actifs des diverses catégories des caisses de crédit remplacées.

Dans la mesure où l'article 87 L.I.R. ne s'appliquait pas, l'ARC soutenait que la DPA devait quand même être réduite soit en vertu des principes de droit des sociétés applicables, soit par application de la RGAÉ.

Finalement, l'ARC avait cotisé l'année d'imposition 2001 du contribuable bien que celle-ci ait été prescrite sur la base qu'Envision avait présenté dans sa déclaration de revenus des faits de façon erronée par négligence, inattention ou omission volontaire.

Le contribuable soutenait évidemment le contraire, soit que l'article 87 L.I.R. ne trouvait pas application puisque la propriété effective des biens des sociétés fusionnées n'a pas toute été transférée en vertu de la fusion, qu'il n'y avait pas eu présentation erronée des faits et que la RGAÉ ne pouvait s'appliquer.

4.4. LA DÉCISION

L'appel d'Envision a été rejeté par la Cour canadienne de l'impôt. Bien que le contribuable ait réussi à convaincre la Cour canadienne de l'impôt que l'article 87 L.I.R. ne s'appliquait pas à cette unification puisque la propriété véritable des biens avait été transférée au moment précis de la fusion, la Cour canadienne de l'impôt est venue à la conclusion que les attributs fiscaux des caisses de crédit étaient quand même transmis à la caisse issue de la fusion étant donné les règles prévues à la *Credit Union Incorporation Act*.

En effet, l'article 23 C.U.I.A. prévoit que les caisses de crédit remplacées poursuivent leurs activités comme une seule et même entité et que la caisse de crédit issue de la fusion possède tous les biens des caisses de crédit fusionnées. Sur cette base, la Cour canadienne de l'impôt a appliqué l'arrêt *La Reine* c. *Black & Decker Manufacturing Co.*[14] puisque les termes de la *Credit Union Incorporation Act* étaient identiques à ceux examinés par la Cour suprême dans cette affaire, c'est-à-dire que la *Credit Union Incorporation Act* prévoyait aussi qu'une fusion n'entraîne pas la création d'une nouvelle entité ni la disparition des anciennes caisses de crédit fusionnées. C'est à partir de cette prémisse que la Cour canadienne de l'impôt a jugé que l'affaire *CGU Holdings Canada Ltd.* c. *La Reine*[15] ne

[14] [1975] 1 R.C.S. 411 (« *Black & Decker* »).

[15] 2008 CCI 167, 2009 CAF 20.

trouvait pas application en l'espèce puisque dans cette affaire, l'unification des sociétés était une fusion au sens de l'article 87 L.I.R. Selon la Cour canadienne de l'impôt, les principes énoncés dans l'arrêt *Black & Decker* sont applicables seulement lorsqu'une unification n'entraîne pas une nouvelle entité puisque le législateur fédéral a décidé de préciser à l'alinéa 87(2)a) L.I.R. qu'une société issue d'une fusion est réputée être une nouvelle société.

La Cour canadienne de l'impôt a donc conclu que tous les comptes d'impôts avaient été transférés dans le cadre de cette unification, nonobstant le fait que l'article 87 L.I.R. ne trouvait pas application en l'espèce. Effectivement, si selon la loi sur les sociétés applicable les caisses de crédit subsistent intégralement dans la caisse de crédit issue de la fusion, il va de soi que l'amortissement que Delta et Heritage avaient demandé a aussi subsisté en raison de la fusion.

La Cour canadienne de l'impôt a toutefois refusé d'étendre son raisonnement à l'année d'imposition 2001 du contribuable, jugeant qu'il n'y avait pas eu présentation erronée des faits. En effet, puisque la position du contribuable était conforme à la position connue de l'ARC, il était impossible de conclure que le contribuable avait effectué une présentation erronée des faits dans sa déclaration de revenus; celui-ci avait plutôt agi telle une personne raisonnable et prudente.

L'ARC avait aussi soulevé la RGAÉ dans cette affaire pour réduire la FNACC des actifs transférés et conséquemment, la DPA réclamée par Envision. Néanmoins, la Cour canadienne de l'impôt ne s'est pas penchée sur l'application de la RGAÉ puisqu'elle avait déjà conclu en faveur de l'ARC.

4.5. COMMENTAIRES

La problématique soulevée par cette affaire faisait l'objet d'un débat depuis longtemps au sein de la communauté fiscale : quels sont les attributs fiscaux d'une société issue d'une fusion lorsque l'article 87 L.I.R. n'est pas applicable? En confirmant que les attributs fiscaux des sociétés remplacées passent à la société issue de la fusion même dans des situations où l'article 87 L.I.R. ne s'applique pas, la Cour canadienne de l'impôt a réitéré l'importance des principes de droit des sociétés dans un contexte de fusion. De plus, puisque les termes utilisés dans la loi sur les sociétés au centre du litige dans l'arrêt *Black & Decker* sont semblables à ceux de la plupart des lois canadiennes qui régissent les fusions, cette décision pourrait servir de précédent dans l'ensemble du pays.

Il est aussi intéressant de noter que la Cour canadienne de l'impôt a appliqué le principe selon lequel il est possible que le calcul d'un attribut fiscal d'une année frappée de prescription soit rajusté lorsque celui-ci est utile à la détermination d'autres attributs dans une année d'imposition postérieure. En effet, bien que la Cour canadienne de l'impôt ait confirmé que l'année 2001 était prescrite, elle a dû déterminer la FNACC véritable de la société issue de la fusion dès 2001 afin de pouvoir obtenir le solde d'ouverture de la FNACC pour l'année d'imposition 2002. À tout événement, il nous apparaissait douteux que la situation en l'espèce relève d'une présentation erronée des faits. Envision a réclamé une DPA sur la base d'une conclusion juridique tirée à l'égard de faits qui n'étaient pas remis en question plutôt que sur la base d'une position factuelle erronée.

Cette affaire a été portée en appel devant la Cour d'appel fédérale.

5. L'ARRÊT *LA REINE* C. *CAPITAL GÉNÉRALE ÉLECTRIQUE DU CANADA INC.*[16]

Le 15 décembre 2010, la Cour d'appel fédérale a confirmé la décision du juge Hogan de la Cour canadienne de l'impôt et maintenu que les cotisations émises par le ministre du Revenu national (« Ministre ») en matière de prix de transfert devaient être annulées. Ce faisant, la Cour d'appel fédérale a conclu que le juge de la Cour canadienne de l'impôt n'avait pas commis d'erreur manifeste et dominante en concluant que le soutien implicite d'une société mère a une influence dans les affaires relatives aux prix de transfert, du moins lorsqu'il s'agit d'une situation impliquant des opérations financières et la détermination d'une cote de crédit.

Dans cette affaire, le Ministre avait établi des cotisations à l'endroit de l'intimée, Capital générale électrique du Canada inc. (« GEC »), pour ses années d'imposition 1996 à 2000. Par ces cotisations, l'ARC avait entièrement refusé les déductions réclamées par GEC en application de la partie I L.I.R. à l'égard des honoraires qu'elle avait payés à sa société mère américaine, General Electric Capital US (« GECUS ») pour garantir ses emprunts sur le marché. De façon corrélative, d'autres cotisations établies en vertu de la partie XIII L.I.R. ont été émises à GEC puisque le Ministre a plutôt considéré les honoraires comme des dividendes présumés versés à la société mère non résidente. C'est en vertu de l'ancien paragraphe 69(2) L.I.R. (maintenant les alinéas 247(2)a) et 247(2)c) L.I.R.) que le Ministre a

[16] 2010 CAF 344 (« *GEC* »).

effectué ces redressements en matière de prix de transfert, jugeant que GEC avait payé un montant plus élevé qu'une personne sans lien de dépendance aurait payé pour ces services de garantie dans des circonstances semblables.

Il s'agit donc d'un appel de la décision de la Cour canadienne de l'impôt portant sur l'interprétation de l'ancien paragraphe 69(2) L.I.R. En bref, souvenons-nous des faits qui sous-tendent cette affaire importante en matière de prix de transfert.

Entre 1996 et 2000, GEC exploitait une entreprise dans le domaine des services financiers au Canada. Elle était détenue en propriété exclusive par GECUS qui, elle, appartenait exclusivement à une autre société américaine nommée General Electric Company (« GE »). Pour rendre ses services et maintenir ses activités, GEC obtenait elle-même du financement en empruntant sur le marché au moyen de titres de créances et d'obligations non garanties.

Pour des raisons commerciales, GECUS avait accepté de fournir gratuitement à GEC une garantie explicite relativement aux émissions de titres de créances de 1988 à 1995. C'est à partir de 1996 que GECUS a décidé de facturer à GEC pour cette garantie des frais équivalant à 1 % du montant des titres de créances qu'elle obtenait. Ce sont donc des frais de près de 135,4 M$ que GEC a versés et donc déduits dans le calcul de son revenu pour ses années d'imposition 1996 à 2000. GEC avait aussi retenu et remis au Ministre l'impôt pour non-résidents en vertu de la partie XII L.I.R. équivalant à 10 % des frais engagés, soit le taux réduit en vertu de la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*[17].

C'est dans ce contexte que le Ministre a refusé la déduction réclamée par GEC pour les frais de garantie payés. L'argument principal de l'ARC était basé sur le postulat du soutien implicite, c'est-à-dire que GEC bénéficiait d'un soutien implicite de sa société mère qui était suffisant pour soutenir sa cote de crédit sans qu'une garantie expresse ne soit nécessaire. Dès lors, aucune valeur économique véritable ne pouvait être attribuée à la garantie et donc aux frais de garantie payés par GEC; son prix de pleine concurrence est plutôt égal à zéro. Contrairement à l'ARC qui arguait qu'un redressement en matière de prix de transfert était de mise dans cette affaire, GEC faisait plutôt valoir que les frais de garantie qu'elle payait étaient raisonnables et conformes aux principes de pleine concurrence. Selon GEC, le soutien implicite de la part de GECUS ne devait pas être pris en compte

[17] S.C. 1984, ch. 20 et mod.

dans l'application des dispositions du paragraphe 69(2) et des alinéas 247(2)a) et 247(2)c) L.I.R.

5.1. LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT

Le juge Hogan a accueilli l'appel de GEC et ainsi annulé les cotisations émises par l'ARC afin que les déductions correspondant aux 135 M$ versés entre 1996 et 2000 à titre de frais de garantie liés soient accordées, jugeant que ceux-ci étaient raisonnables et conformes au principe de pleine concurrence.

Pour ce faire, la Cour canadienne de l'impôt a toutefois rejeté l'argument de GEC selon lequel la Cour devait faire abstraction du soutien implicite de GECUS pour déterminer sa cote de solvabilité. Le juge Hogan a plutôt accepté que la méthode basée sur le taux effectif était la meilleure méthode pour déterminer la valeur d'une garantie octroyée à une partie ayant un lien de dépendance.

Conséquemment, après avoir entendu 13 témoins experts, la Cour canadienne de l'impôt a conclu que le soutien tacite d'une société mère était un élément que des parties sans lien de dépendance estimeraient pertinent pour établir le prix raisonnable des frais de garantie. La Cour canadienne de l'impôt a également conclu, sur les bases d'une approche fondée sur le rendement, que sans le soutien explicite de GECUS, la cote de crédit de GEC n'aurait pas été aussi élevée. Plutôt, celle-ci aurait été entre BBB- et BB+ comparativement à une cote de AAA obtenue grâce à la garantie offerte par GECUS, et ce, excluant le soutien implicite de celle-ci. Selon les experts entendus par la Cour canadienne de l'impôt, la garantie a engendré une économie estimée à 1,83 %, de sorte que les frais de garantie de 1 % payés par GEC étaient raisonnables puisqu'ils étaient inférieurs à ce que des parties sans lien de dépendance auraient accepté.

L'ARC a interjeté appel de cette décision en alléguant principalement quatre erreurs de droit, de même que certaines erreurs de fait manifestes et dominantes. Par ailleurs, l'ARC a également allégué que la Cour canadienne de l'impôt avait manqué aux principes d'équité procédurale.

5.2. LES QUESTIONS EN LITIGE

Les questions devant la Cour d'appel fédérale étaient donc les suivantes : le juge de la Cour canadienne de l'impôt a-t-il erré en droit en annulant les cotisations émises, erré dans son interprétation des faits en concluant que la cote de GEC aurait été moindre que AAA sans la garantie

explicite ou bien outrepassé ses pouvoirs en n'agissant pas avec impartialité? De plus, la Cour d'appel fédérale devait déterminer s'il est possible de tenir compte du soutien implicite de la part de GECUS dans le cadre de l'application de l'ancien paragraphe 69(2) et maintenant des alinéas 247(3)a) et 247(3)b) L.I.R. si ce soutien existe grâce à la relation de lien de dépendance que les parties entretiennent.

5.3. LA POSITION DES PARTIES

5.3.1. La position de l'ARC

Selon l'ARC, la Cour canadienne de l'impôt a bel et bien commis quatre erreurs de droit. D'abord, l'ARC soutient que la Cour canadienne de l'impôt a commis une erreur puisqu'elle n'a pas adéquatement défini l'opération applicable. En effet, l'ARC prétend que la Cour canadienne de l'impôt a tenu compte d'un fait qui n'existait pas, soit celui du retrait de la garantie explicite et, ce faisant, a évalué une opération qui n'a rien à voir avec celle qui a eu lieu.

De plus, l'ARC soutient que la Cour canadienne de l'impôt a commis une erreur de droit en privilégiant le témoignage du témoin expert de GEC dans la mesure où celui-ci n'a pas pris en compte certaines caractéristiques importantes pour évaluer la valeur de la garantie explicite telles que : le contrôle ou la gestion exercés par GECUS et par GEC; le risque de défaut et les incidences d'un tel défaut; le fait que GEC et GECUS obtiennent leur financement et leurs clients de mêmes sources; la réputation de GEC ainsi que ses antécédents. L'ARC soutient que ces caractéristiques sont pertinentes, d'autant plus que la Cour canadienne de l'impôt a reconnu l'importance de ces caractéristiques pour déterminer adéquatement le prix de transfert.

En outre, l'ARC prétend que la Cour canadienne de l'impôt a commis une erreur en ne vérifiant pas le « caractère raisonnable » des sommes payées. Bien que l'ARC reconnaisse qu'une telle analyse n'est pas essentielle dans toutes les circonstances, elle soutient que la Cour canadienne de l'impôt aurait dû procéder à une telle vérification, du moins parce qu'elle a choisi la méthode d'évaluation la moins fiable.

Finalement, l'ARC allègue qu'en se fiant à l'appréciation commerciale du témoin expert, M. Werner, la Cour canadienne de l'impôt a commis une erreur sur les faits manifeste et dominante puisque cette preuve était de nature subjective et n'aurait pas dû servir à trancher la question du prix.

Outre ces allégations d'erreurs, l'ARC soutient de façon subsidiaire que la décision de la Cour canadienne de l'impôt devrait être renversée puisque l'instruction a été inéquitable sur le plan procédural. Cet argument basé sur des principes de justice naturelle et d'équité procédurale est mis de l'avant par l'ARC puisque, selon elle, le juge de la Cour canadienne de l'impôt est intervenu de façon excessive, ce qui a eu comme effet de miner l'image d'impartialité du système judiciaire. De plus, l'ARC critique les motifs du jugement, arguant qu'ils sont incomplets et qu'ils ne tiennent pas compte d'éléments importants soulevés lors des dépositions ou invoqués lors de l'instruction. L'ARC se fonde sur l'arrêt *Heron Bay Investments* c. *Canada*[18] lors de l'audience en appel et plaide que le juge n'a pas respecté les principes d'équité en introduisant sa propre thèse pour motiver ses conclusions.

5.3.2. La position de GEC

GEC soutient que la Cour canadienne de l'impôt n'a pas commis d'erreur de droit ni d'erreur dans l'appréciation des faits entourant le litige tel que le conçoit l'ARC. Qui plus est, GEC est d'avis que les allégations de partialité formulées par l'ARC sont fausses, d'autant plus que l'ARC n'a soulevé aucune objection à cet égard pendant l'instruction qui a duré au total 20 jours.

Précisément, GEC affirme que la Cour canadienne de l'impôt n'a pas commis d'erreur en tenant compte des conséquences du retrait de la garantie, puisque c'est en fait ce que la méthode de l'évaluation proposée par l'ARC commandait. Quant à l'argument voulant que la Cour canadienne de l'impôt n'ait pas tenu compte de tous les facteurs économiques pertinents, GEC précise qu'aucun d'entre eux n'est obligatoire. Finalement, GEC fait valoir que l'ARC ne peut pas prétendre que la Cour canadienne de l'impôt a commis une erreur de droit en appliquant la règle de l'appréciation commerciale puisque dans les faits, le juge de la Cour canadienne de l'impôt ne s'est pas fondé sur cette règle pour déterminer la somme raisonnable eu égard aux circonstances.

En ce qui a trait à l'allégation que le juge a commis une erreur dans l'interprétation des faits, GEC soutient qu'aucune erreur manifeste et dominante n'a été commise puisque la preuve présentée permettait au juge de conclure que la garantie était essentielle afin que les émissions de titres de créances reçoivent une cote qui s'élève à AAA.

---

[18] 2010 CAF 203 (« *Heron Bay* »).

De façon subsidiaire, advenant que l'une des erreurs alléguées par l'ARC ait effectivement été commise, GEC prétend que deux erreurs fondamentales ont aussi été commises dans l'application de la norme de la transaction entre personnes sans lien de dépendance. De cette façon, elle suggère à la Cour de corriger ces erreurs et ainsi, de rejeter l'appel. Premièrement, GEC soutient que la Cour canadienne de l'impôt aurait dû considérer les parties à l'opération, soit GECUS et GEC comme des personnes non affiliées lors de la détermination de la norme de la transaction entre personnes sans lien de dépendance. Si tel avait été le cas, il n'y aurait pas eu de soutien implicite puisque pour ce faire, les parties doivent entretenir une relation de parenté. GEC soutient donc que le juge de la Cour canadienne de l'impôt n'a pas appliqué la règle relative au prix de transfert de façon adéquate.

Deuxièmement, GEC prétend que la Cour canadienne de l'impôt a commis une autre erreur en se basant sur l'approche du taux de rendement, aussi appelée l'approche basée sur l'avantage pour l'emprunteur. Selon GEC, si la norme basée sur les transactions entre personnes sans lien de dépendance avait correctement été appliquée, une attention particulière aurait dû être accordée au prix sur le marché d'une telle garantie, c'est-à-dire le prix que GEC aurait dû payer pour se procurer cet avantage sur le marché. En estimant l'avantage que la garantie procurait à GEC, le juge de la Cour canadienne de l'impôt a erré en adoptant cette méthode axée sur le taux de rendement.

5.4. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

L'appel de l'ARC a été rejeté. La Cour d'appel fédérale a d'abord traité des arguments soulevés par GEC montrant que le juge de la Cour canadienne de l'impôt avait commis deux erreurs dans l'application des principes en matière de prix de transfert. Bien que ces erreurs soulevées n'aient pas pour but de modifier la décision de la Cour canadienne de l'impôt, la Cour d'appel fédérale a toutefois examiné ces thèses afin de préciser certains concepts en matière de prix de transfert.

Concernant le premier argument de GEC, la Cour d'appel fédérale conclut que le juge de première instance n'avait pas erré en droit lorsqu'il a tenu compte du soutien implicite dans l'application du paragraphe 69(2) et des alinéas 247(2)a) et 247(2)c) L.I.R. Selon la Cour d'appel fédérale, le paragraphe 69(2) et les alinéas 247(2)a) et 247(2)c) L.I.R. sont clairs : il s'agit de déterminer la somme qui aurait été payée pour la garantie si les parties n'avaient pas eu entre elles un lien de dépendance, et ce, à la lumière des mêmes circonstances. De cette façon, le juge de la Cour d'appel fédérale

précise que toutes les circonstances qui influencent le prix doivent être prises en considération, même celles qui découlent de la relation entre les parties. La Cour d'appel fédérale se base d'abord sur le sens courant des mots utilisés dans ces dispositions de même que sur l'objectif du législateur pour conclure ainsi. Certes, le but de ces dispositions est de prévenir l'évitement fiscal que pourraient rechercher des personnes qui entretiennent un lien de dépendance lorsque vient le temps de fixer le prix de leurs transactions. Toutefois, comme l'indique le juge Noël au paragraphe 55 de son jugement :

> « L'élimination de ces distorsions à l'aide de points de référence objectifs suffit à satisfaire à l'objectif législatif. Pour le reste, tous les facteurs qu'estimerait pertinents une personne sans lien de dépendance se trouvant dans la même situation que l'intimée [GEC] devraient être pris en considération[19]. »

C'est donc sur ces bases que la Cour d'appel fédérale a confirmé la décision de la Cour canadienne de l'impôt et conclu que le soutien implicite était réellement un critère qui entrait en ligne de compte dans une analyse basée sur la méthode axée sur le taux de rendement. En l'espèce, le soutien implicite est un facteur important, d'autant plus qu'une personne sans lien de dépendance le jugerait pertinent pour déterminer la somme qu'elle serait prête à payer pour une telle garantie. Selon la Cour d'appel fédérale, la Cour canadienne de l'impôt ne pouvait donc pas faire abstraction du soutien implicite lors de son analyse en matière de prix de transfert. Cette interprétation est conforme à l'arrêt *GlaxoSmithKline Inc.* c. *Canada*[20], où la Cour d'appel fédérale avait renversé la décision de la Cour canadienne de l'impôt et conclu que toutes les circonstances qu'une personne sans lien de dépendance dans la même situation jugerait pertinentes pour décider de la somme à débourser pour obtenir le bien ou le service doivent être analysées pour déterminer le prix raisonnable. Sur les bases du principe de pleine concurrence, tous les éléments économiques importants liés à l'opération entre les parties qui entretiennent un lien de dépendance doivent être pris en compte.

L'argument alternatif soulevé par GEC voulant que la Cour canadienne de l'impôt ait appliqué une méthode erronée pour déterminer la somme raisonnable puisqu'elle visait la détermination de l'avantage obtenu par la garantie et non le prix qu'une personne sans lien de dépendance aurait payé pour obtenir la garantie dans ces circonstances a aussi été rejeté par la Cour d'appel fédérale. En effet, cette méthode a été jugée acceptable puisqu'il

---

19 *GEC*, précité, note 16, par. 55.

20 2010 CAF 201 (« *GlaxoSmithKline* »).

s'agit d'un moyen de circonscrire l'avantage que procure la garantie et de déterminer si effectivement une partie sans lien de dépendance aurait versé des frais de garantie.

Pour ce qui est des erreurs de droit que l'ARC a soulevées, la Cour d'appel fédérale a abordé chacune d'entre elles sans pour autant conclure que la décision de la Cour canadienne de l'impôt devait être renversée. En effet, bien que la Cour d'appel fédérale ait reconnu que le juge de la Cour canadienne de l'impôt avait commis une erreur en appliquant l'approche axée sur le taux de rendement de façon à redéfinir l'opération en retirant la garantie explicite et ensuite évaluer les conséquences de ce retrait, le juge Noël a conclu que cette erreur n'était pas matérielle puisqu'elle n'aurait pas modifié la conclusion de la Cour canadienne de l'impôt. Après avoir évalué le rapport d'expert qui tenait compte de ce facteur, la Cour d'appel fédérale a conclu que l'incidence du retrait de la garantie ne constituait qu'un facteur parmi tant d'autres pris en compte par le juge de la Cour canadienne de l'impôt et n'a joué qu'un rôle mineur dans la conclusion à laquelle le juge de la Cour canadienne de l'impôt est parvenu.

En ce qui a trait aux autres erreurs de droit alléguées, la Cour d'appel fédérale n'a retenu aucune d'entre elles sur les bases qu'elles avaient trait à l'appréciation de la preuve et qu'en l'espèce, la preuve présentée en Cour canadienne de l'impôt justifiait amplement la décision du juge Hogan. Par le fait même, la Cour d'appel fédérale a rejeté l'argument que la Cour canadienne de l'impôt avait commis une erreur manifeste et dominante puisque les conclusions du juge Hogan étaient toutes appuyées par la preuve; rien dans la preuve ne permet à la Cour d'appel fédérale de donner préséance à un autre témoignage entendu en Cour canadienne de l'impôt.

Finalement, la Cour d'appel fédérale n'a pas accepté l'argument de l'ARC concernant la partialité du juge Hogan. Selon elle, le juge Hogan n'a pas introduit lui-même l'idée que l'incidence du retrait de la garantie devait être prise en compte. Il s'agissait d'une suggestion énoncée dans le rapport de l'un des témoins experts. De plus, cette affaire doit être distinguée de celle de l'arrêt *Heron Bay* puisque le juge n'a pas en l'espèce introduit sa propre thèse ni interrogé lui-même les témoins afin de fonder sa propre théorie et conclusion.

5.5. COMMENTAIRES

Lors des Congrès 2008[21] et 2010[22] de l'Association de planification fiscale et financière, nous avions traité de l'arrêt *GlaxoSmithKline* et exprimé l'opinion que toutes les circonstances entourant les transactions devraient être prises en compte afin de déterminer la somme raisonnable en matière de prix de transfert. Dans l'arrêt *GEC*, la Cour d'appel fédérale rend un deuxième jugement de fond en matière de prix de transfert et s'appuie sur ce principe pour conclure que la notion de soutien implicite était pertinente dans ce cas. Il sera intéressant de voir si cette notion pourra être applicable en matière de prix de transfert dans des circonstances autres que des transactions financières comme une garantie.

Nous comprenons que la garantie de 1 % était basée sur la norme du marché. Dès lors, la question qui restera à trancher dans les autres dossiers semblables sera de voir jusqu'à quel point une garantie de 1 % sera acceptable *prima facie*. Est-ce que les contribuables auront l'obligation de refaire un exercice semblable à celui de GEC pour démontrer, de façon systématique, que ce taux de 1 % est raisonnable dans les circonstances particulières de leur cas? Est-ce que l'ARC acceptera plutôt un tel taux d'office et préférera se concentrer sur les cas où un taux différent était appliqué? Dans un tel cas, que le taux soit plus élevé ou plus bas, il est entendu que des circonstances particulières pourraient justifier un tel écart.

La décision *GEC* est finale, l'ARC ayant décliné la possibilité de soumettre une demande de permission d'appel en Cour suprême. Cependant, comme cette dernière a accepté d'entendre l'appel de l'ARC dans l'arrêt *GlaxoSmithKline*, les praticiens peuvent espérer que la Cour suprême offrira des balises additionnelles pour l'application des principes applicables en matière de prix de transfert.

---

[21] Voir « Jurisprudence fiscale récente – Partie C », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 27:25-34, à la p. 27:33.

[22] Voir « Jurisprudence fiscale et administrative récente – Partie C », dans *Congrès 2010*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2011, pp. 27:26-43, à la p. 27:31.

PARTIE C

Pierre Zemaitis, avocat*
Direction du contentieux du Revenu
Revenu Québec

1. ARRÊT *SMRQ* C. *SERVICES ENVIRONNEMENTAUX AES INC.*[1]

1.1. INTRODUCTION

Cette affaire jugée par la Cour d'appel du Québec soulève la question de savoir si, en droit civil québécois, le *Code civil du Québec*[2] permet la rectification d'un contrat, à l'instar de la common law.

Dans les provinces de common law, la Cour peut, selon l'« équitable rectification », évaluer l'intention des parties, notamment quant à l'impact fiscal d'une transaction et corriger, dans certaines circonstances, l'écrit constatant une transaction.

La Cour d'appel du Québec a conclu que « le droit civil québécois compte déjà tous les outils nécessaires pour permettre, à certaines conditions, qu'il soit donné effet selon l'intention commune véritable des parties à un contrat dont la rédaction ne reflète pas cette intention ».

Dans cet énoncé, la Cour d'appel du Québec reconnaît implicitement que le pouvoir de la Cour en matière de rectification doit émaner de la loi et non pas de la common law. La Cour d'appel du Québec a cherché dans le *Code civil du Québec* s'il existait une disposition de loi qui permettrait la rectification d'un écrit en l'absence d'une erreur matérielle.

La Cour d'appel du Québec a conclu qu'un tribunal peut se prévaloir de l'article 1425 C.c.Q. pour « donner effet à l'intention commune véritable des parties à un contrat dont la rédaction ne reflète pas cette intention ».

Par conséquent, la Cour d'appel du Québec a considéré que « les outils nécessaires […] » existent dans le *Code civil du Québec* pour permettre au

---

* Nous remercions M^es^ Martine Bergeron et Philippe Gilliard, avocats à la Direction du contentieux du Revenu de Revenu Québec, de leur collaboration.

1 2011 QCCA 394 (« *Services environnementaux AES inc.* »).

2 L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »).

tribunal de rectifier un écrit en l'absence d'une erreur matérielle et que cette solution ne requiert pas « l'importation en droit civil de la théorie de l'"équitable rectification" […] ».

La Cour d'appel du Québec a donc conclu qu'il existe dans le *Code civil du Québec* une disposition qui permettait à la Cour, en l'absence d'une erreur matérielle, de rectifier un document afin de « refléter l'intention véritable des parties ».

1.2. LES FAITS

Les sociétés Services environnementaux AES inc. (« AES ») et Centre technologique AES inc. (« Centre technologique ») furent constituées le 19 avril 1993 et le 18 avril 1997 en vertu de la partie 1A de la *Loi sur les compagnies*[3]. Centre technologique était la filiale à part entière d'AES. En 1998, AES a choisi de céder 25 % des actions de Centre technologique à un nouvel investisseur dans le cadre d'une réorganisation des affaires. Une entente de réorganisation a été convenue en utilisant les dispositions de l'article 86 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada[4] et des articles 541 à 543 de la *Loi sur les impôts*[5].

Avant la réorganisation, AES détenait 1 217 029 actions de catégorie « A » (avec droit de vote et de participation) de Centre technologique et AES « croyait que son prix de base rajusté pour ces actions au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu* était 1 217 029 $ alors que dans les faits il ne s'élevait qu'à 96 001 $ ».

Le 11 décembre 1998, afin de « modifier la description du capital-actions », les administrateurs et l'actionnaire unique de Centre technologique ont résolu d'adopter le « Règlement Numéro III ». Le 15 décembre 1998, AES a échangé ses 1 217 029 actions de catégorie « A » contre 4 500 000 actions de catégorie « B » (avec droit de vote et de participation) ayant un capital versé global de 1 $ et un billet à demande de 1 217 028 $ à recevoir de Centre technologique.

Le 15 septembre 2000, un avis de cotisation a été établi par l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») à l'endroit d'AES pour ajouter un gain en

---

3 L.R.Q., c. C-38 (« L.C. »).

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

5 L.R.Q., c. I-3 et mod. (« L.I. »).

capital imposable de 840 770 $ à ses revenus pour son exercice financier se terminant le 30 septembre 1999. C'est ainsi qu'AES et Centre technologique ont appris que le prix de base rajusté des actions de catégorie « A » était au montant de 96 001 $ et non pas de 1 217 029 $. AES a déposé un avis d'opposition à l'endroit de l'avis de cotisation émis à son endroit par l'ARC. L'ARC a émis un avis de nouvelle cotisation à l'endroit d'AES en date du 6 avril 2001 et AES s'est également opposée à cet avis de nouvelle cotisation.

Le 1er novembre 2001, AES et Centre technologique ont signé des résolutions et, le 22 novembre 2001, ces dernières ont déposé une « Requête en rectification d'un écrit et en jugement déclaratoire ». Elles ont demandé à la Cour supérieure de rendre une ordonnance rétroactive pour modifier la Résolution du 11 décembre 1998 afin de « PERMETTRE aux Requérantes de modifier les instruments afférents à la transaction de façon à ce que ceux-ci reflètent la volonté des Requérantes et plus précisément de substituer toute référence à la somme de 1 217 028 $ par une référence à la somme de 95 000 $ et d'émettre 1 122 029 actions privilégiées Catégorie "C" ayant une valeur de 1 122 029 $ ».

Le juge de la Cour supérieure était d'avis que la Cour possédait les pouvoirs inhérents pour accorder une telle requête. Ce juge a notamment conclu que la Cour avait « le pouvoir d'accorder la requête […] afin de rétablir l'intention réelle des parties […] »[6] et a accueilli la requête pour permettre à AES et Centre technologique de « modifier les documents afférents à la transaction » de façon à ce que la modification soit opposable à l'ARC et à Revenu Québec. Par conséquent, à la suite de cette « rectification », les Résolutions du 11 décembre 1998 ont été modifiées rétroactivement par la Cour supérieure et substituées par la Résolution suivante datée du 1er novembre 2001, à savoir :

6 2009 QCCS 790.

« **Résolution (I-1)**

(du 11 décembre 1998)

Conversion des actions actuellement émises en circulation

Les un million deux cent dix-sept mille vingt-neuf (1 217 029) actions de catégorie "A" actuellement émises et en circulation du capital-actions de la compagnie, ayant un capital versé total d'un million deux cent dix-sept mille vingt-neuf dollars (1 217 029 $), sont converties sous forme d'un billet à demande au montant de un million deux cent dix-sept mille vingt-huit dollars (1 217 028 $) et converties en quatre millions cinq cent mille (4 500 000) actions de catégorie "B", dont le capital versé total sera d'un dollar (1 $), jouissant des droits et privilèges et soumises aux conditions et restrictions apparaissant à la présente annexe. » (Notre soulignement)

« **Convention Rectification (R-1)**

(du 1er novembre 2001)

IL EST RÉSOLU EN VERTU DES PRÉSENTES :

D'AUTORISER le président de la Compagnie à signer pour et au nom de celle-ci la Convention de rectification précitée, après y avoir apporté les modifications qu'il jugera appropriés, le cas échéant, et à signer tous les autres documents nécessaires ou utiles pour donner effet à cette Convention et à la présente Résolution;

DE REPRENDRE et d'annuler le billet à demande de 1 217 028 $ signé par la Compagnie le 11 décembre 1998 et d'en émettre un autre en remplacement au montant de 95 000 $ en date du 11 décembre 1998;

D'ÉMETTRE 1 122 029 actions de catégorie "C" ayant une valeur de 1 122 029 $ en faveur de Services Environnementaux AES inc.;

D'EFFECTUER toute modification nécessaire et appropriée afin que la signature de la Convention de rectification soit reflétée de façon appropriée aux registres de la Compagnie;

DE DONNER effet aux présentes transactions et à la Convention de rectification en date du 11 décembre 1998, le tout en conformité avec l'intention et la volonté des parties qui ont participé à l'échange d'actions. » (Notre soulignement)

Revenu Québec a interjeté appel du jugement de la Cour supérieure devant la Cour d'appel du Québec.

Le 4 mars 2011, la Cour d'appel du Québec a rejeté l'appel de Revenu Québec principalement pour les motifs suivants exprimés par le juge Kasirer, à savoir :

i) Quant à l'argument de Revenu Québec voulant que le droit civil ne permette pas la rectification et qu'un examen de la question de l'« intention réelle des parties » aurait pour effet d'élargir le pouvoir de la Cour et d'introduire au Québec la théorie de la rectification en équité, provenant des provinces de common law, la Cour d'appel du Québec conclut que :

> « Le droit civil québécois compte déjà tous les outils nécessaires pour permettre, à certaines conditions, qu'il soit donné effet selon l'intention commune véritable des parties à un contrat dont la rédaction ne reflète pas cette intention. Il n'est pas nécessaire pour parvenir à ce résultat de faire appel à une théorie propre à un autre système juridique. »

ii) La Cour d'appel du Québec conclut qu'il n'était pas nécessaire de « faire appel à une théorie propre à un autre système juridique »; selon la Cour d'appel du Québec, l'article 1425 C.c.Q. constitue la solution du législateur québécois en la matière et accorde « les outils nécessaires » à la Cour pour « rectifier » un écrit, non pas parce qu'il existe une erreur matérielle, mais également pour « donner effet » à « l'intention commune des parties à un contrat dont la rédaction ne reflète pas cette intention » et pour tenir compte de « l'écart entre l'intention commune des parties (le *negotium*) et leur intention déclarée au contrat (l'*instrumentum*) ».

Revenu Québec a déposé une demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada à l'endroit du jugement de la Cour d'appel du Québec.

Dans sa demande d'autorisation, Revenu Québec a proposé les principales questions suivantes :

1) En droit civil québécois, est-ce possible de s'adresser à un juge pour rectifier une erreur non matérielle dans un écrit constatant un contrat, à l'instar de la common law?

2) Est-ce que la Cour d'appel du Québec avait raison de conclure que « les outils nécessaires » pour permettre une telle « rectification » se trouvent à l'article 1425 C.c.Q.?

2. ARRÊT *RIOPEL ET AUTRES* C. *SMRQ ET ARC*[7]

2.1. INTRODUCTION

Cette affaire est similaire à l'arrêt *Services Environnementaux AES inc.* et *Centre technologique AES inc.*

2.2. LES FAITS

1) Christiane Archambault (« M^me^ Archambault ») détenait 40 % des actions du capital-actions de Déchiquetage Mobile JR inc. (« Déchiquetage »), soit 20 000 actions de catégorie « A ». Son époux, Jean Riopel (« M. Riopel »), détenait 60 % du capital-actions de cette compagnie, c'est-à-dire 30 000 actions de catégorie « A ».

2) Déchiquetage avait vendu ses actifs à un tiers et ne détenait plus que des liquidités. Il fut alors décidé de procéder à la fusion de Déchiquetage et d'une autre société dont M. Riopel était l'actionnaire unique, Entreprise J.P.F. Riopel inc. (« J.P.F. »).

3) Une rencontre a eu lieu le 1^er^ septembre 2004 au cours de laquelle la planification suivante a été élaborée :

   - Le 30 octobre 2004, M^me^ Archambault vendrait à J.P.F. les actions qu'elle détenait dans le capital-actions de Déchiquetage par voie de roulement pour une contrepartie égale à la juste valeur marchande des actions qui a été déterminée subséquemment à la rencontre comme étant de 720 000 $.

   - La contrepartie à cette vente serait un billet d'un montant de 335 000 $ et 385 000 actions de catégorie « C » du capital-actions de J.P.F. ayant un prix de rachat de 385 000 $.

   - Le 1^er^ novembre 2004, Déchiquetage et J.P.F. fusionneraient.

   - Le 4 novembre 2004, les actions obtenues en contrepartie de la vente du 30 octobre 2004, soit les actions de catégorie « C » détenues par M^me^ Archambault, devraient être rachetées, entraînant un dividende

[7] 2011 QCCA 954.

réputé de 385 000 $ qui devrait être payé du compte de dividendes en capital, donc sans conséquence fiscale.

- À la suite de la fusion, M^me^ Archambault se serait aussi fait rembourser le billet de 335 000 $.

4) Les statuts de fusion ont été préparés et portaient la date du 1^er^ novembre 2004.

5) Le 27 octobre 2004, il a été établi que les statuts de fusion ne constataient pas la vente des actions détenues par M^me^ Archambault dans Déchiquetage qui devait avoir lieu le 30 octobre 2004.

6) Il a été alors décidé de ne pas corriger les statuts de fusion et d'élaborer la nouvelle planification suivante, qui a ensconuite été mise en œuvre :

- M^me^ Archambault ne procéderait pas à la vente de ses actions de Déchiquetage avant la fusion des deux compagnies afin de se conformer à la détention des actions décrites aux statuts de fusion reçus le 26 octobre 2004.

- Dans le cadre de la fusion, les actions que M^me^ Archambault détenait dans le capital-actions de Déchiquetage seraient converties en actions de catégorie « O-1 » de la société émanant de la fusion, conformément aux statuts de fusion.

- La fusion aurait lieu, comme il était prévu, le 1^er^ novembre 2004.

- Le 2 novembre 2004, les actions de catégorie « O-1 » que M^me^ Archambault détenait dans le capital-actions de la société émanant de la fusion devaient être rachetées par la compagnie en utilisant les dispositions de roulement dans les lois fiscales.

- La contrepartie de 720 000 $ devait être constituée d'un billet à recevoir de 335 000 $ émis par la société émanant de la fusion ainsi que des actions privilégiées de catégorie « C » de cette nouvelle société ayant une valeur de rachat de 385 000 $.

7) Le rachat des actions de catégorie « C » obtenues par M^me^ Archambault en contrepartie de la vente, le 2 novembre 2004, a occasionné un dividende réputé qui a fait l'objet d'une cotisation par les autorités fiscales. À la suite de la vérification des affaires des intimés par l'ARC

et à la suite de l'émission des nouvelles cotisations, les parties contractantes ont cherché, par un recours en Cour supérieure, à faire rectifier, notamment, le contrat de vente d'actions daté du 2 novembre 2004.

8) Ils ont demandé à la Cour supérieure la modification de l'entente écrite du 2 novembre 2004, et ce, sur plusieurs éléments.

9) Le 12 avril 2010, l'honorable juge Francine Nantel a rendu jugement en rejetant la requête en rectification de contrat présentée par les parties contractantes.

10) Le 20 mai 2011, la Cour d'appel du Québec a accueilli l'appel des parties contractantes en acceptant toutes les modifications proposées au contrat écrit. Ainsi, la Cour d'appel du Québec a décidé, principalement, que le contrat écrit du 2 novembre 2004 et les statuts de fusion devaient être substitués par un contrat « corrigé » portant la date du 30 octobre 2004 et des statuts de fusion corrigés.

11) La Cour d'appel du Québec a aussi permis le remplacement des formulaires de roulement qui avaient été produits auprès des autorités fiscales par de nouveaux formulaires de roulement.

12) La Cour d'appel du Québec a donné raison aux parties contractantes en s'appuyant sur sa décision dans l'arrêt *Services environnementaux AES inc.* (voir à la section précédente).

13) La Cour d'appel du Québec a décidé que les documents écrits devaient être corrigés pour refléter la planification initiale du 1er septembre 2004.

14) Revenu Québec a aussi, dans cette affaire, décidé de déposer une demande d'autorisation d'appel auprès de la Cour suprême du Canada, et ce, essentiellement pour les mêmes motifs que dans l'arrêt *Services environnementaux AES inc*.

3. ARRÊT *T.A.P. CONSULTANT INC. C. SMRQ*[8]

Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si T.A.P. Consultant inc. (« T.A.P. ») était une entreprise de services personnels au sens de l'article 1 L.I.

T.A.P. a rendu, en vertu de certains contrats, divers services de consultation en informatique à certaines compagnies.

La position de Revenu Québec était que l'actionnaire de T.A.P. pouvait raisonnablement être assimilée à une employée des compagnies avec qui T.A.P. faisait affaire et qu'il y avait donc lieu de considérer T.A.P. comme étant une entreprise de services personnels.

C'est le juge Jacques Lachapelle qui a entendu cette cause.

Pour le juge, le but de la *Loi sur les impôts*, quant à la notion d'« entreprise de services personnels », est la suivante : « La Loi vise à contrecarrer le contribuable qui sous le couvert d'une société tente d'obtenir des bénéfices fiscaux, alors qu'en réalité il est raisonnable de penser qu'il est un employé de la personne ou de la société à qui il fournit des services. »

Aussi, le juge Lachapelle a noté qu'il existait peu de jurisprudence au Canada traitant de la notion d'entreprise de services personnels applicable à des entreprises œuvrant dans le domaine informatique.

Cela dit, le juge a alors déterminé si l'actionnaire de T.A.P. était une employée ou non des compagnies avec lesquelles T.A.P. avait signé des contrats.

Pour ce faire, il a énoncé une série de points à analyser. Ces points sont les suivants :

a) **La prestation de travail :** reconnaissant que ce point n'était pas d'une importance capitale, le juge l'a néanmoins retenu et a déterminé que l'actionnaire de T.A.P. jouissait d'une grande autonomie qui indiquait qu'elle n'était pas l'employée des compagnies avec lesquelles T.A.P. faisait affaire.

---

8 2011 QCCQ 6626.

b) **La rémunération :** l'actionnaire de T.A.P. ne recevait pas de salaire des compagnies avec lesquelles T.A.P. faisait affaire. Plutôt, T.A.P. facturait les compagnies et le juge a conclu que ce point, bien que non concluant en soi, était néanmoins indicatif que l'actionnaire de T.A.P. n'était pas l'employée des compagnies avec lesquelles T.A.P. faisait affaire.

c) **La subordination :** à cet égard, le juge a retenu que si le produit final ne correspondait pas à certaines normes, il devait être repris aux frais de T.A.P. Le juge a aussi reconnu que l'actionnaire de T.A.P. jouissait de beaucoup de latitude dans l'accomplissement de ses tâches. Encore une fois, ces points favorisaient la thèse de l'inexistence d'un lien d'emploi entre l'actionnaire de T.A.P. et les compagnies avec lesquelles T.A.P. faisait affaire.

d) **La présence d'une clause de non-concurrence :** pour le juge, ce facteur a été déterminé comme étant neutre et n'appuyait pas une thèse plus que l'autre.

e) **La propriété intellectuelle :** bien qu'il appert que l'actionnaire avait cédé ses droits de propriété intellectuelle aux compagnies avec lesquelles T.A.P. faisait affaire, le juge a conclu que cela n'était pas indicatif que l'actionnaire était une employée de ces compagnies.

f) **Les outils de travail :** en l'espèce, les outils de travail étaient la propriété de T.A.P. et pour le juge, ce facteur est indicatif de l'absence du lien d'emploi entre l'actionnaire de T.A.P. et les clients de T.A.P.

g) **Le facteur économique :** pour le juge Lachapelle, les faits démontraient que T.A.P. et son actionnaire supportaient un risque économique qui n'était pas le lot habituel d'un employé.

h) **Intégration :** selon le juge, l'actionnaire de T.A.P. n'était pas intégré comme employée au sein des compagnies avec lesquelles T.A.P. faisait affaire.

Après l'analyse de ces points, le juge a énoncé que, pour lui, c'est clairement à T.A.P. qu'appartenait l'entreprise de consultation en informatique et que son actionnaire n'était pas employée des compagnies avec lesquelles T.A.P. faisait affaire.

La requête de T.A.P. a donc été accueillie.

3.1. COMMENTAIRES

Ce jugement est important puisqu'il réitère clairement les points à analyser pour déterminer si nous sommes ou non en présence d'une entreprise de services personnels.

Cependant, il faut aussi retenir qu'une telle détermination est une question de fait et que, dès lors, chaque cas est un cas d'espèce.

4. ARRÊT *PRATT & WHITNEY CANADA CIE* C. *SMRQ*[9]

4.1. INTRODUCTION

Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si Pratt & Whitney Canada Cie (« Pratt ») devait faire des contributions de la Régie de l'assurance maladie du Québec (« RAMQ ») à l'égard de la levée d'option d'achat d'actions qui avait été consentie à ses employés. Le litige concernait donc principalement l'application de la *Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec*[10].

4.2. LES FAITS

Pratt est une société constituée en vertu des lois de la province de la Nouvelle-Écosse. Elle fabrique des moteurs à turbines à gaz destinés principalement aux secteurs de l'aviation générale et régionale.

United Technologies Corporation (« UTC »), une société constituée en vertu des lois de l'État du Delaware, détient, indirectement, 100 % des actions de Pratt. Son siège social est situé à Hartford dans l'État du Connecticut aux États-Unis.

UTC n'a aucun établissement au Québec.

Les actions de Pratt ne sont cotées à aucune Bourse, alors que les actions d'UTC sont cotées à la Bourse de New York.

Les options remplissent les critères des articles 48 à 52.1 L.I.

---

9 2010 QCCQ 13779.

10 L.R.Q., c. R-5 (« L.R.A.M.Q. »).

Tel qu'il est défini en vertu de l'article 2085 C.c.Q., les participants n'ont pas conclu de contrats de travail avec UTC. Il ne fait aucun doute que Pratt est ou était l'employeur des participants en vertu du droit civil québécois.

Parmi les participants qui se sont vu octroyer des options, certains de ceux-ci ont acquis les actions lorsqu'ils avaient démissionné, étaient à l'extérieur du Canada ou étaient retraités (« participants non actifs »).

L'avantage tiré par les participants non actifs en vertu de l'article 49 L.I. lors de l'exercice de leurs options est de 29 574 314,69 $ pour les années d'imposition 2001 à 2006.

L'avantage tiré par les participants en vertu de l'article 49 L.I. qui étaient à l'emploi de Pratt lors de l'exercice de leurs options est de 49 643 176,48 $.

Pratt n'a effectué aucun paiement ni remboursement à UTC dans le cadre de l'application et de la gestion du régime.

Également, les membres du comité ne comptent aucune personne des conseils d'administration de Pratt et d'UTC.

Dans le cas des participants faisant partie de l'exécutif de Pratt, le comité soumet, annuellement, une liste de noms de ces participants ainsi que les montants d'options pouvant être octroyées à ceux-ci dépendamment de leur position au sein de Pratt.

Dans le cas des participants ne faisant pas partie de l'exécutif de Pratt, le comité accorde, occasionnellement, un montant d'options pouvant être octroyées à ceux-ci.

Le comité remet également à Pratt les critères à être observés par celle-ci afin d'effectuer ses recommandations.

À la réception des recommandations de Pratt, celles-ci sont analysées et vérifiées par certains membres de l'exécutif d'UTC et le comité.

UTC a le pouvoir absolu et inconditionnel d'accepter, de modifier ou de rejeter les recommandations de Pratt. À cet égard, Pratt ne peut limiter, de quelque façon que ce soit, le pouvoir d'UTC d'octroyer les options aux participants.

Les participants qui se voient octroyer des options doivent signer une déclaration personnalisée émise par UTC indiquant le nombre d'options qui leur a été accordé, le prix d'attribution, la valeur actuelle estimée, les dates d'attribution et d'expiration des options.

Également, cette déclaration prévoit que son signataire est lié par les conditions prévues au *Schedule of Terms* qui explique, entre autres, que celui-ci dispose d'une période de 10 ans afin d'exercer les droits relatifs aux options sans toutefois pouvoir les exercer durant les trois premières années.

De plus, le *Schedule of Terms* prévoit les termes et conditions imposés par UTC concernant l'octroi et la levée des options. Pratt ne peut d'aucune façon modifier ces termes et conditions.

Les participants peuvent exercer leurs droits relatifs aux options en transigeant avec un des courtiers autorisés par UTC. Les participants peuvent exercer leurs options par le biais d'un décaissement ou sans effectuer de décaissement.

Pratt ne peut pas obliger UTC, de quelque manière que ce soit, à octroyer des options aux participants.

Dans le cadre du régime, seulement UTC peut annuler des options octroyées à des participants, incluant celles dont les droits sont acquis par un participant.

Les employés clés de Pratt qui sont admissibles à participer au régime ne sont pas obligés d'y participer.

Dans la situation où l'emploi d'un participant est transféré de Pratt à une autre filiale, une société affiliée ou chez UTC, le participant garde ses droits relativement aux options octroyées dans le cadre du régime.

En vertu des normes comptables américaines, UTC, pour les années d'imposition, a déduit dans le calcul de son revenu l'avantage octroyé aux participants dans le cadre du régime.

UTC peut parfois demander à ses filiales et sociétés affiliées d'identifier les conséquences fiscales liées à la mise en œuvre du régime dans leur pays de résidence.

Pratt ne verse aucun montant à ses employés dans le cadre du régime.

Pratt ne prend aucune déduction dans le calcul de son revenu relativement à l'avantage versé aux participants dans le cadre du régime.

Pratt ne fait aucun suivi auprès des participants non actifs concernant l'exercice de leurs options.

À la demande de l'ARC, du ministre du Revenu du Québec (« ministre ») ou du participant, Pratt confirme le montant de l'avantage reçu par le participant dans le cadre du régime.

Revenu Québec a reconnu, dans l'entente sur le déroulement de l'audience, qu'il n'avait « aucune preuve qu'il y a une entente écrite entre United Technologies Corporation et Pratt comme celle qui existait dans le dossier *Merck Frosst Canada & Co.* c. *Le sous-ministre du Revenu Québec* » (notre soulignement).

Cependant, la preuve a révélé que la responsabilité de Pratt est importante en ce qui concerne l'administration du régime puisque :

- c'est Pratt qui a embauché les employés en litige;
- le seul lien d'emploi qui existe en l'espèce est celui entre ses employés et Pratt et non entre ses employés et UTC;
- c'est Pratt qui évalue la plupart des employés en litige et ses recommandations, en ce qui a trait aux options d'achat, sont suivies de 95 % à 100 % par le comité;
- fréquemment, UTC ne connaît pas les employés en litige et n'est pas en mesure de les évaluer aux fins du régime;
- Pratt peut même recommander combien d'options d'achat devraient être attribuées à certains des employés en litige;
- le lien d'emploi entre Pratt et les employés doit être maintenu pour que ceux-ci puissent continuer à bénéficier du régime et des délais usuels d'exercice ou de levée des options;
- Pratt mentionne, sur son site Internet, qu'elle remet des options d'achat d'actions à ses employés;

- la documentation relative au régime énonce clairement que les options d'achat sont remises aux employés de Pratt en raison de services que ceux-ci lui ont rendus;

- le régime ne pourrait pas fonctionner, à l'égard des employés de Pratt, si Pratt n'était pas impliquée dans le régime;

- finalement, le régime s'applique à l'égard de ses employés puisque Pratt consent, dans les faits, à ce que le régime s'applique à ses employés et que ceux-ci en profitent;

- les options en litige ne sont pas un cadeau du ciel, mais ont été attribuées aux employés en litige uniquement en raison de leur lien d'emploi avec Pratt;

- si les employés en litige n'étaient pas des employés de Pratt, ceux-ci n'auraient, de toute évidence, pas bénéficié des options d'achat d'actions d'UTC.

4.3. LES QUESTIONS EN LITIGE

Selon la juge Brigitte Gouin, qui a entendu cette cause, les questions étaient essentiellement les suivantes :

Première question en litige

Pratt est-elle un employeur qui a versé, alloué, conféré ou payé des salaires à ses employés qui se présentent au travail à son établissement au Québec en rapport avec les options d'achat d'actions en litige?

Seconde question en litige

Le fait que certaines personnes étaient non actives pour Pratt au moment de la levée ou de l'exercice des options d'achat d'actions en litige a-t-il pour effet de faire en sorte que Pratt n'a aucune contribution à faire à la RAMQ en rapport avec de telles personnes?

4.4. LE CONTEXTE LÉGISLATIF

Afin de pourvoir au financement du Fonds des services de santé (FSS), créé par l'article 38 L.R.A.M.Q., l'article 34 L.R.A.M.Q. assujettit les employeurs à une cotisation :

> « Art. 34. Assujettissement et cotisation d'un employeur
>
> Tout employeur, à l'exception d'un employeur prescrit, doit payer au ministre du Revenu une cotisation égale au pourcentage, prévu au deuxième alinéa, de chacun des montants suivants :
>
> le salaire qu'il verse et celui qu'il est réputé verser en vertu du deuxième alinéa de l'article 979.3 et de l'article 1019.7 de la *Loi sur les impôts* : (L.R.Q., c. I-3) à son employé qui se présente au travail à son établissement au Québec ou à qui ce salaire, si l'employé n'est pas requis de se présenter au travail à un établissement de son employeur, est versé ou réputé versé d'un tel établissement au Québec. » (Notre soulignement)

L'article 33 L.R.A.M.Q. énonce les définitions qui doivent être utilisées aux fins de la section I L.R.A.M.Q. Les définitions pertinentes au présent appel sont les suivantes :

> « Art. 33. Interprétation
>
> Dans la présente section, à moins que le contexte n'indique un sens différent, on entend par :
>
> "employé" : un employé au sens de l'article I de la *Loi sur les impôts*;
>
> […]
>
> "employeur". __ "employeur" : une personne, y compris un gouvernement, qui verse un salaire ou, lorsque, au cours d'une période, un employé est, au sens d'une entente en matière de sécurité sociale qui prévoit la réciprocité de couverture des régimes d'assurance maladie, conclue entre le gouvernement du Québec et celui d'un pays étranger, un salarié détaché dans ce pays, pour cette période, la personne qui a ainsi détaché cet employé;
>
> […]
>
> "salaire". __ "salaire" : le salaire de base, au sens de l'article 1159.1 de la Loi sur les impôts […]. »

Cette définition renvoie donc, par le biais de l'article 1159.1 L.I., aux dispositions des chapitres I et II du titre II du livre III de la partie I L.I., à savoir les articles 32 à 58.3 L.I., aux fins de déterminer ce que constitue un « salaire » au sens de l'article 33 L.R.A.M.Q. En d'autres termes, tout ce qui constitue un revenu en vertu des articles 32 à 58.3 L.I. constitue un « salaire » au sens de l'article 33 L.R.A.M.Q.

Les définitions de l'article 33 L.R.A.M.Q. sont complétées par l'article 33.2 L.R.A.M.Q. :

« Art. 33.2. Précision

Dans la présente sous-section et la sous-section 2, un renvoi à un salaire qu'une personne ou un employeur verse, ou a versé, est un renvoi à un salaire que cette personne ou cet employeur verse, alloue, confère ou paie, ou a versé, alloué, conféré ou payé. »

Les dispositions pertinentes de la *Loi sur les impôts* sont les articles 1, 32, 37, 48, 49 et 56 :

« Art. 1

[…]

"employé" : signifie toute personne occupant un emploi ou remplissant une charge.

Art. 32. Revenu d'une charge ou d'un emploi

Sous réserve de la présente partie, le revenu d'un particulier provenant, pour une année d'imposition d'une charge ou d'un emploi, est le traitement, le salaire et toute autre rémunération qu'il a reçus pendant cette année, y compris les gratifications.

Art. 37. Valeur de certains avantages

Les montants qu'un particulier doit inclure dans le calcul de son revenu comprennent la valeur de la pension, du logement et des autres avantages que le particulier reçoit ou dont il bénéficie en raison ou à l'occasion de sa charge ou de son emploi ainsi que les allocations qu'il reçoit, y compris les montants qu'il reçoit et dont il n'a pas à justifier l'utilisation, pour frais personnels ou de subsistance ou pour toute autre fin. » (Notre soulignement)

Quant aux articles 48 et 49 L.I., ils se lisent comme suit :

« Art. 48. Vente ou émission d'actions à des employés.

La présente section s'applique lorsqu'une personne admissible donnée convient de vendre ou d'émettre un de ses titres ou un titre 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.

Art. 49. Avantage réputé reçu par l'employé

Sous réserve de l'article 49.2 et 58.0.1, un employé qui acquiert une action en vertu de la convention visée à l'article 48 est réputé recevoir, en raison de sa charge ou de son emploi, dans l'année d'imposition où il acquiert le titre, un avantage égal à l'excédent de la valeur du titre, au moment où il l'acquiert, sur l'ensemble du montant payé ou à payer par lui à la personne admissible pour le titre et du montant payé par lui pour acquérir le droit d'acquérir le titre. » (Notre soulignement)

L'article 56 L.I. se lit de la façon suivante : « Art. 56. Cas où la personne cesse d'être un employé. »

Lorsqu'une personne qui serait par ailleurs visée par les articles 48 à 52.1 L.I. cesse d'être un employé avant que ne soient réalisées toutes les conditions qui rendraient ces articles applicables, ces derniers s'appliquent comme si la personne était encore un employé et comme si l'emploi ou la charge durait encore.

Première question en litige

Pratt est-elle un employeur qui a versé, alloué, conféré ou payé des salaires à ses employés qui se présentent au travail à son établissement au Québec en rapport avec les options d'achat d'actions d'UTC en litige?

À cette question, la juge a répondu oui.

Pour en arriver à cette conclusion, elle s'est basée sur le jugement de la Cour du Québec rendu dans l'affaire *Merck Frosst Canada & Co* c. *SMRQ*[11]. La juge a également cité avec approbation le jugement de la Cour d'appel dans la même affaire de *Merck Frosst Canada* c. *SMRQ*[12].

Pour répondre à la première question, la juge a essentiellement considéré le **lien réel d'emploi**. Elle a conclu que le seul lien d'emploi qui existait était celui entre Pratt et les bénéficiaires des options d'achat d'actions. Bref, elle a conclu qu'il n'y avait aucun lien d'emploi entre les participants au régime et la compagnie mère UTC.

Aussi, elle a conclu que Pratt avait implicitement convenu que ses employés pouvaient bénéficier du régime d'option d'achat d'actions.

Dès lors, on pouvait dire que les avantages résultant de la levée d'options d'achat d'actions constituaient des montants de salaires versés par Pratt à ses employés.

Aussi, la juge a tenu compte du fait que les avantages en question étaient clairement des avantages reçus par les bénéficiaires **en raison de leur emploi** auprès de Pratt (voir les articles 37, 48 et 49 L.I.).

---

[11] [2004] Can LII 32422 (QCCQ).

[12] 2011 QCCA 410.

Or, comme la *Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec* renvoie spécifiquement à ces articles de la *Loi sur les impôts* en ce qui a trait à la notion de salaire, les montants en litige ne pouvaient donc être autre chose que du salaire versé par Pratt aux fins de la *Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec*.

Seconde question en litige

Le fait que certaines personnes étaient non actives pour Pratt au moment de la levée ou de l'exercice des options d'achat d'actions en litige a-t-il pour effet de faire en sorte que Pratt n'a aucune contribution à faire à la RAMQ en rapport avec de telles personnes?

Selon la juge, le cas des participants non actifs est réglé par l'article 56 L.I.

Cet article, rappelons-le, se lit de la façon suivante :

> « Cas où la personne cesse d'être un employé –
>
> 56. Lorsqu'une personne qui serait par ailleurs visée par les articles 48 à 52.1 cesse d'être un employé avant que ne soient réalisées toutes les conditions qui rendraient ces articles applicables, ces derniers s'appliquent comme si la personne était encore un employé et comme si, l'emploi ou la charge, durait encore. »

Aussi, la *Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec* renvoie, notamment, à cet article pour ce qui est de la qualification d'un salaire aux fins de la *Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec*.

La *Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec* renvoie aux articles 32 à 58.3 L.I. (à l'exception de l'article 58.0.1 L.I.) pour déterminer les montants qui constituent du salaire aux fins de la *Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec*. Évidemment, l'article 56 L.I. est compris dans la série d'articles 32 à 58.3 L.I.

Cela dit, la *Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec* inclut clairement, dans le salaire, les montants des avantages réalisés **par des anciens employés**, à l'occasion de la levée d'options d'achat d'actions qui leur avaient été consenties alors qu'ils étaient employés.

La *Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec* prévoyait donc spécifiquement que les avantages réalisés par les anciens employés de Pratt, à l'occasion de l'exercice de leurs options d'achat d'actions d'UTC,

constituaient du salaire aux fins de la *Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec*.

Dire le contraire prive l'article 56 L.I. (auquel la *Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec* renvoie) de tout effet utile et implique qu'en incorporant l'article 56 L.I. à la *Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec*, le législateur québécois aurait donc parlé pour ne rien dire.

Finalement, selon la juge, Pratt devait verser des contributions à la RAMQ à l'égard de tels salaires.

Il convient de noter que Pratt a interjeté appel du jugement de première instance auprès de la Cour d'appel du Québec. Les mémoires ont été produits par les parties.

5. JUGEMENT RÉCENT EN MATIÈRE DE PROROGATION DE DÉLAI POUR FAIRE APPEL D'UNE COTISATION ÉMISE PAR REVENU QUÉBEC

Il y a lieu de souligner l'arrêt *Océanica inc.* c. *SMRQ*[13] devant la Cour d'appel du Québec.

Pour que le délai soit prorogé, un contribuable doit démontrer qu'il était dans l'impossibilité en fait d'agir[14].

La Cour a rappelé que l'impossibilité en fait d'agir est une :

- question de fait;
- impossibilité relative et non absolue.

Aussi, la Cour a également rappelé que l'erreur de l'avocat peut être une impossibilité en fait d'agir si le contribuable a, par ailleurs, été diligent.

La Cour a, en l'espèce, énoncé que la décision sur opposition qui avait été rendue par Revenu Québec à l'endroit d'Océanica était laconique. Cependant, en fin de compte, la Cour a aussi décidé que l'historique du dossier (processus de vérification et d'opposition) faisait en sorte que le

---

13 2010 QCCA 1901.

14 *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., c. M-31, art. 93.1.13, maintenant la *Loi sur l'administration fiscale*, L.R.Q., c. A-6.002.

contribuable en savait assez pour pouvoir interjeter appel dans le délai légal de 90 jours et que le laconisme de la décision sur opposition ne constituait donc pas une impossibilité en fait d'agir.

L'appel d'Océanica a donc été rejeté par la Cour d'appel du Québec. La Cour suprême du Canada a refusé la demande de permission d'en appeler d'Océanica.

6. JUGEMENT EN MATIÈRE DE LÉGISLATION RÉTROACTIVE

À cet égard, l'affaire *SMRQ* c. *Entreprises Jacques Dufour & Fils inc.*[15] est certainement d'intérêt.

Les faits sont relativement simples. À ce sujet, nous reproduisons ci-après les paragraphes pertinents de l'arrêt de la Cour d'appel du Québec :

> « [1] À la suite d'un arrêt de la Cour d'appel interprétant l'article 206.3 de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*, le ministère des Finances publie, le 21 octobre 2004, un *Bulletin d'information* annonçant une modification à la Loi. Il y déclare également que l'appelant n'accordera plus de remboursement de la taxe sur les intrants pour le motif reconnu par la Cour d'appel, et ce, pour toute déclaration ou demande de remboursement d'un contribuable reçue à compter de ce 21 octobre 2004.
>
> [2] Le 28 octobre 2004, l'intimée produit sa déclaration mensuelle en y incorporant un redressement fondé sur l'arrêt de la Cour d'appel. Par avis de cotisation du 9 décembre 2004, l'appelant refuse le redressement demandé par l'intimée et cette dernière produit un avis d'opposition le 24 février 2005. L'appelant confirme son avis de cotisation et l'intimée fait alors appel à la Cour du Québec.
>
> [3] Le 17 juin 2005, entre en vigueur la *Loi budgétaire no 2 donnant suite au discours sur le budget du 30 mars 2004 et à certains autres énoncés budgétaires*. L'article 285 de cette Loi modifie l'article 206.3 *L.T.V.Q.* et édicte, notamment, que la modification "s'applique […] dans le cas où le ministre reçoit, après le 20 octobre 2004, une déclaration ou une demande de remboursement […]".
>
> [4] Par jugement du 17 avril 2008, la Cour du Québec annule la cotisation du 9 décembre 2004. La juge de première instance détermine que le *Bulletin d'information* du 21 octobre n'avait pas force de loi, que la *Loi budgétaire no 2* s'appliquait à compter du 17 juin 2005 à toutes les demandes de remboursement présentées après le 20 octobre 2004, y compris à celle de l'intimée, mais que cette loi ne pouvait porter atteinte aux droits que l'intimée avait acquis avant le 17 juin 2005. L'avis d'opposition de l'intimée du 24 février 2005 avait

[15] 2010 QCCA 2084.

> cristallisé sa situation et, à ce moment, la loi en vigueur lui donnait droit au remboursement demandé[16]. »

La Cour d'appel a infirmé le jugement de première instance et a reconnu qu'il fallait donner plein effet à la rétroactivité édictée par la loi.

L'appel de Revenu Québec a donc été accueilli.

---

[16] *Id.*, par. 1 à 4.

PARTIE D

Marie-Andrée Legault, avocate générale
Direction des affaires fiscales
Ministère de la Justice du Canada*

1. L'AFFAIRE *TRIAD GESTCO LTD.* V. *THE QUEEN*[1]

Dans cette affaire, le ministre du Revenu national (« ministre ») a appliqué la règle générale anti-évitement (« RGAÉ ») à une série de transactions grâce auxquelles le contribuable a pu créer une perte en capital artificielle afin d'éponger un gain en capital réalisé durant la même année d'imposition.

Dans le premier jugement concernant une série de dossiers du même type appelés « cas de transfert de valeur » (*value shift cases*), la Cour canadienne de l'impôt confirme que la RGAÉ s'applique pour contrer de telles transactions.

1.1. LES FAITS

Triad est une société œuvrant dans le domaine de la location et de la vente d'immeubles. Elle est contrôlée par M. Peter Cohen, qui en est par ailleurs l'unique administrateur.

En décembre 2001, Triad a disposé d'une de ses propriétés et a réalisé un gain en capital de près de 8 M$. Sa prochaine fin d'exercice financier est le 31 août 2002.

Le 25 juillet 2002, la société Rcongold Systems Inc. (« Rcongold ») est incorporée. Elle est contrôlée et dirigée par Peter Cohen.

Le 27 août 2002, Triad investit 8 M$ dans Rcongold, en souscrivant 8 000 actions ordinaires de son capital-actions.

Le lendemain, Rcongold déclare un dividende de 1 $, payé par l'émission de 80 000 actions privilégiées ayant une valeur de rachat de 100 $ chacune. Ainsi, la valeur de rachat des actions privilégiées, totalisant 8 M$,

---

* Le présent texte représente les vues de l'auteure et non celles du ministère de la Justice du Canada.

1 2011 TCC 259 (« *Triad* »).

équivaut à la juste valeur marchande (« JVM ») des actions ordinaires. Par l'émission de ces actions à faible capital versé, mais à JVM élevée (*high/low shares*), la valeur des actions ordinaires de la société se trouve ainsi transférée à ses actions privilégiées.

Entre-temps, le 20 août 2002, une fiducie, le Peter Cohen Trust (« fiducie »), est constituée en faveur de Peter Cohen. Le 29 août 2002, Triad transfère à la fiducie pour 65 $ toutes les actions ordinaires qu'elle détient dans Rcongold. Comme suite au transfert de valeur susmentionné les actions ordinaires ne valent plus rien, Triad réalise une perte en capital de près de 8 M$, qu'elle utilise pour éponger le gain en capital au même montant réalisé plus tôt dans l'année, évitant ainsi l'impôt payable sur ce gain.

Le ministre a refusé d'accorder la perte en capital réclamée par Triad, en invoquant la RGAÉ.

La preuve a par ailleurs révélé qu'en 2000, M. Cohen, ayant appris qu'il souffrait d'une grave maladie du foie, avait décidé d'effectuer un gel successoral en faveur de ses enfants. Le gel s'était alors effectué par l'émission d'actions privilégiées rachetables pour un montant totalisant 4 M$. Sa santé s'étant détériorée moins rapidement qu'il ne l'avait prévu, et invoquant que le rendement de ses actions dans Triad n'était pas suffisant pour suffire à ses besoins, M. Cohen dit avoir voulu effectuer un renversement de gel, ce qui a entraîné la réalisation de la série de transactions en litige. Par ce renversement de gel, M. Cohen voulait participer à l'accroissement de la valeur des actifs de Rcongold, d'une valeur de 8 M$.

D'autre part, ce n'est qu'en janvier 2002 que M. Cohen a fait racheter par Triad les actions de gel émises en 2000, d'une valeur de 4 M$. M. Cohen a opté pour que le dividende réputé réalisé sur le rachat de ces actions soit considéré comme un dividende en capital, donc sans conséquence fiscale. Par ailleurs, M. Cohen a réinvesti dans Triad 3 M$ des 4 M$ qu'il avait encaissés seulement quelques jours auparavant. Il n'a fait aucune démarche depuis pour se faire racheter ses actions totalisant 3 M$.

1.2. POSITION DES PARTIES

En invoquant les préceptes énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Canada Trustco Mortgage Co.* c. *Canada*[2], décision-clé sur

[2] [2005] 2 R.C.S. 601 (« *Canada Trustco* »).

l'interprétation de la RGAÉ prévue à l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[3], Triad plaide non seulement le fait que la série de transactions ne comprend aucune transaction d'évitement, qu'il n'y a aucun abus d'une disposition de la loi ou de la loi lue dans son ensemble, mais également qu'elle n'a tiré aucun avantage fiscal de cette série de transactions.

La société invoque que les transactions en cause ont toutes été effectuées dans un seul but non fiscal, à savoir effectuer un renversement de gel successoral.

Pour sa part, le ministre invoque qu'il y a ici abus des dispositions de la loi concernant le traitement des pertes en capital, qui visent à ne reconnaître que les pertes réellement subies. La perte créée par la vente des actions de Rcongold à la fiducie est artificielle puisque la valeur de 8 M$ de Rcongold est toujours détenue par Triad, par le biais des actions privilégiées qu'elle détient dans son capital-actions.

1.3. LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT

Tout d'abord, la Cour n'a aucune difficulté à conclure que la série de transactions entreprises par Triad lui a procuré un avantage fiscal. Cet avantage ressort de l'application de la perte en capital de 8 M$ contre le gain en capital du même montant, ce qui réduit l'impôt payable sur le gain à zéro.

La Cour conclut ensuite que trois des transactions de la série constituent des opérations d'évitement au sens du paragraphe 245(3) L.I.R., à savoir qu'elles n'ont pas été réalisées principalement pour des objets véritables.

Premièrement, la déclaration par Rcongold, le lendemain de la souscription par Triad d'actions ordinaires, d'un dividende de 1 $ et son paiement le même jour par l'émission d'actions privilégiées ayant un faible capital versé et une JVM élevée (totalisant 8 M$) constitue selon la Cour une transaction d'évitement visant à transférer la valeur des actions ordinaires aux actions privilégiées et de créer une perte latente que Triad pourra réaliser lors de la disposition des actions avec droit de vote en faveur de la fiducie.

La création de la fiducie constitue également une opération d'évitement puisque le seul but de la fiducie était de permettre de réaliser la perte en capital réalisée lors de la disposition des actions ordinaires de Rcongold. La vente des actions ordinaires à la fiducie constitue enfin l'opération

---

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

d'évitement qui a été réalisée principalement pour réaliser la perte en capital, tout en permettant de contourner la règle de minimisation des pertes prévue au sous-alinéa 40(2)g)(i) L.I.R.

La Cour semble mettre en doute les explications fournies par M. Cohen pour justifier les transactions réalisées, à savoir la volonté d'effectuer un renversement de gel successoral. Selon la Cour, la preuve suggère plutôt que toute la série a été réalisée principalement à des fins fiscales, plutôt que pour permettre à M. Cohen de participer à l'accroissement de valeur de Rcongold.

En effet, au moment où les transactions ont été réalisées, M. Cohen avait accès à 3 M$, libres d'impôt, sous forme d'actions privilégiées du capital-actions de Triad. M. Cohen n'a entrepris aucune démarche pour accéder à ces fonds, qui procuraient à M. Cohen un dividende mensuel de 15 000 $. Dans les circonstances, la Cour a de la difficulté à croire que M. Cohen avait absolument besoin d'avoir accès à l'augmentation de valeur des actifs de Rcongold d'une valeur de 8 M$.

D'autre part, la preuve a démontré que le potentiel de rendement des actifs de Rcongold était plutôt incertain, qu'au fil des ans ces actifs n'ont de fait généré que très peu de revenus et qu'au surplus, M. Cohen n'a fait aucune démarche pour accéder à ces revenus.

Enfin, la Cour indique, à l'aide de plusieurs exemples, comment un renversement de gel aurait pu être effectué sans pour autant qu'il y ait création d'une perte en capital, ce qui appuie sa conclusion voulant que les transactions d'évitement n'aient aucunement été nécessaires au renversement de gel et qu'elles n'ont été réalisées de la façon dont elles l'ont été que pour permettre la création d'une perte en capital artificielle.

En ce qui concerne la troisième condition d'application de la RGAÉ, à savoir si les transactions d'évitement sont abusives, la Cour conclut que le ministre s'est acquitté de son fardeau à ce niveau.

Selon la Cour, l'inclusion dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, à partir de 1972, de l'imposition des gains en capital a été assortie de règles spécifiques anti-évitement concernant les pertes en capital. Plus particulièrement, l'article 55 L.I.R. (renuméroté 55(1) en 1980) avait pour but de refuser la déduction d'une perte créée artificiellement dans le but de réduire un gain en capital.

Le paragraphe 55(1) L.I.R. a été abrogé au moment de l'entrée en vigueur de la RGAÉ. Les notes techniques du ministère des Finances pour

1988 indiquent que le paragraphe 55(1) L.I.R. est abrogé en conséquence de l'entrée en vigueur de l'article 245 L.I.R., puisque la portée de cette disposition est assez large pour englober les transactions auxquelles le paragraphe 55(1) L.I.R. s'appliquait.

La Cour voit dans cette abrogation non pas un changement de politique, mais bien la confirmation de l'intention continue du Parlement de ne permettre un avantage fiscal relié à des pertes en capital que dans des circonstances où elles n'ont pas été créées artificiellement.

La Cour se réfère également à une autre règle anti-évitement concernant les pertes en capital, à savoir le sous-alinéa 40(2)g)(i) et l'article 54 L.I.R., qui répute être nulle une « perte apparente » réalisée à la suite de la disposition d'un bien en faveur d'une « personne affiliée », concept introduit dans la loi en 1995 au soutien de plusieurs règles anti-évitement, dont les règles de minimisation de pertes, comme celle prévue au sous-alinéa 40(2)g)(i) L.I.R.

En 2002, cette règle ne s'appliquait pas aux transactions en litige puisque la définition de « personne affiliée » prévue à l'article 251.1 L.I.R. n'incluait pas une fiducie. Les transactions en cause contournant ainsi la disposition anti-évitement, la *Loi de l'impôt sur le revenu* a été modifiée en 2005 pour combler cette lacune. Donc, si Triad avait réalisé sa série de transactions en 2005, la disposition anti-évitement du sous-alinéa 40(2)g)(i) L.I.R. se serait appliquée pour réputer nulle la perte réalisée sur disposition des actions ordinaires de Rcongold à la fiducie. Aux yeux de la Cour, cet amendement est une indication claire que les résultats obtenus par Triad étaient contraires à l'objet, l'esprit et le but de la loi lue dans son ensemble.

En résumé, la Cour conclut ainsi pour confirmer l'application de la RGAÉ aux faits devant elle :

> « [98] The legislative history of sections 3, 38, 39 and 40 reveals that, from the inception of these provisions, the deduction of capital losses under paragraph 38(b) has been limited by anti-avoidance rules that refuse the recognition of artificial, superficial or undue losses. The interplay of these provisions with subparagraph 40(2)(g)(i), section 54, former subsection 55(1) and section 251.1 leads to the conclusion that the recognition of artificial capital losses realized within the same economic unit is contrary to the object, spirit and purpose of these provisions[4]. »

---

4 *Triad*, précité, note 1, par. 98.

1.4. COMMENTAIRES

Le 7 septembre 2011, la Cour canadienne de l'impôt rendait, sur des faits similaires, une deuxième décision concernant une cause de « transfert de valeur » dans l'affaire *1207192 Ontario Limited* v. *The Queen*[5].

Tout comme dans l'affaire *Triad*, la Cour est d'avis que le ministre a démontré que le but de l'alinéa 38b) L.I.R. est de reconnaître les pertes économiques subies par un contribuable lors de la disposition d'un bien. Selon la Cour, le ministre a également établi que malgré l'abrogation du paragraphe 55(1) L.I.R., la politique de la loi est toujours de refuser la création ou l'augmentation artificielle ou indue d'une perte en capital, ce qui souligne l'intention d'accorder les pertes en capital seulement dans la mesure où elles reflètent une perte économique sous-jacente.

La Cour diverge cependant d'opinion par rapport à la décision *Canada Trustco* sur l'impact de la règle anti-évitement prévue au sous-alinéa 40(2)g)(i) L.I.R. Selon elle, le ministre n'a pas démontré qu'il existait une politique générale claire et non ambiguë dans la loi qui permettrait de traiter les deux parties en cause, à savoir la société et la fiducie, comme faisant partie de la même unité économique de façon à leur imposer les règles de minimisation de pertes applicables aux « personnes affiliées ».

L'affaire *Triad* ayant été portée en appel le 10 août dernier[6], il sera intéressant de voir la Cour d'appel fédérale se pencher pour la première fois sur l'application de la RGAÉ à ce type de transaction.

2. L'AFFAIRE *MARÉCHAUX* C. *CANADA*[7]

Ce jugement constitue une première décision de la Cour d'appel fédérale sur un dossier concernant des dons de charité qui sont en grande partie financés par des emprunts (*leveraged donations schemes*).

Il s'agissait pour la Cour de déterminer si ce genre d'investissement par un contribuable constituait véritablement un « don » au sens de l'article 118.1 L.I.R.

---

5 2011 TCC 383.

6 Dossier n° A-286-11.

7 2010 CAF 287 (« *Maréchaux* »).

2.1. LES FAITS

M. Maréchaux a investi une somme de 30 000 $ en échange d'un reçu pour don de charité de 100 000 $. Cela lui a permis de récolter un crédit d'impôt de 44 218 $ et ainsi de réaliser un rendement de près de 50 % en seulement quelques mois.

En fait, le « don » était constitué d'un versement comptant par M. Maréchaux de 20 000 $, alors que le solde de 80 000 $ provenait d'un prêt sans intérêt remboursable en 20 ans, offert par un prêteur non lié à l'organisme donataire. M. Maréchaux a versé un montant supplémentaire de 10 000 $ au prêteur pour un dépôt de garantie, une police d'assurance et les honoraires du prêteur. Tel qu'il avait l'option de le faire en vertu du stratagème, M. Maréchaux a exercé son droit de céder au prêteur le dépôt de garantie et la police d'assurance afin de s'acquitter entièrement de la dette.

2.2. LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT[8]

En décidant que M. Maréchaux n'avait pas fait un « don », dont le sens n'est pas défini à l'article 118.1 L.I.R., la juge Woods a adopté la définition donnée par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *La Reine* c. *Friedberg* : « […] un don est le transfert volontaire du bien d'un donateur à un donataire, en échange duquel le donateur ne reçoit pas d'avantage ni de contrepartie »[9].

La juge de la Cour canadienne de l'impôt a établi que M. Maréchaux n'avait pas fait de « don » parce qu'il avait fait le paiement à l'organisme en s'attendant à recevoir, et qu'il avait effectivement reçu, un avantage important, soit un prêt sans intérêt de 80 000 $ remboursable sur 20 ans. Elle a par conséquent rejeté l'appel du contribuable.

2.3. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La Cour d'appel fédérale a également rejeté l'appel de M. Maréchaux, ne retenant aucune des erreurs que ce dernier a soulevées à l'encontre du jugement de première instance.

M. Maréchaux plaidait entre autres le fait qu'un avantage accordé en contrepartie d'un paiement n'empêchait pas le paiement d'être un don si cet

---

8 2009 CCI 587.

9 92 D.T.C. 6021, 6032 (C.A.F.).

avantage était fourni par le donataire, ce qui n'était pas le cas ici, le prêt sans intérêt ayant été consenti par un prêteur non lié.

La Cour, faisant remarquer que l'appelant n'avait cité aucune source pour appuyer ses dires, a conclu qu'il n'y avait aucune raison de principe, dans le présent contexte, pour ne pas tenir compte d'un avantage simplement parce qu'il avait été consenti par un tiers, surtout lorsque, comme ici, le « don » était assujetti à la condition qu'un avantage soit accordé.

Par ailleurs, en réponse aux prétentions de M. Maréchaux voulant que le prêt sans intérêt ne constituait pas un avantage important, la Cour s'est dite d'avis contraire :

> « […] Il nous semble évident qu'une personne qui dispose d'argent emprunté, remboursable [dans] vingt ans, sans avoir à payer d'intérêt, a reçu un avantage important. Le prêt sans intérêt en l'espèce a permis à M. Maréchaux de transférer 100 000 $ à l'organisme sans avoir à utiliser plus de 30 000 $ de ses propres biens ni à payer l'intérêt sur un prêt commercial pour le reste[10]. »

Enfin, M. Maréchaux demandait, en dernier recours, que le crédit d'impôt lui soit au moins accordé sur la portion du « don » qu'il avait versé comptant, soit 20 000 $. La Cour a rejeté cette demande, reprenant les propos de la juge de première instance qui concluait qu'il n'y avait en l'espèce qu'un seul arrangement et qu'aucune partie de cet arrangement ne pouvait être considérée comme un don que l'appelant avait effectué sans s'attendre à quoi que ce soit en échange.

2.4. COMMENTAIRES

La demande de permission d'en appeler à la Cour suprême du Canada présentée par M. Maréchaux a été rejetée le 9 juin 2011.

D'autre part, la Cour canadienne de l'impôt a pris en délibéré l'affaire *Kossow* v. *The Queen*[11], le premier dossier soumis dans le cadre du projet « Ideas Canada Foundation », un autre stratagème de dons financés par emprunt. Il sera intéressant de voir si la Cour canadienne de l'impôt suit les enseignements de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Maréchaux* ou s'en écarte sur des questions factuelles ou autres.

---

10 *Maréchaux*, précité, note 7, par. 9.

11 2005-1974 (IT) G.

3. L'AFFAIRE *CANADA* C. *JOHN H. CRAIG*[12]

La solution des litiges dont fait l'objet l'article 31 L.I.R. concernant la déduction de pertes agricoles est régie depuis 1978 par l'interprétation faite de cette disposition par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Moldowan* c. *Canada*[13]. Cependant, une décision de la Cour d'appel fédérale, l'affaire *Gunn* c. *Canada*[14], est venue brouiller les cartes en préconisant une interprétation plus « souple » d'une partie des dispositions de l'article 31 L.I.R. Laquelle de ces deux décisions doit prévaloir?

3.1. LES FAITS

M. Craig est avocat depuis puis de 35 ans. Au cours des deux années en litige, soit 2000 et 2001, M. Craig tirait la majeure partie de ses revenus de sa pratique du droit (revenus nets de 770 423 $ et 646 600 $). Il avait également des revenus de placements importants (372 732 $ et 129 331 $). De plus, il exploitait une entreprise qui se consacrait à l'achat, à la vente et à l'élevage de chevaux ainsi qu'à des activités relatives aux courses de chevaux. Cette entreprise était exploitée à perte depuis plusieurs années (pertes de 222 642 $ en 2000 et de 205 655 $ en 2001).

Pendant les années en litige, M. Craig a facturé 900 et 1 300 heures, en plus de consacrer 221 et 197 heures pour l'administration, alors qu'il a consacré environ 600 heures par année à son entreprise agricole.

M. Craig a reconnu qu'il comptait sur son revenu tiré de la pratique du droit et sur son revenu de placements pour subvenir à ses besoins. Il a fait beaucoup d'investissements à son exploitation agricole, mais encore là, ce sont les sources de revenus susmentionnées qu'il utilisait pour financer ses activités de courses de chevaux. De plus, le capital placé dans son portefeuille d'actions était plus élevé que le capital investi dans son entreprise de chevaux, abstraction faite des coûts annuels visant à couvrir les déficits d'exploitation.

Enfin, M. Craig n'avait pas de plan écrit afin de démontrer que son exploitation agricole avait des chances raisonnables d'être rentable, et ce, de façon continue, pour qu'elle puisse devenir une source principale de revenus

---

12 2011 CAF 22 (« *Craig* »).

13 [1978] 1 R.C.S. 480 (« *Moldowan* »).

14 2006 CAF 281 (« *Gunn* »).

ou un moyen de gagner sa vie. Il a d'ailleurs reconnu qu'avant, pendant et après les années en litige, c'est sa pratique du droit qui constituait sa principale profession et son principal gagne-pain.

Le ministre a reconnu que l'exploitation de chevaux de M. Craig constituait une entreprise, mais a appliqué l'article 31 L.I.R. pour limiter ses pertes déductibles durant les années en litige à 8 250 $.

3.2. LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT[15]

L'article 31 L.I.R. prévoit qu'un contribuable ne peut déduire la totalité de ses pertes agricoles si son revenu « ne provient principalement ni de l'agriculture ni d'une combinaison de l'agriculture ou de quelqu'autre source ».

L'appelant a admis que l'agriculture, à elle seule, ne constituait pas sa principale source de revenus. La Cour devait donc déterminer si l'agriculture pouvait constituer sa principale source de revenus en combinaison avec une autre source.

Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a fait ressortir la dichotomie qui existe quant à l'interprétation donnée au critère de la combinaison par la Cour suprême dans l'arrêt *Moldowan*, et celle donnée subséquemment par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Gunn*.

En vertu de l'arrêt *Moldowan*, le critère est d'application plus restrictive, puisqu'il exige que l'agriculture soit la principale source de revenus en combinaison avec une source **secondaire** de revenus. En d'autres mots, l'agriculture doit toujours être prédominante[16].

Par contre, l'affaire *Gunn* semble donner une interprétation moins stricte de l'exigence de la combinaison :

> « […] la question de la combinaison doit être interprétée de manière à n'exiger qu'un examen de l'effet cumulatif du total du capital investi dans l'agriculture et dans une deuxième source de revenu, du total du revenu tiré de l'agriculture et d'une deuxième source de revenu, et du total du temps consacré à l'agriculture et à la seconde source de revenu, compte tenu du mode de vie

---

15 *Craig* c. *La Reine*, 2009 CCI 617.

16 *Id*., par. 49.

> ordinaire du contribuable, de son expérience de l'agriculture, enfin de ses intentions et de ses attentes […][17]. »

Plutôt que de donner prédominance à une interprétation plutôt qu'à une autre, le juge de la Cour canadienne de l'impôt tente tant bien que mal de réconcilier les deux décisions, pour en arriver à la conclusion suivante :

> « Je suis d'avis que le critère à suivre est donc le suivant : le mode d'exploitation du contribuable comporte-t-il dans une mesure suffisante un engagement, un degré de commercialité et des possibilités de profit pour être reconnu comme une principale source, selon les critères consacrés par l'arrêt *Moldowan* quant à l'engagement et à la rentabilité[18]? » (Notre soulignement)

Appliquant ensuite ce critère aux faits de la présente cause, le juge en vient à la conclusion que M. Craig devrait avoir gain de cause. Il prend cependant la peine d'ajouter que s'il se trompait sur le critère à appliquer, il devait quand même accueillir l'appel puisque selon lui, les faits de la présente cause ne pouvaient être distingués de ceux de l'affaire *Gunn*.

3.3. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE[19]

En appel, le ministre reproche essentiellement à la Cour canadienne de l'impôt d'avoir invoqué l'arrêt *Gunn* comme fondement principal de sa conclusion, faisant valoir que cet arrêt est incompatible avec la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Moldowan* où, rappelons-le, la Cour a jugé qu'un contribuable ne peut combiner qu'un revenu provenant de l'agriculture et une quelque autre source de revenu **accessoire** afin d'éviter l'application de l'article 31 L.I.R.

Selon le ministre, la Cour d'appel, dans l'arrêt *Gunn*, a omis de suivre la décision *Moldowan*, violant ainsi le principe du *stare decisis*, qui veut qu'une cour d'appel intermédiaire soit liée par les décisions de la Cour suprême du Canada. Par conséquent, allègue le ministre, l'affaire *Gunn* est une décision erronée et ne devrait pas être suivie.

En désaccord sur ces prétentions, la Cour se réfère au principe général formulé dans l'arrêt *Miller* c. *Canada*[20], selon lequel dans l'intérêt de la

---

17 *Id*., par. 51, citant *Gunn*, précité, note 14, par. 83.

18 *Id.*, par. 72.

19 *Craig*, précité, note 12.

20 2002 CAF 370 (« *Miller* »).

stabilité jurisprudentielle et de la certitude en droit, une formation de la Cour d'appel est normalement liée par ses décisions antérieures.

Selon l'arrêt *Miller*, ce principe général ne s'applique pas lorsqu'une décision antérieure a été rendue sans égard à un précédent qui aurait dû être respecté. Selon la Cour, cette exception ne peut s'appliquer à l'arrêt *Gunn*, puisque la juge Sharlow, s'exprimant au nom de la Cour, a longuement examiné l'arrêt *Moldowan* et a adopté en grande partie son cadre analytique. Elle s'en est cependant éloignée sur l'aspect « combinaison » en faisant ressortir les lacunes de l'interprétation donnée par la Cour suprême, qui rendent difficile l'application de l'article 31 L.I.R. et sur sa tendance à produire des résultats arbitraires.

La Cour fait également ressortir que la juge Sharlow a basé sa décision dans l'arrêt *Gunn* sur des décisions rendues par la Cour suprême postérieurement à l'arrêt *Moldowan* en matière d'interprétation de la loi, plus particulièrement sur les mises en garde contre le danger d'ajouter à un texte législatif (dans ce cas-ci, exiger que l'agriculture soit l'occupation principale du contribuable, l'autre revenu constituant une source accessoire) et de ne pas donner au libellé d'une loi fiscale une interprétation simple. Somme toute, la Cour d'appel fédérale conclut que la décision *Gunn* n'a pas été rendue en ignorant un précédent dont elle aurait dû tenir compte.

De plus, en tenant pour acquis que la Cour d'appel puisse s'écarter d'une de ses décisions antérieures qu'elle juge manifestement erronée, elle n'est pas persuadée que la cause *Gunn* constitue ce type de décision. Elle n'est donc pas convaincue que la Cour canadienne de l'impôt a eu tort d'appliquer au cas de M. Craig le critère d'interprétation plus souple et généreux de l'arrêt *Gunn*. La Cour d'appel est d'avis qu'il ne s'agit pas d'une décision contenant une erreur manifeste et dominante qui justifierait l'intervention de la Cour. Elle fait cependant remarquer que les faits constituent un cas limite et qu'elle n'aurait peut-être pas rendu la même décision que le juge de première instance.

3.4. COMMENTAIRES

La demande de permission du ministre d'en appeler en Cour suprême a été accordée au printemps 2011. Il sera intéressant de voir si la Cour maintiendra l'interprétation qu'elle a donnée de l'article 31 L.I.R. ou si, à la lumière des arrêts rendus depuis, elle reviendra sur son interprétation stricte qui remonte à déjà plus de 30 ans.

Comme l'a souligné la Cour d'appel :

> « […] la Cour suprême du Canada n'écartera pas la décision d'une cour d'appel intermédiaire au motif que celle-ci n'a pas suivi le principe du *stare decisis*. Lorsque la Cour suprême accorde l'autorisation d'interjeter appel, la question soumise sera plutôt de savoir si la décision du tribunal d'instance inférieure est compatible avec le droit substantiel, y compris les arrêts de la Cour suprême, ou si la Cour suprême devrait modifier sa propre jurisprudence sur le point examiné[21]. »

Cette décision à venir devrait susciter l'intérêt d'un vaste auditoire puisque l'article 31 L.I.R. reste une disposition de la loi faisant l'objet d'un nombre important de litiges.

4. L'AFFAIRE *CHAGNON* C. *LA REINE*[22]

Cette affaire découle de la vente en 2000 du Groupe Vidéotron ltée (« Vidéotron ») à Quebecor Média inc. (« Quebecor ») par la famille Chagnon, ainsi que l'offre concurrente non retenue de Rogers Communications inc. (« Rogers »).

Les principales questions à trancher dans ce litige portent sur l'étendue et l'application de la déduction prévue à l'alinéa 8(1)b) L.I.R. dont peut se prévaloir un employé relativement aux frais judiciaires liés à son salaire.

4.1. LES FAITS

En janvier 2000, M. Claude Chagnon a été nommé président et chef de la direction de Vidéotron. Dans le cadre de son régime salarial, on lui a accordé des options d'achat d'actions de Vidéotron, en plus de celles qu'il possédait déjà. Les parties s'entendaient pour dire que les nouvelles options accordées étaient liées à l'emploi de M. Chagnon et plus particulièrement à sa nomination au poste de président et chef de la direction.

En octobre 2000, le régime d'options d'achat d'actions de Vidéotron a été modifié pour permettre qu'à la levée de l'option un employé puisse plutôt choisir de recevoir un salaire additionnel équivalant à l'écart entre la JVM de l'action et le prix de levée de l'option.

À la suite de l'acquisition de Vidéotron par Quebecor, Claude Chagnon a choisi de recevoir un salaire additionnel de Vidéotron, conformément au

---

21 *Craig*, précité, note 12, par. 20.

22 2011 CCI 288 (« *Chagnon* »).

régime modifié d'options d'achat d'actions. Il a ainsi reçu une rémunération additionnelle totalisant plus de 23 M$.

Les frais judiciaires réclamés par M. Chagnon sont afférents à la défense de celui-ci dans le cadre d'une action en justice intentée contre lui par Vidéotron et Quebecor qui cherchaient à recouvrer ce montant de 23 M$ en faisant valoir que M. Chagnon avait eu de l'information privilégiée concernant l'intérêt que manifestait Rogers à l'égard de Vidéotron au moment où les options ont été octroyées et qu'il avait manqué à son devoir de loyauté envers Vidéotron.

Vidéotron et Quebecor ont été déboutées de leur action, la Cour supérieure du Québec ayant conclu que les conditions du régime de rémunération de M. Chagnon, y compris les options, étaient celles qu'avait proposées un directeur indépendant agissant selon les conseils d'experts, et que M. Chagnon avait accepté ces conditions sans négociation.

4.2. LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT

L'alinéa 8(1)b) L.I.R. prévoit qu'un employé peut déduire les sommes payées « pour recouvrer le traitement ou salaire qui lui est dû » ou « pour établir un droit à ceux-ci ».

La Cour devait premièrement déterminer si cette déduction s'étendait aux frais engagés par un employé se défendant dans le cadre d'une action intentée contre lui par un employeur qui cherche à recouvrer une partie du salaire déjà reçu par l'employé.

Pour répondre à cette question, la Cour s'est référée à une opinion exprimée par la juge Woods dans la décision *Fenwick* c. *La Reine*[23] selon laquelle l'alinéa 8(1)b) L.I.R. ne visait pas que des frais engagés relativement à un salaire qui n'était pas encore versé :

> « [25] L'interprétation restreinte du mot "dû" proposée par l'intimée me préoccupe parce qu'il est difficile de voir pourquoi le législateur voudrait faire une distinction selon que la rémunération a été payée ou qu'elle ne l'a pas été. Dans ce contexte, il semble plus sensé d'interpréter le mot "dû" comme étant l'équivalent du mot "gagné"[24]. »

---

[23] 2008 CCI 243 (« *Fenwick* »).

[24] *Id.*, par. 25, cité dans *Chagnon*, précité, note 22, par. 11.

La Cour canadienne de l'impôt a souscrit aux remarques incidentes de la juge Woods dans la cause *Fenwick*, selon lesquelles l'alinéa 8(1)b) L.I.R. peut, sinon doit être interprété comme comprenant les frais engagés par un employé afin de conserver un salaire lui ayant déjà été versé, dans un cas où un employé fait face à une action en justice visant à recouvrer le montant de ce salaire. Selon la Cour, dans un tel cas, la question porte toujours sur le droit légal de l'employé à ce salaire et l'employé cherche à faire établir ce droit.

La Cour s'est ensuite demandé si l'action intentée contre M. Chagnon visait à recouvrer un salaire lui ayant été versé à titre d'employé.

Selon la Cour, même si Vidéotron et Quebecor s'appuyaient, dans leur action, sur des dispositions de la *Loi sur les valeurs mobilières*[25] et du *Code civil du Québec*[26] sur l'interdiction d'utiliser des informations privilégiées, il est clair que la réclamation des demandeurs ne cherchait qu'à recouvrer le montant même de la rémunération versée à M. Chagnon.

En effet, la demande en justice portait uniquement sur les options d'achat ayant été accordées à M. Chagnon au moment de sa nomination à titre de président et chef de la direction, options qui faisaient clairement partie de sa rémunération, laquelle a été établie de façon indépendante. La réclamation ne visait aucunement les options d'achat que M. Chagnon avait déjà avant sa nomination et qu'il aurait pu échanger à la suite de l'obtention d'informations privilégiées.

4.3. COMMENTAIRES

La question de savoir si la portée de l'alinéa 8(1)b) L.I.R. s'étend à un cas comme celui-ci n'a jamais été tranchée par une cour d'appel. Bien que la décision *Fenwick* ait été confirmée par la Cour d'appel fédérale[27], cette question précise, bien que soulevée, est restée sans réponse :

> « [8] La question de savoir si l'alinéa 8(1)*b*) s'applique aussi aux frais judiciaires ou extrajudiciaires engagés par une personne poursuivie par un employeur ou un ancien employeur qui sollicite le remboursement d'un salaire ou de traitements pays en trop n'a pas encore été tranchée. Aux fins du présent

---

25 L.R.Q., c. V-1.1.

26 L.Q. 1991, c. 64.

27 *Fenwick* c. *Canada*, 2008 CAF 370.

> appel, je présumerai, sans statuer sur la question, que l'alinéa 8(1)*b*) pourrait s'appliquer dans ces circonstances[28]. »

La question demeure donc ouverte, quoique l'*obiter* de la Cour d'appel semble indiquer que des frais engagés dans ce contexte seraient déductibles, comme l'a décidé la Cour canadienne de l'impôt dans la présente affaire.

[28] *Id.*, par. 8.

SUJETS DE L'HEURE EN ASSURANCES DE PERSONNES



Éric La Charité
Avocat, M. Fisc., Pl. Fin., TEP
Directeur, techniques avancées
de planification
Financière Sun Life

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 31:3

1. COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL ET ASSURANCE CRÉDIT 31:3

2. RÉGIME D'ASSURANCE COLLECTIVE CONTRE LA MALADIE OU LES ACCIDENTS ASSORTIE D'UNE GARANTIE DE REMBOURSEMENT DE PRIMES 31:9

3. DON DE BIENFAISANCE ET ASSURANCE VIE ASSORTIE D'UNE GARANTIE DE REMBOURSEMENT DE PRIMES 31:11

4. EFFET DU PARAGRAPHE 70(5.3) L.I.R. À L'ÉGARD DU PARAGRAPHE 104(4) L.I.R. 31:13

5. CONSERVATION DES DROITS ACQUIS ET PARAGRAPHE 112(3) L.I.R. 31:15

6. CITOYEN AMÉRICAIN ET CONTRAT D'ASSURANCE ACQUIS D'UNE COMPAGNIE CANADIENNE 31:16

7. CONJOINT ET DÉSIGNATION DE BÉNÉFICIAIRE 31:18

7.1. AFFAIRE *COUTURE* C. *DESJARDINS SÉCURITÉ FINANCIÈRE, COMPAGNIE D'ASSURANCE-VIE* 31:18

7.2. AFFAIRE *DROIT DE LA FAMILLE – 11696* 31:19

CONCLUSION 31:21

INTRODUCTION*

Contrairement aux années antérieures, les interprétations techniques concernant les produits d'assurance de personnes ont été moins nombreuses cette année. Malgré cela, les sujets qui ont été analysés méritent que nous les mettions en évidence tant pour l'importance de ceux-ci que pour connaître la toute dernière position des autorités fiscales. Nous terminerons en soulignant deux récentes décisions judiciaires en matière de désignation de bénéficiaires.

1. COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL ET ASSURANCE CRÉDIT

L'an dernier dans le cadre du congrès de l'Association de planification fiscale et financière (« APFF »), M^me^ Diane Hamel a traité de ce sujet[1] en passant en revue le jugement rendu par la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Innovative Installation inc*. c. *La Reine*[2]. Dans cette cause, la Cour avait conclu que la société Innovative Installation (« Innovative ») avait « reçu » le produit d'assurance vie versé par Sun Life à la Banque Royale du Canada (« RBC ») étant donné que le solde du prêt qu'elle devait à la RBC avait été réduit et que son avoir net s'était ainsi accru. Lors du calcul de son compte de dividendes en capital (« CDC »), Innovative était donc en droit de tenir compte du capital-décès reçu par la RBC en vertu de la police d'assurance vie. Cette décision a été portée en appel. Le 27 octobre 2010, la Cour d'appel fédérale a confirmé cette décision[3].

Revoyons brièvement les faits. La société privée Innovative a emprunté des fonds auprès de la RBC. Dans le cadre de cette transaction, la RBC était preneur et bénéficiaire d'une police d'assurance vie collective de protection des créanciers auprès de Sun Life sur la vie du dirigeant d'Innovative. Les primes mensuelles d'assurance étaient payées par Innovative. Au décès de

---

* Le présent texte a pour objet de donner des renseignements généraux. Il ne représente pas une opinion juridique ou fiscale de la Financière Sun Life. Avant d'agir sur la foi des renseignements présentés dans le présent texte ou avant de recommander à un client quelque plan d'action que ce soit, le lecteur ou le client doit avoir recours aux services d'un professionnel qui fera un examen approfondi de sa situation sur le plan juridique, comptable et fiscal.

1 Diane HAMEL, « Pot-pourri en produits financiers », dans *Congrès 2010*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2011, pp. 37:1-22.

2 C.C.I. n^o^ 2008-724 (IT) G, 12 novembre 2009, 2009 CCI 580.

3 2010 CAF 285 (« *Innovative Installation* »).

l'assuré, la RBC a reçu la prestation d'assurance. Conformément à l'entente de prêt et à l'arrangement d'assurance, la RBC utilisa les fonds reçus pour rembourser le prêt dû par Innovative à ce moment. Sur le plan fiscal, Innovative a inclus dans le calcul de son CDC le montant ainsi versé par Sun Life à la RBC.

L'enjeu du débat était de savoir si, lors du calcul de son CDC, Innovative pouvait tenir compte du montant de la prestation de décès reçue par la RBC en vertu de la police d'assurance vie collective de protection des créanciers.

Au paragraphe 89(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[4], la définition de « compte de dividendes en capital » prévoit qu'une société peut ajouter lors du calcul de son CDC :

> « *d*) L'excédent éventuel du total des montants suivants :
>
> […]
>
> (ii) les montants dont chacun représente le produit d'une police d'assurance-vie dont la société n'était pas bénéficiaire au plus tard le 28 juin 1982 que la société a reçu au cours de la période et après le 23 mai 1985 par suite du décès d'une personne,
>
> sur le total des montants dont chacun représente le coût de base rajusté (au sens du paragraphe 148(9)) d'une police visée au sous-alinéa (i) ou (ii) pour la société immédiatement avant le décès de cette personne; […]. » (Notre soulignement)

À l'appui de son appel, la Couronne a fait valoir deux arguments principaux à savoir que le juge de la Cour canadienne de l'impôt aurait commis une erreur en concluant :

1) que le CDC d'Innovative incluait le produit de la police d'assurance vie collective car il aurait ainsi omis de tenir compte de la forme des opérations pour accorder plutôt de l'importance à la réalité économique de la situation;

2) qu'il s'agissait d'un cas de réception implicite alors qu'Innovative a simplement bénéficié du produit de la police. Puisque Innovative n'avait

---

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

pas antérieurement de créance quant au produit de la police, cette notion de réception implicite n'était pas indiquée en l'espèce.

La Cour d'appel fédérale a confirmé la décision de la Cour canadienne de l'impôt en jugeant qu'à l'égard d'Innovative, la RBC était simplement l'intermédiaire par lequel le produit d'assurance a été transmis. La Cour d'appel répond de la façon suivante à l'égard du premier argument :

> « La conclusion du juge est compatible avec les modalités du contrat entre la RBC et la Sun Life, et entre la RBC et Innovative. Une fois que la Sun Life avait versé le produit de la police à la RBC conformément à la police, la RBC était tenue de l'appliquer au bénéfice d'Innovative en remboursant le prêt. Le juge a souligné à juste titre qu'il aurait été incongru de conclure qu'Innovative n'avait pas "reçu" le produit parce qu'elle avait souscrit l'assurance par l'entremise de la RBC, mais l'aurait "reçu" si elle avait souscrit l'assurance *directement* auprès de la Sun Life. L'alinéa 89(1)d) n'exige pas qu'une société reçoive le produit directement de l'assureur ou qu'elle soit désignée comme bénéficiaire de la police. Elle n'avait qu'à avoir "reçu" le produit par suite du décès de M. Peacock[5]. »

Elle rejette également l'autre argument en mentionnant ceci :

> « Nous ne partageons pas cet avis. Même si la Sun Life était tenue par contrat de verser le produit à la RBC, la RBC était contractuellement tenue par les modalités de la police d'assurance collective de créditer le produit à Innovative en remboursant le solde du prêt. Innovative aurait pu poursuivre la RBC dans le cas où elle aurait omis d'appliquer le produit de la police et, si nécessaire, aurait vraisemblablement pu se joindre à la RBC dans le cadre d'une action à l'encontre de la Sun Life si celle-ci omettait de verser le produit de la police à la RBC au décès de M. Peacock[6]. »

Dans son argumentation, la Couronne soutenait que le maintien de la décision de la Cour canadienne de l'impôt pouvait faire en sorte que la RBC et Innovative puissent tous les deux être considérés comme bénéficiaires du produit de la police, l'un à titre de bénéficiaire de l'assurance et l'autre pour avoir « reçu » implicitement la prestation d'assurance. Tous les deux pourraient donc être en mesure de demander le même crédit au CDC.

---

5 *Innovative Installation*, précité, note 3, par. 9.

6 *Id*., par. 11.

À cet égard, la Cour d'appel fédérale conclut ainsi : « Cette préoccupation n'est pas fondée. Aux fins du sous-alinéa 89(1)d)(ii), il n'y avait qu'un seul bénéficiaire du produit de la police : Innovative[7]. »

À la suite de ce jugement, dans le cadre d'une interprétation technique de juillet 2011, l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») a annoncé qu'elle se conformera à la décision de la Cour d'appel fédérale en présence de situations factuelles semblables :

> « Dans des situations factuelles semblables à l'affaire Innovative, l'ARC appliquera la position adoptée par la Cour dans cette affaire.
>
> Par conséquent, dans une situation où une société peut démontrer qu'un produit d'assurance-vie qui a été payé directement à une institution financière a réduit la dette que cette société avait envers l'institution financière, le produit d'assurance-vie sera considéré comme "reçu" par cette société aux fins de l'application du sous-alinéa d)(ii) de la définition du CDC au paragraphe 89(1)[8]. »

L'ARC a également ajouté[9] que le paragraphe 6 du *Bulletin d'interprétation* IT-430R3[10] sera modifié en conséquence à la première occasion.

En mai 2011, lors de la table ronde de l'Institut des comptables agréés de l'Alberta, l'ARC avait également fait part de son intention de se conformer à cette décision :

> « In light of the FCA decision in Innovative Installation, it is now the CRA's position that, to the extent that the other conditions in the CDA definition in subsection 89(1) are met, a corporation may increase its CDA balance by the life insurance component if it is able to demonstrate that the proceeds of a life insurance policy were paid directly to a financial institution and the institution

---

7 *Id*., par. 12.

8 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2011-0401991E5, 4 juillet 2011.

9 *Id*.

10 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-430R3, « Produit d'une assurance vie que reçoit une société privée ou une société de personnes par suite d'un décès », 2 décembre 2002.

> reduced the debt of the corporation under contract between the corporation and the institution[11]. »

Par conséquent, dans la mesure où les autres conditions de la définition de CDC au paragraphe 89(1) L.I.R. sont respectées, une société pourra prendre en compte lors du calcul de son CDC un montant correspondant à la prestation d'assurance[12] si elle peut démontrer que celle-ci a été payée directement à une institution financière et que cette dernière a réduit la dette de la société conformément au contrat entre elle et la société.

Lors de cette même table ronde[13], l'ARC a également précisé que sa position était rétroactive à la date du jugement de la Cour d'appel fédérale rendu le 27 octobre 2010. L'ARC poursuit en mentionnant que, sur le plan administratif, aucun rajustement rétroactif au calcul du CDC d'une société pour une année antérieure ni aucune modification à l'égard d'un dividende imposable déjà cotisé selon le paragraphe 184(3) L.I.R. ne seront permis. Pour respecter l'aspect rétroactif de sa position, l'ARC propose plutôt que le solde du CDC soit rajusté de façon que le montant d'assurance vie « reçu »[14] avant cette date dans le cadre d'une situation factuelle similaire ou identique à la décision *Innovative Installation* soit pris en compte afin d'augmenter le solde du CDC au 27 octobre 2010 ou après cette date[15].

Certains fiscalistes se sont demandé si la portée de ce jugement de la Cour d'appel fédérale permettrait de combler une lacune dans la définition du CDC du paragraphe 89(1) L.I.R. En effet, lorsqu'une fiducie reçoit une prestation d'assurance vie à la suite d'un décès et qu'elle distribue ce

---

[11] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2011-0401431C6, 3 mai 2011.

[12] Moins le coût de base rajusté (« CBR »).

[13] AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 11.

[14] Moins le CBR.

[15] AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 11. À cet égard, les mots utilisés par l'ARC sont les suivants :

> « The application of this position is effective as of October 27, 2010 (the date of the FCA's decision) and is limited to fact situations that are similar or identical to the Innovative Installation decision. The CRA will not retroactively adjust the CDA of a corporation for a prior year, nor reverse a taxable dividend that was previously assessed under subsection 184(3). Rather, the CDA balance will be adjusted so that the prior year insurance amount would increase the balance in the CDA on or after October 27, 2010. »

montant à une société privée à titre de bénéficiaire de cette fiducie, cette société ne peut en tenir compte dans le calcul de son CDC. En 2009, la Conference for Advanced Life Underwriting (« CALU »)[16] avait d'ailleurs fait des recommandations au ministère des Finances afin de régler ce problème.

La réponse à cette interrogation est venue le 20 mai 2011[17] lors de la table ronde de l'Association canadienne des compagnies d'assurances de personnes (« ACCAP »). Nous vous faisons grâce de la description des faits soumis aux fins de cette question. L'ARC devait déterminer si, aux fins du calcul du CDC, une société pouvait être reconnue comme ayant implicitement reçu le montant d'assurance qui a été encaissé par la fiducie puis attribué par cette dernière à la société à titre de bénéficiaire de la fiducie.

L'ARC mentionne clairement qu'elle n'entend pas étendre l'application du jugement de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Innovative Installation* à une telle situation :

> « In our view, the Innovative Installation decision did not extend the concept of constructive receipt or create a new, broader meaning of the word "received", under which a taxpayer could be considered as having received an amount to which he is not otherwise entitled under the terms of a life insurance policy. More specifically, in that case, the judge concluded that the proceeds of the policy had been constructively received by Innovative Installation Inc. since the bank was contractually bound by the terms of the group creditor life insurance policy to credit the taxpayer by discharging the balance of the loan.
>
> Because of the particularity of group creditor life insurance policies, we are of the opinion that this decision is limited in its application to similar situations involving this type of insurance policy. Consequently, we do not believe that it would apply to the situation described above. »

---

16 CALU, Special Articles and Bulletins, « Transfer of a Life Policy and Capital Dividend Account: CALU recommendations to Finance 2009 », 12 mai 2009.

17 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2011-0399771C6, 20 mai 2011; « 2011 CLHIA Tax Officers Annual Conference: CRA Roundtable », dans *CALU INFOexchange 2011*, vol. 2, 21 juin 2011, p. 10.

2. RÉGIME D'ASSURANCE COLLECTIVE CONTRE LA MALADIE OU LES ACCIDENTS ASSORTIE D'UNE GARANTIE DE REMBOURSEMENT DE PRIMES

Deux scénarios de régimes d'assurance collective contre la maladie et les accidents ont été soumis à l'ARC[18]. Dans le premier, un employeur consent à payer les primes à l'égard de polices d'assurance invalidité pour chaque employé d'une catégorie particulière tant et aussi longtemps que cet employé demeure au service de la société. L'employé couvert achète une police individuelle qui lui fournit le niveau de couverture qui a été déterminé par l'employeur et destiné aux employés d'une catégorie particulière de salariés.

Le deuxième scénario est semblable au premier à la différence que les contrats individuels d'assurance invalidité comportaient une caractéristique supplémentaire sous la forme d'une garantie de remboursement de primes, c'est-à-dire qu'un montant équivalent à la totalité des primes déboursées en vertu de la police pouvait être payé à l'assuré à l'expiration de la police.

Dans un premier temps, l'ARC devait déterminer si les ententes décrites dans chacun des scénarios pouvaient se qualifier à titre de régime d'assurance collective contre la maladie et les accidents aux fins du sous-alinéa 6(1)a)(i) L.I.R. Elle répond positivement dans le cas du premier scénario :

> « As we have stated previously, it is possible for individual policies owned by the employees to combine to form a common plan and be considered a GSAI plan provided each employee within a particular class or group of employees is eligible to receive the same benefits under the plan and has the same ratio of employee and employer-paid premiums. In our view the first hypothetical plan you have described would meet these criteria to be a GSAI plan. »

Par contre, le deuxième scénario ne peut se qualifier à ce titre :

> « It is our current view that for purposes of paragraph 6(1)(a) of the Act, a GSAI plan does not include any plan or contract of insurance that provides benefits other than sickness or accident insurance benefits. Thus, where a contract of insurance could provide other benefits to employees, such as a return of premiums where there has been no adverse event, the contract of insurance will not qualify to be part of a GSAI plan. In our view the individual insurance

[18] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2009-0314871E5, 3 mars 2011.

> contracts in the second scenario you have described will not qualify as a GSAI plan for purposes of paragraph 6(1)(a) of the Act. »

Dans ce dernier cas, l'employé devra inclure dans ses revenus[19] le montant de la prime payée par l'employeur à moins qu'il en assume personnellement le paiement.

La deuxième question à laquelle l'ARC devait répondre était de savoir si un avantage pourrait être imposé entre les mains de l'employé au moment où il cessait son emploi. L'ARC reconnaît qu'il n'y aura aucun avantage imposable pour l'employé dans le cadre du premier scénario si, à compter de la cessation d'emploi, l'employé assume la responsabilité du paiement des primes qui étaient déboursées par l'employeur jusqu'à cette date. Par contre, dans le cas où l'employeur aurait déjà payé toutes les primes du contrat avant le début de la retraite du salarié de manière qu'il y ait un préprovisionnement des primes à l'égard d'une période au cours de laquelle l'employé ne travaille plus pour l'employeur et qu'aucune couverture en vertu d'un régime d'assurance collective contre la maladie et les accidents n'est offerte par l'employeur, l'employé serait alors présumé avoir bénéficié d'un avantage imposable au moment de la retraite. Voici les termes exacts utilisés dans la réponse de l'ARC :

> « Where a GSAI plan, such as the one described in your first scenario, does not provide for any employer coverage after the termination of employment and the employee simply assumes the responsibility for payment of the premiums at that time, the individual insurance contract of the retired employee would cease to form part of the GSAI plan. Generally, in a standard contract of sickness or accident insurance for purposes of 6(1)(a) of the Act, we would not expect a benefit to the employee to result from the withdrawal of the insurance contract from the GSAI plan. However, there may be situations where a benefit could arise. For example, if the arrangement is structured such that the employer pays all premiums before the employee's retirement such that there is pre-funding of premiums for post-retirement periods when the contract of insurance would no longer form part of the GSAI plan, the employee would be in receipt of a taxable benefit at the time of retirement. »

Quant au deuxième scénario non reconnu comme étant un régime d'assurance collective contre la maladie et les accidents à cause de la possibilité d'un remboursement de primes à l'assuré, l'ARC précise également qu'il n'y aurait aucun avantage imposable pour l'employé au moment de la retraite : « Accordingly, in the second scenario there would be no taxable benefit to the employee resulting from the assumption of

---

[19] Selon l'alinéa 6(1)a) L.I.R.

responsibility for the payment of premiums on the contract of insurance at the time of retirement. »

En 2004, lors de la table ronde sur les services financiers du congrès de l'APFF[20], l'ARC a reconnu que, dans certains cas, des polices individuelles d'assurance contre les maladies graves et de soins de longue durée destinés aux employés d'une certaine catégorie peuvent faire partie d'un régime d'assurance collective contre la maladie ou les accidents. Les commentaires de l'ARC énoncés plus haut pourraient donc s'appliquer également à un régime groupé concernant ces types d'assurances.

3. DON DE BIENFAISANCE ET ASSURANCE VIE ASSORTIE D'UNE GARANTIE DE REMBOURSEMENT DE PRIMES

En mai 2011, deux scénarios ont été soumis à l'ARC afin de déterminer si un organisme de bienfaisance pouvait établir un reçu de don de bienfaisance pour un montant correspondant aux primes payées par le contribuable à l'égard d'une police d'assurance vie assortie d'une garantie de remboursement de primes dont l'organisme était titulaire.

Les faits hypothétiques à la base des deux scénarios soumis à l'ARC se résument comme suit[21]. Un organisme de bienfaisance est titulaire d'un contrat d'assurance vie universelle. Au décès de l'assuré, le capital-décès payable en vertu de cette police est le montant de la couverture de base de 100 000 $ plus toutes les primes payées jusqu'à la date du décès. L'assuré est la personne qui a donné cette police à l'organisme de charité ainsi que le payeur des primes.

Dans le premier scénario, l'organisme de bienfaisance est le bénéficiaire de la totalité de la prestation d'assurance payable au décès, soit le capital-décès de base de 100 000 $ plus les primes payées jusqu'à la date du décès. Dans ce cas, l'ARC a confirmé que l'organisme de charité enregistré pouvait établir un reçu pour don de bienfaisance d'un montant correspondant aux primes payées par le contribuable lorsque l'organisme de bienfaisance était titulaire de la police pourvu que le contribuable ne retire aucun avantage de ce don :

---

[20] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0090791C6, 8 octobre 2004.

[21] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2011-0398461C6, 20 mai 2011.

> « The CRA has previously indicated in IT-244R3 that where a policy is gifted to a charity, and it becomes the owner and beneficiary, any future premiums paid by the donor will qualify as a charitable gift. Also, assuming the donor has not received any advantage from the donation, the proposed split receipting rules would not apply to reduce the value of the charitable credit (or deduction to a corporate donor). »

Le deuxième scénario est semblable au premier à la différence que l'organisme est bénéficiaire seulement de la portion capital-décès de base de 100 000 $. Le solde du paiement d'assurance correspondant à la totalité des primes payées sera remis à la succession de l'assuré. La réponse de l'ARC est similaire à celle décrite l'an dernier lors du congrès de l'APFF[22]. Toutefois, l'ARC ajoute beaucoup plus de détails dans sa réponse :

> « This type of arrangement involving a "split beneficiary" designation is outside of the scope of IT-244R3. Whether the donor can claim a donation credit or deduction will depend on the facts of the situation. A review of the terms and conditions of the life insurance policy and any other relevant documentation would be required in making such a determination.
>
> Given that the donor is also a beneficiary under the policy, there is a potential benefit to the donor outside of the charitable tax credit or deduction. The CRA has previously noted the possibility that a portion of the life insurance premiums paid by an individual under a split dollar or shared ownership arrangement may be considered a gift under the proposed split receipting rules in subsection 248(31) of the Act. These rules require the value of any advantage obtained by the donor to be subtracted from the value of the gift that can be receipted. The onus is on the donee to identify the advantage and the amount thereof, on a receipt provided to the donor in respect of the gift (in accordance with proposed amendments to section 3501 of the Income Tax Regulations). If the value of the gift cannot be substantiated then the charity cannot provide a receipt for the gift (as stated by the CRA in Income Tax News No. 26). The CRA representative made reference to the proposed additions to the Act in subsections 248(35) to (41) for guidance with regard to the eligible amount of any donation. »

L'ARC pouvait difficilement arriver à la même conclusion que celle du premier scénario sachant que la succession du contribuable recevait une portion de la prestation de décès.

---

[22] D. HAMEL, précité, note 1.

4. EFFET DU PARAGRAPHE 70(5.3) L.I.R. À L'ÉGARD DU PARAGRAPHE 104(4) L.I.R.

Lorsqu'une société est titulaire d'un contrat d'assurance vie sur la tête d'un actionnaire décédé (ou d'une personne liée à celui-ci), le paragraphe 70(5.3) L.I.R. prévoit que la juste valeur marchande (« JVM ») des actions détenues par cet actionnaire décédé aux fins de la disposition présumée au décès[23] correspond à la valeur de rachat[24] de la police **immédiatement avant le décès**.

Le paragraphe 70(5.3) L.I.R. s'applique également à l'égard de certaines autres dispositions présumées[25] dont celles prévues au paragraphe 104(4) L.I.R. :

> « Pour l'application des paragraphes (5) et 104(4) et de l'article 128.1, la juste valeur marchande, à un moment donné, d'un bien qui est réputé avoir fait l'objet d'une disposition à ce moment par suite du décès d'un particulier donné ou du fait que celui-ci est devenu un résident du Canada ou a cessé de l'être est déterminée comme si la juste valeur marchande, à ce moment, de toute police d'assurance-vie stipulant que la vie du particulier donné (ou de tout autre particulier ayant un lien de dépendance avec lui à ce moment ou au moment de l'établissement de la police) était assurée était égale à la valeur de rachat (au sens du paragraphe 148(9)) de la police immédiatement avant le décès du particulier donné ou le moment où il est devenu un résident du Canada ou a cessé de l'être, selon le cas. » (Notre soulignement)

---

23 Selon le paragraphe 70(5) L.I.R.

24 Le paragraphe 148(9) L.I.R. définit la valeur de rachat comme étant « sa valeur de rachat à ce moment, calculée compte non tenu des avances sur police consenties aux termes de la police, des participations de polices (autres que les bonifications d'assurance libérée) payables aux termes de la police, ni des intérêts payables sur ces participations ».

25 Le paragraphe 104(4) L.I.R. prévoit la règle sur la disposition présumée aux 21 ans des fiducies. En vertu de cette règle, les fiducies, à l'exception de certaines fiducies comme celles en faveur de soi-même, sont réputées disposer de leurs immobilisations et les acquérir à nouveau, à leur JVM, tous les 21 ans. Or, le paragraphe 70(5.3) L.I.R. s'applique lorsque nous sommes en présence d'une disposition présumée « par suite du décès d'un particulier donné ou du fait que celui-ci est devenu un résident du Canada ou a cessé de l'être » et d'un contrat d'assurance sur la vie d'un actionnaire décédé (ou d'une personne liée à celui-ci) détenu par une société. Il arrivera donc des situations où certaines dispositions présumées prévues au paragraphe 104(4) L.I.R. ne seront pas assujetties aux règles du paragraphe 70(5.3) L.I.R., par exemple une disposition présumée qui aura lieu à une date fixe sans égard à une date réelle de décès. Dans un tel cas, il faudra utiliser les principes généraux en matière d'évaluation.

Le moment où l'évaluation des biens visés par la disposition présumée doit avoir lieu en vertu du paragraphe 104(4) L.I.R. n'est pas exactement le même que celui du paragraphe 70(5.3) L.I.R.

Les règles d'évaluation de la valeur de rachat selon le paragraphe 70(5.3) L.I.R. doivent être pris en compte immédiatement avant le décès alors que le paragraphe 104(4) L.I.R. prévoit que :

> « [T]oute fiducie est réputée, à la fin de chacun des jours suivants, avoir disposé de chacun de ses biens […], pour un produit égal à la juste valeur marchande du bien (déterminée par rapport au paragraphe 70(5.3)) à la fin de ce jour […] »[26]. (Notre soulignement)

Une certaine inquiétude planait quant à la façon dont l'ARC pourrait interpréter l'interrelation entre les paragraphes 70(5.3) et 104(4) L.I.R. Le moment de la disposition présumée en vertu du paragraphe 104(4) L.I.R. a lieu à la fin de la journée au cours de laquelle l'actionnaire est décédé. Est-ce que l'ARC pourrait arguer qu'à ce moment précis (fin de la journée), la société ne détenait plus de police d'assurance sur la vie de l'actionnaire mais plutôt une créance[27] envers la compagnie d'assurances d'un montant équivalent à la prestation totale d'assurance vie?

Dans une récente interprétation technique[28] à l'égard d'une fiducie en faveur de soi-même, l'ARC est venue confirmer que les règles prévues au paragraphe 70(5.3) L.I.R. s'appliqueront afin d'évaluer la police d'assurance vie à la suite d'une disposition présumée en vertu du paragraphe 104(4) L.I.R., et ce, même si la disposition présumée a lieu à la fin de la journée au cours de laquelle la personne assurée est décédée :

---

[26] Le texte complet est le suivant :

> « Toute fiducie est réputée, à la fin de chacun des jours suivants, avoir disposé de chacun de ses biens (sauf les biens exonérés) qui constituait une immobilisation (sauf un bien exclu ou un bien amortissable) ou un fonds de terre compris dans les biens à porter à l'inventaire d'une de ses entreprises, pour un produit égal à la juste valeur marchande du bien (déterminée par rapport au paragraphe 70(5.3)) à la fin de ce jour, et avoir acquis le bien de nouveau immédiatement après ce jour pour un montant égal à cette valeur. Pour l'application de la présente loi, ces jours sont : […]. »

[27] *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »), art. 2453; « Reflections on Subsection 70(5.3) », dans *CALU INFOexchange 2011*, vol. 3, 6 septembre 2011.

[28] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2010-0390911E5, 26 juillet 2011.

> « Subparagraph 104(4)(a)(iv) provides, inter alia, that where a trust described in subparagraph (ii.1) thereof is created by a taxpayer who has attained the age of 65 years at the date of creation, and such taxpayer was entitled to receive all of the income of the trust that arose before the taxpayer's death and no person except the taxpayer could, before the taxpayer's death, receive or otherwise obtain the use of any of the income or capital of the trust, there will be a deemed disposition of the trust's property at the end of the day on which the taxpayer's death occurs. However, subsection 70(5.3) specifically provides that for the purpose of subsection 104(4), the fair market value at any time of property that is disposed of as a consequence of an individual's death is determined as though the fair market value of any life insurance policy of the said individual's life were the cash surrender value as defined in subsection 148(9), of the policy immediately before the said person's death. »

5. CONSERVATION DES DROITS ACQUIS ET PARAGRAPHE 112(3) L.I.R.

Lors du Congrès 2010 de l'APFF[29], plusieurs pages ont été consacrées à analyser les différentes positions de l'ARC concernant l'attribution possible d'un avantage à un actionnaire lorsqu'une police d'assurance est détenue au sein d'un groupe de sociétés et que le titulaire n'est pas le bénéficiaire.

Certaines sociétés visées par ces positions ont envisagé d'effectuer des démarches pour ne pas être cotisées à l'égard d'un tel avantage. Une question demeurait : est-ce qu'en posant ces gestes, cela pourrait entraîner la perte des droits acquis résultant de la mise en vigueur des règles sur la minimisation des pertes en vertu du paragraphe 112(3) L.I.R.?

L'ARC avait laissé planer un doute lors de la table ronde 2010 de la CALU[30]. Cependant, en mai 2011, lors de la table ronde de l'ACCAP[31], l'ARC a été beaucoup plus claire en confirmant qu'une police d'assurance vie pourrait validement être transférée d'une filiale à la société mère sans que la protection en vertu des règles « grand-père » aux fins du paragraphe 112(3) L.I.R. soit compromise. Il en est de même pour une modification de désignation afin de remplacer, au titre de bénéficiaire, la société mère par la filiale. L'ARC souligne toutefois que nous devons être en présence de circonstances similaires à celles décrites dans la question posée :

---

29 D. HAMEL, précité, note 1.

30 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2010-0359431C6, 4 mai 2010.

31 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2011-0398401C6, 20 mai 2011.

> « It appears that the factual situation you refer to in your question would be as follows: An individual shareholder ("Mr.A") holds shares of the capital stock of a corporation ("Parentco"). Another corporation ("Subco") is a wholly-owned subsidiary of Parentco. Subco is the holder of a life insurance policy on the life of Mr.A and pays the premiums relating thereto. The beneficiary of the life insurance policy is Parentco. Moreover, we understand that the shares of Parentco held by Mr.A would be grandfathered for the purposes of subsection 112(3) of the ITA, pursuant to paragraph 131(11)(b) of the Income Tax Amendments Act, S.C. 1998, c.19, as amended by S.C. 2001, c.17, subsection 251(1) ("Grandfathering Rule"), in the event of a disposition of the Parentco shares that would be made in one of the circumstances described in clauses 131(11)(b)(iv)(A) to (D) of the Grandfathering Rule.
>
> In our view, a change in the ownership of the life insurance policy from Subco to Parentco or a change in beneficiary designation from Parentco to Subco in the situation described in the preceding paragraph, would not, in and by itself, eliminate the application of the Grandfathering Rule for the purposes of the application of subsection 112(3) of the ITA. »

6. CITOYEN AMÉRICAIN ET CONTRAT D'ASSURANCE ACQUIS D'UNE COMPAGNIE CANADIENNE

Dans un article récemment publié par la CALU[32], Kevin Wark rappelait l'importance de connaître si votre client, résident canadien, est également un citoyen américain. En effet, un résident canadien qui est également citoyen américain fait l'objet de plusieurs obligations fiscales autant envers les autorités américaines que canadiennes. Nous pouvons penser, entre autres, à la production de déclarations d'impôt sur le revenu à l'égard des deux pays, à l'assujettissement potentiel aux droits successoraux américains ainsi qu'à l'impôt américain sur les dons.

Pour ces personnes, il faut également ajouter à cela l'assujettissement à une taxe d'accise en vertu de la disposition 4371 de l'*Internal Revenue Code*[33]. En effet, lorsqu'un résident canadien également citoyen américain acquiert une police d'assurance ou un contrat de rente sur sa vie auprès d'une compagnie d'assurances canadienne, une taxe équivalente à 1 % du montant brut de la prime sera payable au fisc américain. La disposition 4371 I.R.C. se lit comme suit :

---

[32] Cette partie du texte est tirée de l'article suivant publié par la CALU : Kevin WARK, « U.S. Citizen Purchasing Insurance in Canada », *CALU INFOexchange 2011*, précité, note 27.

[33] *Internal Revenue Code of 1986* et mod. (« I.R.C. »).

> « There is hereby imposed, on each policy of insurance, indemnity bond, annuity contract, or policy of reinsurance issued by any foreign insurer or reinsurer, a tax at the following rates :
>
> […]
>
> Life insurance, sickness, and accident policies, and annuity contracts 1 cent on each dollar, or fractionnal part thereof, of the premium paid on the policy of life, sickness, or accident insurance, or annuity contract; […]. »

Aux fins de la disposition 4371(2) I.R.C., la disposition 4372(e) I.R.C. prévoit ce qui suit :

> « […] the term "policy of life, sickness, or accident insurance, or annuity contracts" means any policy or other instrument by whatever name called whereby a contract of insurance or an annuity contract is made, continued, or renewed with respect to the life or hazards to the person of a citizen or resident of the United States. »

La disposition 4373 I.R.C. prévoit une exception à cette règle lorsque la compagnie d'assurances étrangère (canadienne) « is carrying on a U.S. trade or business and the amount of premium is effectively connected with the conduct of that trade and business ».

La convention fiscale entre le Canada et les États-Unis n'est d'aucune aide pour exempter un contribuable canadien (également citoyen américain) visé par cette taxe car elle ne contient malheureusement pas de disposition à cet effet.

Pour l'Internal Revenue Service (« IRS »), la personne responsable du paiement de cette taxe est généralement celle qui effectue le paiement des primes. En vertu de la disposition 4374 I.R.C., les personnes suivantes peuvent également être tenues responsables de façon conjointe et solidaire :

a) l'assuré;

b) le titulaire, si cette personne n'est pas l'assuré (par exemple, une société canadienne ou un parent de la personne dont la vie est assurée);

c) la compagnie d'assurances; ou

d) le courtier d'assurance.

Quant à la perception de cette taxe par l'IRS, Kevin Wark écrit ceci :

> « In the past, the likelihood of the IRS determining that the excise tax is payable could be considered remote, assuming the insured and policyholder are both resident in Canada. However, the United States has recently implemented legislation called the Foreign Account Tax Compliance Act (FACTA) that will, unless regulatory exemptions are granted, eventually require Canadian life insurers to provide some level of reporting to U.S. authorities on insurance policies owned by U.S. residents and/or citizens. As a result, in the future the IRS will have the information it requires to enforce the payment of this excise tax, with the noted joint and several liability on the insurance company and insurance advisor. It should be noted that there is no limitation period for failure to file and pay this tax[34]! »

7. CONJOINT ET DÉSIGNATION DE BÉNÉFICIAIRE

7.1. AFFAIRE *COUTURE* C. *DESJARDINS SÉCURITÉ FINANCIÈRE, COMPAGNIE D'ASSURANCE-VIE*[35]

Le litige de cette cause concerne la validité de la désignation de bénéficiaire en faveur d'une conjointe de fait.

Dans cette cause, la Cour du Québec était saisie d'un litige concernant une désignation de bénéficiaire dans une police d'assurance vie. Après le décès de l'assuré en 2005, la demanderesse, M^me^ Couture, croyant être la bénéficiaire, a présenté à Desjardins une réclamation de 45 000 $ de prestations d'assurance vie. Desjardins a refusé d'honorer cette réclamation en indiquant que le produit serait plutôt versé à la succession du défunt.

Une désignation de bénéficiaire avait été faite en 1980 en faveur de l'épouse du défunt qui, à ce moment, était M^me^ Bazinet. En juillet 1995, le défunt s'est séparé de son épouse et a déposé une seconde désignation de bénéficiaire en faveur de M^me^ Couture. Cette dernière n'a jamais été mariée au défunt. Ils vivaient ensemble comme conjoints de fait. En décembre 1996, le défunt a obtenu le divorce de M^me^ Bazinet.

En l'espèce, le juge devait décider si la désignation de bénéficiaire faite en juillet 1995 en faveur de M^me^ Couture était valide. Le juge a examiné les

---

[34] K. WARK, précité, note 32. Pour une revue de la portée des pouvoirs des autorités fiscales des États-Unis à l'égard de la perception des dettes et pénalités fiscales américaines au Canada, le lecteur se référera au texte suivant : Erin L. FREW et Natasha REID, « Perception des impôts américains au Canada », dans *Faits saillants en fiscalité canadienne*, vol. 19, n^o^ 9, Fondation canadienne de fiscalité, septembre 2011.

[35] C.Q. St-François, n^o^ 450-22-008156-086, 16 août 2010, 2010 QCCQ 7194.

formulaires de désignation de bénéficiaire signés. Le formulaire de 1980 (signé par M^me^ Bazinet) contenait l'énoncé préimprimé suivant : « Le(s) bénéficiaire(s) précité(s) est(sont) révocable(s) sauf si le mot « IRRÉVOCABLE » est mentionné à la suite de son(leurs) nom(s). »

Le formulaire n'indiquait pas si la désignation de bénéficiaire de M^me^ Bazinet était irrévocable mais le juge devait considérer cet énoncé à la lumière du droit civil québécois. Le Code civil prévoit que la désignation du conjoint à titre de bénéficiaire dans une police d'assurance vie est « irrévocable » à moins de stipulation contraire.

Le juge a conclu, malgré l'énoncé figurant sur le formulaire de désignation de bénéficiaire selon lequel le bénéficiaire est révocable, qu'il était nécessaire d'interpréter l'article du Code civil comme signifiant que la désignation de M^me^ Bazinet (l'épouse du défunt) a créé une désignation de bénéficiaire irrévocable. Le juge a aussi indiqué qu'il n'avait pas de preuve que le défunt avait l'intention que cette désignation soit révocable.

En conséquence, la désignation de bénéficiaire faite en juillet 1995 en faveur de M^me^ Couture n'était pas valide et la désignation antérieure faite en faveur de M^me^ Bazinet n'a jamais été révoquée. Toutefois, la désignation de M^me^ Bazinet a été considérée comme nulle au moment du divorce en 1996. Le juge a décidé que le produit de la police d'assurance vie devait donc être versé à la succession.

Il s'agit d'une autre affaire concernant le problème récurrent de l'application d'une clause préimprimée d'un formulaire à l'égard d'une désignation de bénéficiaire présumée « irrévocable » en vertu du *Code civil du Québec*.

7.2. AFFAIRE *DROIT DE LA FAMILLE – 11696*[36]

Dans cette cause familiale, un des points en litige concernait l'engagement pris par Monsieur de maintenir envers Madame une assurance sur sa vie et de faire de Madame la bénéficiaire irrévocable de la prestation de cette assurance. Les termes utilisés étaient les suivants :

---

[36] C.S. Québec, n^o^ 150-12-013379-035, 8 mars 2011, 2011 QCCS 1272.

« [...]

"Le défendeur s'engage à maintenir la demanderesse bénéficiaire irrévocable de la police d'assurance-vie qu'il détient sur sa vie auprès de son employeur pour un montant de 400 000 $; s'il ne pouvait maintenir la police d'assurance qu'il détient actuellement auprès de son employeur ou toute autre police d'assurance qu'il pourrait détenir auprès d'un employeur éventuel du même montant, il s'engage à contracter une assurance dans laquelle il maintiendra la demanderesse irrévocable du montant nécessaire pour combler la différence jusqu'à concurrence de 400 000 $. Il s'engage en outre à payer au fur et à mesure de leur échéance les primes de ladite police d'assurance, à remettre à la demanderesse à la signature des présentes une copie de ladite police d'assurance et à fournir, sur demande de cette dernière, une preuve du paiement des primes de ladite police d'assurance;

Si le défendeur ne pouvait maintenir une couverture d'assurance avec son employeur ou tout autre employeur, il s'engage à contracter une police d'assurance-vie auprès d'une autre compagnie au montant de 200 000 $, et ce, en désignant la demanderesse bénéficiaire irrévocable. Il s'engage à payer au fur et à mesure de leur échéance, les primes de ladite police d'assurance, à remettre à la demanderesse une copie de ladite police d'assurance, sur demande;" (soulignements ajoutés)[37]. »

Cet engagement était inclus dans une convention sur mesures accessoires conclue entre les parties en juillet 2002 et entériné en août 2002 par le tribunal au moment du prononcé du jugement de séparation de corps. Cinq ans plus tard, le divorce des parties est prononcé sans que le jugement fasse mention de cet engagement.

Dans la présente requête en modification des mesures accessoires, Monsieur demandait de mettre fin à son obligation de maintenir une police d'assurance vie en faveur de Madame et de désigner celle-ci bénéficiaire irrévocable. À l'appui de sa demande, il invoque le deuxième alinéa de l'article 2459 C.c.Q. qui édicte que le divorce rend caduque toute désignation du conjoint à titre de bénéficiaire.

Le juge rejette la demande de Monsieur en poussant son analyse au-delà de l'article 2459 C.c.Q. En effet, après avoir passé en revue les principes dégagés dans d'autres jugements[38] ayant eu à se pencher sur une question semblable, il rend sa décision en la motivant de la façon suivante :

---

[37] *Id*., par. 141.

[38] *M.(R.)* c. *M.(L.)*, C.S. Montréal, n° 500-12-237120-971, 20 avril 2000, j. Laramée, R.E.J.B. 2000-18108; *Droit de la famille – 2058*, [1997] R.D.F. 436 (C.A.), 4 juin 1997, jj. Gendreau, Baudouin et Robert.

> « [167] Or comme l'indiquait le juge Maurice Laramée dans le dossier précité, 500-12-237120-971 cité dans le jugement du juge Yves Alain :
>
> > "(87) Ainsi, selon ce jugement[16][39], la disposition par laquelle une partie s'engage à maintenir une assurance-vie est une disposition de nature patrimoniale, en l'absence d'indications à l'effet qu'il s'agit d'une garantie accessoire à l'exécution de la pension alimentaire.
> >
> > [88] Nous partageons cette opinion et sommes d'avis, qu'à défaut de preuve à l'effet que le maintien d'une assurance-vie a été consenti dans le but de pourvoir aux choses essentielles de la vie, nous ne pouvons conclure au caractère alimentaire de cet engagement". (soulignements ajoutés).
>
> [168] Or en l'instance comme aucune preuve n'a été faite à l'effet que cet engagement a été consenti pour garantir l'exécution du paiement de la pension alimentaire, le tribunal n'a d'autre choix que de conclure qu'il s'agissait là d'une stipulation à caractère purement patrimonial, de sorte que cette clause demeure valide et exécutoire. »

Cette décision souligne l'importance de bien décrire l'intention des parties qui a mené à la rédaction d'une telle clause concernant l'obligation de maintenir une police d'assurance vie en faveur de l'autre partie et de désigner cette dernière bénéficiaire irrévocable. Par défaut, un tel engagement serait considéré comme étant une disposition patrimoniale en l'absence d'indications contraires selon lesquelles il s'agit d'une garantie accessoire à l'exécution de la pension alimentaire.

CONCLUSION

Nous espérons que ce survol rapide des sujets de l'heure en assurances de personnes saura faciliter votre travail de tous les jours.

---

[39] *Droit de la famille – 3206*, 99 B.E. – 79 (C.S.).

TUTELLE, CURATELLE ET MANDATS D'INAPTITUDE, COMMENT S'Y RETROUVER?



Robert Laniel
Notaire, Pl. Fin., DESS comm.,
DESS fisc., TEP
Vice-président adjoint régional,
planification fiscale et successorale
Financière Manuvie

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 32:5

1. ADMINISTRATION DES BIENS D'AUTRUI 32:5

1.1. LA SIMPLE ADMINISTRATION 32:5
1.2. LA PLEINE ADMINISTRATION 32:6
1.3. LES OBLIGATIONS DE L'ADMINISTRATEUR 32:7

2. LE MINEUR ET LA TUTELLE 32:7

2.1. LA MINORITÉ 32:7
2.1.1. De la naissance à l'âge de raison 32:8
2.1.2. De l'âge de raison à la majorité 32:8
2.2. L'ÉMANCIPATION 32:9
2.3. DIFFÉRENTS TYPES DE TUTELLE AU MINEUR 32:10
2.3.1. Tutelle légale 32:10
2.3.2. Tutelle dative 32:10

2.4. RÔLE DU TUTEUR ET DU CONSEIL DE TUTELLE 32:11
2.4.1. L'administration tutélaire 32:11
2.4.2. L'obligation alimentaire des parents 32:12
2.4.3. Le conseil de tutelle 32:13
2.4.4. Autres mesures 32:14

3. RÉGIME DE PROTECTION DU MAJEUR 32:15

3.1. CURATELLE AU MAJEUR 32:16
3.2. TUTELLE AU MAJEUR 32:17
3.3. CONSEILLER AU MAJEUR 32:17
3.4. FIN DU RÉGIME DE PROTECTION 32:18

4. PLANIFICATIONS PRÉVENTIVES 32:18

4.1. POUR LE MINEUR 32:18
4.2. POUR LE MAJEUR 32:18

5. LE TESTAMENT 32:19

5.1. TESTAMENT SIMPLE ET POUVOIRS ÉLARGIS AU TESTATEUR 32:19
5.2. LES FIDUCIES TESTAMENTAIRES 32:20
5.2.1. Types de planification 32:20
5.2.2. Fiducie bénéficiaire d'une police d'assurance vie 32:21

6. LE MANDAT EN CAS D'INAPTITUDE 32:23

6.1. RÉDACTION ET FORME 32:23
6.1.1. Aspects juridiques 32:23
6.2. HOMOLOGATION 32:24
6.2.1. Après l'inaptitude et avant l'homologation 32:24
6.2.2. Risque entourant l'obtention du jugement en homologation 32:25
6.2.3. Protection contre les créanciers 32:26
6.2.4. Incapacité du mandataire de nommer un bénéficiaire 32:27

7. UN PLAN « B », LA FIDUCIE À SOI-MÊME 32:28

7.1. PROTECTION CONTRE LES CRÉANCIERS 32:29
7.2. GESTION DE PATRIMOINE 32:29
7.3. ANALYSE DES DIFFÉRENTS TYPES DE FIDUCIES À SOI-MÊME 32:29
7.3.1. Fiducie sans limites d'âge 32:30
7.3.2. Fiducie en faveur de soi-même avec limite d'âge 32:32

7.3.3. Fiducie mixte 32:33
7.3.4. Disposition réputée 32:34
7.4. FIDUCIE, MANDAT OU LES DEUX 32:35
7.5. AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS 32:35
7.5.1. Avantages 32:35
7.5.2. Désavantages 32:36

8. CAS PRATIQUES 32:36

8.1. PROCURATIONS BANCAIRES 32:36
8.2. PAIEMENT DE PRIMES D'ASSURANCE VIE 32:37
8.3. DÉSIGNATION DE MINEUR COMME BÉNÉFICIAIRE 32:38
8.4. TRANSFERT D'ASSURANCE VIE INTERGÉNÉRATIONEL 32:39
8.4.1. Transfert de contrat et importance du titulaire successeur 32:41
8.4.2. Transfert en franchise d'impôt d'un contrat au conjoint lorsque l'assuré est un enfant 32:42
8.4.3. Éléments à prendre en considération avant de transférer un contrat 32:42
8.4.4. Autres possibilités de planification 32:43
8.5. BÉNÉFICIAIRES INAPTES 32:44
8.5.1. Grand-père nommé à titre irrévocable 32:44
8.5.2. Enfant mineur bénéficiaire irrévocable 32:44

CONCLUSION 32:45

INTRODUCTION

Vous avez élaboré une planification sensationnelle pour votre client qui en est très ravi. Cependant, son exécution se déroulera au fil des ans. Il y aura par exemple des primes d'assurance à payer annuellement, il pourra y avoir des rééquilibrages de portefeuille à effectuer. L'inaptitude soudaine de votre client pourrait-elle compromettre cette planification? Autre possibilité : votre client décède prématurément. Pouvez-vous affirmer que ses ayants droit pourront bel et bien bénéficier des planifications élaborées de son vivant?

Le présent texte vise à mettre en lumière jusqu'où les effets de l'inaction ou d'un certain manque de planification peuvent nous mener et comment des dérapages désastreux auraient pu être évités. Il vous sensibilisera, nous l'espérons, à l'importance de travailler en multidisciplinarité.

1. ADMINISTRATION DES BIENS D'AUTRUI

Tous ceux qui administrent des biens qui ne leur appartiennent pas assument la charge d'administrateur du bien d'autrui et sont assujettis par défaut aux règles édictées aux articles 1299 à 1370 du *Code civil du Québec*[1]. Le Code civil nomme la personne pour qui l'administrateur agit, c'est-à-dire le bénéficiaire. Ces règles portent sur la forme de cette administration, les obligations des personnes impliquées, la gérance des biens et des comptes à rendre. Les formes de l'administration en droit commun sont de deux types : la simple administration[2] et la pleine administration[3]. Même en présence d'un mandat d'inaptitude ou d'un testament pouvant étendre les pouvoirs normalement consentis à cet administrateur, les règles de l'administration du bien d'autrui demeurent des mesures palliatives.

1.1. LA SIMPLE ADMINISTRATION

La simple administration permet à l'administrateur de faire tous les actes nécessaires à la conservation et l'entretien des biens. Il est tenu d'en percevoir les fruits et revenus et d'exercer les droits qui en découlent. C'est ainsi que l'administrateur qui gérerait un immeuble locatif aurait le pouvoir

---

1 L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »).

2 Art. 1301 à 1305 C.c.Q.

3 Art. 1306 à 1307 C.c.Q.

de signer des baux, percevoir les loyers, voir à l'entretien général de la propriété en engageant des dépenses de nature autre que capital, etc. Il ne pourrait en modifier l'usage à moins d'avoir obtenu la permission du bénéficiaire ou du tribunal, le cas échéant.

Les fruits et revenus encaissés doivent être placés en tenant compte des règles relatives aux placements présumés sûrs[4]. Les placements effectués avant son entrée en fonction et ceux qu'il a faits lui-même peuvent être modifiés par ce dernier. Toute aliénation de bien requiert l'autorisation du bénéficiaire ou, à son défaut, du tribunal. L'aliénation du bien à titre onéreux ou la possibilité de le grever d'une hypothèque pourrait, à cette condition, être exécutée par l'administrateur, dans la mesure où elle serait requise pour payer les dettes du bénéficiaire ou maintenir le bien dans son usage actuel. Il pourrait toutefois, en principe, aliéner seul, sans autorisation, un bien susceptible de se déprécier rapidement ou de dépérir[5]. Toutefois, qui voudrait fonctionner seul et qui voudrait contracter avec l'administrateur dans ces conditions, tout en courant le risque d'être blâmé par la suite?

1.2. LA PLEINE ADMINISTRATION

Bien entendu, on peut dire que les pouvoirs et les obligations conférés par la pleine administration incluent ceux de la simple administration, avec quelques ajouts. C'est ainsi que l'administrateur chargé de la pleine administration a l'obligation[6] de « faire fructifier le bien, accroître le patrimoine ou en réaliser l'affectation » dans la mesure où l'intérêt du bénéficiaire et (l'on ajoute) la poursuite du but de la fiducie l'exigent. On pourrait se demander quand il ne serait pas de l'intérêt du bénéficiaire de faire fructifier les biens faisant l'objet de l'administration. On peut en conclure qu'il existerait une obligation de faire fructifier les biens. Dans ce sens, on pourrait probablement blâmer l'administrateur qui laisserait un solde important dans un compte ne portant pas intérêt.

Dans le cadre de la pleine administration, l'administrateur aurait le pouvoir d'aliénation à titre onéreux, de grever les biens de droit réel (telle l'hypothèque, une servitude, etc.). Il pourrait faire tout autre acte nécessaire et utile et faire divers placements sans être assujetti aux placements présumés sûrs. Évidemment, il n'a pas le pouvoir d'aliéner à titre gratuit,

---

4 Art. 1339 C.c.Q.

5 Art. 1305, al. 2 C.c.Q.

6 Art. 1306 C.c.Q.

sauf des biens de peu de valeur et dont la disposition serait dans l'intérêt du bénéficiaire[7]. Cela exclurait notamment la possibilité pour l'administrateur de rédiger un testament, de faire des donations et de nommer des bénéficiaires à des contrats d'assurance au nom du bénéficiaire.

1.3. LES OBLIGATIONS DE L'ADMINISTRATEUR[8]

Celui-ci est bien entendu tenu de respecter la loi. Il en est de même de l'acte constitutif qui lui a donné ses pouvoirs, le cas échéant. Il agira également dans les limites des pouvoirs qui lui sont conférés. Il ne sera pas tenu responsable des pertes résultant d'une force majeure, de la vétusté et du dépérissement normal. Dans tous les cas, il a un devoir de prudence, de diligence, d'honnêteté, de loyauté et d'équité envers le bénéficiaire, ce qui l'amène à ne pas se mettre dans des situations de conflit d'intérêts. L'article 1311 C.c.Q. renferme une obligation de divulgation de conflit d'intérêts. Le Code civil l'empêche d'être partie à un contrat qui touche les biens administrés, à moins que le bénéficiaire n'y ait consenti ou, à défaut, que le tribunal ne l'y autorise.

En ce qui a trait aux tiers, en principe, l'administrateur qui agit dans les limites de son mandat n'est pas responsable des dommages pouvant survenir aux tiers avec qui il contracte, à moins qu'il ne se soit engagé personnellement. Le tiers de bonne foi est généralement protégé, à moins qu'il n'ait eu connaissance que l'administrateur excédait son mandat, auquel cas il perdrait un tel bénéfice et pourrait encourir une part de responsabilité.

2. LE MINEUR ET LA TUTELLE

2.1. LA MINORITÉ

Aux termes de l'article 153 C.c.Q., la majorité est fixée à 18 ans au Québec. À compter de cet âge, une personne peut, en principe, exercer seule la totalité de ses droits civils. Avant cet âge, le mineur n'est pas totalement dépourvu de droits. Cependant, il est affecté de plusieurs limitations selon son âge et le type de gestes qu'il désire poser. En fait, il a des droits, toutefois ceux-ci doivent être exercés par une autre personne (le tuteur). Le Code civil reconnaît l'évolution dans le développement de l'enfant; ainsi nous constaterons qu'après sa naissance, deux grandes étapes sont

---

7 Art. 1315 C.c.Q.

8 Art. 1308 à 1318 C.c.Q.

considérées : de la naissance à l'âge de raison; de l'âge de raison à la majorité. Cette dernière se subdivise elle-même en deux, soit la période avant et après l'âge de 14 ans.

2.1.1. De la naissance à l'âge de raison

Durant cette période, aucun geste posé par l'enfant n'aura de portée. Non pas à cause de sa minorité, mais plutôt à cause du défaut de consentement[9]. Les gestes qu'il pose sont nuls puisqu'il est réputé ne pas être doué de raison. Cependant, les personnes qui détiennent l'autorité parentale sur cet enfant peuvent, quant à elles, être tenues responsables de dommages causés par ce dernier[10].

2.1.2. De l'âge de raison à la majorité

L'âge de raison se situe généralement vers l'âge de sept ans. À compter de cet âge, l'enfant est désormais responsable de ses fautes en vertu de la responsabilité civile extracontractuelle[11]. Il devient alors responsable de ses faits juridiques, ce qui n'a pas toutefois pour effet de dégager les parents ou détenteurs de l'autorité parentale de leur responsabilité. Selon M[e] Jean-Guy Cardinal, « [L]'acte juridique est la manifestation de volonté qui modifie la situation juridique d'une personne, c'est-à-dire, transmet, modifie ou éteint des droits »[12]. En ce qui a trait à la capacité du mineur de poser des actes juridiques, la question se pose selon qu'il s'agit d'actes judiciaires ou extrajudiciaires. En ce qui concerne des actes judiciaires que sont, par exemple, les actions qui sont prises contre le mineur, l'article 159 C.c.Q. édicte que le mineur doit être représenté en justice par son tuteur. Objet de l'autorisation du tribunal, cette règle subit des exceptions relativement à des actions relatives à son état, à l'exercice de l'autorité parentale ou un acte à l'égard duquel il peut agir seul. Parmi les actes extrajudiciaires, on pourrait citer la possibilité pour un enfant d'effectuer certaines transactions bancaires.

---

9 Art. 1385 C.c.Q.

10 Art. 1459 et 1460 C.c.Q.

11 *Jean* c. *Ranch de l'Arabe*, [1998] R.J.Q. 568 (C.S.); *Maltais* c. *Pelletier*, (1990) R.R.A. 97 (C.Q.).

12 Jean-Guy CARDINAL, « L'incapacité, durée de la minorité », (1958-59), vol. 61 *Revue du Notariat* 128.

L'acte accompli seul par le mineur qui, aux termes de la loi, aurait exigé représentation est nul de nullité absolue[13]. Par contre, l'acte accompli par le tuteur sans l'autorisation requise du tribunal serait affecté d'une nullité relative pouvant être invoquée par le mineur, toujours sans avoir à établir un préjudice[14].

2.2. L'ÉMANCIPATION[15]

Elle est divisée en deux types : la simple émancipation et la pleine émancipation.

La simple administration s'adresse au mineur âgé de 16 ans et plus. Elle peut être proposée par le tuteur avec l'accord du conseil de tutelle. Dans une telle éventualité, une déclaration en ce sens est déposée auprès du Curateur public et prend effet au moment de son dépôt. Le tribunal pourrait également procéder à une telle émancipation sur avis du tuteur et, le cas échéant, du conseil de tutelle.

La simple émancipation ne met pas fin pour autant à la minorité et ne confère pas tous les droits incombant à la majorité. Toutefois, le mineur simplement émancipé pourra établir son propre domicile, cesser d'être sous l'autorité parentale et poser tout geste de simple administration. Les actes dépassant la simple administration seront soumis à l'assistance du tuteur. Les transactions financières doivent être compatibles avec la nature et le type de patrimoine détenu par le mineur simplement émancipé. Les actes posés outre la simple administration ne seraient révocables ou ses obligations réduites, que dans la mesure où le mineur en subit un préjudice.

Par contre, la pleine émancipation rend le mineur capable comme s'il était majeur. Elle résulte automatiquement du mariage qui, bien sûr, ne pourrait être contracté sans l'autorisation du tuteur[16]. Par ailleurs, celle-ci pourrait, pour motif sérieux, être déclarée par le tribunal qui aura pris l'avis du tuteur et, le cas échéant, du conseil de tutelle. Sans pouvoir confirmer quoi que ce soit en ce sens, on pourrait penser que des René Simard ou Céline Dion ont pu tirer profit d'une telle pleine émancipation.

---

13 Art. 161 C.c.Q.

14 Art. 162 C.c.Q.

15 Art. 167 à 176 C.c.Q.

16 Art. 373 C.c.Q.

2.3. DIFFÉRENTS TYPES DE TUTELLE AU MINEUR

2.3.1. Tutelle légale[17]

Les père et mère sont de plein droit tuteurs à leur enfant mineur et le représentent dans l'exercice de ses droits civils et dans l'administration de son patrimoine. Ils exercent conjointement cette charge, à moins évidemment que l'un d'eux ne soit décédé ou qu'il ne se trouve empêché de manifester sa volonté. Ils peuvent se donner l'un à l'autre mandat de se représenter dans les actes relatifs à l'exercice de la tutelle.

Dans les cas de séparation ou de divorce, le fait que la garde de l'enfant soit attribuée exclusivement à l'un des parents n'a pas en soi pour effet de dépouiller l'autre parent de son autorité parentale et de son rôle tutélaire. Évidemment, le tribunal pourrait, pour des motifs sérieux, en décider autrement.

En cas de désaccord entre les parents sur l'exercice de la tutelle, ils ont la possibilité d'en saisir le tribunal qui devra favoriser la conciliation, au besoin, prendre l'avis du conseil de tutelle et finalement décider dans le meilleur intérêt du mineur.

Attention, la déchéance de l'autorité parentale (c'est-à-dire lorsqu'on retire, pour motifs sérieux, à un parent les droits relatifs à son exercice) n'entraîne pas automatiquement la perte de la charge tutélaire. Bien évidemment, le tribunal pourrait en décider ainsi. On pourrait croire que cette demande devrait toujours accompagner une telle requête puisqu'il s'agit généralement de situation extrême et très sérieuse et qu'on voit difficilement l'un sans l'autre. Dans l'éventualité où les droits des deux parents sont déchus, le Directeur de la protection de la jeunesse du lieu où réside l'enfant devient tuteur légal de cet enfant, à moins qu'un autre tuteur n'ait été nommé.

2.3.2. Tutelle dative[18]

Depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, les père et mère ont la possibilité de nommer un tuteur à leur enfant soit par testament, soit par mandat en prévision de l'inaptitude. Le premier s'appliquera au décès et le

---

[17] Art. 192 à 199 C.c.Q.

[18] Art. 200 à 207 C.c.Q.

second dans l'éventualité où tel parent serait déclaré inapte. Puisque la tutelle des parents est conjointe, le Code civil a prévu que ne vaudra uniquement que la désignation du dernier parent décédé, dans la mesure où au jour du décès il avait conservé la charge tutélaire. Pour ce qui est de la désignation faite dans un mandat, celle du dernier parent déclaré inapte l'emportera.

En cas de décès ou d'une perte d'aptitude simultanée des père et mère et dans l'éventualité où les parents auraient nommé des personnes différentes qui sont prêtes à accepter la charge, le tribunal saisi pourra statuer.

Maintenant, un tuteur nommé par un parent tel qu'il est décrit ci-dessus sera présumé avoir accepté s'il n'a pas refusé la charge dans les 30 jours de sa connaissance de sa nomination. Soulignons que les proches ont la possibilité de s'opposer à la nomination, le cas échéant.

Le tuteur ainsi nommé doit en aviser le Curateur public et le liquidateur ou le mandant, le cas échéant. Si la personne nommée refuse, elle doit en aviser son remplaçant sans délai, le cas échéant, sinon une demande d'ouverture de tutelle devra être demandée. La personne en question pourra revenir sur son refus avant qu'un tuteur n'ait été nommé aux termes des procédures d'ouverture de tutelle.

Les démarches en ouverture de tutelle peuvent être entamées par le mineur, le père ou la mère déchu, les proches parents et alliés du mineur ou toute autre personne intéressée, notamment le Curateur public. Ils peuvent s'adresser au tribunal et proposer une personne apte et prête à accepter la charge.

2.4. RÔLE DU TUTEUR ET DU CONSEIL DE TUTELLE

2.4.1. L'administration tutélaire[19]

Le tuteur a sur les biens du mineur des pouvoirs de simple administration. Lorsque la valeur des biens du mineur est inférieure à 25 000 $ ou à moins que le tribunal ne l'ordonne, les père et mère agissant en qualité de tuteur ne sont pas tenus dans l'administration des biens de leur enfant mineur de faire un inventaire des biens, de fournir une sûreté garantissant leur administration, de rendre un compte de gestion annuel, ou d'obtenir l'avis du conseil de tutelle ou du tribunal des avis ou autorisations.

[19] Art. 208 à 221 C.c.Q.

A contrario, lorsque la valeur du patrimoine du mineur excède 25 000 $, ces mesures doivent être respectées. À titre d'exemple, le Code civil mentionne notamment que le tuteur peut accepter une donation simple faite en faveur de son pupille; toutefois, si elle est assortie d'une charge, son acceptation sera assujettie à l'autorisation du conseil de tutelle. Pour tout ce qui est des actes d'aliénation (vente, hypothèque ou autres droits réels) sur un immeuble ou une entreprise, l'autorisation du conseil de tutelle est requise lorsque la valeur du bien est de 25 000 $ et moins. Pour les biens de plus de 25 000 $, en plus de celle du conseil de tutelle, il faudrait l'autorisation du tribunal.

Cependant, cette autorisation, appuyée par toute la documentation pertinente requise (par exemple : évaluation des biens, états financiers et autres documents établissant les valeurs), ne sera consentie que dans la mesure où l'on peut démontrer une nécessité d'agir dans ce sens. L'évaluation d'un expert sera requise pour tout bien dont la valeur excède 25 000 $. À défaut d'évidence quant à la valeur du bien, une évaluation pourrait être requise pour démontrer qu'en effet la valeur du bien n'excède pas 25 000 $. Prenons le cas d'un immeuble valant plus de 25 000 $; il faudra démontrer que l'enfant n'a pas les moyens financiers de l'entretenir. Les motifs psychologiques ne seraient pas retenus. L'obligation de conserver les biens semble primordiale. Ainsi, dans une requête en autorisation de vente d'immeuble présentée en alléguant l'incapacité psychologique d'un enfant de vivre dans la résidence familiale où il y avait trouvé son père pendu, on n'aurait pas été enclin à retenir des motifs de cette nature et on a invité le procureur à appuyer sa requête sur des motifs économiques.

Le Curateur public doit toujours être avisé de tout jugement relatif au patrimoine du mineur et lorsque les biens excèdent 25 000 $. De plus, le liquidateur d'une succession, le donateur d'un bien ou toute personne qui paie une indemnité au bénéfice d'un mineur (c'est le cas des compagnies d'assurances qui paient le montant d'une réclamation à un mineur) sont tenus de faire rapport au Curateur public.

2.4.2. L'obligation alimentaire des parents[20]

À la lumière des commentaires qui précèdent, sommes-nous toujours enclins à favoriser un legs pur et simple à des enfants mineurs ou à les nommer bénéficiaires aux termes de polices d'assurance vie? Si les exemples

[20] Art. 586, 587 et 587.1 C.c.Q.

précités ne suffisent pas, nous sommes d'avis que les parents survivants ont un obstacle supplémentaire devant eux.

Lorsqu'un legs est fait à un enfant mineur (sans saisine consentie à un liquidateur) ou lorsqu'un mineur est désigné comme bénéficiaire dans une police d'assurance, légalement ces biens passent dans le patrimoine de cet enfant. Ces biens sont sa propriété et le tuteur doit les gérer en personne raisonnable. En tant qu'administrateur chargé de la « simple administration », le tuteur est tenu, comme l'administrateur des biens d'autrui, de faire tous les actes nécessaires à la conservation et l'entretien des biens et, dans le cas du mineur, lui remettre son patrimoine lorsqu'il atteint la majorité.

Par ailleurs, les parents-tuteurs (au pluriel et le cas échéant, au singulier) ont une obligation alimentaire envers leur enfant, ce qui, à notre avis, empêcherait tout parent-tuteur de s'approprier les biens du mineur pour remplir cette obligation. En d'autres termes, ce n'est pas à l'enfant à payer pour l'obligation incombant à ses parents.

Ainsi, à notre avis et à la lumière notamment du deuxième alinéa de l'article 213 C.c.Q., le parent aurait à démontrer son impossibilité à remplir adéquatement son obligation alimentaire et à mettre en évidence qu'il y va de l'intérêt de l'enfant à des fins d'éducation et d'entretien du mineur de disposer de biens faisant partie de son patrimoine.

En pratique, les tribunaux reconnaîtraient l'intérêt pour l'enfant d'être maintenu dans un environnement et un niveau de vie auquel il a été habitué. Ainsi, le conseil de tutelle et, le cas échéant, le Curateur public devraient approuver des dépenses visant, par exemple, à défrayer le coût d'activités parascolaires auxquelles l'enfant avait été habitué, dans la mesure où l'on peut démontrer que le parent survivant ou restant n'aurait pas les moyens de les assumer seul. Évidemment, cette dernière démonstration devant être faite, elle constituera certes tout au moins un irritant important pour le parent-tuteur concerné.

2.4.3. Le conseil de tutelle[21]

Le conseil de tutelle a un rôle de surveillance. Il doit être constitué autant pour les tutelles datives que légales. Toutefois, dans ce dernier cas, sa constitution ne serait pas requise si la valeur des biens du mineur n'excède

[21] Art. 222 à 239 C.c.Q.

pas 25 000 $. Le Curateur public et le Directeur de la protection de la jeunesse agissant comme tuteur n'y sont pas soumis.

Quant aux modalités de sa convocation, le Code civil prévoit ceci :

> « Doivent être convoqués à l'assemblée de parents, d'alliés ou d'amis appelés à constituer un conseil de tutelle, les père et mère du mineur et, s'ils ont une résidence connue au Québec, ses autres ascendants ainsi que ses frères et sœurs majeurs.
>
> Peuvent être convoqués à l'assemblée, pourvu qu'ils soient majeurs, les autres parents et alliés du mineur et ses amis.
>
> Au moins cinq personnes doivent assister à cette assemblée et, autant que possible, les lignes maternelle et paternelle doivent être représentées[22]. »

Sans entrer dans tous les détails, soulignons que le conseil de tutelle est composé de trois membres, avec si possible deux suppléants (qui pourront remplacer les vacances à venir), en respectant pour autant que faire se peut la représentation des lignes paternelle et maternelle. Un secrétaire doit également être nommé qui peut ou non être membre du conseil. Le tuteur ne peut être membre du conseil, mais il doit être invité à ces réunions et peut y donner son avis. Le tribunal a le pouvoir de réduire le conseil à un seul membre s'il s'avère difficile ou impossible de pourvoir tous les postes.

2.4.4. Autres mesures[23]

Parmi les autres formalités devant être accomplies par le tuteur, citons l'inventaire, l'établissement d'une sûreté, les rapports et les comptes.

L'un des premiers devoirs du tuteur est de faire un inventaire dans les 60 jours de l'ouverture de la tutelle. Celui-ci sera mis à jour au fur et à mesure que d'autres biens s'ajouteront au patrimoine du mineur.

Le Code civil prévoit qu'une sureté doit être fournie par le tuteur pour garantir l'accomplissement de ses obligations lorsque la valeur du patrimoine faisant l'objet de gestion excède 25 000 $. La nature et l'objet de la sûreté ainsi que le délai pour la fournir sont déterminés par le conseil de tutelle. Les frais de sûreté, le cas échéant, sont à la charge de la tutelle. En

---

22 Art. 226 C.c.Q.

23 Art. 240 à 249 C.c.Q.

pratique, la sûreté généralement consentie sera un gel de fonds. Celle-ci n'est pas toujours comparable au patrimoine objet de la gestion. Dans l'éventualité où la sûreté présente un obstacle majeur, le cas pourra être ultimement confié au Curateur public.

Le tuteur doit également fournir un rapport annuel de son administration. Il doit le fournir au mineur âgé de 14 ans et plus, au conseil de tutelle et au Curateur public. À la fin de son administration, le tuteur produit un compte définitif à son remplaçant, le cas échéant, ou au mineur devenu majeur et, bien entendu, au conseil de tutelle et au Curateur public qui exercent leur devoir de surveillance. Le Code civil précise qu'un accord entre le tuteur et le mineur devenu majeur est nul à moins qu'il ne soit précédé d'un compte détaillé et de la remise de toutes les pièces justificatives. Autrement dit, l'absolution du tuteur ne pourra être consentie qu'en toute connaissance de cause.

3. RÉGIME DE PROTECTION DU MAJEUR

Les régimes de protection du majeur sont établis dans son intérêt. Ils portent à la fois sur sa personne et sur ses biens. Le législateur a reconnu la complexité de l'être humain en perte d'autonomie. C'est ainsi qu'il a établi trois niveaux d'inaptitude que nous analyserons davantage ci-dessous et qui correspondent au degré d'inaptitude de la personne. Dans tous les cas, le régime est établi lorsque l'on constate à un échelon ou à un autre une inaptitude du majeur « à prendre soin de lui-même ou à administrer ses biens, par suite, notamment, d'une maladie, d'une déficience ou d'un affaiblissement dû à l'âge qui altèrent ses facultés mentales ou son aptitude physique à exprimer sa volonté »[24].

Le curateur ou le tuteur au majeur a la responsabilité de sa garde et de son entretien. Il doit également assurer son bien-être moral et matériel.

Le Curateur public n'exercera cette charge que s'il est nommé par le tribunal. Toutefois, il conserve son rôle supplétif dans l'éventualité où le majeur n'est plus pourvu de curateur ou de tuteur. En principe, il n'agira que comme curateur ou tuteur aux biens, à moins que le tribunal ne lui confie la personne, si personne d'autre n'est en mesure d'exercer cette fonction.

Les règles que nous avons vues précédemment sur la tutelle au mineur s'appliquent à la tutelle et à la curatelle au majeur compte tenu des

[24] Art. 258 C.c.Q.

adaptations nécessaires. Ainsi, à la liste des personnes devant être convoquées à la formation du conseil de tutelle[25] s'ajoutent le conjoint et les descendants au premier degré du majeur[26].

Soulignons qu'outre le conjoint, les descendants, les proches parents et alliés ainsi que toute personne pouvant démontrer un intérêt particulier, le majeur lui-même pourrait demander l'ouverture de son régime de protection. Parmi les personnes se qualifiant pour avoir un intérêt particulier dans le bien-être du majeur, nous pourrions sans doute inclure le conjoint de fait. Évidemment, le mandataire désigné par le majeur pourra également faire une telle demande.

Dans le cas d'enfants handicapés ou en difficultés sérieuses, l'ouverture d'un régime de protection pourrait être demandée dans l'année précédant sa majorité[27]. Le jugement obtenu ne prendra effet qu'à la majorité.

L'ouverture d'un régime de protection est soumise à l'obtention de rapports médical et psychosocial concluant que le majeur est inapte, rapports qui devraient également statuer sur le niveau d'inaptitude du patient.

Autre point, le régime de protection est révisable et une évaluation du patient sera faite aux trois ans pour la tutelle au majeur et aux cinq ans pour la curatelle. Toutes les procédures d'ouverture et de révision sont signifiées au majeur.

3.1. CURATELLE AU MAJEUR

Un curateur est nommé lorsque les évaluations estiment que l'inaptitude du majeur est totale et permanente et qu'il a besoin d'être représenté dans l'exercice de ses droits civils. Soulignons que, dans ces cas, le curateur est investi des pouvoirs de pleine administration à une exception près : il demeure assujetti, en ce qui a trait aux investissements, aux règles des placements présumés sûrs[28].

L'acte posé seul par le majeur en curatelle peut être annulé ou les obligations qui en découlent réduites, sans qu'il soit nécessaire d'établir

---

25 Art. 226 C.c.Q.

26 Art. 266 C.c.Q.

27 Art. 271 C.c.Q.

28 Art. 1339 C.c.Q.

préjudice. En ce qui a trait à des actes posés antérieurement à la curatelle, ils pourraient subir le même sort, dans la mesure où l'inaptitude du majeur était notoire ou connue du cocontractant à l'époque où les actes ont été passés[29]. Les règles de l'administration des biens d'autrui que nous avons vues précédemment s'appliqueront à son administration.

3.2. TUTELLE AU MAJEUR

La tutelle au majeur sera ouverte dans la mesure où l'inaptitude du majeur est partielle ou temporaire. Le tribunal nommera alors un tuteur aux biens et à la personne, une seule et unique personne pouvant cumuler les deux volets ou une personne pour chacun de ceux-ci.

Le tuteur est chargé de la simple administration des biens du majeur. Il exerce alors les mêmes droits que le tuteur au mineur, à moins que le tribunal n'ait modifié la portée de ses pouvoirs.

Relativement à l'exercice de droits civils par le majeur sous tutelle, elle s'apparente à celle du mineur, avec les adaptations nécessaires. Le tribunal pourrait également dresser une liste des actes pouvant être exercés par le majeur lui-même ou avec l'assistance de son tuteur et ceux qu'il ne serait pas en mesure de passer seul. Pour ce qui est des actes antérieurs à la tutelle, ils pourraient également faire l'objet d'une annulation si l'on peut démontrer que l'inaptitude était notoire ou connue du cocontractant à l'époque où ils ont été passés.

3.3. CONSEILLER AU MAJEUR

Dans ce cas, le majeur est généralement apte à prendre soin de lui-même et à administrer ses biens; toutefois, pour certains actes ou à l'occasion, il a besoin d'être assisté ou conseillé dans l'administration de ses biens.

Le conseiller n'a pas l'administration des biens du majeur; toutefois, là où il y est requis, il doit intervenir aux actes pour lesquels il est tenu de prêter assistance.

Le tribunal devra, dans une telle éventualité, indiquer les actes pour lesquels l'assistance du conseiller sera requise ou, à l'inverse, ceux pour lesquels elle ne l'est pas. Dans la mesure où le tribunal ne s'est pas prononcé

---

[29] Art. 284 C.c.Q.

à ce sujet, le conseiller devra porter assistance au majeur dans tous les actes excédant la capacité du mineur simplement émancipé.

Les actes posés sans l'assistance du conseiller ne pourraient être annulés que dans la mesure où l'on peut démontrer un préjudice subi.

3.4. FIN DU RÉGIME DE PROTECTION

Le régime de protection prend fin par un jugement de mainlevée (qui sera consenti dans l'éventualité où la personne retrouve sa santé) ou par le décès du majeur protégé. Une vacance au poste de curateur, tuteur ou conseiller n'a pas pour effet de mettre fin au régime de protection.

4. PLANIFICATIONS PRÉVENTIVES

Nous avons fait un bon survol des règles de droit commun qui s'appliqueront toujours à titre supplétif dans l'éventualité où rien n'est planifié ou que les mesures sont mal planifiées. Les testaments, les mandats, les fiducies sont autant d'outils qui peuvent être utilisés si l'on veut mieux déterminer la ou les personnes à qui l'administration des biens sera confiée, et plus efficacement encadrer les marges de manœuvre dont disposeront ces personnes.

4.1. POUR LE MINEUR

Bien entendu, le mineur ne peut rédiger un testament, créer des fiducies ou consentir un mandat. Toutefois, généralement le patrimoine qui lui revient n'est pas le résultat de ses efforts personnels, mais plutôt de donation ou de legs provenant de ses proches. Ainsi, le rôle de bien structurer le montage juridique par lequel les biens seront transmis leur revient. Nous verrons plus loin quelques exemples d'erreurs à éviter et de planifications souhaitables.

4.2. POUR LE MAJEUR

En ce qui a trait au majeur, évidemment tous les outils de planification s'offrent à lui. Il suffit de les utiliser de façon concertée et à bon escient. À cet effet, il sera important non pas uniquement de faire les testament et mandat d'inaptitude du client, mais également de s'assurer que, eu égard à son patrimoine, les bonnes personnes sont impliquées et que des balises sont en place afin de prévenir tout dérapage.

Bien entendu, le majeur peut également être en position de cessionnaire lorsqu'il est le bénéficiaire d'un don ou d'un legs. À ce moment, le donateur ou testateur peut intervenir dans l'acte constitutif et jouer un rôle important dans la planification de gestion et de protection d'actifs.

5. LE TESTAMENT

En droit québécois, le testament est un acte unilatéral par lequel une personne apte peut se soustraire aux règles de succession *ab intestat* afin d'y désigner à qui sera dévolue la totalité ou une partie de ses biens advenant son décès. Il existe plusieurs formes de testament, cependant cette matière ne fera pas l'objet de notre propos.

Au-delà de cette simple définition, le testament permet d'avoir accès à des outils de planification remarquables qui pourront minimiser ou complètement éliminer les contraintes imposées par le droit supplétif que sont les règles édictées au *Code civil du Québec*. En effet, dans la majorité des cas, ces règles ne sont pas d'ordre public et permettent au testateur d'y contrevenir. Bien entendu, pour profiter au maximum de ces possibilités, il est important de se faire conseiller adéquatement par un expert qui maîtrisera les règles applicables et qui utilisera à bon escient le plein potentiel qu'une bonne planification testamentaire peut offrir au client.

5.1. TESTAMENT SIMPLE ET POUVOIRS ÉLARGIS AU TESTATEUR

Déjà, au moyen d'un testament relativement simple, il est possible d'améliorer grandement la situation, de se soustraire à certaines règles de droit commun qui irritent et de faciliter la gestion et l'administration des biens légués.

Un testament complet donnera des pouvoirs étendus au liquidateur de la succession. Parmi les pouvoirs supplémentaires pouvant lui être consentis, au-delà d'accorder notamment la pleine administration, soulignons les possibilités suivantes :

- procéder au partage de la succession à son gré ou retarder celui-ci afin de s'adapter aux circonstances;

- consentir des pouvoirs étendus en ce qui concerne l'aliénation des biens de la succession;

- pouvoir faire des placements sans être assujetti aux règles de placements présumés sûrs;

- pouvoir de donner mainlevée avec ou sans contrepartie;

- retarder la remise de legs fait à de jeunes légataires au-delà de l'âge de majorité et la possibilité pour le liquidateur d'utiliser les sommes léguées pour leur entretien, éducation et établissement dans la vie;

- pouvoir de suspendre la remise de legs à un légataire inapte au moment de l'ouverture de la succession et d'accorder des pouvoirs d'administration au liquidateur, ce qui pourrait s'avérer un excellent palliatif dans l'éventualité où ce légataire n'aurait pas signé de mandat en prévision de son inaptitude;

- prévoir une clause d'insaisissabilité pour protéger un légataire en difficulté. Soulignons ici qu'en cette matière, le *Code civil du Québec* est moins généreux que pouvait l'être le *Code civil du Bas-Canada*. Aux termes de l'article 2649 C.c.Q., la stipulation d'insaisissabilité assortie à un acte à titre gratuit (donation ou testament) devrait être limitée dans le temps et justifiable par un intérêt sérieux et légitime.

5.2. LES FIDUCIES TESTAMENTAIRES

5.2.1. Types de planification

Au plan civil, les fiducies offrent une meilleure protection contre les créanciers puisque les biens sont transférés à un patrimoine distinct et autonome du testateur (ou du constituant), du fiduciaire et du bénéficiaire[30]. Évidemment, dans le cas d'un testament, cette protection contre les créanciers profite au bénéficiaire et non pas au testateur qui, normalement, verra ses biens transiter par le processus de liquidation de succession, le liquidateur devant payer les dettes, avant de les remettre aux fiduciaires.

Les fiducies discrétionnaires offrent également au fiduciaire de pourvoir aux intérêts du bénéficiaire avec une flexibilité permettant de s'adapter aux aléas de la vie et aux besoins changeants du bénéficiaire.

Au plan fiscal, les fiducies testamentaires bénéficient du taux d'imposition progressif des particuliers, ce qui favorise un fractionnement de revenu sur la portion imposée en deçà du taux marginal. Différentes techniques de fractionnement de revenu permettent également d'attribuer des

[30] Art. 1261 C.c.Q.

revenus fiduciaires à des bénéficiaires ayant peu de revenus, provenant de leur faible taux d'imposition. À titre d'exemple, on pourra structurer les fiducies créées au bénéfice d'enfants au premier degré de façon à permettre l'attribution de revenu à des petits-enfants ayant peu ou n'ayant pas de revenus, aidant ainsi la réalisation d'économies fiscales substantielles.

5.2.2. Fiducie bénéficiaire d'une police d'assurance vie

En common law, la planification faisant appel à l'*insurance trust* est fréquemment utilisée. Brièvement, elle consiste à nommer une fiducie bénéficiaire d'une police d'assurance vie, son patrimoine étant constitué lors du versement de la prestation. L'Agence du revenu du Canada (« ARC »)[31] a même reconnu qu'elle tiendrait compte du fait que cette fiducie puisse être considérée comme testamentaire. En droit québécois, le recours à une telle planification présente certains problèmes liés aux exigences de notre Code civil. En effet, aux termes de l'article 1819 C.c.Q., il n'est possible de faire des donations que par contrat de mariage ou d'union civile ou encore par legs, ces derniers ne pouvant être faits qu'aux termes d'un testament[32].

En ce qui a trait à notre droit des fiducies, une fiducie résulte d'un acte[33] soumis à l'acceptation du fiduciaire[34], alors que la common law est plus libérale en ce sens. C'est ainsi que chez nous, une simple désignation de bénéficiaire dans une police d'assurance vie au profit d'un fiduciaire ne serait pas suffisante pour créer une fiducie[35]. Le Code civil prévoit qu'une « fiducie est établie par contrat, à titre onéreux ou gratuit, par testament ou, dans certains cas, par la loi. Elle peut aussi, lorsque la loi l'autorise, être établie par jugement »[36].

Ainsi, puisqu'une fiducie créée hors testament est assujettie à l'acceptation du fiduciaire pour être formée, dans le cas d'un *insurance trust*,

---

31 Dans l'interprétation technique 2009-0350811E5, 6 janvier 2011, l'ARC a reconfirmé son point de vue selon lequel une fiducie d'assurance créée conformément à un testament ou à un « autre instrument testamentaire » puisse être admissible à titre de fiducie testamentaire.

32 Art. 712 C.c.Q.

33 Art. 1260 C.c.Q.

34 Art. 1264 C.c.Q.

35 *Compagnie d'assurance vie Manufacturers (Financière Manuvie)* c. *Massouh et autres*, C.S. Québec, n° 200-17-010619-088, 4 mai 2010, j. Godbout.

36 Art. 1262 C.c.Q.

elle ne pourrait être consentie qu'après le décès, soit au moment du versement de la prestation entraînant la constitution du patrimoine fiduciaire et conséquemment après le décès de notre client.

D'autre part, l'article 2447 C.c.Q. reconnaît qu'il n'est pas nécessaire que le bénéficiaire existe au moment de la désignation de bénéficiaire, mais il doit exister au moment où son droit devient exigible. Conséquemment, pour avoir une bonne et valide désignation de bénéficiaire, il faudrait en droit québécois que le bénéficiaire existe au moment du décès. Cela obligerait ainsi la fiducie nommée bénéficiaire, qui est soumise à l'acceptation du fiduciaire, à avoir déjà reçu un bien ayant été transmis du vivant du constituant. Cela aurait pour effet de disqualifier le statut testamentaire de cette fiducie puisque la totalité des biens ne lui aurait pas été versée en conséquence du décès du constituant.

Ainsi, en droit québécois, nous croyons que la seule possibilité d'avoir le pouvoir de soumettre une prestation d'assurance vie à l'administration fiduciaire serait d'avoir recours au testament. En effet, l'acceptation du fiduciaire dans un testament aura lieu après le décès, mais elle aura ici pour effet de rétroagir au jour du décès[37], ce qui correspond à l'ouverture du droit de bénéficiaire.

En pratique, deux possibilités s'offrent à nous : on pourrait nommer les ayants droit du titulaire du contrat comme bénéficiaire ou encore il serait également possible d'y nommer les fiducies créées au testament de notre client.

Évidemment, si notre succession a de nombreux créanciers, nous comprenons bien que le produit d'assurance remis à la succession permettra à ses créanciers de réaliser leur créance. Dans la mesure où l'on reconnaît que la nomination de la fiducie comme bénéficiaire constituerait une bonne et valable désignation, pourrions-nous véritablement protéger la prestation d'assurance vie des créanciers de la succession? Dans le pire des scénarios, lorsque la succession est insolvable, la conséquence première serait qu'aucun actif ne soit disponible pour composer le capital fiduciaire, empêchant ainsi la fiducie d'être créée.

Pourrait-on se sortir de cet imbroglio? Afin de permettre la création de telles fiducies, malgré le contexte hautement volatil décrit ci-dessus, il pourrait être envisagé de faire un legs particulier de peu de valeur à ces

---

[37] Art. 1264, al. 2 C.c.Q.

fiducies d'un bien qui serait insaisissable par les créanciers de la succession (par exemple, un livre donné par son grand-père au testateur). Ce legs permettrait la création de la fiducie, ce bien n'étant pas saisissable par les créanciers de la succession (le fiduciaire nommé serait en mesure d'accepter sa charge) et par l'effet rétroactif précité, validerait la désignation de bénéficiaire faite dans la police d'assurance et l'inclurait dans le patrimoine fiduciaire. Par ailleurs, par mesure de prudence, il pourrait être sage de nommer l'enfant mineur à titre de bénéficiaire subsidiaire, dans l'éventualité où il y avait un problème à former la fiducie; ainsi, l'argent ira au mineur et non pas aux créanciers.

6. LE MANDAT EN CAS D'INAPTITUDE

6.1. RÉDACTION ET FORME

6.1.1. Aspects juridiques

Comme l'établit l'article 2130 C.c.Q., « [L]e mandat est le contrat par lequel une personne, le mandant, donne le pouvoir de la représenter dans l'accomplissement d'un acte juridique avec un tiers, à une autre personne, le mandataire qui, par le fait de son acceptation, s'oblige à l'exercer ». Le mandataire, qui a accepté sa charge, est tenu d'agir avec prudence et diligence, avec honnêteté et loyauté dans le meilleur intérêt du mandant en évitant les situations de conflit d'intérêts[38]. Ces règles s'appliquent tant aux mandats ponctuels consentis par une personne apte, qu'à ceux donnés en prévision de l'inaptitude.

Le mandat donné en cas d'inaptitude porte à la fois sur les biens et sur la personne du mandant et son exécution est toujours subordonnée à l'inaptitude du mandant[39].

Le mandat en prévision de l'inaptitude doit respecter un certain formalisme. Il peut être rédigé en forme notariée en minute ou sous seing privé, devant deux témoins qui sont en mesure de constater l'aptitude à agir du mandant[40]. Au moment de l'inaptitude, quelle que soit sa forme, il doit être homologué. Cette procédure est soumise à l'obtention d'une évaluation

---

38 Art. 2138 C.c.Q.

39 Art. 2166 C.c.Q.

40 Art. 2167 C.c.Q.

médicale et psychosociale[41] qui, on peut se l'imaginer, requerra des délais plus ou moins importants. Après, une requête devant le tribunal devra suivre son cours. Soulignons toutefois qu'il est possible, afin d'accélérer les procédures, d'avoir recours au secteur privé : d'abord, pour l'évaluation médicale et psychosociale et ensuite, en ayant recours à certains notaires habilités à traiter de leur cabinet ce type de procédure. Le recours à ces moyens pourrait réduire considérablement les délais.

6.2. HOMOLOGATION

6.2.1. Après l'inaptitude et avant l'homologation

Il subsiste un problème pour ce qui est de l'intermède entre le moment où l'inaptitude est constatée et le moment où l'homologation est finalisée. Qu'advient-il à ce moment des cas d'urgence? L'article 2167.1 C.c.Q. adopté en 2002[42] permet au tribunal d'intervenir et de rendre toute ordonnance qu'il estime nécessaire en cours d'instance d'homologation ou possiblement, si une demande est imminente, dans la mesure où il y a lieu d'agir pour éviter au mandant un préjudice sérieux. Dans quelles circonstances le tribunal estimerait-il qu'il y a urgence? Comment évaluerait-il ce préjudice? Quels seront les délais requis pour l'obtention d'une telle ordonnance? Quels seront les coûts rattachés à un tel recours? Sur le plan pratique, ces questions sont très importantes. Aucune réponse précise n'existe quant à cette préoccupation puisque chaque cas est un cas d'espèce et qu'une part d'inconnu sera toujours présente.

Le second alinéa dudit article 2167.1 C.c.Q. apporte un élément de réponse à cette question. Il y est établi que « l'acte par lequel le mandant a déjà chargé une autre personne de l'administration de ses biens continue de produire ses effets malgré l'instance, à moins que, pour un motif sérieux, cet acte ne soit révoqué par le tribunal ». Il nous semble que cette description fait référence notamment à une rédaction très répandue, celle de la procuration générale à laquelle est jointe une clause en prévision de l'inaptitude. Pourrait-on conclure que le mandataire agissant aux termes de cette procuration générale pourrait continuer à agir au nom du mandant bien que le jugement en homologation n'ait pas été obtenu? On peut croire que

---

41 *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25, art. 884.2.

42 Il convient de noter que la portée de ce nouvel article est très proche des articles 273 et 274 C.c.Q. auxquels on se référait avant l'adoption de l'article 2167.1 C.c.Q. pour agir en cas d'urgence.

cette réforme de 2002 apporte un élément de réponse[43]. Cependant, la possibilité qu'a le tribunal de révoquer cet acte pour motif sérieux ne représente-t-elle pas une épée de Damoclès pour le mandataire? Dans la mesure où ces motifs ne sont pas clairs et en l'absence de jurisprudence, il serait judicieux de mettre en garde le mandataire et de lui recommander la prudence dans l'exercice des pouvoirs qui lui auraient été consentis.

Avant l'entrée en vigueur de l'article 2167.1, l'article 273 C.c.Q.[44] était invoqué pour permettre une intervention durant le processus d'homologation. Cet article prévoit qu'en cas d'absence de mandat, toute personne ayant qualité de demander l'ouverture d'un régime de protection pouvait agir en se référant aux règles de la gestion d'affaires[45] qui sont elles-mêmes soumises à celles de l'administration des biens d'autrui[46].

Nous sommes d'avis que le mandataire agissant en suivant les règles de simple administration et qui ne poserait que les actes nécessaires à la conservation du patrimoine durant cette période ne devrait pas être inquiété. Par ailleurs, si nous voulons donner un sens à la portée du deuxième alinéa de l'article 2167.1 C.c.Q., il devrait aussi être possible au mandataire d'exercer les pouvoirs qui lui sont consentis au mandat existant avec prudence et discernement.

6.2.2. Risque entourant l'obtention du jugement en homologation

Dans l'affaire *B. (M.P.)* c. *F. (R.)*[47] portée en appel, la Cour a jugé que le mandat était un régime de protection et :« que si le mandant n'est pas totalement inapte et que le mandat prévoit les pouvoirs de pleine administration, la demande d'homologation devrait être refusée au motif qu'un régime de simple administration serait plus approprié ».

---

43 Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, « Le mandant donné en prévision de l'inaptitude ou mandat de protection », par. 704.

44 Au Livre premier « Des personnes », Titre quatrième « De la capacité des personnes ».

45 Art. 1482 à 1490 C.c.Q.

46 Art. 1299 à 1370 C.c.Q.

47 SOQUIJ AZ-50188425 (C.S.); confirmé en appel par [2001] J.Q. no 1035 (C.A.).

Plus tard, une décision rendue dans le district de Beauce[48] donne une conclusion différente. Le juge Blondin s'exprime ainsi :

> « […] cette protection doit être assurée dans le respect de ses (le mandant) droits. Cela ne veut pas dire que la demande doit automatiquement être rejetée parce que la mandante est partiellement inapte et que les pouvoirs conférés à ses mandataires sont l'équivalent de ceux attribués à un curateur quand une personne est totalement incapable.
>
> D'ailleurs dans le cas du mandat d'inaptitude, le législateur n'a pas précisé que l'inaptitude de la personne visée devait nécessairement être en lien avec les pouvoirs qu'elle accorde à son mandataire. Alors, il a sûrement considéré qu'au moment de la signature, la mandante était en mesure d'exprimer sa volonté de confier sa protection et l'administration de ses biens à qui elle voulait et avec quels pouvoirs. »

Ce débat a pour origine la qualification même de cette institution, à savoir si le mandat en prévision de l'inaptitude est un contrat nommé ou un régime de protection contractuel[49]. Nous comprenons à la lumière de ces exemples que le mandat d'inaptitude est un document hybride tenant à la fois du contrat et du régime de protection. Nous voyons également la possibilité de problèmes liés au degré d'inaptitude du mandant, à la pertinence d'homologuer le mandat ou de refuser et de le référer à un régime de protection public, autant d'incertitudes pouvant survenir dans une période de crise qui risquent de miner la confiance des planificateurs envers le mandat d'inaptitude comme méthode certaine de gestion d'actif en cas d'inaptitude.

6.2.3. Protection contre les créanciers

Les biens du mandant demeurent sa propriété. Ils ne sont qu'administrés par le mandataire. Le mandat n'offre ainsi aucune protection additionnelle au mandant. Le mandataire recueille les biens du mandant dans l'état où ils se trouvent au moment où il commence son mandat. Conséquemment, les biens du mandant qui seraient insaisissables au moment de l'intervention du mandataire conserveront ce statut. Ainsi, les contrats d'assurance et de rente notamment qui auraient fait l'objet d'une désignation de bénéficiaire conforme aux articles 2457 ou 2458 C.c.Q. conserveraient les mêmes privilèges d'insaisissabilité sous l'administration du mandataire.

---

48 *R.T.* c. *J.D.L.*, SOQUIJ AZ-50284010 (Beauce), 29 novembre 2004.

49 Michel BEAUCHAMP, « Le mandat en cas d'inaptitude : crise d'identité? », (2005), n^{o} 1 *Cours de perfectionnement du notariat* 340-346.

6.2.4. Incapacité du mandataire de nommer un bénéficiaire

Qu'en est-il de la capacité pour le mandataire de procéder lui-même à la nomination d'un bénéficiaire? Quelle est la nature de ce droit? Nous partageons l'opinion de M^e^ Élyse Lemay qui soulignait que cette nomination est en fait une stipulation pour autrui ou une 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 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'assureur[50]. »

Dans le contexte d'un mandat d'inaptitude, serait-il possible pour le mandataire de nommer dans un contrat de rente un bénéficiaire conformément aux articles 2457 ou 2458 C.c.Q.? Bien qu'il n'y ait pas de réponse à cette question au chapitre de l'assurance[51], nous sommes d'avis que la capacité requise pour procéder à la nomination d'un bénéficiaire dans un contrat d'assurance ou de rente[52] est un droit personnel qui s'assimile à la capacité de donner[53] ou de tester[54] vu l'élément de gratuité qui s'y rattache. Autant en matière de don que de testament, le représentant légal ne peut agir en lieu et place de la personne sous protection. De plus, la nomination d'un bénéficiaire a pour effet d'exclure cette prestation de la succession du titulaire[55], donc a un impact sur le patrimoine du mandant.

---

50 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, à la page 45:16.

51 Titre deuxième « Des contrats nommés », chapitre quinzième sur les assurances C.c.Q.

52 Art. 2393 C.c.Q.

53 Art. 1813 et suiv. C.c.Q.

54 Art. 707 et suiv. C.c.Q.

55 Art. 2455 C.c.Q.

Par ailleurs, le mandat pourrait inclure des dispositions permettant les aliénations à titre gratuit : « Il s'agit d'inclure, au mandat d'inaptitude, des clauses précises à cet effet. Ces clauses viseront, par exemple, à circonscrire les pouvoirs du mandataire en ce qui concerne l'aliénation des biens à titre gratuit »[56].

Nous ne croyons pas que de la capacité de passer un contrat de rente découle le droit de nommer un bénéficiaire[57]. Il s'agit bien d'une disposition à titre gratuit qui devrait recevoir une interprétation restrictive. Le mandat conçu en termes généraux ne confère que des pouvoirs d'administration, ce qui exclut les dispositions à titre gratuit. Il ne serait pas possible de consentir au mandataire un pouvoir général lui attribuant une faculté complète d'élire le bénéficiaire de son choix. Par contre, il serait possible pour le mandant d'inclure à son mandat des instructions précises désignant un bénéficiaire donné dans l'éventualité où le mandataire souscrirait à un contrat d'assurance ou de rente. Il s'agirait alors d'une disposition spéciale en termes exprès pouvant être exécutée par le mandataire. Autrement, en l'absence d'une telle disposition, nous sommes d'avis que le mandataire n'aurait pas le pouvoir de faire une telle désignation. Conséquemment, n'ayant pas fait l'objet d'une valable désignation au préalable par le mandant avant l'inaptitude, ces contrats ne pourraient bénéficier des avantages consentis aux articles 2457 et 2458 C.c.Q. et seraient alors saisissables. Au décès, toute réclamation serait payable aux ayants droit du titulaire de ces contrats.

7. UN PLAN « B », LA FIDUCIE À SOI-MÊME

La fiducie à soi-même est d'abord une création fiscale[58] qui permet le transfert en franchise d'impôt de biens d'un particulier à une fiducie dont il sera, selon le cas, le seul bénéficiaire ou seul bénéficiaire avec son conjoint. Le constituant et la fiducie doivent être résidents canadiens. Cet allégement fiscal ouvre cependant des possibilités en gestion de patrimoine que nous allons étudier ci-après.

---

[56] Philippe LAMARCHE et Yves PEPIN, « Le mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant », dans *Actes du Congrès 1994*, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 1995, pp. 141-142.

[57] Art. 2136 C.c.Q.

[58] Créée après 1999 aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.) et mod. (« L.I.R. »), par. 73(1), 73(1.01), 73(1.02), 104(4) et 107(4).

7.1. PROTECTION CONTRE LES CRÉANCIERS

La protection contre les créanciers est le principal facteur qui incitera un particulier à se prévaloir de ces dispositions. Une fois les formalités remplies par l'acceptation du fiduciaire, le transfert des biens dans un patrimoine distinct et autonome a pour effet de rendre ces derniers insaisissables à l'encontre des créanciers du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire[59]. Récemment, la Cour d'appel du Québec reconnaissait ce principe dans la cause *Pierre Roy & Associés inc.* c. *Bagnoud*[60].

7.2. GESTION DE PATRIMOINE

L'acte constitutif de la fiducie décrira le mandat et les pouvoirs du fiduciaire. Une fois le transfert effectué au patrimoine d'affectation, la gestion des biens lui est confiée. L'état de santé du constituant-bénéficiaire n'a pas d'impact puisque les biens transférés à la fiducie ne lui appartiennent plus.

Évidemment, on prévoira un mécanisme de remplacement de fiduciaire. Ces dispositions devraient mettre en œuvre une transition souple, rapide et efficace.

En gestion de patrimoine, ce genre de planification permet une ininterruption et une transition en douceur advenant l'inaptitude du bénéficiaire. Pensons au cas où le contrôle d'une société serait exercé par les fiduciaires d'une fiducie. De nombreux événements peuvent exiger un temps de réponse très court. La discrétion accordée au fiduciaire et les modalités de remplacement souple permettront de réagir rapidement.

Comme nous l'avons vu précédemment, le temps nécessaire à la procédure d'homologation du mandat d'inaptitude pourrait causer préjudice.

7.3. ANALYSE DES DIFFÉRENTS TYPES DE FIDUCIES À SOI-MÊME

Au plan fiscal, deux caractéristiques favorisent le recours à ces fiducies : le roulement en franchise d'impôt et l'absence de disposition réputée à la 21e année, sauf élection à l'effet contraire. Généralement, les biens qui sont transférés à de telles fiducies seront des biens en immobilisation ayant un

---

59 Art. 1261 C.c.Q.

60 C.A. Montréal, no 500-09-012488-029, 10 mai 2005, jj. Pelletier, Dalphond et Bich.

gain latent appréciable. Nous décrirons ci-dessous les trois types de fiducies à soi-même.

7.3.1. Fiducie sans limites d'âge

Lorsque le client a moins de 65 ans, cette fiducie constituée après 1999 doit stipuler que seul le constituant a le droit, sa vie durant, de recevoir tous les revenus de la fiducie et qu'aucun capital ne peut être versé à une personne autre que le constituant avant son décès. De plus, aucune autre personne ne peut avoir de droit absolu ou conditionnel à titre de bénéficiaire de cette fiducie[61].

La version anglaise est rédigée comme suit :

> « (ii) the transfer does not result in a change in beneficial ownership of the property and there is immediately after the transfer no absolute or contingent right of a person (other than the individual) or partnership as a beneficiary (determined with reference to subsection 104(1.1) under the trust); [...]. » (Notre soulignement)

L'expression *contingent right* nous paraît plus claire et est plus exclusive que son équivalent français. Nous comprenons qu'aucun bénéficiaire subsidiaire ne pourrait être nommé aux termes de cette fiducie. L'existence d'une telle disposition la contaminerait et compromettrait le roulement en franchise d'impôt.

Au plan civil, le décès du bénéficiaire met fin à la fiducie[62]. Le second alinéa de l'article 1297 C.c.Q. précise qu'à défaut de bénéficiaire, le patrimoine fiduciaire sera dévolu aux héritiers du constituant.

Qui sont les héritiers en question? S'agit-il des héritiers *ab intestat*? Pourrait-on se référer au testament du constituant et ainsi lui attribuer une faculté d'élire illimitée? Pour mieux approfondir la question, nous vous référons au texte de M^e^ Fanny Brodeur[63].

---

61 S.-al. 73(1.02)b)(ii) L.I.R.

62 Art. 1296, al. 2 C.c.Q. (Le décès du seul bénéficiaire est, dans ce cas-ci, l'avènement d'une condition pour cette fiducie établie à son bénéfice exclusif.)

63 Fanny BRODEUR, « Problématique liée à la faculté d'élire en matière de fiducie pour soi pour les moins de 65 ans », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 35:1-18. L'auteur y examine la problématique découlant de la faculté d'élire prévue à l'article 1282 C.c.Q. et de la

(à suivre…)

Au plan fiscal, l'alinéa 104(4)a.4) L.I.R. répute que la fiducie prend fin à la fin du jour du décès du constituant, qu'elle a disposé de ses biens à leur juste valeur marchande (« JVM ») et qu'ils auront été acquis à cette même valeur. La définition de coût à l'alinéa 108(1)a.1) L.I.R., dans le cas d'application du paragraphe 70(5) L.I.R., prévoit que celui-ci sera rajusté pour prendre en considération la disposition réputée de la fiducie à soi-même.

Maintenant, la question est de savoir s'il serait possible que le patrimoine fiduciaire de cette fiducie puisse être transféré à une fiducie testamentaire au décès du constituant. L'ARC a répondu par la négative[64] à cette question en soutenant qu'une contribution par un individu à une telle fiducie, au moment ou à la suite de son décès, ne la qualifierait pas de fiducie testamentaire telle qu'elle est définie au paragraphe 108(1) L.I.R. et qu'elle ne peut pas non plus être considérée comme étant établie par le constituant au moment de ou consécutivement à son décès[65]. L'ARC a affirmé que, aux fins fiscales, la fiducie à soi-même continuerait son existence après le décès, le temps nécessaire pour que les formalités de transfert soient accomplies[66], empêchant ainsi le transfert au moment du décès à une fiducie testamentaire.

Par contre, dans la mesure où le fiduciaire a retourné le bien au constituant de son vivant, ce dernier se retrouvera dans son patrimoine au moment de son décès. Le transfert de ce bien pourrait alors respecter les dispositions du paragraphe 108(1) L.I.R. Le fiduciaire, sentant que les jours de son bénéficiaire sont comptés, pourrait alors lui remettre le capital fiduciaire avant son décès.

On peut imaginer que ce transfert pourrait être effectué sans trop de tracas, si le mandat d'inaptitude a été homologué et qu'il est bien harmonisé avec l'acte de fiducie, de sorte que fiduciaire, mandataire et les pouvoirs leur ayant été consentis sont compatibles et leur exercice complémentaire.

(…suite)
restriction mentionnée au sous-alinéa 73(1.02)b)(ii) L.I.R., pouvant potentiellement contaminer la fiducie et compromettre le roulement.

64 *Tax Windows Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 2000-0005135, 23 mars 2001.

65 *Id*., interprétation technique 2000-0075375, 23 mars 2001.

66 *Id*., interprétation technique 2010-0379431E5, 26 août 2011.

Pourrait-on avoir recours à une condition suspensive avec effet rétroactif? Juridiquement, le *Code civil du Québec* ouvre la porte avec l'article 1506 et le premier alinéa de l'article 1507. Il faudrait voir si la présomption établie au paragraphe 104(4) L.I.R. pourrait être renversée par le recours à une telle planification[67].

Par ailleurs, si le but principal recherché par les clients qui se prévalent de cette planification était la protection à l'encontre des créanciers, remettre le patrimoine fiduciaire au bénéficiaire avant son décès l'exposerait indûment, ce qui nierait en tout ou en partie sa raison d'être.

Le talon d'Achille au plan de la protection des créanciers de ces fiducies sans limites d'âge est le moment du décès. L'absence de bénéficiaire subsidiaire requise par le sous-alinéa 73(1.02)b)(ii) L.I.R. et l'effet combiné du deuxième alinéa de l'article 1297 C.c.Q. réintégreront le patrimoine fiduciaire dans la succession du constituant, devenant ainsi le gage commun de ses créanciers. On peut souhaiter que ces considérations se soient évanouies lorsque le décès survient à l'espérance de vie de ce bénéficiaire.

7.3.2. Fiducie en faveur de soi-même avec limite d'âge

Le constituant devant être âgé d'au mois 65 ans, cette fiducie[68] créée après 1999 aura davantage une vocation orientée vers la gestion de patrimoine en cas d'inaptitude. Son constituant doit, sa vie durant, être le bénéficiaire de tous les revenus fiduciaires, sans qu'aucun capital puisse être versé de son vivant à une autre personne que lui-même. Le sous-alinéa 73(1.02)b)(ii) L.I.R. ne s'applique pas dans ce cas-ci et il est possible de prévoir des bénéficiaires subsidiaires. Cela permet ainsi à la fiducie de survivre au décès du constituant et de conserver les actifs à l'abri des créanciers de tels nouveaux bénéficiaires.

Au plan fiscal, une telle fiducie légalement continuée au-delà du décès de son constituant sera réputée, aux termes de la division 104(4)a)(ii.1)(B) L.I.R., avoir disposé, à la fin du jour où son décès est survenu, du patrimoine fiduciaire à la JVM. Cependant, une fois les bénéficiaires subsidiaires en

---

67 Soulignons que la Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *Arnold Murray Nussey et autres* c. *La Reine*, 2001 D.T.C. 5240, a soutenu que des clauses de rachat avec effet rétroactif à la veille du décès n'avaient pas pour effet de renverser la présomption du paragraphe 70(5) L.I.R.

68 En vertu du sous-alinéa 73(1.01)c)(ii) et du paragraphe 73(1.02) L.I.R.

place, cette fiducie sera ultérieurement réputée disposer de ses biens tous les 21 ans.

7.3.3. Fiducie mixte

Cette fiducie[69] constituée après 1999 se qualifiera dans la mesure où le constituant et la fiducie sont résidents canadiens; le constituant est âgé d'au moins 65 ans, lui et son conjoint ont le droit de recevoir tous les revenus de la fiducie et nulle autre personne ne peut, avant le décès du conjoint survivant, recevoir le revenu ou le capital de la fiducie. Ils doivent recevoir, leur vie durant, les revenus fiduciaires sans qu'aucune portion de capital puisse être versée de leur vivant à une autre personne que ceux-ci.

Parmi les avantages de cette fiducie, soulignons la souplesse dans l'attribution de revenus à l'un ou l'autre des conjoints et son existence qui se terminera au décès du dernier conjoint. Elle permet également la nomination de bénéficiaires subsidiaires au décès du dernier conjoint, assurant ainsi une protection à l'encontre des créanciers de leur succession et ceux des bénéficiaires subsidiaires. Remarquons toutefois que la protection contre les créanciers pour cette clientèle est plus rarement un souci.

Par contre, la flexibilité dans l'attribution des revenus ne met pas au rancart les règles d'attribution qui pourront s'appliquer à l'encontre du constituant, tant sur les revenus de biens[70] que sur les gains en capital[71], éliminant ainsi toute possibilité de fractionnement de revenus.

Par ailleurs, bien que le divorce soit moins fréquent chez les personnes de 65 ans et plus, il est tout de même présent et la fiducie mixte ne permettrait pas une substitution de conjoint, car aux termes du paragraphe 73(1.01) L.I.R., l'admissibilité est évaluée au moment du transfert. Comment pourrions-nous gérer cette situation? Il ne serait pas comme tel « possible de prévoir dans l'acte de fiducie que, lorsque le conjoint actuel cesse d'être conjoint, celui-ci cesse également d'être bénéficiaire »[72]. Une façon

---

69 En vertu du sous-alinéa 73(1.01)c)(iii) et du paragraphe 73(1.02) L.I.R.

70 En vertu des paragraphes 74.1(1) et 75(2) L.I.R. Celui-ci ne s'applique qu'au revenu de première génération et ne s'appliquera pas aux revenus d'entreprise, que l'on risque moins de retrouver dans ce type de structure.

71 En vertu des paragraphes 74.2(1) et 75(2) L.I.R.

72 Liliane FORTIER et Jean-François PELLAND, « Pot-pourri sur la fiducie pour soi-même et la fiducie mixte au profit de l'époux ou du conjoint de fait », dans *Colloque* –

(à suivre…)

envisageable afin de limiter les dégâts serait pour le constituant de stipuler que dans le cas de la fin de la relation, « le pourcentage attribué à l'ancien conjoint sera réduit à 1 % ». Par ailleurs, dans ces circonstances, advenant toute obligation alimentaire, celle-ci pourrait être remplie à même les revenus fiduciaires. Finalement, dans la mesure où la solvabilité du constituant ne pose pas problème, on pourrait, pour autant que la fiducie le permette, réattribuer au constituant le capital fiduciaire.

À cet âge, les personnes visées par ce type de planification ont acquis plusieurs biens qu'ils peuvent détenir soit en copropriété indivise, soit individuellement. On peut se demander comment cette situation pourrait être gérée dans le contexte des fiducies mixtes. L'ARC[73] a reconnu la possibilité, pour des conjoints âgés de plus de 65 ans étant ensemble copropriétaires de biens en indivision, tout en ayant d'autres biens individuellement, de transférer le tout dans une fiducie mixte sans que cette situation l'empêche de se qualifier comme telle.

7.3.4. Disposition réputée

Sur la question de roulement au profit du conjoint advenant le décès du constituant seul bénéficiaire d'une fiducie en faveur de soi-même, l'ARC[74] signifiait qu'aux termes du paragraphe 104(4) L.I.R., ces fiducies sont réputées, au décès du constituant, avoir disposé de leurs biens pour un produit égal à leur JVM. Cette disposition est réputée se produire à la fin du jour du décès du constituant. Conséquemment, **le jour suivant le décès de l'auteur de la fiducie, le coût de chacun des biens de la fiducie correspondra à leur JVM**.

De plus, la règle prévue au paragraphe 104(4) L.I.R. a pour but d'éviter le report indéfini de l'impôt sur la plus-value accumulée sur des immobilisations par l'utilisation de fiducies. Ainsi, d'une manière générale, toutes les immobilisations d'une fiducie sont présumées faire l'objet d'une

---

(…suite)
Les fiducies, 147, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 6:1-17, à la p. 6:7.

[73] *Tax Windows Files*, précité, note 64, interprétation technique 2001-0099055, 23 janvier 2002.

[74] « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, pp. 57:1-50, question 2.2., aux pages 57:22-23, dans *Tax Windows Files*, précité, note 64, interprétation technique 2003-0030075, 14 novembre 2003.

disposition à leur JVM après 21 ans d'existence de la fiducie et tous les 21 ans par la suite. La fiducie est réputée avoir acquis les biens de nouveau pour un coût égal à cette valeur à chacun de ces moments. Toutefois, cette disposition ne s'applique pas aux fiducies mixtes et avec limite d'âge.

Lorsque certains transferts à une fiducie ont bénéficié d'un roulement fiscal, ce qui est le cas des fiducies à soi-même, la première disposition présumée survient généralement au décès du bénéficiaire qui est soit le constituant ou au décès du dernier des deux conjoints, dans le cas d'une fiducie mixte. Le paragraphe 104(5) L.I.R. établit la règle de disposition présumée pour les biens amortissables et précise que celle-ci survient au moment déterminé par le paragraphe 104(4) L.I.R.

Cette mesure s'applique à toutes les fiducies mentionnées au sous-alinéa 104(4)a)(ii.1) L.I.R., dans la mesure où le contribuable-constituant avait atteint l'âge de 65 ans et répond à toutes les exigences.

7.4. FIDUCIE, MANDAT OU LES DEUX

Où sont les priorités de votre client? La protection de créanciers ou la souplesse administrative? Quels sont les impacts sur les autres planifications fiscales et successorales de votre client? Avant de voir succinctement des exemples favorables à l'établissement de telles fiducies, soulignons que tous les clients ont besoin d'un mandat en cas d'inaptitude. D'une part, jamais la totalité de leurs biens ne sera transférée à une fiducie et un tel mandat sera nécessaire pour les biens hors fiducie. D'autre part, les pouvoirs relatifs à la personne ne peuvent être consentis que dans un mandat.

7.5. AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS

7.5.1. Avantages

Parmi les avantages que peuvent procurer les fiducies à soi-même, soulignons les points suivants :

- dans la mesure où il ne s'agit pas d'une façon d'éviter les règles du patrimoine familial, ces fiducies pourraient servir à mieux préciser les biens que l'on souhaite exclure d'un futur partage;

- la protection contre les créanciers qu'offre la structure fiduciaire;

- une bonne solution de rechange au mandat d'inaptitude, surtout dans les domaines qui demandent expertise et rapidité d'exécution, etc.

7.5.2. Désavantages

Par contre, de nombreux désavantages pourraient nous en éloigner, en voici quelques-uns :

- au Québec, amender un acte de fiducie requiert un jugement[75];
- les fiducies à soi-même ne donnent pas accès à l'exonération pour gain en capital en vertu du paragraphe 110.6(2) L.I.R.;
- la possibilité de perte de contrôle par le biais des fiduciaires, qui peut être menaçante dans certains cas;
- la perte du taux d'imposition progressif associé aux fiducies testamentaires;
- le problème potentiel des droits de mutation en cas de transfert d'immeuble;
- les actions transférées à une fiducie à soi-même ne se qualifieront plus pour la « grand-pèrisation » liée aux règles de minimisation des pertes de l'article 112 L.I.R.; et
- bien sûr, les frais associés et la plus grande complexité.

8. CAS PRATIQUES

8.1. PROCURATIONS BANCAIRES

Germaine a une procuration bancaire et tous ses placements sont à sa banque. Elle ne voit pas l'intérêt pour elle de faire un mandat en cas d'inaptitude puisque tout a été signé avec la banque et qu'avant de quitter l'établissement, le commis lui a dit que tout était en ordre.

Pourquoi devrait-elle s'inquiéter? Eh bien, les procurations bancaires demeurent assujetties aux dispositions du *Code civil du Québec* et, en ce sens, advenant l'inaptitude du mandant, aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 2175 ainsi qu'à celles de l'article 2177 C.c.Q. Le deuxième alinéa de l'article 2175 C.c.Q. prévoit que le mandat prend fin « […] par

[75] Art. 1294 et 1295 C.c.Q.

l'ouverture d'un régime de protection […] ». De plus, à l'article 2177 C.c.Q., il est énoncé que « [L]orsque le mandant est inapte, toute personne intéressée […] peut demander au tribunal de révoquer le mandat […] ».

Nous croyons que l'inaptitude du mandant compromet la validité de la procuration. En effet, en devenant inapte, le mandant perd son droit de révoquer sa procuration qui est le premier droit énoncé aux causes de fin du mandat au premier alinéa de l'article 2175 C.c.Q.

8.2. PAIEMENT DE PRIMES D'ASSURANCE VIE

Arthur a contracté une police d'assurance sur sa vie de 1 M$ afin que son épouse Ludivine n'ait pas de soucis financiers advenant son décès prématuré. Malheureusement, Ludivine l'a prédécédé, laissant dans le deuil notre pauvre Arthur dorénavant consolé par leurs deux enfants, Ti-Pitt et Ti-Clin. À la suite du décès de son épouse, il décide de conserver la police d'assurance, bien que les primes soient assez élevées, et il nomme ses enfants bénéficiaires.

Cependant, dans l'année qui suit le décès de son épouse, le diagnostic de la maladie d'Alzheimer tombe et la situation d'Arthur se détériore rapidement. Ce dernier survivra 10 ans à la suite de son diagnostic. Maintenant, Ti-Pitt et Ti-Clin ne roulent pas sur l'or. Ti-Clin se demande s'il peut acquitter les primes d'assurance à même le compte de son père, dont il est le mandataire.

Reportons-nous au Code civil afin d'y chercher une réponse. Dans les obligations générales du mandataire envers le mandant, il y a l'obligation « d'agir avec honnêteté et loyauté dans le meilleur intérêt du mandant »[76]. Si Ludivine avait été vivante, nous aurions pu arguer que cette police servait d'aliments. Cet argument est moins valable pour des enfants majeurs et autonomes financièrement. On s'éloigne du « meilleur intérêt du mandant », puisque le principe même de l'assurance vie est de consentir un bénéfice à un tiers, et ce n'est certes pas Arthur qui en récoltera les bénéfices. Bien qu'on puisse argumenter dans un sens comme dans l'autre, il serait fortement recommandé dans une situation comme celle-ci que le mandat en cas d'inaptitude contienne des pouvoirs permettant au mandataire de maintenir en vigueur les polices d'assurance vie et d'en payer les primes à même les avoirs du mandant, dans la mesure évidemment où ses moyens financiers le permettent.

---

[76] Art. 2138, al. 2 C.c.Q.

8.3. DÉSIGNATION DE MINEUR COMME BÉNÉFICIAIRE

Paul Potte avait contracté une police d'assurance sur sa vie de 500 000 $ et avait nommé son épouse bénéficiaire. Après 10 ans de mariage, celle-ci décide qu'elle le trouve trop contrôlant et demande le divorce. Fou de rage et victime de l'incompréhension de cette femme, Paul ne veut plus rien savoir d'elle et décide de lui substituer sa fille Paulette Potte (7 ans) à titre de bénéficiaire de ladite police. Dans un épisode de rage au volant, Paul perd le contrôle de son véhicule et se tue en fonçant dans une benne à ordures. Triste fin! Qu'en est-il des droits de sa fille Paulette?

Il est légal de nommer un mineur comme bénéficiaire d'une police d'assurance vie. L'article 2447 C.c.Q. n'exige même pas que le bénéficiaire existe au moment de la désignation, « […] il suffit qu'à l'époque où son droit devient exigible […] ». Par contre, est-ce une bonne idée? Nous ne croyons pas que ce soit le cas. En effet, la désignation de bénéficiaire a pour effet de soustraire la prestation d'assurance de la succession[77]. Conséquemment, toutes les dispositions testamentaires laissées dans le but de faciliter la gestion d'actifs de ce légataire mineur ne s'appliqueront pas à ces sommes. La prestation d'assurance sera reçue par le tuteur de ce dernier et administrée avec les pouvoirs de simple administration. Aux termes de l'administration tutélaire, le tuteur a l'obligation de conserver ces biens, de les administrer et de les remettre au pupille à l'âge de la majorité. Est-ce vraiment souhaitable de remettre d'un seul coup plusieurs centaines de milliers de dollars à une jeune personne de 18 ans?

Il aurait pu nommer les ayants droit comme bénéficiaires (ou encore une fiducie créée au profit de sa fille) au contrat d'assurance et laisser un testament qui aurait pu accorder des pouvoirs étendus au liquidateur (ou au fiduciaire). Cela aurait permis dans un premier temps de choisir la personne de confiance la plus appropriée pour remplir ce rôle, ensuite de se servir de ces dispositions afin de gérer plus efficacement ces sommes, de consentir le pouvoir de s'en servir pour l'entretien, l'éducation et l'établissement dans la vie de sa fille et faire une remise de legs à un âge plus approprié eu égard aux sommes laissées et au comportement général de l'individu.

Dans la situation actuelle, la mère de Paulette investira les sommes jusqu'à ce qu'elle ait 18 ans, âge auquel Paulette récoltera tout le pognon.

---

[77] Art. 2455 C.c.Q.

8.4. TRANSFERT D'ASSURANCE VIE INTERGÉNÉRATIONEL

Voici le cas de Jules, bon père de famille qui a acquis des polices d'assurance sur la vie de ses enfants : Jules Junior, Julie, Julien et Juliette. Le plan était de surcapitaliser ces polices pendant que les enfants étaient jeunes et de leur transférer la propriété des polices lorsque ceux-ci auraient acquis plus de maturité et seraient plus responsables, leur constituant ainsi un généreux patrimoine successoral et, le cas échéant, leur permettant d'avoir accès à ces valeurs par le biais de différentes stratégies disponibles[78]. La stratégie prônée par Jules reposait sur le roulement fiscal permettant de transférer les polices à chacun de ses enfants en franchise d'impôt, de la manière que nous décrirons ci-dessous. Or, il s'avère que Junior souffre d'une maladie mentale qui l'empêche d'administrer son patrimoine de façon autonome. Les parents de Junior sont en plus réticents à faire des démarches en vue de faire déclarer leur fils inapte. La police de Junior a un capital assuré de 1 M$, une valeur de rachat de 600 000 $ et un coût de base rajusté (« CBR ») de 450 000 $.

Normalement, quand un titulaire transfère un intérêt dans son contrat d'assurance vie à une personne avec laquelle il a un lien de dépendance ou à une personne à titre gratuit, il est présumé avoir cédé le contrat moyennant une somme égale à la valeur de cet intérêt conformément au paragraphe 148(7) L.I.R. Le paragraphe 148(9) L.I.R. stipule que cette « valeur » est égale à la valeur de rachat (« VR ») du contrat et qu'elle est nulle s'il n'y a pas de valeur de rachat. Ainsi, la somme incluse dans le revenu du titulaire est égale au montant de la VR du contrat qui excède le CBR du contrat.

Dans le cas de Jules, certaines options de roulement s'offrent à lui, mais avant de voir ces possibilités, revenons sur les règles permettant ce roulement. La loi permet en effet, dans certains cas de transferts à une personne avec un lien de dépendance, que le produit soit égal au CBR du contrat et le cessionnaire est présumé avoir acquis un intérêt dans le contrat pour une valeur égale au CBR.

Le paragraphe 148(8) L.I.R. permet le transfert en franchise d'impôt à un enfant si :

- le contrat est transféré à titre gratuit à l'enfant du titulaire; et

---

[78] Retrait sur les valeurs de rachat, prêt sur police par la compagnie d'assurances ou encore prêt levier par une tierce institution financière en consentant une hypothèque mobilière sur la police.

- la personne assurée est un enfant du titulaire ou du cessionnaire.

La définition du terme « enfant » est très large. La définition donnée au paragraphe 148(9) L.I.R. inclut celle du paragraphe 70(10) L.I.R. Cette disposition inclut les petits-enfants, arrière-petits-enfants et les personnes de moins de 18 ans qui sont entièrement à la charge du contribuable et dont celui-ci a la garde. On trouve une définition générale du terme « enfant » au paragraphe 252(1) L.I.R.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* permettrait un transfert en franchise d'impôt dans la situation suivante : le titulaire du contrat est le grand-père ou la grand-mère, la personne assurée est son fils et le cessionnaire est son petit-fils.

Une lettre d'interprétation technique de l'ARC d'octobre 2001[79] confirme que le transfert en franchise d'impôt n'est pas permis lorsque le titulaire est également l'assuré. Il faut que l'enfant soit l'assuré.

De plus, le contrat doit être transféré directement à l'enfant. Il ne peut l'être à une fiducie, même si le bénéficiaire de la fiducie est un enfant qui serait normalement admissible au transfert en franchise d'impôt à titre d'« enfant »[80]. On a demandé à l'ARC[81] si les dispositions du paragraphe 148(8) L.I.R. s'appliquaient lorsque l'intérêt dans un contrat d'assurance vie est transféré à une personne mineure ou mentalement incapable de gérer ses biens, qui est représentée par un tuteur ou un curateur aux biens. L'ARC a répondu que le fait de nommer un tuteur aux biens pour gérer les finances d'un mineur ou d'une personne qui est mentalement incapable de le faire elle-même n'a pas de répercussions sur la propriété de l'intérêt dans le contrat puisque le tuteur aux biens agit uniquement au nom de la personne incapable. Le bien en question (l'intérêt dans le contrat d'assurance vie) appartient toujours à l'enfant. Toutes les autres conditions étant remplies,

---

79 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0098185, 17 octobre 2001.

80 *Tax Windows Files*, précité, note 64, interprétation technique 9826715, 19 janvier 1999.

81 « Table ronde 2008 de la CALU sur la politique fiscale », *Calu Report*, Conference for Advanced Life Underwriting, 13 août 2008, question 7.

l'ARC a confirmé que le paragraphe 148(8) L.I.R. s'appliquait et que le contrat pouvait être transféré à l'enfant en franchise d'impôt[82].

Il faut aussi prêter attention à la disposition selon laquelle « un enfant » du titulaire du contrat ou du cessionnaire est la personne assurée au titre du contrat. L'ARC a émis de nombreux commentaires sur cette question. « Un enfant » du titulaire ouvrirait la possibilité à ce que le transfert se fasse à des frères ou sœurs qui sont enfants du titulaire.

Dans notre cas, le fait que Junior ne soit pas déclaré inapte ne permet pas l'administration tutélaire (la nomination d'un curateur semble improbable, puisqu'il n'est pas totalement inapte). Cette administration manque de souplesse et ne permettrait pas de profiter de toutes les stratégies disponibles.

Il semble risqué de faire signer un mandat d'inaptitude à Junior dans les circonstances, ce document pouvant faire assez facilement l'objet de contestation.

Une bonne façon de gérer cette situation pourrait s'effectuer par le biais d'une fiducie testamentaire. Cette fiducie pourrait détenir la police et avoir le pouvoir d'accéder aux valeurs de rachat suivant les stratégies énoncées. Une autre possibilité serait de transférer la police à une fiducie entre vifs immédiatement, au moment où le CBR de la police est encore élevé. Dans ces derniers cas, de tels transferts entraîneront une disposition taxable de la façon décrite ci-dessus.

8.4.1. Transfert de contrat et importance du titulaire successeur

Le paragraphe 148(8) L.I.R., qui permet le transfert en franchise d'impôt, ne s'applique pas dans le cas d'un contrat transféré du père ou de la mère à un enfant par testament[83]. L'ARC considère que le contrat serait alors transféré à la succession puis à l'enfant, ce qui contaminerait le roulement. Il y aurait disposition du contrat par le titulaire décédé et tout gain réalisé sur le contrat sera inscrit dans la dernière déclaration de revenus du défunt.

---

82 *Tax Windows Files*, précité, note 64, interprétation technique 2008-0270431C6, 29 avril 2008.

83 *Id.*, interprétation technique 9433865, 15 février 1995.

Pour résoudre ce problème, on peut nommer l'enfant titulaire subrogé. L'ARC a confirmé que le transfert en franchise d'impôt serait alors permis[84]. Quand un titulaire subrogé est désigné, selon l'article 2455 C.c.Q., le contrat n'est pas inclus dans la succession. En plus, comme le contrat est transmis directement au titulaire subsidiaire sans passer par la succession, il est à l'abri des créanciers de la succession.

8.4.2. Transfert en franchise d'impôt d'un contrat au conjoint lorsque l'assuré est un enfant

Le transfert en franchise d'impôt au conjoint du titulaire est possible quand un contrat sur la tête d'un enfant est transféré par testament au conjoint survivant conformément au paragraphe 148(8.2) L.I.R. et est par la suite transféré en franchise d'impôt par le conjoint survivant à l'enfant, à condition que les exigences stipulées au paragraphe 148(8) L.I.R. soient respectées.

8.4.3. Éléments à prendre en considération avant de transférer un contrat

Le principal risque que présente le transfert d'un contrat d'assurance vie pour le parent ou grand-parent est la perte de contrôle de l'argent qu'il y a placé. Il pourrait être possible de remédier à ce problème en désignant un bénéficiaire irrévocable, car généralement les contrats restreignent les droits du titulaire en présence de bénéficiaire irrévocable. Le parent cédant pourrait conserver le contrôle du contrat après le transfert en se désignant lui-même bénéficiaire irrévocable. Il pourra plus tard céder le contrôle du contrat par simple voie de consentement ou, le cas échéant, en renonçant à la désignation faite en sa faveur.

Quand un intérêt dans un contrat est transféré à un enfant (ou petit-enfant) et que celui-ci est marié, il se pourrait que le régime matrimonial entre en jeu. Notamment, sous le régime de la société d'acquêts, il serait judicieux de préparer un acte de donation parallèlement afin de bien qualifier la nature propre de la police au sens du deuxième alinéa de l'article 450 C.c.Q. et par la même occasion étendre cette qualification aux fruits et revenus.

---

84 *Id.*, interprétation technique 9618075, 3 septembre 1996.

8.4.4. Autres possibilités de planification

Dans le cas de Jules, voici des options qui s'offrent à lui :

- Outre le transfert possible à la conjointe de Jules en cas de son décès prématuré, on pourrait envisager un transfert du contrat sur la vie de Junior à l'un ou l'autre de ses frères et sœurs solvables et aptes. Il faudra alors faire confiance à ce dernier pour veiller aux intérêts de Junior. Nous croyons qu'il serait possible d'effectuer un tel transfert en franchise d'impôt puisque le paragraphe 148(8) L.I.R. exige, d'une part, que le cessionnaire soit « l'enfant du titulaire » et, d'autre part, que « l'enfant du titulaire » doive être la personne assurée. Ici, le cessionnaire et la personne assurée sont tous deux « l'enfant du titulaire ». On ne dit pas que le cessionnaire et la personne assurée doivent être le même enfant. Évidemment, cette situation imposerait un fardeau au frère ou à la sœur ainsi nommé. Par ailleurs, si Junior retrouve la forme, le transfert en franchise d'impôt de son frère ou de sa sœur à lui-même ne serait pas possible.

- On aurait pu, à l'origine, créer une fiducie[85] qui aurait été titulaire du contrat d'assurance. Les fiduciaires auraient pu conserver ce contrat et le gérer dans le meilleur intérêt de Junior. Cette méthode permet d'éviter que le contrat soit détenu par une personne d'âge mineur et de parer à une éventualité d'inaptitude. Le transfert du contrat pourrait avoir lieu maintenant; toutefois, le transfert d'une police existante à une fiducie est considéré comme une disposition qui pourrait entraîner un gain sur police imposable. Le transfert pourrait avoir lieu sans conséquence fiscale, dans la mesure où le CBR de la police est égal ou supérieur à la valeur de rachat. Par ailleurs, dans une telle éventualité de transfert à une fiducie, il faudrait mettre au point une manière de provisionner en vue du paiement des primes, le cas échéant. Le transfert à des fiducies testamentaires pourrait également être envisageable avec les mêmes conséquences fiscales. Toutefois, un transfert tardif et l'effet progressif de l'érosion du CBR de la police pourraient rendre plus coûteux un transfert de police plus tardif.

---

[85] On pourrait également le faire lorsque les conditions du paragraphe 148(8) L.I.R. ne sont pas remplies, conserver la police pendant un certain temps et transférer le contrat à un enfant (par exemple une nièce ou un neveu), à un moment opportun dans l'avenir.

8.5. BÉNÉFICIAIRES INAPTES

8.5.1. Grand-père nommé à titre irrévocable

Prenons l'exemple de grand-papa Cash qui a contracté une police sur la vie de son petit-fils. Il l'a surcapitalisée depuis plusieurs années et, au moment où l'enfant devient majeur, il y a un peu plus de 500 000 $ de valeur de rachat dans la police. À ce moment, grand-papa Cash décide qu'il serait temps de transférer la propriété de ce contrat à son petit-fils. Toutefois, ne voulant pas que son petit-fils Bigspender puisse dilapider ces valeurs de façon incontrôlée, il se fait nommer bénéficiaire irrévocable, car aux termes de la police, aucun retrait ne peut être consenti sans le consentement du bénéficiaire irrévocable.

Peu de temps après, un mal mystérieux frappe Cash et le rend inapte en très peu de temps, et il restera inapte pendant plus de 15 ans. Bigspender devra ainsi contrôler ses désirs de grand luxe pendant cette période, car il est très peu probable qu'un tribunal ou qu'un conseil de tutelle puisse approuver un retrait par le petit-fils.

Y aurait-il un moyen de s'en sortir? Le seul moyen que nous voyons serait un possible mandat d'inaptitude où l'on pourrait, selon des paramètres très clairement énoncés, permettre au mandataire, dans des circonstances prédéterminées, d'autoriser l'accès aux valeurs de rachat de la police au petit-fils du mandant.

8.5.2. Enfant mineur bénéficiaire irrévocable

Nous savons qu'aux termes de l'article 2457 C.c.Q., la nomination d'un enfant du titulaire à titre révocable suffit à rendre insaisissables les droits conférés au contrat. L'irrévocabilité du bénéficiaire, dans ce cadre de protection contre les créanciers, n'est nécessaire que si le bénéficiaire n'est pas le conjoint marié ou uni civilement, un ascendant ou un descendant du titulaire[86]. Pour ceux qui croient que les bretelles et une ceinture sont nécessaires pour garder son pantalon en place et qui transposent cette croyance dans une police d'assurance en mettant l'enfant mineur du titulaire bénéficiaire irrévocable en vue d'être certains que les valeurs au contrat seront protégées contre les créanciers du titulaire, attention! Malheureusement dans de telles circonstances, nous ne voyons pas comment un conseil de tutelle ou un tribunal pourrait autoriser le parent-tuteur à

[86] Art. 2458 C.c.Q.

renoncer aux avantages ainsi consentis au mineur. Dans ces circonstances, le titulaire devra attendre que l'enfant ait 18 ans pour l'implorer de renoncer à sa désignation de bénéficiaire. Bonne chance…

CONCLUSION

Nous avons voulu présenter les situations les plus fréquentes que l'on rencontre dans des dossiers de planifications financières et faire un survol des règles pertinentes dans le but d'orienter vos recherches et de vous aider à développer de bons réflexes.

JURISPRUDENCE SUR LES DÉSIGNATIONS DE BÉNÉFICIAIRE



Hélène Marquis
Avocate, D. Fisc., Pl. Fin., TEP
Directrice régionale,
Services consultatifs de gestion de patrimoine
Gestion privée de portefeuille CIBC

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 33:3

1. DIVORCE ET RÉVOCATION AUTOMATIQUE DE LA DÉSIGNATION DE BÉNÉFICIAIRE 33:4

1.1. L'AFFAIRE *COUTURE* C. *DESJARDINS SÉCURITÉ FINANCIÈRE, COMPAGNIE D'ASSURANCE-VIE* 33:4
1.1.1. Les faits 33:4
1.1.2. Les questions en litige 33:5
1.1.3. La décision 33:5
1.1.4. Commentaires 33:8
1.2. L'AFFAIRE *DROIT DE LA FAMILLE – 11696* 33:12
1.2.1. Les faits 33:12
1.2.2. La question en litige 33:13
1.2.3. La décision 33:13
1.2.4. Commentaires 33:14

2. FIDUCIE D'ASSURANCE VIE ET TIERS ADMINISTRATEUR 33:15

2.1. L'AFFAIRE *COMPAGNIE D'ASSURANCE-VIE MANUFACTURERS (FINANCIÈRE MANUVIE)* C. *MASSOUH* 33:15
2.1.1. Les faits 33:16
2.1.2. Les questions en litige 33:17
2.1.3. La décision 33:17
2.1.4. Commentaires sur le jugement 33:18
2.1.5. Commentaires 33:22

3. ÉLÉMENTS DE PLANIFICATION 33:31

3.1. FIDUCIE ENTRE VIFS 33:31
3.2. FIDUCIE TESTAMENTAIRE 33:31

CONCLUSION 33:32

ANNEXE 33:33

INTRODUCTION

La désignation d'un bénéficiaire dans un contrat d'assurance de personnes ou dans un testament apparaît de prime abord comme un geste simple. Malheureusement, cette perception n'est pas nécessairement le reflet de la réalité. En soi, une désignation de bénéficiaire comporte des avantages certains. Au décès de l'assuré, l'assureur doit verser le capital-décès directement au bénéficiaire désigné, procurant ainsi une source immédiate de liquidités accessible pour ceux qui en ont besoin. Puisque le capital-décès ne transite pas par la succession de l'assuré, le liquidateur n'y a pas accès, il n'est donc pas soumis au processus de liquidation de la succession qui peut s'avérer compliqué et s'étirer dans le temps. De plus, le liquidateur ne pourra pas utiliser ces sommes pour régler les créanciers de la succession.

Malgré ces avantages certains, il demeure que les tribunaux ont trop souvent à se pencher sur des questions entourant la désignation d'un bénéficiaire. Comme nous le verrons dans le présent texte, cela n'est pas toujours causé par un manque de précaution au moment de faire la désignation. Hélas, trop souvent, les professionnels ne connaissent pas assez bien les règles et les conséquences qui y sont attachées autant du point de vue légal que fiscal. Pour ajouter à la difficulté, les décisions des tribunaux n'ont pas toujours pour effet de faciliter la vie aux professionnels de la planification successorale et de la rédaction du testament. Au contraire, dans une société ouverte comme la nôtre, où la notion de famille a évolué de façon importante au cours des 50 dernières années, le manque de clarté de la loi ou l'interprétation très légaliste qu'en font certains jugements ne sont pas de nature à faciliter une planification de la remise du capital-décès à la fois harmonieuse et respectueuse de la volonté du décédé.

Aux fins du présent texte, nous avons retenu trois décisions rendues au cours des derniers mois en raison de l'importance des thèmes qui y sont traités. Les deux premières traitent de la question de la révocation automatique de la désignation de l'époux au titre de bénéficiaire lors du prononcé d'un jugement de divorce. La troisième traite des questions touchant la désignation d'un tiers administrateur au sens de l'article 210 du *Code civil du Québec*[1] ou d'une fiducie, pour recevoir le capital-décès et l'administrer au bénéfice d'un enfant mineur. Nos commentaires sur chacune de ces décisions porteront, entre autres, sur l'historique des lois et de la jurisprudence, sur les avenues différentes qui auraient pu être explorées et

[1] L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »).

sur les mesures à prendre pour éviter les problèmes si, bien entendu, ces mesures existent dans l'état actuel du droit.

1. DIVORCE ET RÉVOCATION AUTOMATIQUE DE LA DÉSIGNATION DE BÉNÉFICIAIRE

1.1. L'AFFAIRE *COUTURE* C. *DESJARDINS SÉCURITÉ FINANCIÈRE, COMPAGNIE D'ASSURANCE-VIE*[2]

Certaines désignations de bénéficiaire anciennes viennent encore nous hanter aujourd'hui, et ce, malgré l'entrée en vigueur le 1er décembre 1982 et le 1er janvier 1994 de dispositions ayant pour effet de rendre caduque après le divorce toute désignation du conjoint comme bénéficiaire révocable ou irrévocable d'un contrat d'assurance vie[3].

Pour bien comprendre la cause à l'étude, il faut se rapporter à l'historique des lois régissant la désignation d'un conjoint comme bénéficiaire. Comme nous le verrons plus loin, exception faite d'une courte période, une telle désignation a toujours été irrévocable sauf si cela était autrement stipulé expressément sur le formulaire de l'assureur.

1.1.1. Les faits

M. Jacques Chayer était assuré par le biais d'une police d'assurance collective qu'il avait souscrite au travail pour une somme de 45 000 $.

La demanderesse, Mme Ginette Couture, soutenait avoir été désignée bénéficiaire révocable de cette police d'assurance le 20 juillet 1995.

Par ailleurs, une désignation de bénéficiaire irrévocable avait été faite dans ce contrat en date du 15 octobre 1980, en faveur de Mme Johanne Bazinet-Chayer, ex-épouse de M. Chayer.

Desjardins Sécurité financière prétend que la désignation de bénéficiaire de Mme Couture est nulle et n'a jamais existé. Cette prétention est basée sur l'existence de la première désignation de bénéficiaire irrévocable qui était toujours valable le 20 juillet 1995. Il convient de noter que le jugement de

---

2 2010 QCCQ 7194.

3 *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39, art. 59, entrée en vigueur le 1er décembre 1982.

séparation de corps de M. Chayer et de M^me^ Bazinet-Chayer a été prononcé le 10 avril 1995 et que le jugement de divorce subséquent, daté du 11 novembre 1996, est devenu final le 12 décembre 1996.

M. Jacques Chayer est décédé le 16 décembre 2005. Au moment de son décès, M. Chayer avait un testament daté du 30 juin 2005 par lequel il instituait ses deux fils, Alain et Sylvain Chayer, ses héritiers et bénéficiaires en titre de sa succession.

Desjardins Sécurité financière, compagnie d'assurance-vie a refusé la demande de paiement du capital-décès faite par M^me^ Couture et a plutôt versé le capital et les intérêts dus aux deux fils de M. Chayer, Alain et Sylvain, ses héritiers par testament.

M^me^ Couture poursuit donc à la fois la compagnie d'assurances et les deux fils de M. Chayer, au prétexte que le paiement qui leur a été fait n'était pas valable, que ces derniers doivent lui rembourser les sommes qu'ils ont reçues. Elle allègue aussi que la compagnie d'assurances doit l'indemniser en raison du préjudice qu'elle a subi du fait de ces agissements.

1.1.2. Les questions en litige

Pour résoudre ce litige, le juge Désy s'est attaché de façon particulière à répondre aux deux questions suivantes. En termes de planification successorale, ce sont aussi ces questions qui nous intéressent vu l'impact des réponses qui leur sont apportées :

1) La désignation de la demanderesse à titre de bénéficiaire révocable, le 20 juillet 1995, était-elle valide?

2) À quel moment s'évalue la validité d'une désignation de bénéficiaire, lors de la désignation **ou** lors du décès?

1.1.3. La décision

1) La désignation de la demanderesse à titre de bénéficiaire révocable, le 20 juillet 1995, était-elle valide?

En droit, les éléments importants à retenir de la preuve sont les suivants.

Au moment de désigner son épouse, Johanne Bazinet-Chayer, comme bénéficiaire de sa police d'assurance, le 15 octobre 1980, le *Code civil du Bas-Canada*[4] prévoyait alors que sauf stipulation contraire, la désignation du conjoint à titre de bénéficiaire est irrévocable[5]. Fait intéressant, sur le formulaire imprimé de désignation de bénéficiaire signé le 15 octobre 1980, apparaissait la mention suivante : « Le(s) bénéficiaire(s) précité(s) est (sont) révocable(s) sauf si le mot "irrévocable" est mentionné à la suite de son (leurs) nom(s). »

L'article 2457 C.c.B.-C. prévoyait que l'époux désigné comme bénéficiaire dans le contrat d'assurance l'était à titre irrévocable. Le tribunal conclut que même si aucune mention d'irrévocabilité n'a été indiquée à la suite du nom de M^me^ Bazinet-Chayer, le fait qu'elle soit désignée en sa qualité d'épouse crée une présomption selon laquelle cette désignation était irrévocable en fonction des prérogatives du *Code civil du Bas-Canada*. De plus, l'article 2457 C.c.B.-C. était d'ordre public. Il ne peut donc pas être écarté par une stipulation sur un formulaire d'assurance qui indique que toute désignation est révocable. Il doit y avoir une indication formelle que la désignation est faite à titre irrévocable pour que celle-ci soit valable lorsque l'époux fait l'objet de cette désignation. Cette décision est conforme à la doctrine et à la jurisprudence constante, y compris celle de la Cour d'appel, auquel le jugement fait abondamment référence.

Selon le juge, les faits et la preuve démontrent clairement que M. Chayer n'avait jamais indiqué son intention de désigner M^me^ Bazinet-Chayer à titre révocable en octobre 1980. La question de cette police d'assurance n'a jamais été soulevée ni au moment de la séparation ni au moment du divorce. Aucune preuve n'a été faite selon laquelle M^me^ Bazinet-Chayer aurait renoncé expressément à cette désignation de bénéficiaire. De ce fait, M^me^ Bazinet-Chayer était toujours bénéficiaire irrévocable le 20 juillet 1995, au moment de la désignation de M^me^ Couture comme bénéficiaire. Comme la première désignation était toujours en vigueur, celle faite à ce moment ne pouvait être valable, même s'il n'en est aucunement question dans le jugement de divorce prononcé le 11 novembre 1996. La

---

4 (« C.c.B.-C. »).

5 Art. 2547 C.c.B.-C. :

> « La désignation d'un bénéficiaire irrévocable ne peut se faire que dans la police ou dans un écrit distinct autre qu'un testament.
>
> La désignation du conjoint à titre de bénéficiaire, par le preneur ou l'adhérant, est irrévocable à moins de stipulation contraire. »

désignation de M^me^ Bazinet-Chayer à titre de bénéficiaire irrévocable a été révoquée automatiquement par le divorce, vu les dispositions de l'article 2459 C.c.Q. alors applicables[6].

2) À quel moment s'évalue la validité d'une désignation de bénéficiaire, lors de la désignation **ou** lors du décès?

La seconde question à laquelle le tribunal a dû répondre est de savoir si le prononcé du divorce, qui a rendu caduque la désignation faite à titre irrévocable de M^me^ Bazinet-Chayer, avait pour effet de valider celle du 20 juillet 1995 en faveur de M^me^ Couture. À cette question le juge répond en se référant à la doctrine et à la jurisprudence auxquelles il avait déjà fait référence. Il conclut assez rapidement que pour être valables, les droits du bénéficiaire doivent être effectifs au moment où la désignation est faite. La capacité de recevoir la prestation d'assurance se vérifie toutefois au moment du décès. Comme il existait une bénéficiaire irrévocable au moment de la désignation de M^me^ Couture, cette dernière est nulle et ne peut fonder aucun droit pour elle de réclamer la créance à l'encontre de la compagnie d'assurances. Le juge a donc validé la décision de l'assureur de payer le capital-décès aux héritiers par testament de M. Chayer, c'est-à-dire ses deux fils.

---

[6] Les dispositions de l'article 2459 C.c.Q. entrées en vigueur le 1^er^ janvier 1994 sont sensiblement au même effet que celles de l'article 2457 C.c.B.-C.

Art. 2555 C.c.B.-C. :

> « La séparation de corps ne porte pas atteinte aux droits du conjoint qu'il soit bénéficiaire ou propriétaire subsidiaire. Toutefois, le tribunal peut au moment où il prononce la séparation, les déclarer révocables ou caducs.
>
> Le divorce et la nullité de mariage rendent caduque toute désignation du conjoint à titre de bénéficiaire ou de propriétaire subsidiaire. »

Au moment de la réforme du Code civil en 1994, le législateur a repris une formulation semblable avec les rajustements requis.

Art. 2459 C.c.Q. :

> « La séparation de corps ne porte pas atteinte aux droits du conjoint, qu'il soit bénéficiaire ou titulaire subrogé. Toutefois, le tribunal peut, au moment où il prononce la séparation, les déclarer révocables ou caducs.
>
> Le divorce ou la nullité du mariage et la dissolution ou la nullité de l'union civile rendent caduque toute désignation du conjoint à titre de bénéficiaire ou de titulaire subrogé. »

Ces deux questions réglées, le juge a rejeté toutes les demandes principales et reconventionnelles intentées par les parties les unes contre les autres.

1.1.4. Commentaires

Cette position n'est pas nouvelle, les tribunaux ont déjà établi à plusieurs reprises que c'est le statut au moment de la désignation de bénéficiaire et non celle au moment du décès qui prévaut[7] en cas de conflit entre les bénéficiaires.

Sans revenir sur la chronologie des événements relatés dans les faits plus haut, il est nécessaire de constater que les dates où les actes sont posés constituent un élément important de la conclusion du litige. Avant de faire un changement de bénéficiaire, il est préférable de vérifier qu'il ne subsiste aucune désignation de bénéficiaire irrévocable.

Seul le divorce révoque automatiquement la désignation du conjoint comme bénéficiaire révocable ou irrévocable. S'il s'avère que cette désignation est stipulée révocable, il sera possible de la révoquer par la désignation d'un nouveau bénéficiaire dûment expédiée à l'assureur en temps opportun, même s'il s'agit de la désignation d'un époux ou conjoint[8]. Toutefois, si aucune stipulation de révocabilité n'apparaît sur le formulaire, l'époux sera désigné irrévocablement et seul son consentement écrit ou un jugement de divorce mettra fin à cette situation.

Historique de la désignation de l'époux comme bénéficiaire

Historiquement, la désignation d'une épouse s'est toujours faite irrévocablement sauf pour une courte période entre 1970 et 1976 où les maris québécois ont acquis le droit d'être eux-mêmes désignés bénéficiaires d'un contrat d'assurance. À partir de ce moment, ils ont pu désigner leur épouse de façon révocable, selon si la désignation était faite en vertu de la *Loi de l'assurance des maris et des parents*[9] ou suivant les dispositions du

---

7 *Smith* c. *Survivance (La), compagnie mutuelle d'assurance-vie*, J.E. 95-1290 (C.S.); *Daviault* c. *London Life Insurance Company et autres*, R.E.J.B. 2003-50647 (C.S.), 30 octobre 2003, j. Chrétien.

8 Art. 2449 C.c.Q.

9 S.R.Q. 1964, c. 296.

Code civil du Bas-Canada. En fait, voici la chronologie des lois applicables en matière de désignation de bénéficiaire en faveur du conjoint :

- De 1865 à 1976, année où elle fut abrogée, la *Loi de l'assurance des maris et des parents* permettait au mari seulement de désigner son épouse comme bénéficiaire d'un contrat d'assurance souscrit sur la vie de ce dernier. L'épouse avait alors le statut de bénéficiaire privilégiée. Seule une révocation de son droit de bénéficiaire en faveur d'un ou des enfants du couple était alors permise. C'était donc l'équivalent d'une désignation irrévocable.

- Du 1er juillet 1970 au 20 octobre 1976, à la suite des modifications au *Code civil du Bas-Canada*, deux lois se sont appliquées simultanément :

  – les dispositions de la *Loi de l'assurance des maris et les parents* qui sont demeurées inchangées;

  – les dispositions de l'article 1029 C.c.B.-C. de l'époque, en vertu des règles de la stipulation pour autrui.

Le conjoint désigné bénéficiaire durant cette période était théoriquement révocable sauf s'il était stipulé irrévocable. Cependant, ce bénéficiaire pouvait devenir irrévocable si avant le 20 octobre 1977, il notifiait son acceptation de la désignation, exception faite si le preneur s'était réservé le droit de modifier la désignation ultérieurement.

Les choses se compliquent encore lorsqu'une désignation de l'époux comme bénéficiaire existait le 1er juillet 1970 et qu'une nouvelle désignation en faveur de la même personne était faite durant la période couverte par l'article 1029 C.c.B.-C. Comment déterminer si la désignation de bénéficiaire de l'épouse est révocable en faveur uniquement d'un autre bénéficiaire privilégié, soit un enfant ou des enfants du couple, ou encore si cette désignation a été faite en vertu des dispositions du *Code civil du Bas-Canada*? Dans l'affaire *Lalonde* c. *Sun Life du Canada, cie d'assurance-vie*[10], la Cour suprême du Canada a répondu à cette question en établissant la primauté de la loi spéciale, soit la *Loi de l'assurance des maris et des parents*, qui a préséance lorsque les conditions d'application sont remplies.

---

[10] [1992] 3 R.C.S. 261.

Le 20 octobre 1976, la *Loi sur les assurances*[11] est entrée en vigueur. Cette loi abrogeait la *Loi de l'assurance des maris et des parents* et rendait inapplicable l'article 1029 C.c.B.-C. en matière d'assurance. Par contre, pendant une période d'un an à compter de la date d'entrée en vigueur de cette nouvelle loi, le mari pouvait révoquer une désignation de bénéficiaire faite sous l'emprise de l'ancienne loi. Cela lui permettait donc de remplacer la désignation de l'épouse par toute personne et non nécessairement un bénéficiaire privilégié. Si aucune révocation n'a été faite durant cette période, la désignation de l'épouse comme bénéficiaire est devenue automatiquement à titre irrévocable, conformément aux dispositions de l'article 2547 C.c.B.-C., qui est au même effet que l'article 2449 C.c.Q. Ainsi, depuis cette date, toute désignation de bénéficiaire en faveur de l'époux ou du conjoint uni civilement du titulaire est irrévocable à moins que la révocabilité ne soit expressément stipulée[12].

La simplicité même, n'est-ce pas? Et ce n'est pas tout!

Deux autres éléments doivent aussi être considérés lorsqu'il est question de modifier une désignation de bénéficiaire dans un contexte de séparation ou de divorce. Le premier est la date du prononcé du divorce[13] et le second réside dans les circonstances et les clauses mêmes auxquelles les conjoints

---

[11] L.R.Q., c. A-32 et mod.

[12] Pour plus de détails, voir Geneviève FARIBAULT, *L'assurance de personnes au Québec*, Longueuil, Publications CCH, feuilles mobiles, par. 55-225.

[13] Cela nous ramène au débat entourant la rétroactivité des lois. Il s'agit de se demander si les dispositions du nouveau *Code civil du Québec* entré en vigueur le 1er janvier 1994 selon lesquelles le divorce rend caduque toute désignation du conjoint à titre de bénéficiaire s'appliqueraient à une situation antérieure à cette date. Les règles transitoires formulées dans la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* (L.Q. 1992, c. 57) établissent le principe de la non-rétroactivité lorsque la situation considérée était cristallisée au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Par exemple, prenons la situation où l'épouse a été désignée bénéficiaire d'un contrat d'assurance en 1970 et que cette désignation n'a pas été modifiée ou autrement indiquée comme révocable avant le 20 octobre 1977. Par la suite, les parties ont divorcé le 2 novembre 1979, c'est-à-dire juste avant l'adoption des dispositions révoquant automatiquement la désignation de l'époux advenant un divorce. L'assuré décède le 4 octobre 2011. Même si, théoriquement, les dispositions du *Code civil du Québec* entré en vigueur le 1er janvier 1994 devraient s'appliquer à la date du décès, le droit applicable devra s'analyser à la date où la désignation de bénéficiaire a été faite et à celle où le jugement de divorce a été prononcé, car la loi nouvelle ne pourrait changer l'état de la situation établie sous l'emprise de la loi ancienne. Pour une étude de ces questions, voir la décision *Droit de la famille 2292*, C.S. Hull, no 550-05-001297-954, 20 octobre 1995, j. Trudel, SOQUIJ AZ-95021928.

auraient pu adhérer ou se voir imposer dans le cadre d'un jugement de séparation de corps ou de divorce.

Comme nous l'avons mentionné plus haut, le divorce ou la dissolution d'une union civile rend automatiquement caduque toute désignation de bénéficiaire en faveur du conjoint, qu'elle soit révocable ou irrévocable.

Il demeure que cette révocation n'est automatique uniquement si le divorce est prononcé après le 1er décembre 1982, date où sont entrées en vigueur les dispositions du Code civil à cet effet, comme nous l'avons mentionné plus haut. Pourquoi soulever toutes ces vielles considérations, nous sommes passés au XXIe siècle, à l'heure où la protection des conjoints a largement évolué dans nos lois modernes. Il faut garder à l'esprit que toutes ces dispositions qui nous paraissent aujourd'hui si archaïques avaient aussi pour objectif de protéger les droits des époux et ceux des enfants en cas de décès prématuré du père.

Comme nous remontons à des dispositions qui étaient en vigueur dans les années 1960 et 1970, les décès de ces assurés et de leurs époux et épouses surviennent maintenant, d'où les potentiels de conflits nés de l'application des lois anciennes. Nous vous l'accordons d'emblée, d'ici une dizaine d'années nous n'en parlerons plus. Toutefois, il subsiste encore beaucoup de contrats d'assurance établis durant ces années qui ne peuvent pas faire l'objet de changement de bénéficiaire ou d'une révocation, qu'elle soit faite directement dans le contrat ou par un testament. Il est donc nécessaire de vérifier si aucune désignation de bénéficiaire irrévocable n'est faite avant le 20 octobre 1976 ou si la date du prononcé du divorce est antérieure au 1er décembre 1982.

En résumé, pour qu'une désignation de bénéficiaire soit valide, il ne faut pas qu'une désignation de bénéficiaire irrévocable antérieure subsiste au moment où la nouvelle désignation a été faite. Si tel était le cas, il faut obtenir le consentement du bénéficiaire antérieur, sinon la nouvelle désignation n'aura aucun effet et sera déclarée nulle à partir du moment où elle est faite, même si les conditions de validité étaient par ailleurs remplies au moment du décès.

1.2. L'AFFAIRE *DROIT DE LA FAMILLE – 11696*[14]

Un autre élément important à considérer pour déterminer si une désignation de bénéficiaire irrévocable a été rendue caduque réside dans les clauses mêmes auxquelles les parties ont pu souscrire ou se sont fait imposer par le juge, à un moment ou à un autre des procédures en séparation de corps ou de divorce. La Cour d'appel du Québec a déjà indiqué qu'il faut faire la distinction entre un engagement à caractère patrimonial et un autre à caractère alimentaire. Le jugement du juge Jacques Babin de la Cour supérieure du Québec rendu le 8 mars 2011, dont il sera question ci-après, en est un bon exemple.

1.2.1. Les faits

Nous passons sous silence les considérations touchant la pension alimentaire, le droit de garde et les frais particuliers pour nous intéresser uniquement aux questions touchant l'assurance vie[15].

En novembre et décembre 2010, les parties ont, de part et d'autre, présenté à la Cour des requêtes en modification des mesures accessoires concernant la garde des enfants et la pension alimentaire telles qu'elles avaient été accordées par un jugement de divorce daté du 17 décembre 2007.

Lors des procédures de séparation de corps en 2002, Monsieur s'était engagé à maintenir Madame comme bénéficiaire irrévocable d'une police d'assurance sur sa vie. La clause en question, entérinée dans le jugement de séparation de corps, se lisait ainsi :

> « Le défendeur s'engage à maintenir la demanderesse bénéficiaire irrévocable de la police d'assurance-vie qu'il détient sur sa vie auprès de son employeur pour un montant de 400 000 $; s'il ne pouvait maintenir la police d'assurance qu'il détient actuellement auprès de son employeur ou toute autre police d'assurance qu'il pourrait détenir auprès d'un employeur éventuel du même montant, il s'engage à contracter une assurance dans laquelle il maintiendra la demanderesse irrévocable du montant nécessaire pour combler la différence jusqu'à concurrence de 400 000 $. Il s'engage en outre à payer au fur et à mesure de leur échéance les primes de ladite police d'assurance, à remettre à la demanderesse à la signature des présentes une copie de ladite police d'assurance et à fournir, sur demande de cette dernière, une preuve du paiement des primes de ladite police d'assurance;

---

14 2011 QCCS 1272.

15 *Id.*, par. 139-169.

> Si le défendeur ne pouvait maintenir une couverture d'assurance avec son employeur ou tout autre employeur, il s'engage à contracter une police d'assurance-vie auprès d'une autre compagnie au montant de 200 000 $ et ce, en désignant la demanderesse bénéficiaire irrévocable. Il s'engage à payer au fur et à mesure de leur échéance, les primes de ladite police d'assurance, à remettre à la demanderesse une copie de ladite police d'assurance, sur demande; [...] » (Notre soulignement)

Au moment du litige, la preuve a été faite que Monsieur a maintenu la désignation de bénéficiaire en faveur de Madame mais à titre révocable et non irrévocable. Il ne fut aucunement question du sort de cette clause lors du prononcé du jugement de divorce, le 17 décembre 2007.

1.2.2. La question en litige

Est-ce que le divorce a rendu caduque la désignation de Madame à titre de bénéficiaire du contrat d'assurance?

1.2.3. La décision

Après avoir procédé à une révision exhaustive de l'état du droit sur cette question, le juge Babin a dégagé le principe suivant :

- Une distinction doit être apportée quant au sort du maintien d'une telle désignation de bénéficiaire selon si la clause prévoit un engagement à caractère patrimonial ou un engagement à caractère alimentaire.

Pour appuyer sa position, le juge cite un extrait d'un jugement de la Cour supérieure[16] qui se lit comme suit :

> « (87) Ainsi, selon ce jugement, la disposition par laquelle une partie s'engage à maintenir une assurance-vie est une disposition de nature patrimoniale, en l'absence d'indications à l'effet qu'il s'agit d'une garantie accessoire à l'exécution de la pension alimentaire.
>
> [88] Nous partageons cette opinion et sommes d'avis, qu'à défaut de preuve à l'effet que le maintien d'une assurance-vie a été consenti dans le but de pourvoir aux choses essentielles de la vie, nous ne pouvons conclure au caractère alimentaire de cet engagement. » (Notre soulignement)

Vu l'absence de preuve selon laquelle la clause de maintien de la désignation de Madame comme bénéficiaire de la police d'assurance vie

---

16 *Droit de la famille – 3206*, 99 B.E.- 79 (C.S.).

était pour garantir l'exécution de l'obligation alimentaire en cas de décès, le tribunal conclut que cette clause constituait une stipulation à caractère purement patrimonial de sorte qu'elle demeure valide et exécutoire même après le prononcé du jugement de divorce.

1.2.4. Commentaires

L'analyse faite par les tribunaux des clauses de maintien d'une désignation de bénéficiaire en faveur d'un conjoint dans le cadre d'un divorce ou d'une séparation de corps doit permettre de déterminer s'il s'agit d'une protection à caractère alimentaire ou patrimoniale. La protection à caractère alimentaire devrait être temporaire pour garantir l'exécution de l'obligation au cas où surviendrait le décès de celui qui en est redevable. Habituellement, lorsque la protection est de nature alimentaire, un terme est prévu où la protection se termine. Il ne faut pas oublier que ce terme peut ne jamais arriver dans le cas d'une pension alimentaire consentie à un conjoint qui n'aura jamais la possibilité d'atteindre sa pleine autonomie financière.

Dans l'affaire à l'étude, comme cette clause faisait partie du jugement de séparation de corps, elle aurait pu être rendue caduque par le divorce, si des précisions avaient été apportées quant au caractère alimentaire de la protection, le jugement du 17 décembre 2007 étant muet sur la question.

À l'inverse, une protection à caractère patrimonial devrait continuer à exister. La présomption est en faveur du maintien d'une telle obligation à défaut d'indication contraire ou d'une preuve voulant que la clause soit consentie pour garantir l'exécution de la pension alimentaire.

Voici donc quelques questions de plus à ajouter à la prise de données relatives aux polices d'assurance vie dans le cadre d'une planification successorale :

- Est-ce qu'un jugement de séparation de corps ou de divorce a été prononcé entre les parties?

- Est-ce que le jugement prévoit le maintien d'une protection d'assurance en faveur des époux?

- Dans l'affirmative, cette protection a-t-elle un caractère alimentaire ou patrimonial?

- Le divorce a-t-il révoqué les désignations de bénéficiaire existantes?

- Le jugement de divorce contient-il des dispositions forçant les parties à maintenir des désignations de bénéficiaire par la suite?

En conclusion, s'il n'existe aucune piste ou preuve permettant de conclure que la protection accordée à l'obligation est à caractère alimentaire, le tribunal optera pour une protection à caractère patrimonial et maintiendra cette dernière selon les circonstances.

Ces notions sont apparues relativement récemment dans la jurisprudence. Il existe de nombreux jugements de séparation de corps et de divorce qui ne tiennent pas compte de ces distinctions. À moins que le jugement n'ait prévu expressément la protection de la pension alimentaire, ces clauses seront présumées être à caractère patrimonial.

2. FIDUCIE D'ASSURANCE VIE ET TIERS ADMINISTRATEUR

Toutes les questions touchant l'administration par des tiers des biens laissés aux membres de la famille au moment d'un décès causent beaucoup de soucis aux planificateurs de la succession. Lors d'une entrevue de planification successorale, Monsieur ou Madame vous signifiera clairement que son « ex » ne doit pas avoir accès à un seul cent de son argent pour toutes sortes de bonnes raisons. Certains grands-parents veulent laisser un capital à leurs petits-enfants mais insistent pour que ces sommes servent à des objectifs tels que les études, l'établissement dans la vie, les soins spéciaux à apporter à un enfant handicapé. Souhaiterait-on laisser des milliers sinon des millions de dollars provenant du capital-décès d'assurance vie, en pleine propriété à son enfant de 18 ans, encore étudiant ou décrocheur notoire, sans aucune protection ni supervision de la part d'un adulte responsable?

Ces objectifs sont tous louables, le problème réside dans les incertitudes soulevées par les juristes sur le régime d'administration à favoriser et sur la façon d'implanter les structures légales adéquates.

2.1. L'AFFAIRE *COMPAGNIE D'ASSURANCE-VIE MANUFACTURERS (FINANCIÈRE MANUVIE)* C. *MASSOUH*[17]

Cette décision fait ressortir en bloc toutes les difficultés reliées à une planification successorale adéquate, lorsque des enfants mineurs issus d'une relation terminée sont en cause. Certes, M. Massouh avait l'intention de

[17] 2010 QCCS 2060 (« *Massouh* »).

protéger le capital-décès d'assurance vie qu'il laissait à sa fille unique. Il a pris toutes les précautions d'usage habituellement proposées dans ces circonstances, désignation de bénéficiaire, rédaction d'un testament notarié. Toutefois, nous devons constater que la conclusion à laquelle le tribunal est arrivé en ce qui concerne la remise du capital-décès ne représente pas ce que le testateur avait souhaité pour sa bénéficiaire mineure.

2.1.1. Les faits

Membre des Forces armées canadiennes, M. Massouh est décédé en Afghanistan le 6 janvier 2008.

Le 11 avril 2007, il a signé un testament notarié dans lequel il désigne les bénéficiaires du produit de son assurance vie :

– sa fille, Laïla, pour la somme de 300 000 $;

– sa conjointe de fait pour la somme de 75 000 $;

– sa filleule, pour la somme de 25 000 $.

Le testament fait expressément référence à la police d'assurance vie, indique le nom de la compagnie émettrice et le numéro du contrat.

Le testament contenait une clause d'administration prolongée, par les deux liquidateurs de la succession, si M. Massouh décédait avant que ses bénéficiaires n'aient atteint l'âge de 30 ans. Cette clause prévoyait une remise partielle du capital-décès de l'assurance vie collective, à l'âge de 18, 21, 25 et 30 ans.

Le 27 mai 2007, il augmente de 300 000 $ à 400 000 $ sa couverture d'assurance vie collective facultative que détient son employeur. Il s'agit du même contrat que celui auquel il se réfère dans son testament. Il désigne alors à titre de bénéficiaires révocables :

– sa fille, pour 75 % de la valeur du capital-décès;

– sa conjointe de fait, pour 20 %;

– sa filleule, pour 5 %.

À la case réservée à l'identification d'un fiduciaire, il indique : « selon testament ».

À la suite du décès, la compagnie d'assurances retient la partie payable à la fille du décédé étant donné que sa mère et tutrice légale en réclame le versement.

2.1.2. Les questions en litige

La question principale est de déterminer qui, entre les liquidateurs de la succession ou la tutrice à l'enfant mineure, est en droit de réclamer le capital-décès provenant de la couverture d'assurance vie.

2.1.3. La décision

Pour répondre à cette question, le tribunal se penche sur l'analyse de trois éléments déterminants :

1) la nature du contrat d'assurance vie et les conséquences d'une désignation de bénéficiaire dans un tel contrat;

2) l'application de l'article 210 C.c.Q.;

3) la création d'une fiducie d'assurance vie.

1) La nature du contrat d'assurance vie et les conséquences d'une désignation de bénéficiaire dans un tel contrat

En se penchant sur cette question et sur les articles pertinents du *Code civil du Québec*[18], le tribunal est arrivé à la conclusion que la désignation de bénéficiaire ne constituait pas une donation ni un legs. En s'appuyant sur la définition de la loi du mot « donation »[19], le juge insiste sur le fait que la donation est un contrat par lequel une personne, le donateur, transfère la propriété d'un bien à titre gratuit à une autre personne, le donataire. Le tribunal fait le même parallèle avec la définition d'un « testament »[20], qui est un acte juridique unilatéral par lequel le testateur dispose en tout ou en partie de ses biens à son décès. Ces deux notions

---

18 Art. 2389, 2393, al. 1, 2453 et 2455 C.c.Q.

19 Art. 1806 C.c.Q.

20 Art. 704 C.c.Q.

impliquent que le bien faisant l'objet du transfert s'est déjà retrouvé dans le patrimoine du donateur ou du décédé de façon qu'il puisse le donner à titre gratuit ou le léguer dans son testament.

S'appuyant par la suite sur les conséquences juridiques d'une désignation de bénéficiaire[21], laquelle fait en sorte que le bénéficiaire devient le créancier de l'assureur et que la prestation ne fait pas partie de la succession de l'assuré, le juge conclut que la somme payable au décès de l'assuré n'a jamais fait partie de son patrimoine et n'est donc pas transmissible par legs ou donation de la part de ce dernier.

Cette conclusion amène donc le tribunal à son second point d'analyse.

2) L'application de l'article 210 C.c.Q.

Selon la prétention des liquidateurs devant la Cour, M. Massouh aurait voulu soustraire la prestation d'assurance vie à l'administration du tuteur légal, par l'application de l'article 210 C.c.Q. qui se lit comme suit :

> « Les biens donnés ou légués à un mineur, à la condition qu'ils soient administrés par un tiers, sont soustraits à l'administration du tuteur.
>
> Si l'acte n'indique pas le régime d'administration de ces biens, la personne qui les administre a les droits et les obligations d'un tuteur au bien. »

Conséquemment, le tribunal conclut que les deux liquidateurs de la succession n'ont pas la qualité pour agir en guise de tiers administrateurs de la prestation d'assurance vie puisque cette prestation n'a jamais pu être donnée ou léguée à sa fille.

2.1.4. Commentaires sur le jugement

1) La nature du contrat d'assurance vie et les conséquences d'une désignation de bénéficiaire dans un tel contrat

La conclusion du tribunal selon laquelle la prestation d'assurance faisant l'objet de la désignation de bénéficiaire n'est ni donnée ni léguée est en fait exacte dans ce cas puisque jamais il n'est fait mention ni dans le testament ni dans la désignation de bénéficiaire de l'article 210 C.c.Q. et de la désignation de tiers comme administrateurs.

---

[21] Art. 2453 et 2455 C.c.Q.

Nous référons le lecteur à nos commentaires sur la question du contrat d'assurance dans la section traitant de la création de la fiducie.

2) L'application de l'article 210 C.c.Q.

En fait, l'article 210 C.c.Q. emploie un vocabulaire très restrictif. Les biens faisant l'objet de l'administration par le tiers désigné doivent être obligatoirement donnés ou légués au mineur. Il faut toutefois se questionner afin de savoir si cela empêche effectivement qu'un tiers administrateur soit nommé directement dans la police d'assurance ou dans une désignation de bénéficiaire faite par testament. Comme nous le verrons plus loin dans nos commentaires touchant la création d'une fiducie d'assurance vie, la prestation décès est exclue du patrimoine de la succession de l'assuré et non de celle du titulaire ou adhérant. Du vivant de l'assuré, seul le preneur/titulaire ou l'adhérent peut exercer et disposer des droits que lui accorde le contrat d'assurance. L'analyse de ces questions aurait peut-être dû se faire sous l'angle des droits du preneur, titulaire ou adhérent et non de celui de l'assuré.

Dans le contexte de l'affaire *Massouh*, les dispositions de l'article 210 C.c.Q. ne peuvent être utilisées pour prétendre que les deux liquidateurs sont des tiers administrateurs. Par contre, comme nous l'indiquerons ci-après, l'effet de la désignation de bénéficiaire devrait être analysé sous l'angle des droits du titulaire ou de l'adhérent. À notre avis, le sort aurait pu être différent si la désignation de bénéficiaire faite en temps opportun par l'adhérent comportait des termes non équivoques pour créer le régime d'administration souhaité.

Par exemple, une mention comme celle qui suit pourrait-elle avoir comme effet que le titulaire ou l'adhérent **donne** son droit de créance à l'égard de l'assureur en instituant une désignation de bénéficiaire : « Je désigne ma fille, … , comme bénéficiaire du capital décès et je nomme M. Selim Massouh et M. Guy Harvey à titre d'administrateur conformément aux dispositions de l'article 210 C.c.Q. »?

Rares sont les donations dans le contexte usuel de la vie de tous les jours qui font l'objet d'un formalisme aussi rigoureux que le voudraient certains juristes. Le fait que la prestation d'assurance vie transite ou non par la succession de l'assuré a peu d'importance en l'espèce, de toute façon ce dernier n'a aucun droit avant et encore moins après son décès.

Droit du parent tuteur légal au mineur

La question des droits et obligations du parent survivant comme tuteur d'office tel qu'il a été traité par le tribunal paraît nécessiter certains commentaires. En poussant plus loin son raisonnement, il nous semble que le juge excède le cadre du litige quand il affirme que la seule volonté du testateur ne peut écarter les prérogatives légales du parent survivant à titre de tuteur d'office : « [qui] a le devoir, selon la Loi "*d'assurer* [la] *représentation* [de son enfant] *dans l'exercice de ses droits civils et d'administrer son patrimoine*" »[22].

L'article 192 C.c.Q. établit que les parents non déchus du droit d'exercer l'autorité parentale sont de plein droit tuteurs de leur enfant mineur. L'interprétation que le juge a donnée peut aller beaucoup plus loin et enlever toute application à l'article 210 C.c.Q., même lorsque les biens sont donnés ou légués au mineur, et ce, au nom du droit supérieur des parents d'agir à titre de tuteur d'office de leurs enfants mineurs. Poussée plus loin, cette interprétation aurait pour effet de rendre inutile la nomination d'un tiers administrateur autre que le parent survivant, ce qui n'a pas de sens en soi. Cela revient à dire que le législateur a parlé pour ne rien dire en édictant l'article 210 C.c.Q., pourtant tout à fait raisonnable dans le contexte social actuel.

Dans le contexte légal, il est évident que la nomination du tiers administrateur se limite aux biens donnés ou légués conditionnellement à ce qu'ils soient administrés par un tiers. Cela n'enlève en rien la prérogative du parent tuteur de veiller au bien-être de son enfant et de s'assurer que les biens qui lui sont dévolus font l'objet d'une saine administration conforme aux principes de la loi. Le parent tuteur a d'ailleurs le devoir de le faire en exigeant une reddition de compte si c'est nécessaire ou par tous les autres moyens légaux mis à sa disposition.

Il est dommage que cette affirmation inutile quant au règlement de ce litige vienne créer une autre incertitude dans le processus de planification successorale, à savoir si les volontés d'un parent qui veut donner ou léguer un bien sous condition d'en soumettre l'administration à un tiers puissent être contrées parce que la tutelle d'office est d'ordre public.

---

22 *Massouh*, précité, note 17, par. 35.

3) La création d'une fiducie d'assurance vie

Le dernier élément d'analyse sur lequel s'est penché le tribunal consiste à savoir si, conformément aux prétentions des liquidateurs, une fiducie a été créée par la mention sur le formulaire de désignation de bénéficiaire « Selon testament » dans l'espace réservé pour l'identification d'un fiduciaire.

De la lecture de l'article 1260 C.c.Q.[23], le tribunal conclut qu'il existe quatre conditions essentielles à la création d'une fiducie :

– la constitution d'un patrimoine;

– la transmission de biens du patrimoine du constituant à ce patrimoine;

– la détention de ces biens par le fiduciaire;

– leur affectation à des fins permises par la loi[24].

Le juge acquiesce alors à la théorie soutenue par certains auteurs[25] selon laquelle il n'est pas possible de créer une fiducie d'assurance vie par le biais d'une désignation de bénéficiaire puisque :

> « [...] le produit d'une assurance vie versé à un bénéficiaire "[...] *ne fait pas partie de la masse successorale du défunt et n'a donc jamais fait partie du*

---

[23] « **1260**. 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. »

[24] Dans le texte publié lors de la réforme du droit civil, le professeur John E.C. Brierley constate la situation suivante : une fiducie **résulte** d'un acte par lequel une personne, le constituant transfère **des biens sous le contrôle** d'une autre personne, le fiduciaire, dans le but de profiter à une autre personne, le bénéficiaire ou pour une autre fin permise (dans *La Réforme du Code civil – Personnes, successions, biens*, Tome 1, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 745). Les nuances de ce texte nous semblent importantes et reflètent mieux l'esprit du législateur qui a voulu créer une institution nouvelle plus proche de celle du droit anglo-saxon, tout en respectant le caractère unique des principes de droit civil en matière de droit de propriété.

[25] Michel TURCOT, « Panel sur les fiducies – Partie D : De quelques questions sur l'utilisation des fiducies dans les planifications familiales », dans *Congrès 98*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 7:78-106, à la page 7:88; Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, 2e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, pp. 138-139.

patrimoine du défunt, il faut alors d'inquiéter de la possibilité d'absence d'un tel transfert de la part de ce dernier en faveur de la fiducie"[26]. »

Il décide donc qu'en raison de l'absence de la condition essentielle qu'est le transfert d'un bien du patrimoine du constituant à un patrimoine d'affectation, il est impossible de conclure qu'une fiducie a été créée par la seule mention « Selon testament » indiquée sur le formulaire d'assurance.

En conséquence, il est jugé que la mère et tutrice légale de l'enfant est en droit de réclamer le capital-décès de l'assurance.

2.1.5. Commentaires

De prime abord, on ne peut qu'être d'accord sur les conclusions de ce jugement en ce qui concerne l'absence de création d'une fiducie en bonne et due forme dans les circonstances. Cette position reflète l'opinion de deux auteurs, spécialistes du droit des fiducies, qui semblent n'avoir jamais été remise en question quant à la validité d'une fiducie d'assurance vie. Il faut mentionner que le tribunal n'a fait aucune analyse portant sur le contrat d'assurance et sur les droits des parties à ce contrat. La doctrine et la jurisprudence n'ont abordé cette question que sous l'angle de l'article 2455 C.c.Q. qui établit que la désignation de bénéficiaire a comme conséquence que le capital-décès ne transite pas par la succession de l'assuré.

Nous ne prétendons pas avoir de réponses finales aux questions ci-après. Par contre, afin de faciliter la planification successorale, nous soumettons quelques éléments de réflexion pour les litiges futurs ou pour inspirer une rédaction plus claire de la loi.

Est-ce que le jugement dans l'affaire *Massouh* aurait pu être différent?

Nous viennent à l'esprit certains éléments qui auraient peut-être pu conduire à un résultat différent.

2.1.5.1. Création d'une fiducie d'assurance en droit civil

Le tribunal a décidé qu'il n'était pas possible de créer une fiducie d'assurance vie par le biais d'une désignation de bénéficiaire simplement sur la base d'une interprétation donnée à l'article 2455 C.c.Q. Pour soutenir leurs prétentions, les auteurs soutiennent que la création d'une fiducie de

[26] *Massouh*, précité, note 17, par. 33.

droit civil ne peut pas être informelle, qu'elle doit faire l'objet d'un formalisme qu'ils veulent peut-être plus rigoureux que ce que la loi exige.

Au moment de la création du régime de la fiducie de droit civil lors de la réforme du Code civil au début des années 1990, le législateur avait comme objectif de donner aux Québécois un outil pouvant réaliser des fins semblables au *trust* de la common law, largement utilisé en Amérique du Nord et dans le reste de la planète[27]. Malheureusement, au lieu de regarder ce régime comme un tout nouveau concept n'ayant d'autres racines que les règles du droit civil permettant « l'affectation » de certains biens à des fins particulières, sans bafouer la notion civiliste de droit de propriété, plusieurs auteurs s'attachent à lui maintenir le caractère formel de la donation nécessaire selon l'ancienne loi. Le fiduciaire en droit civil québécois n'a pas la propriété des biens affectés, il les détient et les administre. Ni le constituant, ni le fiduciaire, ni le bénéficiaire n'a quelque droit de propriété que ce soit, tant que dure le régime d'administration fiduciaire.

Les institutions ont la vie dure. À ce jour, malgré l'intention claire du législateur qui a voulu créer un régime souple quant au transfert et à l'affectation de biens à une fiducie, il a été très difficile de faire évoluer les vieux principes de l'ancien *Code civil du Bas-Canada* qui obligeait un acte de donation en bonne et due forme pour que le régime d'administration des articles 981 et suivants C.c.B.-C. s'appliquent. Contrairement à l'ancien droit, la fiducie du *Code civil du Québec* est établie par contrat à titre onéreux ou gratuit, par testament ou dans certains cas par la loi. Elle peut aussi, lorsque la loi l'autorise, être établie par jugement[28]. Les juristes continuent quand même à créer une fiducie par un acte de donation ou une formule s'y apparentant, en donnant un bien de peu de valeur comme un lingot d'argent ou des bijoux en vue de créer un patrimoine d'affectation. Cette étape est-elle vraiment nécessaire? Ce que la loi exige, c'est « le transfert de biens sous le contrôle du constituant à un patrimoine détenu et administré par un fiduciaire ». (Notre soulignement)

---

[27] Tel qu'il est indiqué dans les commentaires du ministre de la Justice de l'article 1260 C.c.Q., lors de l'adoption du régime créant les fiducies au Québec, l'approche choisie par le législateur québécois est de considérer la fiducie comme un patrimoine d'affectation, autonome et distinct de celui du fiduciaire. Elle permet, par sa généralité, de couvrir les manifestations du concept de fiducie que connaissent les lois particulières, [...] ainsi que le concept de *trust* comme le propose l'article 2 de la *Conférence de La Haye de droit international privé*, « 30. Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance », 1er juillet 1985.

[28] Art. 1262 C.c.Q.

Quel est le sens juridique de « biens »?

Le *Code civil du Québec* ne définit pas comme telle la notion de « biens ». Il nous informe que les biens sont corporels ou incorporels et qu'ils se divisent en meubles et en immeubles[29].

Une recherche rapide indique qu'à peu près tous les dictionnaires de droit civil ont une définition similaire du terme « biens », en voici une :

> « Le mot "bien" désigne une chose matérielle qui fait l'objet d'une appropriation privée ou publique. Cette notion s'oppose à celle de "droits" qui sont des prérogatives immatérielles. Mise au pluriel, l'expression "biens", englobe la totalité des meubles et des immeubles appartenant à une personne : l'ensemble de ses biens et de ses droits et actions constitue son patrimoine. Le Code civil qui gouverne le droit des biens apporte une distinction entre les biens qui sont susceptibles d'appropriation individuelle et ceux qui sont "hors commerce". De la nature et du classement des biens, dépend la portée des droits de ceux qui en sont les propriétaires, les possesseurs ou les détenteurs.
>
> La situation géographique, et la nature des biens déterminent la compétence des juridictions qui sont saisies du conflit dont ils sont l'objet. »

Le *Code civil du Québec* ne définit pas non plus le terme « créance ». Il ne fait qu'établir les critères pour qu'une créance soit recouvrable. Chose certaine toutefois, une créance fait partie du patrimoine de ceux qui peuvent l'exercer, au poste des actifs du bilan.

Cela dit, est-ce qu'une analyse plus poussée nous permettrait de rejeter du revers de la main la possibilité de créer une fiducie par le biais d'une désignation de bénéficiaire? L'article 2455 C.c.Q. établit ceci : « La somme assurée payable à un bénéficiaire ne fait pas partie de la succession de l'assuré. De même, le contrat transmis au titulaire subrogé ne fait pas partie de la succession du titulaire précédent. » (Notre soulignement)

C'est de la succession de l'assuré que la prestation d'assurance payable à un bénéficiaire ne fait pas partie. Or, qui est donc l'assuré et quels sont ses droits?

L'assuré est celui dont la vie, la santé, l'intégrité physique, l'invalidité ou la mutilation sont l'objet du risque soumis à l'assureur et accepté ou refusé par ce dernier. La personne assurée qui n'est que l'objet du risque

---

[29] Art. 899 C.c.Q.

soumis et qui n'est pas le preneur du contrat d'assurance ne jouit d'aucun des pouvoirs réservés à ce dernier[30].

L'assuré n'a aucun droit et ne possède rien, il ne peut donc rien transférer à un bénéficiaire.

Tous les droits dans le contrat d'assurance appartiennent au preneur ou au titulaire du contrat. Le preneur est la personne qui a conclu le contrat d'assurance avec l'assureur. Le titulaire est celui qui détient les droits sur le contrat. Conséquemment, le preneur ou titulaire de la police est la seule personne habilitée à exercer des droits sur le contrat du vivant de l'assuré. Il peut encaisser les valeurs de rachat, hypothéquer le contrat ou faire tout autre acte d'un propriétaire sur un bien qui lui appartient. La somme assurée lui est payable à défaut par lui d'avoir désigné un bénéficiaire. Il est aussi le seul à pouvoir faire une désignation de bénéficiaire[31]. Lorsque le titulaire et l'assuré ne sont pas la même personne, l'assuré ne jouit d'aucun droit sur le contrat[32].

À la lumière de ces dispositions, seul le titulaire du contrat a le pouvoir d'exercer des droits sur ce contrat du vivant de l'assuré. Le contrat et les droits de créance sous-jacents font partie de son patrimoine et uniquement du sien. Ils n'ont jamais fait partie du patrimoine de l'assuré. Il est donc évident que le décès d'un assuré ne peut pas permettre de transférer valablement les biens nécessaires à la création d'un patrimoine d'affectation. Seul le titulaire ou l'adhérant, créancier par défaut de la prestation d'assurance si aucun bénéficiaire n'est désigné ou si aucun bénéficiaire n'existe au décès de l'assuré le peut.

Le bénéficiaire, pour sa part, qu'il soit révocable ou irrévocable, n'a aucun droit sur le contrat d'assurance. Il ne peut exercer de droits ou autrement négocier la valeur de ce dernier. Il ne peut accéder aux valeurs de rachat ni empêcher le titulaire de le faire. Il peut être révoqué en tout temps ou s'il est nommé irrévocablement avec son consentement. Son droit est clair, il s'agit d'un droit de créance contre l'assureur au décès de l'assuré.

En réalité, même si la prestation décès ne fait pas partie du patrimoine de la succession de l'assuré, ce dernier n'a jamais pu transférer quelque bien que ce soit à qui que ce soit. Il est un accessoire et non une partie au contrat

---

30 G. FARIBAULT, précité, note 12, par. 15-125.

31 Art. 2445 C.c.Q.

32 G. FARIBAULT, précité, note 12, par. 15-075.

d'assurance. Il en est de même du bénéficiaire qui n'acquiert son droit de créance qu'au décès de l'assuré. Seuls le preneur/titulaire, l'adhérent dans un contrat collectif et l'assureur sont parties au contrat. Les droits patrimoniaux doivent donc être regardés par l'entremise de ces entités uniquement.

Le titulaire du contrat d'assurance pourrait-il désigner une fiducie comme bénéficiaire de la prestation d'assurance au décès de l'assuré?

En désignant un bénéficiaire au contrat, le titulaire transfère à ce dernier un droit qu'il possède lui-même, soit le droit de créance contre l'assureur qui prend naissance au décès de l'assuré.

Est-ce que le transfert de ce droit de créance serait suffisant pour créer une fiducie en bonne et due forme?

En droit, une créance fait partie de la catégorie « des biens, mobiliers, intangibles ». Or, le *Code civil du Québec* n'exige aucune qualification se rapportant expressément aux biens transférés pour constituer le patrimoine d'affectation. Si une fiducie ou un fiduciaire en cette qualité se voyait désigné comme bénéficiaire sur un formulaire d'assurance, est-ce que le droit de réclamer contre l'assureur qui lui a été dûment transféré par le titulaire ou l'adhérent à partir de son patrimoine serait suffisant pour créer le patrimoine d'affectation? Même si la désignation de bénéficiaire ne fait pas état d'un régime spécifique d'administration, il y aurait alors des biens (la créance et par la suite la prestation décès) transférés à un patrimoine d'affectation lequel se réaliserait au moment du décès de l'assuré, le tout étant détenu et administré par le fiduciaire, au pire, selon les règles de la pleine administration des biens d'autrui établies par le *Code civil du Québec* en pareilles circonstances ou, au mieux, suivant les instructions qu'aurait pu indiquer le preneur ou l'adhérent, sur le formulaire d'assurance ou dans un testament.

Dans le contexte de planifications successorales complexes où les frontières interprovinciales et internationales sont de plus en plus minces, une solution de cette nature aurait pour avantage d'atteindre les objectifs du législateur lors de la création du régime des fiducies. Dans les juridictions anglo-saxonnes, la création d'une fiducie est possible sur le formulaire d'assurance à condition qu'au moment du décès de l'assuré la règle de trois certitudes soit respectée. Une fois en vigueur, cette fiducie sera traitée comme une fiducie testamentaire par les autorités fiscales.

Si une telle solution n'est pas acceptable en droit, il ne reste qu'à modifier la loi de façon que les citoyens du Québec puissent eux aussi

bénéficier des mêmes avantages légaux et fiscaux que ceux des autres provinces canadiennes en matière de création de fiducie d'assurance vie.

2.1.5.2. Recherche de l'intention du testateur

Il s'agit d'un autre volet qui semble avoir été négligé dans la résolution de ce dossier. Il est fermement établi en droit civil québécois que lorsqu'il est saisi d'un litige portant sur une succession ou des dispositions testamentaires, le tribunal doit s'attacher à rechercher l'intention du testateur. À cet effet, les tribunaux ont toujours respecté la règle visant à donner effet aux vœux du décédé plutôt que d'en nier l'existence.

Ainsi, l'article 737 C.c.Q. prévoit ceci :

> « Les dispositions testamentaires faites sous le nom d'institution d'héritier, de don ou de legs, ou de toute autre dénomination propre à manifester la volonté du testateur, produisent leurs effets suivant les règles établies au présent livre pour les legs universels, à titre universel ou à titre particulier.
>
> Ces règles, de même que le sens attribué à certains termes, cèdent devant l'expression suffisante, par le testateur, d'une volonté différente. » (Notre soulignement)

La constitution des documents est suffisamment éloquente dans le cas de M. Massouh pour comprendre facilement quelle était son intention quand il a signé le testament préparé par M[e] Micheline Rioux, le 11 avril 2007.

Il y désigne sa fille comme bénéficiaire du produit de sa police d'assurance vie et il établit un régime d'administration prolongée[33] par les liquidateurs de la succession s'il venait à décéder avant qu'elle n'ait atteint l'âge de 30 ans.

> « ARTICLE III
>
> Je désigne ma fille Laïla Massouh Fortin, bénéficiaire du produit de la police d'assurance-vie au montant de quatre cent mille dollars (400 000,00 $) que je possède avec la compagnie Sisip, contrat numéro […] (Téléphone : 1-800 267-6681) pour la somme de trois cent mille dollars (300 000,00 $) et je désigne ma conjointe de fait Nathalie Chapados, bénéficiaire du produit de cette même assurance-vie pour la somme de soixante-quinze mille dollars (75 000,00 $) et

[33] Il n'est pas de notre propos de discuter du bien-fondé ou non de l'établissement d'un régime prolongé de liquidation de la succession. Cette pratique est courante et ne peut être écartée comme ne produisant aucun effet dans l'état actuel du droit.

je désigne ma filleule Rebekka Massouh, bénéficiaire du produit de ladite police d'assurance-vie pour la somme de vingt-cinq mille dollars (25 000,00 $).

ARTICLE VII

Au cas où mes légataires n'auraient pas atteint l'âge de trente (30) ans accomplis lors de mon décès, je veux et entends que mon liquidateur ci-après nommé conserve entre ses mains le legs de ces enfants y compris le produit de toute police d'assurance-vie dont ils seraient les bénéficiaires nommément désignés, afin de le placer, l'administrer et l'employer comme suit :

a) Jusqu'à ce qu'ils atteignent l'âge de dix-huit (18) ans accomplis, mon liquidateur devra en capitaliser les revenus nets du legs de tous légataires mineurs et employer tout ou partie de tels revenus au bénéfice de ces légataires;

b) Lorsqu'ils atteindront l'âge de dix-huit (18) ans accomplis, mon liquidateur devra leur remettre directement le quart (1/4) de leur legs, un autre quart (1/4) de leur legs leur sera remis dès qu'ils atteindront l'âge de vingt et un ans (21) ans accomplis, un autre quart (1/4) de leur legs leur sera remis dès qu'ils atteindront l'âge de vingt-cinq (25) ans accomplis et le résidu de leur legs leur sera remis dès qu'ils atteindront l'âge de trente (30) ans accomplis.

J'autorise cependant mon liquidateur à anticiper la remise de tout ou partie du capital à un légataire en cas d'insuffisance de revenus, pour défrayer le coût de maladie sérieuse ou prolongée de ce légataire, pour le besoin, l'entretien (au seul jugement de mon liquidateur) touchant ce légataire ou pour son établissement dans la vie ou pour défrayer le coût de son instruction. »

Curieusement, au moment de signer ce testament, le capital-décès de la police n'était que de 300 000 $ et non de 400 000 $. Quelques semaines plus tard, au moment de partir en mission en Afghanistan, il modifie la police d'assurance et augmente le montant de sa couverture de 300 000 $ à 400 000 $. Du même coup, il répète exactement la même répartition du capital-décès que celle qu'il avait faite dans son testament en se basant sur la somme de 400 000 $, et il indique dans l'espace prévu par le formulaire la mention « Fiduciaire : *Selon testament* ».

Cela confirme donc que les intentions de M. Massouh en cas de décès durant sa mission étaient claires :

- faire bénéficier sa fille d'un capital-décès d'assurance vie de 300 000 $;
- faire administrer ce capital par des tiers;
- établir des règles de remise du revenu et du capital à des moments précis et selon des instructions précises.

Il est de jurisprudence constante que dans l'interprétation d'un testament, les tribunaux doivent rechercher la véritable intention du testateur[34]. L'analyse des circonstances et des objectifs poursuivis par le testateur doit prévaloir dans l'interprétation de son testament[35]. La volonté du testateur doit se déduire de l'ensemble du testament et non seulement de chacun des mots utilisés[36]. Dans la recherche de l'intention du testateur, il faut retenir l'interprétation qui prête un sens à la clause contestée, telle qu'elle est rédigée dans son ensemble, en présumant que tous les mots employés ne l'ont pas été pour rien[37].

Ces grands principes d'interprétation se retrouvent partout dans la doctrine et sont repris régulièrement dans les jugements. Le jugement *Massouh* n'en fait aucune mention malgré le fait qu'il soit du devoir de la Cour de s'attacher à cette question en matière testamentaire.

Alors très bien, il ne s'agit pas d'un testament mais bien d'une désignation de bénéficiaire, il n'y a donc pas d'intérêt à vérifier ces questions.

Dans les circonstances, permettez-nous d'en douter. La désignation de bénéficiaire est un accessoire à ce que le testateur avait l'intention de réaliser. M. Massouh n'était pas un juriste mais bien un officier des Forces armées canadiennes. Connaissait-il toutes les conséquences légales d'utiliser les mots : « Je désigne ma fille …, bénéficiaire du produit de la police d'assurance-vie »? Est-ce qu'il a été informé que la désignation de bénéficiaire faite sur le formulaire lors de la modification de la police d'assurance révoquait celle faite dans son testament puisqu'elle est postérieure à ce dernier? Est-ce que la mention « Fiduciaire : *Selon testament* » n'aurait pas pu avoir pour effet de retourner le tout aux dispositions du testament et à la succession et d'annuler ainsi les effets légaux de la désignation de bénéficiaire? Est-ce que le tribunal aurait pu décider qu'il ne s'agissait pas d'une désignation de bénéficiaire mais bien

---

[34] BAUDOUIN RENAUD, *Code civil du Québec annoté*, Tome 1, Montréal, Wilson & Lafleur, art. 737/1.

[35] *Trust général du Canada* c. *Institut universitaire de gériatrie de Sherbrooke*, SOQUIJ AZ-000211035, (C.S.), 29 octobre 1999.

[36] *Phénix (Succession de)* c. *Phénix*, SOQUIJ AZ-50080349, (C.S.), 31 octobre 2000; *Therreault* c. *Therreault (Succession de)*, SOQUIJ AZ-87021077, (C.S.), 19 décembre 1986.

[37] *Banque Royale du Canada* c. *Brault*, SOQUIJ AZ-88021344, (C.S.), 9 mai 1998.

d'un legs mal rédigé et ainsi faire transiter la prestation d'assurance vie par la succession et établir un régime d'administration prolongée?

Nous n'avons pas de réponse à ces questions et aucun tribunal n'y répondra dans les mêmes circonstances.

Habituellement les tribunaux ont comme position de trouver des solutions pratiques, souvent même en équité, aux incongruités juridiques et autres, contenues dans des dispositions testamentaires. N'est-ce pas là l'esprit du droit des successions comme nous l'avons mentionné plus haut?

Advenant qu'il ait été impossible de renverser la situation et que la validité de la désignation de bénéficiaire soit sans équivoque, le tribunal aurait-il pu trouver une solution permettant de respecter la volonté de M. Massouh quant aux dates de remise du capital, à tout le moins?

Les tribunaux se sont montrés plutôt créatifs sur ces questions dans le passé, ce qui renforce la position que le respect des volontés du testateur, pourvu qu'elles ne soient pas illégales, prévalent sur toutes les clauses légales plus ou moins bien rédigées[38].

Le tribunal reconnaît la justesse des instructions données aux liquidateurs par M. Massouh[39]. Par contre, il n'établit aucun cadre pour que la tutrice soit contrainte à les respecter. Est-ce que le tribunal aurait pu pallier les faiblesses du dossier?

L'article 1262 C.c.Q. prévoit ceci : « La fiducie est établie par contrat, à titre onéreux ou gratuit, par testament ou, dans certains cas, par la loi. Elle peut aussi, lorsque la loi l'autorise, être établie par jugement. »

Dans l'affaire *Nadeau* c. *Salomon (Succession de)*[40], le tribunal est allé aussi loin que de présider avec l'aide des parties à la constitution d'une fiducie pour justement pallier les faiblesses du dossier tout en respectant la volonté du décédé.

Il est certain que le commentaire incitant la tutrice à respecter les dates de remise du capital est louable. Toutefois, ce commentaire ne tient pas

---

[38] Le lecteur peut se référer à l'annexe du présent texte, pour un bref résumé de certaines décisions ayant favorisé le respect de l'intention du testateur et créé un régime d'administration fiduciaire ou par un tiers administrateur suivant l'article 210 C.c.Q.

[39] *Massouh*, précité, note 17, par. 37.

[40] 2006 QCCS 1711 (« *Nadeau* »).

compte de la limite de son administration. L'article 255 C.c.Q. prévoit ce qui suit : « La tutelle prend fin à la majorité, lors de la pleine émancipation ou au décès du mineur. La charge du tuteur cesse à la fin de la tutelle, au remplacement du tuteur ou à son décès. »

À partir de ce moment, seul un régime de protection du majeur pourra permettre à la tutrice de conserver légalement le droit d'administrer le capital de sa fille. À défaut, cette dernière pourra exiger la reddition de compte et la remise complète du capital à son anniversaire de 18 ans. Cela ne respecte vraiment pas les volontés de son père qui pourtant étaient claires au départ.

3. ÉLÉMENTS DE PLANIFICATION

Devant les incertitudes actuellement en cours, relatives à la validité des clauses régissant l'administration par des tiers, fiduciaires ou administrateurs suivant l'article 210 C.c.Q., d'un capital-décès d'assurance, il nous faut utiliser des solutions qui, malheureusement, ne sont pas optimales du point de vue légal et fiscal.

3.1. FIDUCIE ENTRE VIFS

L'une des solutions réside dans la création d'une fiducie entre vifs qui pourra être soit titulaire, soit bénéficiaire ou les deux à la fois, du contrat d'assurance. Cette solution, même si elle est loin d'être optimale du point de vue fiscal et réduit les opportunités de fractionnement de revenu, a au moins comme qualité de protéger les avantages légaux de la désignation de bénéficiaire, soit la protection contre les créanciers de la succession du décédé et l'accès à du capital disponible immédiatement, sans attendre que le processus de règlement de la succession soit terminé. Cette solution permet l'administration du capital de la fiducie par des tiers autres que le parent survivant, tuteur légal de l'enfant.

3.2. FIDUCIE TESTAMENTAIRE

L'autre solution pourrait être la création d'une fiducie testamentaire en bonne et due forme. En attendant que les tribunaux supérieurs se soient prononcés sur les étapes nécessaires à la création de la fiducie de droit civil, il est important de s'assurer, advenant la désignation d'une fiducie comme bénéficiaire d'un contrat d'assurance, que celle-ci existe bel et bien, au moment où la désignation de bénéficiaire prendra effet. Rappelons que le

bénéficiaire n'a pas à exister au moment de la désignation mais qu'il doit exister à l'époque où son droit devient exigible[41].

Le capital-décès d'assurance vie ne fera pas partie de la succession du décédé. Toutefois, il faut garder en tête le risque que la fiducie ne soit pas valablement créée et que le capital-décès fasse alors partie du résidu de la succession. Ce risque pourrait être plus important lorsqu'une succession est insolvable et qu'il n'y aurait pas de biens disponibles à transférer au patrimoine d'affectation pour créer la fiducie.

Si la désignation de bénéficiaire dans le contrat d'assurance ne pouvait pas être acceptée, il serait possible de procéder à la création de la fiducie testamentaire et de faire la désignation de bénéficiaire en sa faveur dans le testament. Il ne serait pas possible de procéder par legs particulier, ce qui aurait eu pour avantage de protéger le capital-décès contre les dettes de la succession. En fait, comme le capital-décès fait partie de la succession de l'assuré, dans le cas où ce dernier est aussi le preneur, celui-ci fera partie du résidu de la succession.

Autrement, il reste toujours la solution classique d'établir un régime d'administration prolongée par les liquidateurs de la succession aux fins de la remise du capital-décès aux héritiers concernés. Le régime d'administration prolongée de la succession, même s'il n'est pas très apprécié, permet de donner des instructions précises quant aux âges et aux motifs de remise des revenus et du capital au bénéficiaire de la fiducie. Étant une fiducie présumée aux fins de l'impôt, il peut bénéficier des mêmes avantages que la fiducie testamentaire. Par contre, le contrat d'assurance et le capital-décès ne jouiront d'aucune protection contre les créanciers du titulaire du vivant et de la succession au décès de l'assuré.

CONCLUSION

Le droit des assurances et le droit fiscal ont un point en commun : ils sont l'apanage d'un petit groupe d'initiés et malheureusement ils sont souvent méconnus ou mal compris.

Il est à souhaiter dans le meilleur intérêt de la planification successorale que les juristes se penchent sérieusement sur les questions soulevées dans le présent texte, de façon à faciliter le travail des planificateurs et des juristes ainsi que celui des liquidateurs de succession.

---

41 Art. 2447 C.c.Q.

ANNEXE

Affaire *Le Curateur public* c. *G G et C L*[42]

- Jugement déclaratoire;
- Désignation de bénéficiaire dans le contrat : « G G bénéficiaire en fidéicommis pour M G »;
- Testament olographe vérifié : « L'assurance vie sera pour M... à ses 21 ans et pour ses études »;
- G G est le frère du décédé et M est sa fille;
- G G reçoit de la compagnie d'assurances un chèque de 50 431,24 $ en fidéicommis pour M;
- G G ouvre un compte de banque au bénéfice de M, en conséquence;
- Le Curateur public écrit à G G pour lui demander de faire inventaire, de fournir une sûreté;
- G G répond qu'il agit à titre d'administrateur d'une fiducie et non comme tuteur aux biens.

Le tribunal :

- recherche la véritable intention du décédé;
- conclut que la conjonction du testament et de la désignation de bénéficiaire démontre l'intention de créer une fiducie au sens de l'article 1260 C.c.Q. : « Il ne fait aucun doute qu'en l'espèce étudiée, les critères de fiducie personnelle sont matériellement existants. » (Notre soulignement)

[42] J.E. 98-7.

Affaire *Allard* c. *AXA Assurances inc. et Karina Boutin*[43]

- Denis Cantin souscrit un contrat d'assurance de 50 000 $ en 1997;

- Changement de désignation de bénéficiaire après la séparation des parties en 2002;

- Nouvelle désignation : « Mario Allard (tuteur et parrain de Steven Cantin, mon fils) »;

- Le 22 mai 2002, il fait un testament :

> « Je lègue tous mes biens meubles et immeubles, y compris les bénéfices d'assurance vie non attribués à un bénéficiaire indiqué sur telles polices, au parrain de mon fils, Mario Allard, résidant et domicilié au …, mais à titre de fiduciaire et de liquidateur (ci-après nommé : "fiduciaire"), entre les mains de qui je me dessaisis de tous mes biens meubles et immeubles, ainsi que le bénéfice de mes polices d'assurance vie, attribuant ainsi tous biens à un patrimoine fiduciaire autonome et distinct pour être affecté au bénéfice de mes enfants au premier degré, aux fins et modalités suivantes : [...] »;

- Le 29 août 2002, il retourne chez son courtier en indiquant qu'il désire modifier sa désignation de bénéficiaire ainsi : « Mario Allard, tuteur et parrain de Steven Cantin »;

- Le 12 juillet 2004, il désigne son ami Mario Allard comme bénéficiaire de son assurance collective au travail;

- Le 13 septembre 2004, il décède;

- AXA refuse de libeller le chèque au nom de Mario Allard personnellement au motif que l'intention de Denis Cantin était de le nommer à titre de « fiduciaire ».

Le tribunal :

- accepte la preuve testimoniale du courtier et de son adjointe pour interpréter l'écrit;

- note que M. Cantin se préoccupait de son fils :

---

[43] C.S. Québec, n° 200-17-005554-050, 11 juillet 2005, j. Bélanger.

- souscrit une assurance vie,
- conserve des liens avec son fils,
- défraie les coûts d'un testament notarié et crée une fiducie en faveur de son fils;

– déclare le fils de Denis Cantin comme ultime bénéficiaire de la police d'assurance.

Conclusion :

– Le bénéfice d'une police d'assurance vie laissé « en fiducie » pour un enfant mineur dans une déclaration de bénéficiaire par ailleurs boiteuse est donc jugé suffisante si l'intention du décédé est établie en ce sens.

Affaire *Nadeau*[44]

– Entente de divorce prévoyant ce qui suit :

> « 7.1 That for so long as the HUSBAND maintains his current employment, the HUSBAND undertakes to maintain the life insurance policy in force in the amount of $1 250 000, for the benefit of the CHILDREN and to appoint the WIFE as the irrevocable beneficiary until such time the HUDBAND'S alimentary obligations terminate herein and at a minimum regardeless of HUSBAND's employment, he shall maintain a minimum of $250 000 of life insurance with the same stipulations. »

Le tribunal :

– déclare les enfants F et C bénéficiaires du produit d'assurance;

– déclare qu'il y a lieu pour administrer lesdites sommes de créer une fiducie selon les conditions suivantes :

1. …

2. La fiducie sera administrée par la Financière Banque Nationale, plus spécifiquement M….;

---

[44] Précité, note 40.

– La fiducie aura la charge de payer les dépenses suivantes…;

– Le capital et les intérêts de la fiducie seront divisés également entre les enfants et seront distribués de la façon suivante :

  • âge et proportion des distributions de capital à intervenir;

– Provision en cas de prédécès d'un des enfants;

– Modifications possibles dans le meilleur intérêt des enfants.

Affaire *Taraby* c. *Smith (Succession de)*[45]

– Police d'assurance souscrite en Ontario sur la tête de Stephen Smith, en avril 2000;

– Bénéficiaire originale : son épouse Jennifer;

– Changement de bénéficiaire sur un formulaire de compagnie d'assurances : « réfère à sa fille Savannah et à sa propre mère (Susan Taraby) qui est nommée fiduciaire pour recevoir et administrer tout montant payable à un mineur »;

– Remariage avec Julianne en septembre 2005;

– Décès de Stephen Smith sans testament;

– Parmi les papiers de Smith est retrouvée une désignation de bénéficiaire datée du 15 juillet 2003 : « La bénéficiaire désignée est sa fille Savannah. Susan Taraby (mère de Stephen et grand-mère de Savannah) est nommée fiduciaire pour recevoir et gérer tout montant payable à un mineur »;

– À la suite d'un déménagement ultérieur au Québec, la police d'assurance continue-t-elle d'être assujettie à la loi de l'Ontario?

  • Oui, selon l'article 3111 C.c.Q.

  • La désignation de bénéficiaire est donc régie par la loi de l'Ontario.

---

[45] 2008 QCCS 1591, J.E. 2008-1186 (C.S.).

– La désignation de bénéficiaire retrouvée dans les papiers de Smith est-elle valide même si elle n'a pas été reçue par l'assureur?

Le tribunal :

– recherche de l'intention du décédé et à la lumière des témoignages, conclut qu'il avait l'intention de désigner sa fille comme bénéficiaire même si la désignation faite en 2003 n'avait pas été envoyée à l'assureur;

– déclare la désignation valide;

– le droit québécois permet-il à la grand-mère, Susan Taraby, d'administrer le capital assuré payable en vertu de la police ou cette charge incombe-t-elle à la mère tutrice légale?

- Le juge décide que c'est la grand-mère de l'enfant, Susan Taraby, qui doit recevoir et gérer le capital assuré **à titre de tutrice aux biens** et non la mère, à titre de tutrice légale.

Affaire *Québec (Procureur général)* c. *Daoud*[46]

– Comptes ouverts à RBC Dominion Securities pour chacun des deux enfants mineurs de M. Daoud;

– Production d'un document intitulé : « Trust Agreement for a Minor (for residents at the Province of Québec) » :

> « The settlor hereby constitutes a trust patrimony… and appropriates, transfers and delivers as an irrevocable donation inter vivos unto the Trustee the initial gift (as designated and defined below) in trust for the benefit of the Beneficiary…the Trustee acknowledges receipt of the initial gift and agrees to administer it… »

– En 2001, transfert des comptes à Merryl Lynch;

– En 2005, nouveau transfert à TD Waterhouse;

– Malgré les transferts, les comptes restent explicites sur le fiduciaire et le bénéficiaire : « In Trust pour A. Daoud » et « In Trust pour P. Daoud »;

---

[46] J.E. 2008-897 (C.Q.).

– Le Procureur général du Québec allègue l'absence de fiducie pour justifier la saisie.

Le tribunal :

– En droit québécois la fiducie doit être constituée par écrit (art. 1260 C.c.Q.);

– Les formulaires remplis lors de l'ouverture des comptes chez RBC sont suffisants à cette fin;

– Le fiduciaire a la pleine administration des biens d'autrui;

– Sa seule obligation : s'assurer du meilleur intérêt du bénéficiaire (art. 1278 C.c.Q.);

– Le changement d'institution n'est pas une cause d'extinction d'une fiducie prévue au Code civil (art. 1296 C.c.Q.).

DONS DE BIENFAISANCE DANS LA PLANIFICATION *ANTE* ET *POST MORTEM* DE PARTICULIERS



Anne-Marie Girard-Plouffe
Adm.A., Pl. Fin., AVA, TEP, FCSI
Conseillère en sécurité financière
Option Fortune,
cabinet de services financiers



Martin Lord
Avocat, M. Fisc., TEP
Associé, fiscalité
Robinson Sheppard
Shapiro s.e.n.c.r.l. Avocats

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 34:3

1. HYPOTHÈSES 34:3
2. DON D'ACTIONS COTÉES EN BOURSE PAR UNE SOCIÉTÉ DE GESTION AU DERNIER DÉCÈS 34:5
3. DON PAR UNE FIDUCIE DU VIVANT DU PARTICULIER BÉNÉFICIAIRE DE LA FIDUCIE 34:11
4. DON AU DERNIER DÉCÈS PAR UNE FIDUCIE 34:13
5. REDIRIGER LES IMPÔTS AU DÉCÈS VERS UN ORGANISME DE BIENFAISANCE 34:15

6. DON D'ACTIONS CRISTALLISÉES DE GEL SANS APPAUVRIR SES HÉRITIERS 34:19

7. DON PAR UNE SOCIÉTÉ DE GESTION D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE DU VIVANT DE L'ACTIONNAIRE 34:22

8. DON ENTRE VIFS D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE À LA SUITE D'UNE NOUVELLE ANALYSE DES BESOINS SUCCESSORAUX 34:24

CONCLUSION 34:25

ANNEXE 34:27

INTRODUCTION

Dans le cadre d'une planification financière, l'analyse des besoins à la retraite constitue pour plusieurs personnes la pierre angulaire du processus, puisque c'est à partir des résultats qui en découleront que la planification fiscale et successorale prendra tout son sens.

Pour les familles et les particuliers ayant accumulé un patrimoine dont l'essentiel se trouve au sein de structures juridiques et fiscales, telles des sociétés de gestion, des fiducies entre vifs ou des fiducies testamentaires, l'orchestration de la méthode de décaissement et la capacité de gérer adéquatement les risques, dont celui de la longévité, auront un effet direct sur la valeur du patrimoine à transmettre aux générations futures, et ce, dans le respect du style de vie et des valeurs de la famille.

Une fois les besoins en capital déterminés et financés pour assurer le coût de vie et le bien-être jusqu'au dernier décès des conjoints, la planification fiscale et successorale permettra au particulier de choisir le groupe qui bénéficiera de sa fortune à son décès : i) les enfants, les petits-enfants, les autres membres de la famille et les proches; ii) le fisc; ou iii) un ou plusieurs organismes de bienfaisance.

Dans les prochaines décennies, des patrimoines importants changeront de mains et au passage les héritiers s'allègeront de quelques deniers au bénéfice du fisc. La philanthropie est une composante de la démarche en planification fiscale et successorale ainsi que financière *ante* et *post mortem*. L'inclusion, dès maintenant, de certains instruments financiers et de dons structurés aux planifications fiscales et testamentaires permettra de profiter des avantages pécuniaires qui en résultent et de faire d'une pierre deux coups, soit donner et recevoir.

Le présent texte vise à montrer, à l'aide de cas pratiques inspirés de situations vécues, comment amener des particuliers à bonifier leurs dons sans appauvrir leur succession et leurs héritiers.

1. HYPOTHÈSES

Le taux d'impôt des sociétés sur les revenus de placements est de 46,57 %[1]. Par contre, une partie de l'impôt sur le revenu de placements sera

[1] Dans le présent texte, les taux d'imposition indiqués sont des taux d'impôts fédéral et provincial (Québec) combinés pour 2011.

remboursable lorsque la société paiera des dividendes imposables à ses actionnaires. En tenant compte de l'impôt en main remboursable au titre de dividendes (« IMRTD »), le taux d'impôt passe à 19,90 %. Nous nous sommes posé la question si nous devions utiliser le taux brut de 46,57 % ou le taux net de 19,90 % pour calculer l'avantage dont bénéficierait la société en obtenant une déduction pour dons dans le calcul de son revenu imposable. Il nous est apparu plus raisonnable de considérer le taux net de 19,90 % dans les exemples.

Lors de la vente sur le marché d'actions cotées en Bourse, la société réalise un gain en capital, imposable pour une moitié au taux de 46,57 % ou au taux effectif de 23,29 % sur le gain en capital total. La partie remboursable correspondra alors à 26,67 % de la partie imposable du gain en capital ou 13,34 % du gain en capital total. Sur un gain en capital de 100 $, la société devrait alors être en mesure de reverser 90,05 $ à son actionnaire, sous forme d'une combinaison de dividendes en capital (50 $) et de dividendes imposables (40,05 $). Il n'y a pas de gain en capital lors de la donation des mêmes actions. L'économie fiscale réelle pour la société est donc de 9,95 %, car elle pourra verser 100 $ au lieu de 90,05 $. Par contre, l'actionnaire sera avantagé, car il recevra un dividende non imposable de 100 $ au lieu de 50 $.

D'un autre côté, la société n'est pas tenue de verser immédiatement ses autres fonds à la suite d'une donation. Dans le cas où la société fait une donation d'actions cotées en Bourse en évitant la réalisation d'un gain en capital non matérialisé de 100 $ et qu'elle ne fait aucune distribution sous forme de dividende imposable afin de récupérer une partie de son IMRTD, elle pourra par exemple abriter de l'impôt un revenu de 100 $ avec le don de 100 $. Sans le don, la société aurait dû décaisser 46,57 $, soit 46,57 %. Donc, du point de vue des flux monétaires, la donation lui permettra d'avoir en main 46,57 $. Elle pourra donc investir 100 $ au lieu de 53,43 $.

On pourrait ainsi dire que l'utilisation du taux net de 19,90 % ou du taux brut de 46,57 % pour calculer les avantages des donations par une société sera fonction de la distribution ou de la rétention des liquidités supplémentaires obtenues par la société en raison des donations. Aux fins des exemples, nous avons tenu pour acquis qu'il y aurait de telles distributions et avons choisi d'utiliser le taux net de 19,90 %.

De plus, les actions ordinaires des sociétés privées ne sont pas des actions de régime transitoire dans les cas présentés et nous présumons toujours que les sociétés de gestion généreront suffisamment de revenus imposables pour utiliser les déductions fiscales. En ce qui a trait aux polices

d'assurance vie souscrites, nous avons maintenu à zéro le coût de base rajusté (« CBR ») de même que le prix de base rajusté (« PBR ») des sociétés de gestion que nous analyserons. Qui plus est, les primes d'assurance vie utilisées dans les exemples peuvent différer selon l'évolution du marché et l'assurabilité des personnes.

2. DON D'ACTIONS COTÉES EN BOURSE PAR UNE SOCIÉTÉ DE GESTION AU DERNIER DÉCÈS

Dans ce premier exemple, les conjoints M^me^ Carmel et M. Lemonde, âgés de 80 et 76 ans respectivement, ont l'habitude de faire des dons chaque année. Qui plus est, ils souhaitent donner par testament une somme de 325 000 $ à une fondation de bienfaisance publique au décès du dernier d'entre eux. Compte tenu de l'espérance de vie des conjoints, la valeur totale de leur patrimoine devrait largement suffire à combler leurs besoins financiers pour prendre en charge leur coût de vie, sans avoir à entamer leur capital successoral.

Patrimoine de M^me^ Carmel et M. Lemonde	
Résidence principale	600 000 $
Fonds enregistrés de revenu de retraite (« FERR »)	1 700 000 $
Actions de la société de gestion	8 150 000 $
Valeur brute de la succession	10 450 000 $

Ici, nous sommes en présence de personnes qui ont déjà l'intention de donner à leur décès. Or, malgré leur âge avancé, ils seraient néanmoins capables de bonifier ce don à 2 M$ et d'augmenter le patrimoine successoral. Dans la mesure où le dernier survivant aurait de l'impôt à payer à son décès et que les époux puissent obtenir de l'assurance vie conjointe au dernier décès, le don planifié donnera des résultats favorables.

Le couple est actionnaire en parts égales d'une société de gestion privée à contrôle canadien qui détient un portefeuille de placements, dont des actions de sociétés cotées en Bourse ayant d'importants gains en capital non réalisés. Le PBR des actions de sociétés publiques détenues par la société de gestion s'élève à 400 000 $ et leur valeur marchande à 2 M$, le tout se détaillant comme suit :

PBR des actions publiques		Valeur marchande
Actions de banques	200 000 $	525 000 $
Fonds communs d'actions	100 000 $	1 200 000 $
Actions de sociétés pétrolières	100 000 $	275 000 $
TOTAL	**400 000 $**	**2 000 000 $**

Dans ce cas-ci, les donateurs ont pu se procurer par l'entremise de leur société de gestion une police d'assurance vie de 2 M$ afin de remplacer au dernier décès la valeur du don. La société est propriétaire du contrat et bénéficiaire du produit d'assurance au second décès. Compte tenu de leur très bon état de santé, les actionnaires ont préféré financer les primes d'assurance au moyen d'une rente viagère réversible non prescrite. Pour payer des primes annuelles de 83 000 $, l'achat d'une rente pour la somme de 1 M$ est nécessaire. Ce qui a pour effet de réduire la valeur des actions de la société d'autant et, par ricochet, l'impôt sur le gain en capital engendré par la disposition réputée des actions au second décès.

Ce tableau ne tient pas compte de la perte de rendement pendant 13 ans sur le capital qui a servi à l'achat de la rente.

Même si le don s'élève à 2 M$ plutôt qu'à 325 000 $, le fait de donner des actions cotées en Bourse dont la juste valeur marchande (« JVM ») dépasse largement leur PBR et d'y ajouter la souscription de l'assurance vie et d'une rente viagère contribue à majorer la valeur de la succession. Cependant, la planification testamentaire requiert une attention particulière puisque le don ne devra s'effectuer qu'après le dernier décès en utilisant la société de gestion au lieu de la succession.

En effet, le plan concerne trois contribuables : le défunt (c'est-à-dire, le dernier de M. Lemonde ou de M^me^ Carmel à mourir), sa succession et la société de gestion. Il vise aussi l'organisme de bienfaisance à titre de donataire. Il ne s'agira pas d'un don fait par le testament du défunt[2]. Le don doit être fait par la société de gestion après le décès du particulier. Aux fins de simplification, nous présumons que le défunt détenait la totalité des actions de la société de gestion au deuxième décès (ayant reçu en pleine

[2] *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e^ suppl.) et mod. (« L.I.R. »), par. 118.1(5). Le régime fiscal québécois comporte certaines particularités, mais plusieurs règles sont analogues à celles du régime fédéral. De façon générale, nous n'avons pas fait référence aux articles de la *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod.

propriété les autres actions de la société de gestion antérieurement détenues par l'autre conjoint au premier décès). Dans ce cas, les liquidateurs de la succession contrôleront la société de gestion; ils seront à même de nommer les administrateurs de la société de gestion.

Quels sont les documents nécessaires à la mise en œuvre du plan, avant et après le décès? Le testament a-t-il un rôle à jouer? Qu'arrivera-t-il si les héritiers contestent la mise en place par les liquidateurs ou par les administrateurs de la société de gestion de la planification après le décès? Est-ce que la planification testamentaire créera des obligations de droit, ou seulement des obligations morales? Comment le couple Lemonde-Carmel peut-il s'assurer que le plan ne sera pas contrecarré par les manœuvres des héritiers ou des liquidateurs récalcitrants?

Le premier réflexe d'un avocat est de faire un contrat avant le décès qui liera toutes les parties. Cependant, l'objet du contrat est un don à faire par la société de gestion dans le futur. Il s'agit donc de la promesse d'une donation[3]. Si cette promesse n'est pas remplie, l'organisme de bienfaisance, en tant que bénéficiaire de la promesse, peut demander des dommages-intérêts équivalant aux avantages qu'il a concédés et aux frais qu'il a faits en considération de la promesse. Dans la plupart des cas, rien ne pourra être réclamé si la promesse de donation n'est pas respectée.

Maintenant, le couple Lemonde-Carmel peut-il obliger par testament ses liquidateurs à faire le nécessaire pour que la société de gestion fasse la donation des actions cotées en Bourse? Il n'y a rien de répréhensible à donner aux liquidateurs des pouvoirs étendus dans l'administration de la succession du défunt. Il est même possible d'enrichir les pouvoirs de la pleine administration[4] de sorte que les liquidateurs puissent non seulement aliéner sans l'accord des bénéficiaires, mais également disposer à titre gratuit[5].

Il va de soi que si les liquidateurs devaient faire la donation de biens du couple, par exemple les actions de la société de gestion, les bénéficiaires de la succession ou d'autres personnes intéressées dans celle-ci ne pourraient pas s'y opposer dans la mesure où le testament accorde le pouvoir de disposer à titre gratuit. Par contre, si les liquidateurs refusent d'exercer ce

---

3 *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »), art. 1812.

4 Art. 778, 1306 et 1307 C.c.Q.

5 Art. 1315 C.c.Q.

pouvoir, nous doutons qu'il y ait véritablement des recours légaux efficaces contre eux.

Le problème est exacerbé dans la planification du couple Lemonde-Carmel. En effet, on demande aux liquidateurs non pas de faire une donation de certains biens du couple, mais plutôt d'exercer les droits de vote attachés aux actions de la société de gestion de façon à nommer des administrateurs (possiblement les liquidateurs de la succession) de la société de gestion qui, eux, veilleront à exaucer les vœux du couple, à savoir que la société de gestion donne des actions cotées en Bourse à un organisme de bienfaisance.

Si les liquidateurs ne donnent pas suite aux demandes du couple, nous doutons qu'il y ait véritablement des recours légaux efficaces contre eux. On peut se demander si les bénéficiaires de la succession ou d'autres personnes intéressées dans celle-ci ne seraient pas en meilleure posture pour contester le pouvoir des liquidateurs d'exercer un contrôle sur la société de gestion qui ne vise même pas l'aliénation ou la disposition d'un bien du couple, et ce, au détriment des bénéficiaires de la succession, surtout lorsqu'il n'y a pas d'assurance vie mise en place pour remplacer le capital donné.

Prenons le cas d'une promesse de donation qui vise le don à une fondation familiale du quart des actions cotées en Bourse détenues par la société de gestion. Elle a été signée par la société de gestion représentée par le père et la fondation familiale représentée par tous les enfants (ses futurs héritiers) ainsi que les père et mère. Ils sont tous administrateurs de la fondation. De plus, le testament prévoit que les liquidateurs devront exercer le droit de vote attaché aux actions de la société de gestion de façon à tous être nommés ses administrateurs pendant le règlement de la succession du père. Le testateur donne aussi instruction à ses liquidateurs de faire en sorte que la société de gestion paie à la fondation familiale le don de bienfaisance faisant l'objet de la promesse de don. À défaut d'exécuter la promesse de donation à l'intérieur d'une année à compter du décès, le quart des actions de la société de gestion devra être remis à la fondation familiale. Cette donation d'actions pourrait être désavantageuse du point de vue de la fiscalité[6]. L'objectif est de maintenir la pression pour que la promesse de donation soit respectée.

---

[6] Il y a des règles particulières concernant les titres non admissibles. À ce sujet, nous invitons le lecteur à consulter la brève analyse à la section 6. plus loin. Également, si le donataire est une fondation privée, celle-ci pourrait être assujettie à des pénalités si elle détient une participation excédentaire dans une société privée selon le paragraphe 188.1(3.1) L.I.R.

Afin de bénéficier des avantages fiscaux reliés aux dons d'actions cotées en Bourse, il est préférable d'effectuer le don en biens plutôt que de vendre les actions et de donner le produit de la vente en argent. Ainsi, l'impôt sur le gain en capital est évité et d'autres avantages fiscaux permettent d'obtenir de meilleurs résultats comme le montre le tableau ci-dessous, particulièrement s'il y a un produit d'assurance vie.

Actions cotées en Bourse	**Don et économies d'impôt**
Valeur du don	2 000 000 $
Avantage fiscal du don @ 19,90 %	398 000 $
Impôt évité sur le gain en capital imposable @ 19,90 %	159 200 $
Compte de dividendes en capital (« CDC ») disponible de 800 000 $ @ 36,35 %	290 800 $
CDC créé par l'assurance vie de 2 M$ @ 36,35 %	727 000 $
Total des économies d'impôt potentielles pour la société de gestion et son actionnaire	1 575 000 $

Le prochain tableau compare le cas de la donation testamentaire de 325 000 $ (A), la donation par la société d'actions cotées en Bourse de 2 M$ avec assurance vie de 2 M$ (B) et la donation par la société d'actions cotées en Bourse de 2 M$ sans assurance vie (C).

	(A) **Don prévu au testament de 325 000 $**	**(B)** **Don planifié de 2 M$ d'actions cotées en Bourse avec financement**	**(C)** **Don planifié de 2 M$ d'actions cotées en Bourse sans financement**
Maison	600 000 $	600 000 $	600 000 $
FERR	1 700 000 $	1 700 000 $	17 00 000 $
Actions de la société de gestion	8 150 000 $	7 150 000 $[7]	8 150 000 $
Valeur brute de la succession	10 450 000 $	9 450 000 $	10 450 000 $
FERR @ 48,22 %	819 740 $	819 740 $	819 740 $

[7] La valeur des actions a été réduite de la somme de 1 M$ affectée à l'achat de la rente viagère pour payer les primes de la police d'assurance vie.

	(A) **Don prévu au testament de 325 000 $**	(B) **Don planifié de 2 M$ d'actions cotées en Bourse avec financement**	(C) **Don planifié de 2 M$ d'actions cotées en Bourse sans financement**
Gain en capital @ 24,11 %	1 964 965 $	1 723 865 $	1 964 965 $
Total des impôts	2 784 705 $	2 543 605 $	2 784 705 $
Succession après impôts	7 665 295 $	6 906 395 $	7 665 295 $
Don testamentaire pour A et de la société pour B et C	325 000 $	-2 000 000 $	-2 000 000 $
Économies d'impôt	156 715 $	1 575 000 $	848 000 $
Produit d'assurance vie	0 $	2 000 000 $	0 $
Valeur de la succession	7 496 295 $	8 481 395 $	6 513 295 $

Comme il est indiqué, la donation de 2 M$ permettra à la société de gestion d'obtenir une déduction dans le calcul de son revenu imposable de l'année courante ou des cinq années subséquentes[8]. Il faut donc que la valeur des placements de la société de gestion soit suffisante pour générer des revenus annuels de l'ordre de 335 000 $ sur une période de six ans. En présumant un rendement de 5 %, la société de gestion devrait avoir des biens d'une valeur de près de 7 M$. La société de gestion sera en mesure de verser des dividendes en capital de 3,6 M$ (la partie non imposable du gain en capital égale à 1,6 M$ et le produit d'assurance vie de 2 M$).

Ce premier cas est simple parce M. Lemonde et M^me^ Carmel sont les seuls actionnaires de la société de gestion. Le niveau de complexité augmentera lorsque le contrôle de la société de gestion est partagé entre plusieurs membres de la famille. De plus, il faut considérer tous les comptes fiscaux avant la mise en place de la stratégie, soit le compte de l'IMRTD et le CDC. En effet, il serait fâcheux de se retrouver avec une insuffisance de

8 Al. 110.1(1)a) L.I.R.

biens à distribuer par la société de gestion pour complètement épuiser l'IMRTD et le CDC après la mise en place du plan. Lors de l'achat de la police d'assurance, il n'y a pas non plus de certitude que les titres vont conserver leur valeur ou augmenter de valeur. La stratégie pourrait perdre de son efficacité s'ils baissent de valeur. Le point à faire est que les biens et les revenus de la société de gestion doivent en tout temps être suffisants pour bénéficier du plan. En ce sens, il est nécessaire que la donation avec assurance vie ne représente qu'une partie seulement de l'avoir de la société de gestion. Un calcul doit être fait.

Il va sans dire que l'analyse des besoins financiers au décès demeure la pierre angulaire de cet exercice. Dans le présent cas, le fait de donner améliore la succession et enrichit l'organisme de bienfaisance. L'utilisation de l'assurance vie et des avantages fiscaux qui en découlent pourraient tout aussi bien servir à payer les impôts au décès sans qu'aucune stratégie de don ne soit mise en œuvre. Il est aussi valable de penser que les actionnaires auraient choisi l'assurance comme véhicule de placement à titre de bonification successorale dans le seul cadre d'une saine gestion de portefeuille. En effet, le versement des primes annuelles de 83 000 $ afin de procurer un capital-décès net d'impôt de 2 M$ dans les mains de la société de gestion génère un taux de rendement après impôts effectif de 5,72 % lorsque M. Lemonde atteint l'âge de 90 ans[9].

3. DON PAR UNE FIDUCIE DU VIVANT DU PARTICULIER BÉNÉFICIAIRE DE LA FIDUCIE

Dans cet exemple, le couple Verdon, âgé de 67 et 65 ans respectivement, est bénéficiaire d'une fiducie familiale dont un revenu de placements important est imposé entre les mains de la fiducie au taux marginal le plus élevé de 48,22 %. En effet, la fiducie détient un portefeuille de placements en son nom, en plus de détenir des actions avec droit de participation d'une société de gestion. La famille souhaite faire un don de 500 000 $ par l'entremise de la fiducie. La fiducie pourra profiter d'un crédit d'impôt de 241 100 $, car elle est assujettie au taux marginal d'impôt sur le revenu[10]. Le coût net du don sera donc de 259 000 $, comme l'indique le tableau ci-après. La première question qui se pose est de savoir si la fiducie peut légalement faire une donation.

---

9 Voir Annexe 1, plus loin.

10 Art. 122 L.I.R.

La fiducie n'est pas une personne morale ayant la pleine jouissance des droits civils[11]. Par contre, les fiduciaires ont la pleine administration du patrimoine fiduciaire[12]. Comme il est indiqué dans le premier cas, les fiduciaires n'ont pas le pouvoir de disposer à titre gratuit, même s'ils sont investis des pouvoirs de la pleine administration, selon le *Code civil du Québec*. Il faut s'en remettre au document constituant la fiducie pour savoir si le constituant a accordé le pouvoir aux fiduciaires de disposer de biens du patrimoine fiduciaire sans contrepartie. Ce pouvoir est généralement accordé dans les nouveaux actes de fiducie. Dans le cas où l'acte n'accorde pas un tel pouvoir, les fiduciaires devront consulter un avocat. En procédant sans ce pouvoir, les fiduciaires pourraient être susceptibles d'ouvrir des recours aux bénéficiaires contre eux. Même si les bénéficiaires consentent à la donation, on peut se demander si l'acte de donation sera frappé de nullité absolue. La fondation voudra être certaine qu'elle n'aura jamais légalement l'obligation de retourner les fonds reçus après la donation.

Maintenant que l'on sait que la fiducie peut faire une donation, le couple Verdon voudra faire en sorte que la société de gestion souscrive une assurance sur leur vie égale au montant du don de 500 000 $. Au dernier décès, la société de gestion encaissera ainsi un produit d'assurance de 500 000 $ qui compensera financièrement le coût net du don de 259 000 $ et les primes totales payées par la société de gestion sur une période de 20 ans, soit la somme de 170 000 $. Il en résultera un gain économique de 71 000 $ si nous ne prenons pas en considération la perte de rendement sur les primes d'assurance payées par la société.

Outre les économies fiscales de 241 000 $ à la suite du don dont profitera la fiducie du vivant des assurés, la réception du produit d'assurance vie au dernier décès générera un crédit de 500 000 $ au CDC de la société de gestion si le CBR de la police est de zéro. De ces 500 000 $ de CDC, 259 000 $ seront utilisés pour récupérer le coût net initial du don sans rendement.

---

[11] Art. 301 C.c.Q.

[12] Art. 1278 C.c.Q.

RÉCUPÉRATION DU DON	
Don	500 000 $
Économie d'impôt @ 48,22 %	-241 000 $
Coût net du don	**259 000 $**
Total des primes payées (8 500 $ pendant 20 ans)	170 000 $
Capital-décès	500 000 $
Gain	71 000 $

4. DON AU DERNIER DÉCÈS PAR UNE FIDUCIE

La plupart des familles fortunées ont des structures de détention de fortunes complexes : une société de gestion et une fiducie familiale, parfois une faculté d'élire les bénéficiaires et de déterminer leurs parts des biens de la fiducie. Dans la tête du client, tout est à son nom et il peut tout disposer par testament, y compris léguer des biens détenus par sa société de gestion. Il est très rare qu'un individu possède tout en son nom personnel. Cela représente un défi pour le conseiller fiscal et juridique de bien connaître la situation du client en vue de le conseiller adéquatement sur la documentation à mettre en place dans le cadre d'une planification financière, fiscale et successorale. Les structures complexes offrent aussi des avantages. Souvent, les bénéficiaires de la succession, de la fiducie et de la société de gestion sont les mêmes personnes. Pour eux, recevoir des biens d'une entité ou d'une autre n'a souvent guère d'importance.

Dans le prochain exemple, le dernier de M. et M^{me} Sinclair fera un don testamentaire de 2 M$ afin d'éliminer l'impôt sur le revenu au dernier décès et, aussi, de majorer la valeur nette du patrimoine combiné de la succession et de la fiducie. En effet, toutes les actions de la société de gestion sont détenues par une fiducie familiale et elles ne font pas partie du patrimoine successoral du couple Sinclair. Ainsi, l'impôt sur le revenu autrement payable au décès résultera de la disposition réputée de la résidence secondaire et des portefeuilles de placements enregistrés et non enregistrés.

Tenons pour acquis que la valeur brute de la succession est de 9 M$ et que l'impôt au décès autrement payable sans don planifié s'élève à 964 000 $, de sorte que la valeur nette de la succession sera sans planification de 8 030 000 $. Le don testamentaire de 2 M$ permettra au défunt d'obtenir des crédits d'impôt pour dons de 964 000 $ (2 M$ × 48,22 %) et d'éliminer ainsi l'impôt au décès. La fondation de bienfaisance aura cette somme de 2 M$ en poche.

Comme dans la situation précédente, les conjoints souscrivent par l'entremise de la société de gestion une assurance vie dont le capital-décès est de 2 M$ afin de remplacer le montant du don prévu au second décès. Le coût total de l'assurance vie pendant 20 ans est de 680 000 $. La succession sera légèrement avantagée, car la valeur nette de la succession sera de 8 320 000 $ au lieu de 8 030 000 $ si aucun don n'a été fait.

Mais, en réalité, la société de gestion s'appauvrit du coût de l'assurance. Par contre, la valeur des actions sera réduite de ce coût d'assurance, diminuant ainsi l'impôt exigible au décès.

Dans le cas où les liquidités le permettent à l'intérieur de la société de gestion, ou encore si la situation financière du couple leur laisse suffisamment de flexibilité pour souscrire davantage d'assurance vie par la société de gestion ou de manière individuelle, il est possible de rétablir la valeur de la succession en souscrivant une protection supplémentaire équivalant aux primes payées dans la police. En conservant le même don au second décès, la succession récupère en fin de compte le coût financier engendré par la planification fiscale et successorale.

Ainsi, le couple réduira son impôt à néant en faisant une donation testamentaire avec ses liquidités personnelles. Étant donné que la société de gestion détient une police d'assurance sur la vie du couple, la valeur des actions ordinaires de la société de gestion détenues par la fiducie familiale augmentera du montant du produit d'assurance moins le coût de l'assurance au décès du dernier des deux conjoints. Globalement, il n'y aura pas de perte de richesse pour la famille si le capital assuré couvre la donation et le coût de l'assurance relative à la donation. Les enfants du couple sont bénéficiaires de la succession et aussi de la fiducie familiale. Donc, ils vont bénéficier de cette valeur par la fiducie plutôt que par la succession.

De plus, la société de gestion paiera les primes d'assurance avec des fonds de la société. Dans le cas où la société de gestion n'a pas d'IMRTD, il sera moins coûteux que la société de gestion paye les primes même si celles-ci ne sont pas déductibles dans le calcul de son revenu. Si la fiducie devait payer les primes et recevoir un dividende imposable pour les débourser, il en coûterait alors fiscalement plus cher, car le dividende serait assujetti à un impôt de 36,35 %. L'autre avantage est que la société de gestion verra son CDC augmenté pour une somme égale au don si le CBR de la police est à zéro. La fiducie pourra recevoir un dividende en capital sans impôt et le verser à ses bénéficiaires également sans impôt, car il s'agit d'une

distribution de capital par opposition à une distribution de revenu[13]. L'acte de fiducie permettra au dernier membre du couple d'exercer une faculté d'élire par son testament. Dans ce cas, il faudra s'assurer que le testament soit rédigé de façon à prévoir des dispositions concernant la donation et aussi la faculté d'élire.

	SANS DON	DON DE 2 M$ AVEC ASSURANCE VIE 2 M$	DON DE 2 M$ AVEC ASSURANCE VIE 3 M$
Valeur brute de la succession	9 000 000 $	9 000 000 $	9 000 000 $
Impôt	964 400 $	---	---
Don	0 $	2 000 000 $	2 000 000 $
Assurance vie	0 $	2 000 000 $	3 000 000 $
Coût de l'assurance vie pendant 20 ans	0 $	680 000 $	1 020 000 $
Valeur nette de la succession	8 035 600 $	7 000 000 $	7 000 000 $
Patrimoine de la fiducie	0 $	1 320 333 $	1 980 000 $
Patrimoines totaux	8 035 600 $	8 320 000 $	8 980 000 $
Ajout au CDC	0 $	2 000 000 $	3 000 000 $
Fondation	**0 $**	**2 000 000 $**	**2 000 000 $**

5. REDIRIGER LES IMPÔTS AU DÉCÈS VERS UN ORGANISME DE BIENFAISANCE

Dans cet exemple, un couple, les Comptois, vers la fin de la cinquantaine, détiennent des actions de la société de gestion d'une valeur de 10 M$ qui seront soumises à un impôt sur le gain en capital de 2 411 000 $ au dernier décès. La valeur nette des actions à ajouter à la masse successorale serait de 7 589 000 $ sans aucune planification. Tenons pour acquis que le défunt aura alors 100 % de la propriété des actions du couple. Ainsi, M. Comptois léguera ses actions à son épouse s'il décède le premier et M^me^ Comptois fera de même si elle décède la première.

Plutôt que de souscrire une assurance vie du même montant en vue de financer l'impôt au décès, une planification visant la réduction des impôts découlant du décès à l'aide d'assurance vie et de dons planifiés a été

[13] Par. 104(3) L.I.R.

proposée au couple Comptois. Avant le décès, le couple met en place une police dont le capital assuré est payable au dernier décès pour une somme de 3,5 M$. Le plan vise le rachat d'une partie des actions pour une somme de 7 M$ imposable dans les mains de la succession au taux effectif de 18,175 % en raison de l'utilisation du produit d'assurance vie de 3,5 M$, soit un impôt de 1 272 250 $. La partie des actions non rachetées de 3 M$ demeure imposable au taux effectif de 24,11 %, pour un impôt de 723 300 $.

Ainsi, le montant de l'assurance permettra de réduire le fardeau fiscal total de 2 411 000 $ à 1 995 550 $ avant de prendre en compte les crédits d'impôt pour dons; l'assurance permettra aussi de créer une valeur additionnelle de 876 000 $ pour la succession. Pour réduire l'impôt à néant, le défunt devra faire un don testamentaire de 1,5 M$ et sa succession devra faire un don de 2 638 428 $. Ni le donateur ni sa succession n'auront d'impôt à payer et l'organisme de bienfaisance aura encaissé 4 138 428 $.

Valeur brute de la succession		10 000 000 $
Capital-décès assuré		3 500 000 $
Valeur brute majorée de la succession		13 500 000 $
Gain en capital initial	10 000 000 $	
Rachat d'actions	(7 000 000) $	
Gain en capital rajusté	3 000 000 $	
Impôt @ 24,111 %		(723 300) $
Don du défunt	1 500 000 $	
Économie fiscale par le don @ 48,22 %		723 300 $
Dividende imposable – Rachat	7 000 000 $	
Impôt @ 18,175 %		(1 272 250) $
Don de la succession	2 638 428 $	
Économie fiscale par le don @ 48,22 %		1 272 250 $
Dons totaux		(4 138 428) $
Coût de l'assurance 32 815 $/an pendant 27 ans		(886 005) $
Total pour la succession avec dons planifiés		8 475 567 $
Total pour la succession sans dons planifiés		(7 589 000) $
Bonification pour la succession		886 567 $

Sommaire	
Succession	8 475 567 $
Fondation	4 138 428 $
Fisc	- $

(Les primes illustrées peuvent varier selon l'état de santé et l'assureur.)

En vue de réaliser ces dons planifiés, le testament devra donc prévoir une donation testamentaire[14] égale à presque deux fois l'impôt payable par le défunt (T1/TP-1) sur le gain en capital des actions non rachetées. Par le testament, les liquidateurs auront le pouvoir de disposer des biens de la succession à titre gratuit et ils recevront des instructions pour faire une donation, après le décès, égale à près de deux fois l'impôt sur le revenu payable par la succession (T3/TP-646) relativement aux actions rachetées dans la première année suivant le décès.

Il faudra aussi mettre en place une planification *post mortem* :

- Présumons qu'il s'agit d'actions privilégiées de gel qui n'augmentent pas de valeur. Lors de la perception du produit d'assurance vie, la valeur s'ajoutera aux actions ordinaires détenues en faveur des enfants du couple.

- Le défunt sera initialement réputé avoir réalisé un gain en capital de 10 M$ imposable dans les déclarations finales fédérale et provinciale[15]. L'impôt redevable sera alors de 2 411 000 $. Sans donations, les bénéficiaires de la succession recevraient une valeur nette de 7 589 000 $.

- La succession du défunt sera réputée avoir acquis les actions à un PBR de 10 M$.

- L'intention de départ est que la société de gestion rachète des actions pour 7 M$ et que les autres actions d'une valeur de 3 M$ restent émises :

  – généralement, le rachat d'actions donne lieu à un dividende réputé. Dans le cas présent, on cherche à faire en sorte que la moitié de la somme donne lieu à un dividende en capital de 3,5 M$ et que l'autre moitié donne lieu à un dividende imposable de 3,5 M$;

  – il est impossible de procéder par deux rachats d'actions consécutifs compte tenu de la règle sur la minimisation des pertes du paragraphe 112(3.2) L.I.R. Il est essentiel de consulter un fiscaliste pour atteindre le résultat souhaité;

---

14 Par. 118.1(5) L.I.R.

15 Par. 70(5) L.I.R.

- le fiscaliste recommandera de procéder à un remaniement de capital de façon à créer des actions d'une nouvelle catégorie et de convertir 7 M$ des anciennes actions en actions de la nouvelle catégorie ayant un capital versé (« CV ») nul;

- par la suite, il y aura une augmentation du CV des nouvelles actions pour un montant de 3,5 M$. Cela donnera lieu à un dividende réputé[16] et un choix sera fait pour qu'il soit considéré comme un dividende en capital;

- enfin, les actions de la nouvelle catégorie seront rachetées pour la somme de 7 M$. Comme cette somme excède le CV de 3,5 M$, la différence de 3,5 M$ sera considérée comme un dividende imposable.

- Sans tenir compte de la donation entre vifs, la succession aura donc un impôt à payer de 1 272 250 $ au taux effectif de 18,175 % au lieu d'un impôt sur gain en capital de 1 687 700 $ au taux effectif de 24,11 %. En effet, le défunt n'aura pas à payer cet impôt sur le gain en capital réputé, car par le mécanisme du paragraphe 164(6) L.I.R., la succession subira une perte en capital dans sa déclaration de revenus pour sa première année et elle pourra l'utiliser pour réduire le gain en capital à indiquer dans la dernière déclaration du défunt en raison du décès[17].

- Les liquidateurs de la succession feront un don de 2 638 428 $. Cela aura pour effet de réduire l'impôt à néant.

- Sans tenir compte de la donation testamentaire, le défunt devra payer un impôt sur le gain en capital de 3 M$ (10 M$ - 7 M$), soit la somme de 723 300 $. La donation testamentaire d'une somme de 1,5 M$ permettra de réduire complètement à néant l'impôt du défunt.

- La liquidité totale requise pour faire les deux donations à la fondation est de 4 138 428 $. Il va de soi que l'assurance vie permettra à la succession de recevoir une liquidité de 3,5 M$. La société de gestion devra financer le reste, soit 638 428 $ (4 138 428 $ - 3 500 000 $), avec ses autres fonds.

---

16 Par. 84(1) L.I.R.

17 La perte en capital réalisée lors du rachat d'actions ne sera pas niée en raison de l'application du paragraphe 40(3.61) L.I.R. Dans la première année suivant le décès, il faut éviter de réaliser des gains en capital, car le paragraphe 164(6) L.I.R. permet à la succession de n'utiliser que les pertes en capital nettes, c'est-à-dire les pertes en capital diminuées des gains en capital de l'année.

Les héritiers recevront 8 475 567 $ au lieu de 7 589 000 $, à savoir une somme supplémentaire de 886 567 $. Le grand perdant est le fisc qui ne reçoit rien.

Une telle planification n'est possible que si l'on a pris soin de rédiger un testament flexible et qu'un fiscaliste est consulté avant ou après le décès pour s'assurer de la mise en œuvre du plan.

6. DON D'ACTIONS CRISTALLISÉES DE GEL SANS APPAUVRIR SES HÉRITIERS

M. et M^{me} Victoire détiennent en parts égales des actions privilégiées de leur société exploitante dont le PBR est de 1,5 M$ (actions cristallisées à la suite d'un gel successoral). Ils ont suffisamment de biens et n'ont pas réellement besoin de recevoir la valeur de ces actions privilégiées pour assurer leur coût de vie. Ils désirent faire un don important à une fondation publique de bienfaisance de leur choix. Ils hésitent, car ils ne veulent pas réduire le patrimoine qui sera transmis à leurs enfants.

	Avec IMRTD	Sans IMRTD
Don d'actions privilégiées	(1 500 000) $	(1 500 000) $
Crédit d'impôt pour le don @ 48,2 %	723 300 $	723 300 $
Plus coût du dividende net		
Dividendes de 60 000 × 15	(900 000) $	
Remboursement au titre de dividendes 20 000 × 15	300 000 $	
Dividendes nets totaux	(600 000) $	(1 140 000) $
Coût du don	(1 377 000) $	(1 916 700) $
Au décès		
Coût de l'assurance (39 000 × 15 ans)	(585 000) $	(741 000) $
Capital-décès	1 500 000 $	1 500 000 $
Rachat des actions	(1 500 000) $	(1 500 000) $
Remboursement au titre de dividendes sur 1,5 M$	500 000 $	
Économie d'impôt sur le dividende du CDC (CBR = 0)	545 250 $	545 250 $
Coût du don	(916 750) $	(1 916 700) $
Augmentation de la valeur des actions ordinaires	1 500 000 $	1 500 000 $
Gain/(perte)	583 250 $	(612 450) $

Ce cas permet aux particuliers de monnayer la cristallisation[18] en utilisant son IMRTD. Les actions sont des titres non admissibles[19] et ce plan ne fonctionne pas si l'organisme de bienfaisance est une fondation privée, car cela ne sera pas un don exclu[20]. Un tel don à une fondation privée sera suspendu pendant cinq ans et, par la suite complètement perdu[21] si les titres non admissibles sont conservés[22]. Il est important que les actions aient une JVM de 1,5 M$ pour que la fondation publique puisse délivrer un reçu pour don de ce montant. Bien que la valeur de rachat soit 1,5 M$, l'absence de rendement pourra faire en sorte que leur valeur marchande soit moindre. Ainsi, il est préférable que les actions donnent droit à un dividende annuel de 4 % pour que la fondation publique puisse délivrer un reçu pour don de 1,5 M$. Le donateur devra pouvoir bénéficier d'un crédit d'impôt d'environ 723 300 $ en utilisant le taux marginal le plus élevé. Le donateur devra avoir un revenu imposable d'au moins 250 000 $ sur une période de six ans afin de pouvoir utiliser tous les crédits d'impôt.

En donnant ses actions, le couple Victoire appauvrit le patrimoine commun d'une somme de 1,5 M$. Pour compenser les bénéficiaires de leur succession, le couple fera en sorte que la société de gestion souscrive une police d'assurance vie de ce montant. C'est elle qui paiera les primes de 39 000 $ par année durant l'espérance de vie de 15 ans et recevra le capital-décès. Lors de la réception du produit d'assurance vie, les bénéficiaires de la succession du couple seront compensés par l'augmentation de la valeur de leurs actions ordinaires par une somme de 1,5 M$. En effet, ce plan fonctionne quand les actionnaires détenant les actions participantes avec droit de participation de la société de gestion sont les mêmes personnes que les bénéficiaires de la succession. La perception du capital assuré permettra à

---

18 CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives* et *Notes explicatives sur les propositions législatives concernant l'impôt sur le revenu*, 16 juillet 2010. Le nouveau paragraphe 248(35) L.I.R. proposé prévoit que la JVM d'un bien qui est une immobilisation – par exemple des actions – est réputée être égale à son PBR. Ce ne sera pas une source de préoccupation étant donné que les actions ont un plein PBR égal à leur JVM. Si les actions avaient une valeur de rachat élevée et un faible PBR, le donateur devrait détenir les actions depuis au moins 3 ans, ou au moins 10 ans si l'une des principales raisons pour lesquelles elles ont été acquises visait le don.

19 Par. 118.1(18) L.I.R.

20 Par. 118.1(19) L.I.R.

21 Par. 118.1(13) L.I.R.

22 La fondation privée pourra en plus être assujettie à des pénalités si elle détient une participation excédentaire dans une société privée selon le paragraphe 188.1(3.1) L.I.R.

la société de gestion de racheter les actions détenues par la fondation publique. De plus, la société de gestion verra son CDC augmenté de 1,5 M$, en présumant que le CBR du contrat est néant. Elle pourra donc déclarer un dividende en capital sans impôt aux actionnaires. Si le couple avait légué ses actions à ses bénéficiaires, il n'y aurait pas eu d'impôt au dernier décès. Les bénéficiaires auraient acquis les actions à un PBR de 1,5 M$. Par contre, les actions auraient quand même eu un CV faible. Il n'aurait donc pas été possible pour eux de recevoir cette somme de la société de gestion sans payer un impôt sur un dividende imposable.

L'avantage majeur du plan est donc la capacité de monnayer la cristallisation par les crédits d'impôt pour don. En effet, le couple pourra encaisser des revenus de 1,5 M$ sans payer d'impôt à la suite de la donation. Cependant, ce plan repose aussi sur la capacité de récupérer une partie de l'IMRTD de la société de gestion égale aux dividendes versés annuellement à la fondation et au moment du rachat des actions. Nous supposons que la société de gestion a en main un IMRTD suffisant et que la règle antiévitement du paragraphe 129(1.2) L.I.R. ne s'appliquera pas en vue de refuser le remboursement à la société de gestion[23]. En l'absence d'IMRTD, la stratégie ne permettra pas de satisfaire aux objectifs de M. et M^{me} Victoire, qui ne veulent pas réduire le patrimoine à transmettre à leurs enfants. Dans ce cas, le don des actions pour une somme de 1,5 M$ entraînera un coût de 612 450 $. Ce coût est principalement dû aux dividendes annuels à verser sur une période de 19 ans. Dans l'environnement actuel, le taux du dividende peut être inférieur à 4 %. Par ailleurs, si le couple était plus âgé, le coût engendré par le versement de dividendes serait moindre.

Il y a des aspects juridiques à prendre en considération :

- Comme il s'agit d'actions d'une société privée, nous recommandons que la donation soit notariée. Il n'est pas clair en droit qu'il puisse y avoir un don manuel.

- Il faudra modifier la description des actions de façon que le dividende soit cumulatif, mais non les actions avec droit de vote. De plus, elles devront être automatiquement rachetées par la société de gestion dans les six mois suivant le dernier décès des donateurs.

---

[23] Nous supposons que la règle antiévitement énoncée au paragraphe 129(1.2) L.I.R. ne s'appliquera pas en vue de refuser le remboursement à la société de gestion.

- Il faudra prévoir une convention entre actionnaires pour gérer les droits de la fondation publique.

- Une évaluation indépendante sera requise afin de permettre à la fondation de délivrer un reçu pour don.

7. DON PAR UNE SOCIÉTÉ DE GESTION D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE DU VIVANT DE L'ACTIONNAIRE

Il y a lieu de comparer deux stratégies de don de police d'assurance vie. La société de gestion paie les primes dans ces deux cas. L'exercice consiste à déterminer s'il est plus avantageux pour la société de gestion de déduire les primes à titre de dons de bienfaisance ou pour la succession de faire le don du capital-décès. Nous n'aborderons pas le cas où la société de gestion ferait elle-même la donation du capital assuré après sa réception ou en nommant l'organisme de bienfaisance comme bénéficiaire[24].

Reçu de don de bienfaisance égal à la prime d'assurance vie

La société de gestion acquiert une police d'assurance vie conjointe au dernier décès sur la vie des actionnaires et transfère la propriété de la police à la fondation de bienfaisance. La société de gestion effectue un don annuel en argent à la fondation de bienfaisance pour un montant équivalant à la prime ou paye directement la prime à l'assureur. Comme la Fondation fondation de bienfaisance est propriétaire et bénéficiaire de la police d'assurance, elle paye la prime annuelle avec les dons en argent. Au décès du dernier assuré à l'espérance de vie dans 25 ans, la fondation de bienfaisance encaisse le produit d'assurance.

Reçu de don de bienfaisance égal au capital-décès

Une police d'assurance vie conjointe au dernier décès est souscrite sur la vie des actionnaires de la société de gestion. Cette dernière en est la propriétaire et la bénéficiaire. Au dernier décès, l'assuré donne par testament une somme équivalant au produit de l'assurance vie à la fondation de bienfaisance. De son côté, la société de gestion recevra le capital-décès libre d'impôt et son CDC augmentera du produit de l'assurance si le CBR est zéro. Elle versera le capital-décès sous forme de dividendes en capital à la succession, laquelle pourra alors payer le don testamentaire. Le reçu pour don de bienfaisance sera utilisé dans la déclaration de revenus du défunt.

[24] Par. 118.1(5.1) L.I.R.

Le CDC pourra être utilisé pour réduire l'impôt au décès par le biais d'un rachat d'actions, s'il y a lieu.

TABLEAU COMPARATIF DES AVANTAGES

	Don par la société des primes d'assurance vie	Don individuel du capital par testament
Coût des primes	17 000 $ pendant 25 ans : 425 000 $	17 000 $ pendant 25 ans : 425 000 $
Économie d'impôt du vivant	425 000 $ @ 19,90 % = 84 575 $	s. o.
Économie d'impôt au décès	s. o.	1 500 000 $ @ 48,22 % = 723 300 $
CDC	s. o.	oui
Don à la fondation	1 500 000 $	1 500 000 $
Coût/gain pour le don	(340 425 $) = (425 000 $) + 84 575 $	298 300 $ = 723 300 $ + (425 000 $)

Commentaires juridiques

L'option du don équivalant au capital-décès exigera qu'une somme de 1,5 M$ soit léguée à titre particulier à la fondation dans le testament du particulier. Il devra laisser des instructions aux liquidateurs pour qu'ils fassent en sorte que la société de gestion verse un dividende en capital à la succession ou, alternativement, rachète des actions donnant lieu à un dividende en capital réputé.

- La société de gestion aurait pu faire le don et bénéficier des déductions dans le calcul de son revenu imposable. Il semble plus avantageux d'obtenir des crédits pour dons au niveau du particulier :

  – dans l'évaluation des actions au décès, la JVM de la police ne sera pas prise en compte au décès[25];

  – le don en argent permettra de réduire la facture d'impôt sur le gain en capital réputé de 723 300 $ en utilisant le taux marginal;

[25] Par. 70(5.3) L.I.R.

– le rachat d'actions de 3 M$ permettra de réduire la facture d'impôt de 723 300 $ à 545 250 $. Nous avons vu la technique à la section 5. du présent texte permettant à la succession d'être imposée au taux de 18,175 % au lieu de 24,11 %.

8. DON ENTRE VIFS D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE À LA SUITE D'UNE NOUVELLE ANALYSE DES BESOINS SUCCESSORAUX

Au cours des années qui ont suivi le gel successoral effectué peu avant sa retraite, M. Coury, maintenant âgé de 70 ans, ne détient plus aucune des actions privilégiées de gel qui auraient pu entraîner un impôt sur le gain en capital à son décès et, par le fait même, ne requiert plus l'assurance vie souscrite en vue de payer les impôts. Dans ce contexte, il a opté pour le don de la police d'assurance vie plutôt que son annulation.

Comme il détient la police depuis plus de 10 années, la situation s'y prête très bien. En effet, il serait peu probable qu'une telle planification fût réalisable au moyen d'un contrat nouvellement acquis et, en aucun cas, à cette fin. Le caractère non prémédité de la donation revêt toute son importance.

Ce dernier obtient un reçu de don de bienfaisance égal à la JVM de la police d'assurance lors du transfert de propriété à un organisme intermédiaire[26]. Toutefois, il doit veiller à ce que toutes les primes futures soient honorées afin que le don ait lieu. Dans le cas où M. Coury ne fait pas appel à un organisme intermédiaire chargé de trouver un payeur de primes subsidiaire et que sa situation financière le permet, ce dernier pourra souscrire une rente viagère dans le but de poursuivre le paiement des primes jusqu'à son décès. La prime forfaitaire de la rente lui procurera aussi un reçu pour don de bienfaisance.

M. Coury détient une police d'assurance vie temporaire à 100 ans souscrite à l'âge de 50 ans et dont le capital assuré s'élève à 2 M$ et les primes annuelles à 22 061 $.

[26] La JVM d'une police d'assurance vie comporte plusieurs éléments dont un actuaire tiendra compte lors de son évaluation comme l'état de santé de l'assuré, la nature du contrat et de ses avantages, son coût de remplacement, etc.

	MONTANT
JVM de la police	635 000 $
Coût de la rente viagère pour payer les primes futures	257 000 $
Contribution totale	**892 000 $**
Crédit d'impôt total (48 %)	430 122 $
Coût de la rente viagère	(257 000 $)
Flux monétaire net positif	***173 122 $***

CONCLUSION

À titre de conseillers, nous devons être à l'affût des structures de dons planifiés lorsque nous rencontrons un client. Soit le client manifeste le désir de faire des donations, soit nous abordons le sujet avec lui. Et l'assurance vie est un outil utile dans ces structures. Elle permet de réduire ou d'annuler les impôts du vivant du particulier ou à son décès, de même que de recapitaliser le patrimoine du particulier à son décès pour ne pas pénaliser ses héritiers dans la mesure du possible. Le coût de l'assurance vie est *a priori* inférieur au coût des impôts dans tous les cas analysés.

C'est ce qui fait que les stratégies énoncées dans le présent texte pour des particuliers assurables sont attrayantes. Dans la réalité, il arrive que des particuliers soient difficilement assurables ou ne soient pas du tout assurables. De plus, la variable de perte de rendement du montant utilisé pour l'achat d'une rente ou la souscription d'une assurance vie sont des éléments à prendre en considération dans chaque cas.

Notre rôle consiste à bien comprendre la structure organisationnelle et financière des personnes qui nous consultent. Plusieurs ont mis en place des sociétés de gestion et des fiducies. Nous devons définir l'entité qui doit profiter des crédits ou déductions pour dons, de même que l'entité qui est le preneur de l'assurance vie. Comme nous l'avons vu, la société de gestion paie les primes à un coût moindre qu'un particulier. Le CDC permet de distribuer efficacement les fonds à un particulier, à une fiducie du vivant du particulier ou à une fiducie testamentaire ou encore à une succession. Des testaments et autres documents juridiques doivent être adéquatement rédigés pour mettre de l'avant des structures de don planifié (*ante* et *post mortem*). Il y a lieu aussi de consulter des fiscalistes et conseillers juridiques expérimentés dans de telles structures.

Tout cela peut sembler complexe, mais il ne faut pas perdre de vue que le jeu en vaut la chandelle. En effet, les organismes de bienfaisance profitent

des largesses des personnes fortunées. Le seul perdant est apparemment le fisc. Mais la société dans son ensemble est-elle vraiment perdante? La politique fiscale du gouvernement consiste à encourager les dons, car le gouvernement sait bien que ses programmes sociaux ne répondent pas tous aux besoins de la population et que les organismes de bienfaisance peuvent, au contraire, y répondre efficacement et de manière non bureaucratique.

ANNEXE

Taux de rendement effectif calculé en fonction du bénéfice d'assurance vie au dernier décès

Année	Âge M.	Primes	Bénéfice d'assurance vie	Taux de rendement net
1	76	83 000	2 000 000	2309,64 %
2	77	83 000	2 000 000	343,42 %
3	78	83 000	2 000 000	148,87 %
4	79	83 000	2 000 000	86,91 %
5	80	83 000	2 000 000	58,00 %
6	81	83 000	2 000 000	41,68 %
7	82	83 000	2 000 000	31,38 %
8	83	83 000	2 000 000	24,36 %
9	84	83 000	2 000 000	19,32 %
10	85	83 000	2 000 000	15,55 %
11	86	83 000	2 000 000	12,64 %
12	87	83 000	2 000 000	10,35 %
13	88	83 000	2 000 000	8,50 %
14	89	83 000	2 000 000	6,98 %
15	90	83 000	2 000 000	5,72 %
16	91	83 000	2 000 000	4,66 %
17	92	83 000	2 000 000	3,76 %
18	93	83 000	2 000 000	2,99 %
19	94	83 000	2 000 000	2,32 %
20	95	83 000	2 000 000	1,74 %
21	96	83 000	2 000 000	1,23 %
22	97	83 000	2 000 000	0,78 %
23	98	83 000	2 000 000	0,39 %
24	99	83 000	2 000 000	0,03 %
25	100	83 000	2 000 000	-0,28 %

DÉDUCTIBILITÉ DES HONORAIRES PROFESSIONNELS, OÙ EN SOMMES-NOUS?



Alexandra Fortin
Avocate, LL.M. fisc.
Hardy, Normand & Associés, s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 35:3

1. CONCEPTS DE BASE DE LA DÉDUCTIBILITÉ DES HONORAIRES PROFESSIONNELS 35:3

1.1. DÉPENSES DÉDUCTIBLES À L'ENCONTRE DU REVENU DE BIEN OU D'ENTREPRISE 35:3
1.1.1. Établissement du bénéfice 35:3
1.1.2. Déductions des dépenses permises par la *Loi de l'impôt sur le revenu* 35:4
1.2. AUTRES DISPOSITIONS PERMETTANT LA DÉDUCTION D'HONORAIRES PROFESSIONNELS 35:6

1.3. MISE À JOUR 35:6
1.3.1. Coûts de transaction et autres dépenses d'honoraires de nature semblable 35:6
1.3.2. Frais juridiques autres 35:19

CONCLUSION 35:23

ANNEXE 35:25

INTRODUCTION*

La question de la déductibilité des honoraires professionnels revient sans cesse. Bien que, dans les dernières années, plusieurs principes se soient dégagés de la jurisprudence, de bulletins d'interprétations, d'interprétations techniques et autres, plusieurs incertitudes demeurent. Encore récemment, d'autres éclairages ont été apportés par les tribunaux et les autorités fiscales relativement à cette épineuse question. Le présent texte fera d'abord un survol rapide des concepts à la base de la déductibilité des honoraires professionnels et se concentrera par la suite sur la revue de la jurisprudence et des positions techniques des cinq dernières années[1].

1. CONCEPTS DE BASE DE LA DÉDUCTIBILITÉ DES HONORAIRES PROFESSIONNELS

1.1. DÉPENSES DÉDUCTIBLES À L'ENCONTRE DU REVENU DE BIEN OU D'ENTREPRISE

La *Loi de l'impôt sur le revenu*[2] de même que la *Loi sur les impôts*[3] comportent des dispositions portant sur la déductibilité des honoraires professionnels ayant trait au revenu de bien ou d'entreprise. Leur rédaction en termes vagues en fait des dispositions peu simples à interpréter.

1.1.1. Établissement du bénéfice

L'analyse générale de la déductibilité d'une dépense du revenu d'entreprise ou d'un bien débute avec le calcul du bénéfice prévu par le paragraphe 9(1) L.I.R. La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne comportant aucune définition du terme « bénéfice », les tribunaux ont dû élaborer une

---

* L'auteure tient à remercier M. Marcel Lemay de son aide à la révision du présent texte.

1 Plusieurs décisions importantes sur la question ont été rendues il y a plus de cinq ans. Cependant, elles ont déjà fait l'objet de quelques écrits intéressants. Voir à cet effet : Philippe-Antoine MORIN, « Déductibilité des honoraires professionnels et des frais de transaction », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 5:1-32, ainsi que Nik DIKSIC et Christian DESJARDINS, « Tax Treatment of Transaction Costs », dans *2006 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2007, pp. 38:1-44.

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

3 L.R.Q., c. I-3 et mod. (« L.I. »).

jurisprudence à cet effet. Les décisions de la Cour fédérale et, par la suite, de la Cour suprême dans l'arrêt *Elisabeth Symes* c. *La Reine*[4] ont rappelé que l'établissement du bénéfice comptable était différent de celui établi aux fins d'imposition. Ainsi, afin de déterminer ce bénéfice comptable, un contribuable se devait d'estimer les revenus, en y déduisant les dépenses nécessaires pour gagner ces recettes en vertu des principes reconnus dans la pratique courante des affaires. La notion de « bénéfice » déterminée aux fins du paragraphe 9(1) L.I.R. s'entend donc au sens de « bénéfice net »[5].

Quelques années plus tard, la Cour suprême[6] a analysé l'interaction des principes comptables généralement reconnus (« PCGR ») avec la notion de bénéfices utilisée dans l'article 9 L.I.R. Dans le cadre de son analyse, la Cour mentionne que les PCGR sont des critères d'interprétation, sans plus. De plus, on y signale que les méthodes utilisées en vue d'établir le bénéfice peuvent varier d'un contribuable à l'autre, mais dans tous les cas la méthode employée doit donner lieu à l'image la plus fidèle du bénéfice du contribuable.

1.1.2. Déductions des dépenses permises par la *Loi de l'impôt sur le revenu*

Une fois le bénéfice établi en vertu du paragraphe 9(1) L.I.R., il faut s'assurer que les dépenses soient déductibles en vertu des autres dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Les principales restrictions à la déductibilité des dépenses relatives à un revenu de bien ou d'entreprise sont édictées à l'article 18 L.I.R.

Voici quelques-unes desdites restrictions prévues au paragraphe 18(1) L.I.R. :

> « 18(1) Dans le calcul du revenu du contribuable tiré d'une entreprise ou d'un bien, les éléments suivants ne sont pas déductibles :
>
> a) Restriction générale

---

4 (1989) 3 C.F. 59 (C.A.F.) et *Symes* c. *Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695 (C.S.C.) (« *Symes* »).

5 Contrairement au terme « revenu », qui vise plutôt un bénéfice brut. Voir l'affaire *Entreprises Ludco Ltd*. c. *La Reine*, 2001 D.T.C. 5505 (C.S.C.).

6 *Canderel Ltée* c. *Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147.

> les dépenses, sauf dans la mesure où elles ont été engagées ou effectuées par le contribuable en vue de tirer un revenu de l'entreprise ou du bien;
>
> b) Dépense ou perte en capital
>
> une dépense en capital, une perte en capital ou un remplacement de capital, un paiement à titre de capital ou une provision pour amortissement, désuétude ou épuisement, sauf ce qui est expressément permis par la présente partie; […]
>
> h) frais personnels ou de subsistance
>
> le montant des frais personnels ou de subsistance du contribuable à l'exception des frais de déplacement engagés par celui-ci dans le cadre de l'exploitation de son entreprise pendant qu'il était absent de chez lui; […]. »

Une fois que l'on a déterminé si une dépense a effectivement été engagée en vue de tirer un revenu d'entreprise ou de bien en vertu du paragraphe 9(1) L.I.R. et qu'elle n'est pas visée par les restrictions de l'article 18 L.I.R., la dépense devrait être déductible à titre de dépense courante.

Qui plus est, une dépense visée par les alinéas 18(1)a), 18(1)b) ou 18(1)h) L.I.R. pourrait tout de même être déductible en vertu de l'article 20 L.I.R.

Voici quelques exemples de dépenses permises par le biais de l'article 20 L.I.R. et pouvant concerner des honoraires professionnels qui seraient normalement restreintes par l'article 18 L.I.R. :

- déduction à titre d'amortissement du coût en capital (al. 20(1)a) L.I.R.);
- déduction à titre de dépense en capital admissible (al. 20(1)b) L.I.R.);
- déduction des frais d'émission ou d'emprunt (al. 20(1)e) L.I.R.);
- déduction des frais de financement annuels (al. 20(1)e.1) L.I.R.);
- frais de transfert d'actions (al. 20(1)g) L.I.R.);
- frais de conseiller en placement (al. 20(1)bb) L.I.R.);

Afin de se prévaloir des dispositions de l'article 20 L.I.R., un contribuable doit avoir une source de revenu d'entreprise ou de bien et la dépense doit y être rattachée. L'alinéa introductif du paragraphe 20(1) L.I.R.

emploie l'expression « […] qui se rapportent entièrement à cette source de revenus ». Contrairement au test prévu à l'alinéa 18(1)a) L.I.R., l'article 20 L.I.R. ne requiert pas que la dépense soit engagée en vue de gagner un revenu de bien ou d'entreprise, mais seulement que la dépense soit en lien avec le revenu de bien ou d'entreprise[7].

1.2. AUTRES DISPOSITIONS PERMETTANT LA DÉDUCTION D'HONORAIRES PROFESSIONNELS[8]

Les articles 8, 60 et 62, de même que les alinéas 40(1)a) et 53(1)n) L.I.R. comportent des dispositions permettant la déduction de certaines dépenses d'honoraires professionnels. À titre d'exemple, l'alinéa 8(1)b) L.I.R. alloue la déduction des frais judiciaires ou extrajudiciaires engagés par un employé désireux de recouvrer un salaire ou un traitement. L'alinéa 60b) L.I.R. permet la déduction de certaines dépenses relatives à une pension alimentaire et l'alinéa 60o) L.I.R., celle des frais d'opposition ou d'appel engagés dans le cadre d'un litige avec les autorités fiscales.

1.3. MISE À JOUR

1.3.1. Coûts de transaction et autres dépenses d'honoraires de nature semblable

Il n'est pas toujours si simple dans les faits de déterminer s'il s'agit d'une dépense engagée en vue de tirer un revenu ou encore une dépense procurant un « avantage durable »[9]. Cette détermination se fait souvent au cas par cas. La jurisprudence de même que certaines interprétations techniques existent pour nous procurer quelques lignes directrices. Voyons certaines des plus récentes et des plus pertinentes à notre avis.

---

7 *Potash Corporation of Saskatchewan inc*. c. *La Reine*, 2011 D.T.C. 1163 (C.C.I.) (« *Potash Corporation* »).

8 Cette liste n'est pas exhaustive.

9 La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne contient aucune définition de ce qui constitue une dépense en capital. Le critère d'« avantage durable » est l'un de ceux développés par la jurisprudence, d'abord par les tribunaux britanniques et repris par la suite par les tribunaux canadiens afin de tenter de préciser la notion de « dépense en capital ». Voir, entre autres, dans l'arrêt *La Reine* c. *Dominion Natural Gas Co. Ltd*., 1 D.T.C. 499 (C.S.C.).

1.3.1.1. L'affaire *Potash Corporation*[10]

Potash Corporation of Saskatchewan inc. fait partie de la mémoire collective des fiscalistes pour avoir fait l'objet de plusieurs décisions de tribunaux portant sur la nécessité de produire des avis d'opposition détaillés pour les grandes sociétés[11]. Cela dit, une portion du litige dans ce dossier concernait également la déductibilité des honoraires professionnels et une décision à ce propos a été rendue par la Cour canadienne de l'impôt en 2011.

Faits

Potash Corporation était (et est d'ailleurs encore) une importante société spécialisée dans la préparation et la vente de potasse au niveau international. Au cours des années 1997 et 1998, Potash Corporation a dû payer des factures d'honoraires professionnels engendrés principalement pour la mise en place d'une réorganisation du groupe de sociétés auquel elle appartenait. Le principal objectif avoué de la mise en place de la structure était en vue de faire passer la retenue à la source étrangère sur les dividendes de 30 % à 10 %. Même si la réorganisation ne touchait pas directement à la société Potash Corporation, les conseillers qui étaient responsables de la mise en place de la structure étaient ceux de Potash Corporation. Cette dernière a donc supporté la plupart des coûts relatifs à la mise en place générale de la structure et chacune des autres sociétés du groupe a payé sa propre portion des frais d'honoraires engendrés par la transaction lorsque les frais engendrés les touchaient directement.

Les frais d'honoraires payés par Potash Corporation ont été déduits à titre de dépenses courantes et les autorités fiscales canadiennes ont refusé cette déduction en prétextant que les alinéas 18(1)a) et 18(1)b) L.I.R. ne la permettaient pas.

Les questions en litige dans cette affaire étaient de déterminer si les honoraires professionnels relatifs à la mise en place d'une structure internationale permettant de faire passer la retenue à la source sur les dividendes de 30 % à 10 % étaient déductibles en vertu de l'une ou l'autre des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et, le cas échéant, à titre de dépense courante ou de dépense en capital.

---

10 Précité, note 7.

11 *La Reine* c. *Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2003 CAF 471.

Décision

La Cour canadienne de l'impôt a jugé que les honoraires professionnels relatifs à la mise en place de la structure étaient des dépenses en capital admissibles.

L'un des motifs au soutien de la décision était que, puisque la structure acquise était « nouvelle »[12], les dépenses liées à la mise en place de cette structure étaient de nature capital.

Ensuite, la Cour s'est interrogé à savoir si un actif quelconque avait été acquis dans le cadre des transactions et a considéré que la structure avait été mise en place pour atteindre un objectif global d'efficience de la structure; l'acquisition de la structure constituait donc un bien intangible.

Une fois ces constations faites, la Cour devait déterminer si les honoraires professionnels constituaient des dépenses en capital admissibles en vertu du paragraphe 14(5) L.I.R. Se basant en partie sur la décision *BJ Services Company Canada* c. *La Reine*[13], la Cour a mentionné que la rédaction du paragraphe 14(5) L.I.R. ne nécessite qu'un lien indirect entre les dépenses et les revenus d'entreprise d'un contribuable. La préservation du *cash flow* était en soi un objectif d'affaires suffisant pour considérer que les dépenses étaient des dépenses en capital admissibles et, de surcroît, déductibles comme telles.

La Cour a conclu que, la rédaction de l'alinéa 18(1)b) L.I.R. visant ce type de dépenses, l'analyse en vertu de l'alinéa 18(1)a) L.I.R. n'était donc pas nécessaire.

La conclusion de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Potash Corporation* va dans le même sens que la tendance actuelle que semblent prendre les tribunaux en démontrant un peu plus d'ouverture que les autorités fiscales relativement à la déductibilité des honoraires professionnels[14].

---

[12] Et ce, malgré le fait que les procureurs de Potash Corporation aient soulevé l'argument que cette structure ne procurait pas un avantage durable en ce qu'elle n'était que temporaire.

[13] 2004 D.T.C. 2032 (C.C.I.) (« *BJ Services* »).

[14] Des décisions allant dans le même sens ont été rendues il y a quelque temps par les tribunaux. Voir à ce titre : *BJ Services*, précité, note 13; *Boulangerie St-Augustin inc.* c. *La Reine*, 95 D.T.C. 164 (C.C.I.); confirmé par 97 D.T.C. 5012 (C.A.F.)

(à suivre…)

1.3.1.2. Affaire *Truckbase Corporation and Tom Grabowski* c. *La Reine*[15]

La décision *Truckbase* n'est plus tout à fait récente, car elle date de 2006. Elle a d'ailleurs fait l'objet de quelques écrits dans le passé. Cependant, nous avons jugé bon d'y revenir une fois de plus, car plusieurs questions intéressantes soulevées dans le cadre de cette décision ont récemment connu des avancées qui sont directement en lien avec le présent sujet.

Bref rappel des faits

Au cours des années 1990, M. Grabowski, un des actionnaires des sociétés du « Silvacom Group », dont Truckbase Corporation était membre, voulait prendre de l'expansion chez nos voisins du Sud. Des conseillers ont donc été engagés afin de procéder à une restructuration de la société Truckbase Corporation en vue de protéger les actifs de la société et de permettre cette expansion. Une mise à jour des registres des procès-verbaux a également été effectuée, la convention entre actionnaires a été revue, un régime d'option d'achat d'actions pour les employés a été mis en place et, finalement, un gel successoral a été accompli.

La société Truckbase Corporation a déduit ses honoraires professionnels engagés à titre de dépense courante. N'étant pas du même avis, l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») a refusé la déduction au motif qu'il s'agissait plutôt d'une dépense en capital. On a également « recotisé » M. Grabowski en se basant sur le fait que le paiement de certains honoraires professionnels par la société Truckbase Corporation constituait un avantage imposable en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R.

Décision

D'abord, la décision *Duha Printers (Western) Ltd*. c. *La Reine*[16] a été citée par les représentants de Truckbase Corporation et reprise par le tribunal pour rappeler que la convention entre actionnaires est une dépense effectuée

---

(…suite)
(« *Boulangerie St-Augustin* ») et *International Colin Energy Corporation* c. *La Reine*, 2002 D.T.C. 2185 (C.C.I.) (« *International Colin* »).

15 2006 D.T.C. 2930 (C.C.I.) (« *Truckbase* »).

16 98 D.T.C. 6334 (C.S.C.).

en vue de gagner du revenu puisqu'elle assure la stabilité de la société. Le tribunal a indiqué que la dépense d'honoraires professionnels engagée pour la refonte de la convention entre actionnaires était déductible à titre de dépense courante puisque, s'agissant de la réécriture (et non de la rédaction initiale, auquel cas la dépense serait plutôt de nature capital), il est question d'un exercice de maintien du capital et non de création ou d'acquisition. Le tribunal a également rejeté l'argument de l'ARC voulant que M. Grabowski doive s'imposer sur un montant d'avantage à l'actionnaire prévu au paragraphe 15(1) L.I.R.

Cela dit, malheureusement, le tribunal n'est pas revenu sur la question de la déductibilité des honoraires professionnels ayant trait à la rédaction d'un acte de fiducie, de même qu'à la révision du testament de l'actionnaire principal étant donné l'admission du contribuable à cet effet.

Comme mentionné précédemment, le jugement *Truckbase*, bien qu'il ait été rendu dans le cadre d'une procédure informelle, a soulevé diverses questions intéressantes que nous avons jugé utile d'approfondir.

1. Arrêt *Truckbase* et question de déductibilité des honoraires professionnels engendrés relativement aux conventions entre actionnaires

D'abord, on se rappellera que, lors de la table ronde fédérale du Congrès 2002 de l'Association de planification fiscale et financière (« APFF »)[17], l'ARC a été questionnée relativement à la déductibilité des honoraires professionnels déboursés dans le cadre de la préparation des conventions entre actionnaires. La demande faite dans ce cadre aux autorités fiscales comportait trois sous-questions :

Qu'en est-il de la déductibilité des honoraires professionnels relativement à la préparation :

a) des clauses d'une convention entre actionnaires visant à restreindre le pouvoir des administrateurs quant à la gestion courante des activités de la société?

b) des clauses visant à préserver et à maintenir l'existence de la société?

---

[17] « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 57:11-70.

c) des clauses relatives uniquement à l'aliénation des actions?

Bien que l'ARC ait réitéré d'emblée que chaque analyse relativement à la déductibilité des honoraires professionnels liés à la préparation des conventions entre actionnaires doive se faire au cas par cas, certains principes généraux ressortent de la réponse fournie par les autorités fiscales :

- de façon générale, de l'avis des autorités fiscales, les honoraires reliés aux premières clauses (restrictions aux pouvoirs des administrateurs relativement à la gestion courante des affaires de la société) seraient entièrement déductibles;

- les honoraires professionnels reliés à la préparation des clauses visant à préserver ou à maintenir l'existence de la société constitueraient des dépenses en capital admissibles aux fins de la déduction selon l'alinéa 20(1)b) L.I.R.; et

- les honoraires reliés aux clauses traitant uniquement des cas d'aliénation des actions ne seraient pas déductibles pour la société.

Dans l'arrêt *Truckbase*, la Cour ne fait pas la distinction à savoir si les honoraires professionnels engendrés par la réécriture des clauses de la convention entre actionnaires sont visés par l'une ou l'autre des trois catégories mentionnées plus haut pour conclure à leur déductibilité à titre de dépenses courantes d'entreprise. Cela démontre donc une percée dans ce domaine.

2. Arrêt *Truckbase* et déductibilité des honoraires engagés dans le cadre d'un gel

Ensuite, nous nous sommes intéressés à la question de la déductibilité des honoraires professionnels engagés dans le cadre d'un gel. La décision *Truckbase* n'a malheureusement fait qu'effleurer le sujet puisque la Cour n'a pas eu à se prononcer directement sur la question étant donné l'admission du contribuable. Cependant, ce type de transactions étant très courant, celles-ci méritent que l'on s'y attarde quelque peu.

Dans un texte rédigé en 2006, M[e] Philippe-Antoine Morin[18] a fait l'analyse de la déductibilité des honoraires professionnels relatifs à la

[18] P.-A. MORIN, précité, note 1.

constitution d'une société. Il faisait alors référence au *Bulletin d'interprétation* IT-143R3[19] comme suit :

> « Frais de constitution en société, de réorganisation ou de fusion
>
> 13. Les frais de constitution en société comprennent toutes les dépenses nécessaires que les fondateurs doivent engager lors de la création d'une société, notamment :
>
> a) les droits exigés par l'organisme gouvernemental (fédéral ou provincial) approprié;
>
> b) le coût des affidavits;
>
> c) les frais de publicité dans les administrations où les demandeurs doivent donner avis de leur intention de demander une charte;
>
> d) les frais juridiques;
>
> e) les frais afférents à l'élaboration des statuts constitutifs et des règlements administratifs;
>
> f) les dépenses engagées par les demandeurs pour assister aux rencontres préliminaires;
>
> g) les frais comptables associés à la constitution en société.
>
> 14. L'ADRC considère les frais de constitution en société et les dépenses semblables engagées pour créer une nouvelle société ou les dépenses engagées relativement à la fusion de deux sociétés ou plus, de même que les dépenses engagées relativement à la réorganisation des opérations d'une société (y compris le coût des lettres patentes supplémentaires), comme des "dépenses en capital admissibles" si elles remplissent les conditions de la définition de "dépense en capital admissible" qu'on trouve au paragraphe 14(5) et qui sont expliquées au numéro 2[20]. »

Étant donné que, selon le *Bulletin d'interprétation* IT-143R3[21], les frais de constitution seront considérés comme des dépenses déductibles à titre de biens en immobilisation admissible, de l'avis de M[e] Morin, ces

---

[19] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-143R3, « Sens de l'expression "dépense en capital admissible" », 10 avril 2002.

[20] *Id*., par. 13 et 14.

[21] *Id*.

commentaires s'appliquent également à la constitution d'une fiducie puisque sa création est un avantage durable. Par contre, M[e] Morin précise d'entrée de jeu que l'entité créée doit être à vocation commerciale pour atteindre les conditions du paragraphe 14(5) L.I.R., qui définit ce que constitue une dépense en capital admissible.

Dans un contexte de gel, il nous apparaît plus difficile de soutenir qu'une fiducie créée dans ce cadre est une entité à vocation commerciale. Les honoraires professionnels engendrés dans le cadre de la rédaction de l'acte de fiducie ainsi que par la préparation de la donation initiale ne pourraient donc pas être, à notre avis, des dépenses en capital admissibles.

D'ailleurs, dans l'interprétation technique 2009-0306591E5[22], l'ARC se positionne indiquant que les honoraires professionnels engendrés pour la création d'une fiducie sont un *nothing* pour les fiduciaires[23] puisque ceux-ci ne constituent pas des dépenses en capital ni des dépenses engagées en vue de gagner un revenu. De plus, cette interprétation technique confirme la position de M[e] Morin voulant que, par ailleurs, les frais de constitution d'une fiducie doivent suivre le même traitement que ceux d'une société selon le *Bulletin d'interprétation* IT-143R3.

3. Arrêt *Truckbase* et application du paragraphe 15(1) L.I.R.

La dernière question que nous avons jugé bon d'approfondir à la suite de l'arrêt *Truckbase* est relative au paragraphe 15(1) L.I.R. On se rappellera que, dans l'arrêt *Truckbase*, l'ARC a soulevé la prétention que le paiement des honoraires professionnels conférait un avantage à l'actionnaire puisque ceux-ci avaient un objectif de préservation du capital. La Cour a toutefois refusé d'appliquer le paragraphe 15(1) L.I.R. sur cette base. Il devient donc pertinent de se questionner à savoir si le paiement des honoraires

---

[22] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2009-0306591E5, 6 janvier 2011.

[23] Aucune précision relative à la nature de la fiducie n'a été apportée dans le cadre de l'interprétation technique. De plus, bien que l'identité du payeur des frais engagés n'ait pas été clairement révélée dans le cadre de la première question posée à l'ARC, nous présumons que cette question visait la déductibilité des honoraires professionnels supportés par les fiduciaires personnellement. En effet, deux questions ont été posées à l'ARC dans le cadre de l'interprétation technique : d'abord, si les frais de constitution de la fiducie étaient déductibles et, ensuite, si le paiement de ces frais par les fiduciaires pouvait constituer une contribution à la fiducie. Puisque, à la question 2, on laisse sous-entendre que les payeurs étaient les fiduciaires, nous présumons que la réponse à la question 1 a été donnée sur cette base.

professionnels par la société pourrait constituer un avantage à l'actionnaire dans certains cas.

Dans un texte datant de 2009, Elizabeth A. Junkin fait un recensement de la jurisprudence récente relative au paragraphe 15(1) L.I.R.[24] À part la décision *Truckbase*, M^me^ Junkin n'a trouvé aucun cas d'application ou de tentative d'application du paragraphe 15(1) L.I.R. à un paiement d'honoraires professionnels par la société dans ce contexte. M^me^ Junkin mentionne toutefois être d'avis qu'à la suite de son analyse de la jurisprudence, les tribunaux semblent de plus en plus enclins à retenir l'opinion des autorités fiscales et à imposer un avantage à l'actionnaire.

L'interprétation technique 2011-040113117[25] très succincte ne nous apprend rien de nouveau, mais l'ARC brandit une fois de plus le spectre d'application du paragraphe 15(1) L.I.R. à un paiement des honoraires professionnels effectué par la société en exploitation au bénéfice de son actionnaire.

Les faits exposés dans le cadre de cette interprétation technique étaient les suivants :

Gestco détenait 100 % des actions avec droit de vote de la société Opco. Opco a payé une dépense d'honoraires professionnels pour le compte de Gestco et a déduit cette dépense du calcul de son revenu.

En se basant sur la décision *Foresbec Inc.* c. *La Reine*[26], l'ARC a mentionné que, par le paiement de la dépense des honoraires professionnels, Opco conférait un avantage à son actionnaire et que cette dépense n'était pas déductible du revenu d'Opco.

Il faudra donc faire preuve de prudence dans l'analyse de la déductibilité par la société afin d'éviter des cas de double imposition.

---

[24] Elizabeth A. JUNKIN, « Section 15 – Shareholder benefits update », Conference, Toronto, Fondation canadienne de fiscalité, 2009.

[25] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2011-040113117, « Par. 15(1) L.I.R., Benefit conferred to a shareholder », 30 mai 2011.

[26] 2002 D.T.C. 7041 (C.C.I.).

Réflexion sur le paiement des honoraires professionnels par les bénéficiaires d'une fiducie familiale discrétionnaire

Afin d'éviter l'application potentielle du paragraphe 15(1) L.I.R. suggérée par les autorités fiscales en cas de paiement par une société des honoraires professionnels engagés pour mettre en place une fiducie familiale discrétionnaire, le paiement de ces dépenses par les bénéficiaires ou les fiduciaires représente une option intéressante. Par contre, si l'on pousse l'analyse un peu plus loin et bien que cela déborde quelque peu le cadre du présent sujet, il semble que d'autres problématiques potentielles pourraient survenir si cette option était choisie.

En vertu de la définition de « fiducie personnelle » énoncée au paragraphe 248(1) L.I.R., une fiducie qui veut pouvoir être qualifiée comme telle doit être selon le cas :

> « a) une fiducie testamentaire;
>
> b) une fiducie non testamentaire dans laquelle aucun droit de bénéficiaire n'est acquis pour une contrepartie payable directement ou indirectement :
>
> (i) soit à la fiducie,
>
> (ii) soit à une personne ou une société de personnes qui effectue un apport à la fiducie sous forme de transfert, cession ou autre disposition de biens. »

Tel qu'il appert de la définition ci-dessus, aucune contrepartie ne doit avoir été payée par l'un des bénéficiaires pour l'acquisition de son droit de bénéficiaire dans la fiducie. Si tel était le cas, le roulement prévu au paragraphe 107(2) L.I.R. ne serait plus possible. Le paiement des honoraires professionnels par l'un des bénéficiaires, qui par ailleurs n'a peut-être pas d'avantage personnel à accepter ces frais, pourrait équivaloir à une contrepartie.

Bien que aucun cas jurisprudentiel n'ait fait l'objet de la question et que ni l'ARC[27] ni l'Agence du revenu du Québec ne se soient encore

---

[27] AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 22, dans le cadre de cette interprétation technique 2009-0306591E5, on avait demandé à l'ARC de se prononcer à savoir si le paiement par les fiduciaires pourrait être considéré comme une contribution à la fiducie de leur part, l'ARC n'a cependant malheureusement pas répondu à la question.

positionnées à cet égard à ce jour, certains auteurs suggèrent[28] de faire prendre en charge les frais professionnels par une personne autre qu'un bénéficiaire. Cela pourrait effectivement être plus prudent en théorie, mais dans les faits nous nous questionnons à savoir qui pourrait bien accepter de prendre en charge ce type de frais sans avoir un intérêt quelconque dans la fiducie…?

Cela conclut la portion relative à notre analyse détaillée du cas *Truckbase* et des questions sous-jacentes soulevées.

1.3.1.3. Table ronde fédérale du Congrès 2006 de l'APFF

Lors du congrès annuel de l'APFF en 2006, la question suivante a été posée à l'ARC dans le cadre de la table ronde :

> « […] Est-ce que l'ARC pourrait se prononcer sur la déductibilité des frais engagés pour des avis professionnels (opinions légales, équité de l'offre (*fairness opinion*)) qui sont demandés par les administrateurs afin de préparer des communications aux actionnaires dans les circonstances suivantes :
>
> a) Dans le cadre d'un rachat d'actions proposé par une société publique, les administrateurs devront généralement se prononcer sur la justesse de l'offre de rachat et demanderont d'obtenir un avis externe afin d'appuyer leur position. Est-ce que les frais engagés pour obtenir cet avis externe seront déductibles dans le calcul du revenu de la société à titre de dépenses courantes?
>
> b) Dans le cadre d'une fusion entre deux sociétés requérant un vote des actionnaires, les frais engagés par les sociétés fusionnantes afin d'obtenir une opinion externe sur la justesse de la transaction (*fairness opinion*) sont-ils déductibles à titre de dépenses courantes si cette opinion est demandée par les administrateurs afin d'appuyer la recommandation de vote faite aux actionnaires et contenue dans les communications adressées aux actionnaires[29]? »

En ce qui a trait à la sous-question a), l'ARC a répondu que contrairement à la situation qui avait cours dans la décision *British Columbia Power* c. *MRN*[30], les frais engagés par une société donnée pour obtenir l'avis externe mentionné en a) ci-dessus seraient intimement liés au processus

---

[28] Kelly L. CARUK, « Trusts principles – Tax and general trust law concepts », dans *2010 Prairie Provinces Tax Conference*, Toronto, Fondation canadienne de fiscalité, 2010.

[29] « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 53:1-72, question 18., aux pages 53:39-40.

[30] 67 D.T.C. 5258 (C.S.C.).

relatif au rachat des actions de son capital-actions. Ces frais devraient probablement être considérés comme faisant partie intégrante du processus de rachat d'actions et seraient donc teintés de nature capital.

Quant au scénario de fusion décrit en b) ci-dessus, les autorités fiscales ont répondu être d'avis que les frais engagés par les sociétés fusionnantes afin d'obtenir une opinion externe sur l'équité de la transaction constitueraient généralement des dépenses de nature capital visées à l'alinéa 18(1)b) L.I.R.

Les représentants de l'ARC ont ajouté que les dépenses relatives à une fusion doivent être considérées, de manière générale, comme étant effectuées en vue de créer une entité, structure ou organisation commerciale visant à gagner du revenu, ou encore en vue de modifier ou de créer une telle entité, structure ou organisation. Ces dépenses ont plutôt pour effet d'augmenter la structure servant à gagner du revenu, à modifier cette structure de manière permanente ou durable. Pour conclure, l'ARC a ajouté que les frais mentionnés en b) ci-dessus et qui seraient visés par l'alinéa 18(1)b) L.I.R. devraient généralement se qualifier à titre de dépenses en capital admissibles, dans la mesure où les conditions édictées à la définition de « dépense en capital admissible » prévue au paragraphe 14(5) L.I.R. sont respectées.

Cette position de l'ARC semble généralement avoir été entérinée par la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Potash Corporation*.

1.3.1.4. Interprétation technique 2007-023355117[31]

Dans le cadre de cette interprétation technique, le contribuable, une société privée sous contrôle canadien, souhaitait faire une importante modification à sa structure pour lui permettre de devenir une fiducie de revenus et de pouvoir offrir ses unités sur le marché public. Les représentants du contribuable ont demandé à l'ARC si les honoraires professionnels engendrés dans le cadre d'une conversion de société par actions à une fiducie étaient déductibles en vertu de l'article 9 L.I.R.

Selon le cas soumis par le contribuable, les honoraires professionnels étaient uniquement liés à des vérifications comptables.

---

[31] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2007-023355117, 20 juin 2007.

Tout comme elle l'a fait dans le cadre de la table ronde du Congrès 2006[32], l'ARC écarte les jugements rendus dans les affaires *BJ Services*[33], *Boulangerie St-Augustin*[34], *International Colin Energy Corporation*[35] et *Truckbase*[36]. Elle mentionne que, dans les trois premiers cas, il s'agissait d'honoraires engagés dans des situations d'offre publique d'achat ce qui n'est pas le cas en l'espèce. L'ARC ajoute que, dans l'arrêt *Truckbase*, seuls les honoraires relatifs à la réécriture de la convention entre actionnaires avaient été jugés comme déductibles à titre de dépenses courantes puisque le reste avait été capitalisé par le contribuable.

L'ARC conclut en mentionnant que l'alinéa 20(1)g) L.I.R. ne s'appliquait pas à ce genre de vérification comptable qui ne consistait pas en la préparation de rapports annuels, mais plutôt en la préparation de rapports en vue d'une modification à la structure actuelle de la société. Pour toutes ces raisons, l'ARC a mentionné être d'avis que les honoraires professionnels engagés dans une telle situation devraient être considérés comme des dépenses en capital admissibles déductibles prévues à l'alinéa 20(1)b) L.I.R.

Il faut spécifier que la conversion n'a jamais eu lieu dans les faits en raison, entre autres, des changements apportés au régime des fiducies de revenus. Cela dit, selon l'ARC, la réponse relative à la qualification des honoraires à titre de dépenses en capital n'aurait pas été différente que la conversion ait eu lieu ou non.

1.3.1.5. Lettre d'interprétation 08-003335[37]

Dans le cadre de cette interprétation technique, on a demandé à l'Agence du revenu du Québec quel était le traitement fiscal des honoraires professionnels liés à une vente subséquemment annulée avec effet rétroactif.

C'est sans grande surprise que l'Agence du revenu du Québec a mentionné que ces honoraires étaient un *nothing* étant donné que la transaction était réputée comme n'ayant jamais eu lieu.

---

32 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », précité, note 29.

33 Précité, note 13.

34 Précité, note 14.

35 *Id*.

36 Précité, note 15.

37 REVENU QUÉBEC, lettre d'interprétation 08-003335, 12 décembre 2008.

1.3.2. Frais juridiques autres

1.3.2.1. Affaire *Jack (John) Bolen* c. *La Reine*[38]

Faits

M. Bolen était un géologue de profession gagnant sa vie en faisant de la prospection et de la vente de « droits miniers ». Il cédait ces droits miniers à certaines sociétés en contrepartie de redevances ou d'actions desdites sociétés. À la fin des années 1990, M. Bolen, ayant cédé certains droits miniers à la Wallbridge Mining Company LTG, a dû engager des honoraires juridiques pour les recouvrer puisque Wallbridge avait omis de payer les redevances dues.

M. Bolen a déduit la totalité des montants d'honoraires professionnels engagés pour recouvrer les droits miniers, et ce, à titre de dépenses courantes d'entreprise, ce qui lui a été refusé par les autorités fiscales fédérales.

Décision

Le juge de première instance avait décidé que les honoraires professionnels engagés pour recouvrer des droits miniers, qui de son avis étaient des biens intangibles, devaient être déduits à titre de dépenses en capital admissibles.

La Cour d'appel fédérale a infirmé le jugement rendu en première instance en allouant à M. Bolen la pleine déduction des honoraires professionnels à titre de dépenses courantes.

Les trois juges de la Cour d'appel fédérale étaient plutôt d'avis qu'en vertu du fait que le contribuable exploitait une entreprise de prospection et de vente de droits miniers, les frais juridiques engagés pour récupérer ses droits étaient pleinement déductibles puisque intrinsèquement liés à l'entreprise du contribuable.

La Cour d'appel fédérale a rappelé[39] qu'il est essentiel de tenir compte du contexte particulier des opérations du contribuable afin de décider du traitement fiscal de la dépense.

---

[38] 2007 D.T.C. 5559 (C.A.F.); renversant le jugement rendu par la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Jack (John) Bolen* c. *La Reine*, 2005 D.T.C. 1206 (C.C.I.).

[39] La Cour d'appel fédérale avait également tenu ce propos dans la décision *Pantorama Industries inc*. c. *La Reine*, 2005 D.T.C. 5230 (C.A.F.).

Commentaires

Il nous paraît étonnant ici que le contribuable ait dû se rendre en Cour d'appel fédérale pour avoir gain de cause. À notre avis, le non-paiement des droits miniers devrait être assimilable à une mauvaise créance subie dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise, ainsi tous honoraires professionnels engagés pour obtenir le paiement du compte de mauvaises créances devraient suivre le même traitement et être déductible à titre de dépense de nature courante…

1.3.2.2. Affaire *Trignani* c. *La Reine*[40]

D'abord, il faut rappeler que la décision *Trignani* a été rendue en procédure informelle. Cependant, cette décision offre une petite ouverture quant à la déductibilité des frais juridiques pour le payeur ultime d'une pension alimentaire pour enfants au niveau fédéral[41].

Faits

En 2001, M. Trignani et son ex-épouse ont tous deux présenté des demandes de pension alimentaire au profit des enfants. En 2006, le jugement de divorce a été rendu, condamnant M. Trignani à payer la pension alimentaire au profit des enfants à son ex-épouse. Ce dernier a tout de même demandé la déduction des frais juridiques payés dans le cadre du débat et l'ARC lui a refusé.

Décision

La Cour canadienne de l'impôt a donné raison au contribuable en faisant valoir que M. Trignani avait engagé les frais juridiques dans le cadre de sa propre demande d'une pension alimentaire pour enfants et que, bien qu'il n'ait pas eu gain de cause devant les tribunaux civils, sa demande n'était pas frivole et avait des chances de succès.

---

40 2010 CCI 209 (« *Trignani* »).

41 On se rappellera que, contrairement au Québec, les frais juridiques engagés pour la contestation d'une pension alimentaire pour enfants ne sont normalement pas déductibles pour le payeur de la pension alimentaire. Voir à cet effet, AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-99R5 (consolidé), « Frais juridiques et comptables », 6 décembre 2000, par. 21.

1.3.2.3. Interprétation technique 2010-0373641C6[42]

Dans le cadre de la table ronde du Congrès 2010 de l'APFF[43], on a questionné les autorités fiscales quant à la déductibilité des frais juridiques engagés pour réclamer une pension alimentaire entre conjoints de fait pour deux résidents du Québec.

Plus particulièrement, on a demandé à l'ARC si les frais juridiques engagés pour la négociation et la conclusion d'une entente intervenue entre Monsieur et Madame entérinée par un tribunal seraient déductibles pour l'un ou l'autre des ex-conjoints.

À titre de réponse à la question, l'ARC a réaffirmé son changement de politique à la suite de la décision *Gallien* c. *La Reine*[44], c'est-à-dire qu'elle considérait désormais que les frais juridiques engagés en vue d'obtenir une pension alimentaire pour l'un des conjoints en vertu de la *Loi sur le divorce*[45] ou en vertu d'une autre loi provinciale comme étant déductibles, et ce, conformément au paragraphe 18 du *Bulletin d'interprétation* IT-99R5[46]. Par contre, dans le cas des conjoints de fait, l'ARC a mentionné être d'avis que les frais juridiques ne seraient déductibles ni pour Monsieur ni pour Madame.

Cette position va à l'encontre de la tendance actuelle qui veut que le conjoint de fait s'assimile à un époux et subisse le même traitement au sens des lois fiscales.

1.3.2.4. Autres décisions et interprétations techniques en rafale

Dans l'affaire *Chagnon* c. *La Reine*[47], le contribuable a dû se défendre contre son ancien employeur, Vidéotron ltée, qui alléguait que celui-ci avait

---

42 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2010-0373641C6, 8 octobre 2010.

43 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2010*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2011, pp. 52:1-102, question 40., aux pages 52:80-82.

44 [2001] 2 C.T.C. 2676 (C.C.I.).

45 L.R.C. (1985), 2e supp., ch. 3.

46 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 41.

47 2011 D.T.C. 1205 (C.C.I.).

acquis certaines options d'achat d'actions de façon privilégiée alors qu'il était l'un des directeurs de la société. M. Chagnon a déboursé au-delà de 300 000 $ d'honoraires professionnels relativement à cette poursuite et a eu gain de cause en Cour canadienne de l'impôt contre les autorités fiscales qui refusaient de lui accorder la déduction de la dépense d'honoraires en vertu de l'alinéa 8(1)b) L.I.R.

Un jugement à l'effet inverse a été rendu dans l'affaire *Fenwick* c. *La Reine*[48]. Le contribuable avait été accusé par son ancien employeur de s'être voté un salaire substantiel en raison de son statut de directeur. Les autorités fiscales ayant refusé la déduction des frais juridiques engagés par le contribuable pour se défendre, ce dernier se lança dans un autre débat judiciaire. Le contribuable a perdu en Cour canadienne de l'impôt et en Cour d'appel fédérale pour des motifs différents.

D'abord, la juge Woods de la Cour canadienne de l'impôt a refusé la déduction des honoraires professionnels en se basant sur le fait que le contribuable avait été poursuivi par son ancien employeur en raison de son statut de directeur et non en raison de son statut d'employé. Les juges de la Cour d'appel fédérale ont confirmé la décision de la juge Woods en admettant que le motif à l'appui de sa décision était erroné. Les trois juges ont mentionné être d'avis de ne pas changer la décision de la Cour canadienne de l'impôt puisque leur conclusion finale était identique, mais au motif que la portée de l'alinéa 8(1)b) L.I.R. n'allait pas jusqu'à viser les honoraires professionnels engagés dans le cadre d'une poursuite en dommages pour non-respect du devoir fiduciaire d'un administrateur. Cette dernière justification, avec respect, nous semble beaucoup plus appropriée dans les circonstances…

Dans l'affaire *Shapiro* c. *La Reine*[49], le contribuable a omis de remettre les taxes de vente et a été poursuivi en raison de son statut de directeur par les autorités fiscales. Par la suite, la déduction des honoraires professionnels engagés dans le cadre de cette poursuite lui a été refusée par les autorités fiscales et la Cour canadienne de l'impôt a entériné cette décision. Le tribunal a mentionné ce qui suit pour justifier ses conclusions[50] :

---

48 2009 D.T.C. 5013 (C.A.F.); confirmant 2008 D.T.C. 3523 (C.C.I.).

49 2011 D.T.C. 1082 (C.C.I.) (« *Shapiro* »).

50 Le tribunal a également indiqué que bien que la dépense d'honoraires professionnels engagés par une société pour contester une cotisation en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise* était déductible à titre de dépense courante (puisque cette dépense a été

(à suivre…)

> « Legal fees incurred in preparing, instituting or prosecuting an objection or an appeal with respect to the Income Tax Act, the Employment Insurance Act and the Canada Pension Plan are deductible pursuant to paragraph 60(o) of the Act. Legal expenses of an employee are deductible if those expenses were incurred to collect or establish a right to salary or wages. Neither provision is applicable to the facts of this appeal[51]. »

Dans l'affaire *Cimolai* c. *La Reine*[52], la Cour d'appel fédérale a également confirmé le refus des autorités fiscales à l'encontre d'une déduction d'honoraires professionnels d'un contribuable qui avait poursuivi d'anciens collègues, lesquels avaient tenté de le faire congédier. On a jugé que ces frais n'avaient pas été engagés en vue de recouvrer un salaire.

Finalement, dans l'interprétation technique 2010-0354711E5[53], l'ARC a mentionné être d'avis que les frais juridiques qui avaient été engagés pour le règlement d'une succession n'étaient pas déductibles puisqu'ils étaient de nature personnelle.

CONCLUSION

Contrairement aux décisions relatives à l'article 8 L.I.R. qui confirment fréquemment la position des autorités fiscales et pour lesquelles nous avons eu du mal à définir les lignes directrices, celles relatives à la déductibilité des dépenses à l'encontre du revenu d'entreprise ou du revenu de bien semblent plus souvent pencher en faveur du contribuable. Cette dernière tendance s'observe depuis les décisions *BJ Services*[54], *International Colin*[55] et *Boulangerie St-Augustin*[56], qui semblaient même laisser sous-entendre que la déductibilité des honoraires professionnels pourrait être faite plus aisément à titre de dépense courante. Néanmoins, l'ARC écarte facilement ces décisions et semble préconiser un traitement de capitalisation des dépenses

---

(…suite)
engagée en vue de gagner un revenu d'entreprise), cela n'était pas le cas pour un administrateur tenu de supporter personnellement ces frais.

51 *Shapiro*, précité, note 49, par. 10.

52 2009 D.T.C. 5136; confirmant 2006 D.T.C. 2149 et 2005 D.T.C. 1800 (C.C.I.).

53 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2010-0354711E5, 21 juin 2010.

54 Précité, note 13.

55 Précité, note 14.

56 *Id*.

d'honoraires professionnels lorsqu'il y a une modification quelconque à la structure de la société. Il reste à voir si la décision rendue dans l'affaire *Potash Corporation* sera suivie par les autorités fiscales.

ANNEXE

Tableau récapitulatif du traitement de certaines dépenses liées aux transactions[57]

Description de la dépense	Hypothèses	Traitement	Justifications
Constitution en société	Entreprise existante	Immobilisation admissible (BIA)	Par. 14(5) L.I.R. et *Bulletin d'interprétation* IT-143R3[58]
Convention entre actionnaires (rédaction initiale)	Convention visant à limiter le pouvoir des administrateurs quant à la gestion courante	Déductible à 100 %	Par. 9(1) L.I.R. Table ronde fédérale 2002[59]
	Convention visant à maintenir l'existence de la société	Immobilisation admissible (BIA)	Al. 18(1)b) et par. 14(5) L.I.R. Table ronde fédérale 2002[60]
	Convention visant à régir les relations entre actionnaires	Non déductible[61]	Table ronde fédérale 2002[62]
Convention entre actionnaires (réécriture)	Convention visant à limiter le pouvoir des administrateurs quant à la gestion courante	Déductible à 100 %	Arrêt *Truckbase*[63]

57 Les justifications fournies dans la quatrième section, intitulée « Justifications », se limitent aux articles pertinents de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, à certains bulletins d'interprétation, de même qu'aux arrêts de jurisprudence et aux interprétations techniques mentionnés dans le présent texte.

58 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 19, par. 14.

59 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », précité, note 17.

60 *Id*.

61 En certains cas, les autorités fiscales ont laissé sous-entendre qu'un avantage imposable devra être inclus dans le revenu d'un actionnaire ayant bénéficié de la dépense.

62 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », précité, note 17.

63 Précité, note 15. L'auteure rappelle une fois de plus que cette décision a été rendue en procédure informelle et qu'elle ne fait pas jurisprudence. Ainsi, l'ARC pourrait ne pas suivre cette position.

Description de la dépense	Hypothèses	Traitement	Justifications
	Convention visant à maintenir l'existence de la société		
	Convention visant à régir les relations entre actionnaires		
Frais de financement annuels (frais d'ouverture de crédit, frais de garantie, honoraires de registraire, honoraires d'agent de transfert, frais de dépôt de prospectus, frais de service, etc.)	Conditions de l'alinéa 20(1)e.1) L.I.R. respectées	Déductibles à 100 %	Al. 20(1)e.1) L.I.R.
Commissions et honoraires lors d'émission d'actions ou d'un emprunt	Al. 20(1)e) L.I.R. respecté	Déductibles sur 5 ans à raison de 20 % par année.	Al. 20(1)e) L.I.R.
	Al. 20(1)e) L.I.R. non respecté	Peut-être immobilisation admissible (BIA)	Par. 14(5) L.I.R.
Honoraires liés à la liquidation d'une société	s. o.	Non déductibles	Al. 18(1)a) L.I.R.
Honoraires pour conclure les contrats courants dans l'exploitation de l'entreprise	s. o.	Déductibles à 100 %	Par. 9(1) L.I.R.
Honoraires pour une transaction sur actifs	Transaction réalisée	Réduction du produit de disposition ou inclusion dans le coût des actifs	Al. 18(1)b) L.I.R.
	Pas de transaction	*Nothing*	
Honoraires pour une acquisition d'actions	Transaction réalisée	Inclusion dans le coût des actions	Al. 18(1)b) L.I.R.

Description de la dépense	Hypothèses	Traitement	Justifications
	Pas de transaction, exploitation d'entreprise et projet de regroupement d'entreprises	Peut-être immobilisations admissibles (BIA)	*Bulletin d'interprétation* IT-143R3[64] Par. 23 L.I.R.
	Pas de transaction et pas d'exploitation d'entreprise	*Nothing*	*Bulletin d'interprétation* IT-143R3[65] Par. 23 L.I.R.
Honoraires pour une vente d'actions	Transaction réalisée	Réduction du produit de disposition	Al. 40(1)a) L.I.R.
	Pas de transaction	*Nothing*	
Réorganisation	Objectif de sécurisation les actifs	Immobilisation admissible (BIA)	Al. 18(1)b) et par. 14(5) L.I.R. (interprétation technique 2007-023355I7)
Gel successoral	Dépense payée par la société	*Nothing*	Interprétation technique 2009-030659E5
Modification des statuts constitutifs de société	Entreprise existante	Immobilisation admissible (BIA)	Par. 14(5) L.I.R. et *Bulletin d'interprétation* IT-143R3[66]
	Pas d'entreprise	*Nothing*	
Demande de décision anticipée : **a) frais de rédaction de la lettre;**	Opérations envisagées se rapportent au revenu	Déductibles à 100 %	Par. 9(1) L.I.R. *Bulletin d'interprétation* IT-99R5[67]

64 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 19.

65 *Id.*

66 *Id.*, par. 14.

67 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 41.

Description de la dépense	Hypothèses	Traitement	Justifications
b) frais de participation aux rencontres; **c) frais exigés par les autorités fiscales**	Opérations envisagées se rapportent au capital	Déductibles à 100 %	Al. 20(1)cc) L.I.R. *Bulletin d'interprétation* IT-99R5[68]
Production des états financiers et comptabilisation de transactions	s. o.	Déductible à 100 %	Al. 20(1)g) L.I.R.
Production de déclarations de revenus	Si la déclaration comporte des calculs pour établir un revenu de bien ou d'entreprise.	Déductible à 100 %	Par. 9(1) L.I.R. *Bulletin d'interprétation* IT-99R5[69]
Testament et donations fiduciaires	s. o.	*Nothing*	Al. 18(1)h) L.I.R.

[68] *Id*.

[69] *Id*.

L'UTILISATION ET LA DÉDUCTIBILITÉ DES FRAIS DE GESTION EN FISCALITÉ CANADIENNE



Anne-Marie Dupras
CA, avocate, associée
BDO Canada s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 36:3

1. DÉDUCTIBILITÉ DES FRAIS DE GESTION EN GÉNÉRAL : LOI, JURISPRUDENCE ET INTERPRÉTATIONS DES AUTORITÉS FISCALES 36:3

1.1. GÉNÉRALITÉS ET ÉNONCÉ DES CRITÈRES DÉFINIS PAR LA LOI ET LA JURISPRUDENCE 36:3
1.2. OBLIGATION LÉGALE DE PAYER OU DÉPENSE ENGAGÉE 36:5
1.3. LES FRAIS SONT ENGAGÉS AFIN DE GAGNER UN REVENU 36:8
1.4. LA DÉPENSE EST RAISONNABLE 36:9
1.4.1. Une dépense excédant la JVM est-elle raisonnable? 36:12
1.4.2. Les frais de gestion en tant que rémunération 36:13
1.4.3. La majoration de 15 % des frais de gestion est-elle raisonnable? 36:15

1.5. CONCLUSION ET RECOMMANDATIONS 36:17
1.5.1. Cas où les contribuables n'ont pas connu de succès devant les tribunaux 36:18

2. UTILISATION DES FRAIS DE GESTION EN PLANIFICATION FISCALE – QUELQUES EXEMPLES 36:19

2.1. FRACTIONNEMENT DU REVENU 36:19
2.2. UTILISATION DE PERTES DANS UN GROUPE DE SOCIÉTÉS 36:20
2.3. CONVERSION DE REVENUS PASSIFS EN REVENUS ACTIFS 36:21
2.4. UTILISATION MULTIPLIÉE DE LA DÉDUCTION ACCORDÉE AUX PETITES ENTREPRISES 36:22
2.5. DIFFÉRER L'IMPOSITION DE REVENUS 36:24
2.6. RÉMUNÉRATION FLEXIBLE 36:24

3. CONSIDÉRATIONS RELATIVES AUX TAXES INDIRECTES 36:25

3.1. SEUIL DU « PETIT FOURNISSEUR » 36:25
3.2. FACTURATION DES FRAIS DE GESTION ET EXIGENCES DOCUMENTAIRES 36:26
3.3. ACTIVITÉS EXONÉRÉES 36:27
3.4. CHOIX RELATIF À DES « SOCIÉTÉS ÉTROITEMENT LIÉES » 36:27

CONCLUSION 36:27

INTRODUCTION

Les frais ou honoraires de gestion sont un outil fort utile et employé abondamment d'ailleurs en planification fiscale. Ils sont souvent utilisés pour effectuer le partage de frais engagés par une entité au profit de plusieurs entités, ils peuvent constituer la rémunération d'un dirigeant ou d'un professionnel au lieu d'un salaire ou sont aussi utilisés afin de transférer des revenus ou dépenses pour optimiser la situation fiscale d'un groupe de sociétés.

Cette flexibilité et cette utilité ne sont pas dépourvues de risques si certaines conditions ne sont pas remplies. Le but du présent texte est de passer en revue les conditions à remplir afin de s'assurer que les objectifs de la planification au moyen de ces honoraires sont atteints et d'illustrer ces différentes utilisations au moyen d'exemples.

1. DÉDUCTIBILITÉ DES FRAIS DE GESTION EN GÉNÉRAL : LOI, JURISPRUDENCE ET INTERPRÉTATIONS DES AUTORITÉS FISCALES

Pour être utile aux fins de la planification fiscale, cela va sans dire que le payeur doit pouvoir déduire les frais de gestion sur le plan fiscal. Puisqu'il n'y a pas de règles précises en vertu de la loi régissant la déduction de ces frais, les montants payés doivent respecter les règles générales prévues à l'alinéa 18(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1], c'est-à-dire que la dépense doit être engagée dans le but de tirer un revenu, et à l'article 67 L.I.R., qui requiert que cette dépense soit raisonnable dans les circonstances.

1.1. GÉNÉRALITÉS ET ÉNONCÉ DES CRITÈRES DÉFINIS PAR LA LOI ET LA JURISPRUDENCE

La *Loi de l'impôt sur le revenu* utilise le terme « frais de gestion » à l'alinéa 212(1)a) L.I.R., mais ce terme n'est pas défini de façon positive. Au paragraphe 212(4) L.I.R., ce terme est interprété comme excluant certains services dans le cours normal des affaires exécutées entre parties traitant à distance ou, si les parties sont liées, les frais de gestion ne comprennent pas des dépenses précises qui sont rechargées. Au *Bulletin d'interprétation* IT-468R[2], il est énoncé ce qui suit :

---

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

2 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-468R, « Frais de gestion ou d'administration payés à des non-résidents », 29 décembre 1989.

> « La Loi ne définit pas l'expression "honoraires ou frais de gestion ou d'administration". Aux fins de l'alinéa 212(1)a), le ministère considère que l'expression "gestion ou administration" regroupe habituellement les fonctions relatives à la planification, à la direction, au contrôle, à la coordination, aux systèmes ou autres fonctions gestionnelles. Les autres fonctions gestionnelles peuvent comprendre, entre autres, des services de gestion ou d'administration destinés à diverses sections d'une entreprise comme par exemple la comptabilité, les finances, le contentieux, le traitement électronique des données, les relations de travail, la consultation en gestion, les négociations patronales-syndicales et la fiscalité. Il est impossible de donner une définition exhaustive des honoraires de gestion dans un bulletin d'interprétation […][3]. » (Notre soulignement)

Comme on peut le constater à la lecture de cette énumération, le terme « frais de gestion » regroupe une diversité de services qui peuvent être rendus dans le cadre d'une entreprise. Il est donc normal que ce terme soit utilisé à toutes les sauces.

Les frais de gestion étant utilisés de façon courante, la jurisprudence à ce sujet est abondante et a fait ressortir un certain nombre de critères afin de préciser la portée de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Dans l'affaire *Bronson Homes Ltd.* c. *La Reine*[4], la Cour a énuméré les critères suivants pour déterminer la déductibilité de ces frais de gestion :

1) que les frais soient payés ou qu'il y ait une obligation légale de payer;

2) que les frais aient été payés dans le but de tirer un revenu de son entreprise au cours des années concernées;

3) que les frais qui ont été payés étaient raisonnables dans toutes les circonstances et qu'il s'agissait d'un montant raisonnable à déduire des revenus que l'on prévoyait gagner en fonction de ces dépenses.

Souvent ces trois critères sont utilisés de manière interreliée dans les décisions, si bien qu'il est parfois difficile de distinguer dans les motifs une analyse séparée pour chacun des critères.

Il faut noter qu'il est également important de prouver que les frais de gestion constituent une dépense véritable et non pas un simulacre (*sham*, en

---

3 *Id*., par. 5.

4 93 D.T.C. 710 (C.C.I.) (« *Bronson* »).

anglais), en ce sens que les ententes qui sont conclues représentent vraiment les transactions ayant eu lieu entre les parties[5].

1.2. OBLIGATION LÉGALE DE PAYER OU DÉPENSE ENGAGÉE

Comme c'est le cas pour la plupart des dépenses, il doit y avoir un paiement ou une obligation légale de payer pour la dépense avant qu'une demande de déduction puisse être déposée. Lorsque des montants sont facturés sur une base continue, ce test n'est pas difficile à respecter parce qu'il y a de la documentation pour justifier la demande de déduction de la dépense.

La déduction de frais qui repose sur les résultats de fin d'exercice est plus délicate, car il est plus difficile de déterminer le montant qui a été engagé pendant l'exercice et celui qui représente une obligation légitime à la fin de l'exercice. Comme le revenu de la société ne sera vraisemblablement pas déterminé avec exactitude avant la fin de l'année, sera-t-il possible de demander la déduction concernant les frais cumulés à la fin de l'exercice?

Dans l'affaire *Bronson*[6], la seule documentation justifiant les frais consistait en écritures de journal consignées par le biais d'un compte d'emprunt inter-sociétés. La Cour a conclu que les frais comptabilisés de cette manière n'étaient pas déductibles puisqu'ils n'avaient pas encore été engagés.

Dans l'affaire *Fillion* c. *La Reine*[7], une famille, composée d'un couple (mari et femme) et de leurs deux fils, a formé une société de personnes, axée sur la vente de produits d'assurance, dans le but de développer les affaires, de trouver des clients, etc., tout en permettant le fractionnement des revenus dans la famille. Le mari étant le seul à avoir de l'expérience dans ce domaine et à posséder une licence de courtier pour exercer la profession, il a été établi qu'il était la seule personne qui rendait des services et la société, dont il était le seul actionnaire, gagnait les revenus de commissions. Des frais de gestion étaient prélevés de sa société, étaient versés à la société de personnes et étaient ensuite alloués aux associés afin de fractionner les revenus. Pour l'année d'imposition se terminant le 31 décembre 1994, deux factures datées

---

5 Au sujet de cette doctrine du simulacre, se référer à l'arrêt *Faraggi* c. *La Reine*, (2009) 3 C.T.C. 77 (C.A.F.), qui présente une discussion détaillée à ce sujet.

6 Précité, note 4.

7 2004 CAF 135.

du 31 décembre ont été émises par la société de personnes pour une somme totale de 19 100 $. Le ministre a désalloué les dépenses en soutenant, entre autres, que les dépenses n'avaient pas été engagées. La Cour d'appel, présidée par l'honorable juge Létourneau, a adopté les motifs du juge de la première instance :

> « Pour disposer de ce motif d'appel, il nous suffit de reproduire les paragraphes 72 à 74 de la décision du juge de première instance :
>
> "[72] Pour qu'une dépense soit déductible, il ne suffit pas de faire une écriture comptable, justifiée par une vague facture. Pour qu'une dépense soit imputable à des revenus, il est essentiel de démontrer qu'il s'agissait d'une preuve réelle pleinement fondée et motivée et, au surplus, faite dans le but de gagner un revenu d'entreprise selon l'alinéa 18(1)a) de la Loi.
>
> [73] Tout comme pour les autres facettes des appels, l'appelant n'a pas été en mesure ou n'a tout simplement pas voulu élaborer sur la pertinence de la dépense pourtant importante de 19 100 $. Il a tout simplement affirmé que pour toucher des revenus, il fallait faire des dépenses, ce qui en soi n'est peut-être pas faux, mais ce n'est certainement pas suffisant pour conclure qu'il s'agissait d'une dépense réelle.
>
> [74] Si l'appelant avait soumis certains détails, expliqué pourquoi et comment il en était arrivé à ce montant et parallèlement fait une quelconque relation avec les revenus, le Tribunal aurait peut-être pu apporter certains correctifs, mais la preuve a été à ce point déficiente qu'elle ne permet ni n'autorise aucune correction si ce n'est de confirmer la pertinence du refus d'accepter comme déductible les frais de gestion établis par l'appelant à 19 100"[8]. » (Notre soulignement)

Ces deux décisions illustrent l'importance de documenter adéquatement les charges de frais de gestion au-delà des factures et des écritures de journal. Même lorsque la documentation existe et qu'une entente est intervenue entre les parties concernées, il y a tout de même encore un risque qu'ils soient désalloués si les termes de cette entente sont trop vagues ou s'ils ne sont pas respectés. En effet, l'affaire *Pazner Scrap Metals*[9] en est un exemple éloquent.

La société Pazner Scrap Metals Company Limited (« Pazner ») a engagé des frais de gestion de l'ordre de 104 000 $ pour l'année 1987 envers une société liée, Pazner New & Used Materials Ltd. (« N & U »). Il existait plusieurs ententes écrites entre les parties décrivant les services à rendre pour l'année en question (une première entente avait été conclue en 1985 et une

---

[8] *Id*., par. 10.

[9] 91 D.T.C. 1153 (C.C.I.) (« *Pazner Scrap Metals* »).

deuxième le ou vers le 31 août 1987). La deuxième entente prévoyait des frais fixes « de base » de 12 000 $ plus un montant à déterminer à la discrétion absolue et selon le niveau de profitabilité de N & U par les membres du conseil d'administration de N & U, après la clôture de l'exercice. Ces frais de gestion étaient destinés à rémunérer les efforts de gestion de Rita Pazner, qui était employée par N & U. Étant donné qu'une partie des frais de gestion était déterminée après la fin de l'exercice, le ministère a contesté leur validité au motif qu'il n'y avait pas réellement d'obligation de les payer en vertu des ententes en vigueur. De plus, le ministre a soutenu qu'il est impossible de reconnaître des frais de gestion en vertu d'une entente conclue après la période soumise aux frais de gestion (la deuxième entente n'a été adoptée qu'en août 1987, soit huit mois après le début de l'exercice). Heureusement, il y avait une certaine preuve que les membres du conseil s'étaient rencontrés et avaient discuté du montant des frais de gestion et qu'une résolution a vraisemblablement été conclue, ce qui a semblé influencer positivement la position de l'appelante en ce qui concerne les frais relatifs à la période après la date de la conclusion de l'entente. En d'autres termes, non seulement une entente doit exister, mais cette entente doit être en vigueur et les frais doivent ultimement être raisonnables au regard des services rendus. Cette décision illustre la difficulté qu'ont les contribuables de justifier le fait que les frais de gestion sont réellement engagés au cours d'un exercice quand la détermination du quantum est effectuée après la fin de ce même exercice et en vertu d'une entente qui soit n'est pas en vigueur, soit est trop vague.

Dans une décision récente de la Cour canadienne de l'impôt, l'affaire *Entreprises Réjean Goyette Inc.* c. *La Reine*[10], le même principe a été suivi par le juge Favreau. Des frais de gestion ont été facturés par une société à une autre société liée dans le but d'utiliser des pertes à reporter. Aucune entente quant aux services entre les deux sociétés n'a été conclue et aucune résolution du conseil d'administration n'a été retrouvée qui aurait pu justifier l'imputation de ces frais de gestion. La seule preuve documentaire disponible fait état de deux factures datées de la dernière journée de l'exercice financier des parties, ce qui a été jugé insuffisant pour établir que des services ont réellement été rendus puisque ces factures ne mentionnaient pas la nature des services rendus, le nombre d'heures consacrées à rendre ces services ou encore l'identité des personnes physiques qui ont effectivement rendu ces services.

---

[10] 2009 D.T.C. 1163 (C.C.I.) (« *Entreprises Réjean Goyette* »).

1.3. LES FRAIS SONT ENGAGÉS AFIN DE GAGNER UN REVENU

La deuxième exigence stipule que les frais doivent être engagés pour tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien immobilier[11]. L'une des raisons communes selon lesquelles les dépenses ne respectent pas cette exigence est que celles-ci sont de nature personnelle. Dans le cas des frais de gestion, ce problème ne se pose généralement pas.

En tenant compte de cela, nous tendons à considérer les dépenses en termes de dépenses personnelles ou dépenses d'affaires. Par conséquent, il est tentant de présumer que, si nous prouvons que les montants ne constituent pas des dépenses d'ordre personnel, les montants sont alors déductibles.

Cependant, ce n'est pas l'approche privilégiée par les tribunaux. Les contribuables se sont vu imposer l'obligation de faire la preuve que la dépense en frais de gestion permet de tirer un revenu pour la société. Le simple fait de prouver que la dépense n'est pas d'ordre personnel ne suffit pas. En d'autres mots, le montant facturé pourrait simplement ne correspondre à « rien » dans la mesure où celui-ci n'est pas lié à un revenu.

L'arrêt *Stewart* c. *La Reine*[12] a bien établi la démarche afin de déterminer si les activités d'un contribuable sont une source de revenu. La Cour a établi une démarche à deux volets :

i) Le contribuable exerce-t-il une activité dans le but d'en retirer un profit ou s'agit-il d'une démarche personnelle?

ii) S'il ne s'agit pas d'une démarche personnelle, la source du revenu est-elle une entreprise ou un bien?

La déductibilité des dépenses suppose l'existence d'une source de revenu et cette dernière analyse doit s'effectuer conformément aux diverses dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Dans l'affaire *Bronson*[13], le contribuable n'était pas en mesure de décrire les services qui ont été rendus justifiant les frais. En l'absence de la

---

[11] Conformément aux exigences de l'alinéa 18(1)a) L.I.R.

[12] 2002 D.T.C. 6983 (C.S.C.) (« *Stewart* »).

[13] Précité, note 4.

documentation, le juge a conclu que les montants n'ont pas été engagés pour tirer un revenu. De la même façon, dans l'arrêt *Agricultural & Industrial Corp.* c. *MRN*[14], le problème s'est posé dans le cadre de frais de gestion inter-sociétés facturés par une société mère américaine à sa filiale canadienne. Les parties ont été incapables, entre autres, de décrire la nature des services qui ont été rendus par la société américaine et qui auraient pu justifier les frais de gestion imputés, ce qui a été fatal à leur position.

1.4. LA DÉPENSE EST RAISONNABLE

Comme mentionné précédemment, l'article 67 L.I.R. est généralement la source statutaire de ce test. Il y a une abondance de jurisprudence à cet effet. Définir ce qu'est une dépense raisonnable est une tâche difficile et qui est largement dépendante des faits propres à chaque situation. C'est pourquoi la seule analyse de la jurisprudence – surtout celle en première instance – peut avoir une utilité relativement limitée. Dans le cadre de l'analyse du caractère raisonnable des frais de gestion, il est important de souligner que la plupart du temps, ces frais de gestion sont versés à des parties ayant un lien de dépendance, ce dont les tribunaux tiennent compte, si bien que la question de la raisonnabilité à l'article 67 L.I.R. est souvent analysée en même temps (et de manière inter-reliée) que la juste valeur marchande (« JVM ») de ceux-ci, suivant le test énoncé au paragraphe 69(1) L.I.R. (ou au paragraphe 69(2) L.I.R.). Quelle règle s'appliquerait si l'article 67 et l'article 69 L.I.R. pouvaient être invoqués? Une dépense dont le montant est raisonnable serait-elle obligatoirement une dépense dont le montant équivaut à la JVM? Est-ce qu'un montant peut être raisonnable sans nécessairement équivaloir à sa JVM telle qu'on l'entend à l'article 69 L.I.R., voire l'article 247 L.I.R.?

Cette question a été abordée dans l'affaire *Pétro-Canada* c. *La Reine*[15]. Au cours de l'année 1992, la contribuable a acquis des données sismiques de deux sociétés d'exploration dont elle était actionnaire. Brièvement, ces données sismiques, dont le coût excédait 46 M$, se qualifiaient en tant que dépenses d'exploration admissibles qui donnaient ouverture à une déduction fiscale à la contribuable en vertu d'une entente de renonciation, en vertu du paragraphe 66(10.1) L.I.R. Par contre, la déduction à laquelle la contribuable avait droit était restreinte à la JVM des données en question. La contribuable s'est vu refuser 37 M$ sur les 46 M$ réclamés de la déduction au motif que l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») considérait la JVM des données à

[14] 91 D.T.C. 1286 (C.C.I.).

[15] 2004 D.T.C. 6329 (C.A.F.); confirmant la décision de la Cour canadienne de l'impôt sur le point discuté, voir 2003 D.T.C. 94 (C.C.I.).

8,8 M$ seulement. Une des questions abordées par le juge en première instance était justement la JVM des données et l'ARC a présenté deux arguments à l'appui de sa position selon laquelle le montant de la transaction était surestimé :

- L'ARC a fait valoir que les parties ne traitaient pas à distance et selon l'alinéa 69(1)a) L.I.R., le montant auquel la contribuable est réputée avoir acquis les données se limitant à la JVM de celles-ci.

- Si les parties étaient réputées traiter à distance, le montant de la dépense était réduit à la JVM des données suivant l'application de l'article 67 L.I.R., étant donné qu'un montant au-delà de la JVM serait déraisonnable.

Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a constaté que les parties ne traitaient pas à distance et a indiqué que l'alinéa 69(1)a) L.I.R. était applicable afin de réduire le montant de la déduction admissible à la JVM des données acquises. Par conséquent, l'article 67 L.I.R. n'était pas applicable.

Citant avec approbation le juge de première instance, la Cour d'appel fédérale a ajouté en *obiter* qu'au chapitre du test de l'article 67 L.I.R., ce n'est pas parce qu'un bien ou un service est acquis pour un montant excédant la JVM que la dépense qui lui est liée est nécessairement déraisonnable.

Le juge en chef Bowman (tel est le titre qu'il avait lors des procédures) de la Cour canadienne de l'impôt a aussi abordé cette question dans la décision *Safety Boss Ltd.* c. *La Reine*[16].

Il est utile de résumer les faits. La contribuable exerçait une entreprise consistant à éteindre ou à contenir des feux de puits de pétrole. Des salaires, bonis et frais de gestion ont été versés par la contribuable au président (qui était non-résident), lesquels ont été jugés excessifs et ont été désalloués par le ministre[17]. Le ministre a désalloué les dépenses de la contribuable en vertu du paragraphe 69(2) L.I.R. et non en vertu de l'article 67 L.I.R.

Le juge en chef s'exprime en ces termes :

---

[16] 2000 D.T.C. 1767 (C.C.I.) (« *Safety* »).

[17] D'autres motifs ont aussi été présentés.

> « [26] Fait intéressant, quoique peut-être sans importance, le ministre invoquait le paragraphe 69(2), mais pas l'article 67. L'article 67 ne permet de déduire un débours ou une dépense que "dans la mesure où ce débours ou cette dépense était raisonnable eu égard aux circonstances".
>
> [27] Le mot "raisonnable" figurant à l'article 67 véhicule un concept un peu vague faisant appel au jugement et au bon sens d'un observateur objectif et bien informé. Le "montant raisonnable" mentionné au paragraphe 69(2) est essentiellement défini comme étant un montant qui aurait été raisonnable dans les circonstances si la personne non résidante et le contribuable n'avaient eu aucun lien de dépendance.
>
> [28] S'il y a une différence entre les concepts exprimés dans les deux dispositions, elle n'est pas évidente[18]. »

Habituellement, lorsque des services sont rendus, comme des services de gestion, par opposition à l'acquisition d'un actif comme dans l'arrêt discuté précédemment, il semble que l'ARC ne contestera la dépense du récipiendaire du service qu'en vertu des règles de l'article 67 L.I.R., quoique techniquement, et tel qu'il est démontré par l'affaire *Safety*[19], il se pourrait que l'article 69 L.I.R. puisse aussi être invoqué quand la question de la raisonnabilité du montant de la dépense est soulevée[20].

Un auteur a fait remarquer que l'arrêt *Stewart*[21] contenait une remarque indiquant que les dépenses déraisonnables pouvaient être totalement désallouées (et non seulement désallouées en partie) : « […] if, in the circumstances, the expense is unreasonable in relation to the source of income, then s. 67 of the Act provides a mechanism to reduce or eliminate the amount of expense. »

À notre avis, en interprétant ainsi l'article 67 L.I.R., la question de la différence entre ce test et le test de l'alinéa 18(1)a) L.I.R. se pose. Un outil supplémentaire pour l'ARC?

---

18 *Safety*, précité, note 16, par. 26 à 28.

19 Précité, note 16.

20 Voir aussi AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 30, 21 mai 2004, pour une discussion de l'ARC au sujet des frais de gestion et du caractère raisonnable de la rémunération des actionnaires et des gestionnaires.

21 Précité, note 12.

1.4.1. Une dépense excédant la JVM est-elle raisonnable?

Dans l'affaire *Produits pour Toitures Fransyl Ltée* c. *La Reine*[22], la question a été analysée en détail.

Cette décision ne concerne pas la raisonnabilité de frais de gestion, mais plutôt un loyer chargé par une société à une autre société dans le même groupe lié. Selon la preuve présentée au procès, un loyer équivalant à trois fois la juste valeur locative a été payé par la contribuable à une autre des sociétés de ce groupe dans ce qui semble être une stratégie afin d'utiliser des pertes subies par la société qui était propriétaire de l'édifice offert en location. L'ARC a remis en question le montant du loyer au motif qu'il était déraisonnable puisqu'il excédait la JVM d'un loyer équivalent.

Dans son jugement, le juge Angers a passé en revue les enseignements sur l'article 67 L.I.R. des arrêts *Gabco Limited* c. *MRN*[23] et *Mohammed* c. *Canada*[24] et a constaté que les circonstances doivent être analysées de façon objective, que la question de la raisonnabilité est une question de fait et que ce n'est pas parce que le loyer payé excédait la JVM qu'il était nécessairement déraisonnable.

Par contre, il concède que le seul fait que le loyer excède la JVM peut permettre au ministre d'en contester la raisonnabilité.

La contribuable avait justifié la nécessité de la hausse du coût du loyer en raison des difficultés financières subies par les propriétaires de l'édifice qui avaient besoin de ce loyer supplémentaire afin de respecter leurs obligations à l'égard des créanciers. Cette situation particulière leur donnait raison de payer plus que la JVM pour le loyer. La preuve à ce sujet n'a toutefois pas convaincu le juge qui a désalloué la dépense de loyer qui excédait la JVM d'un loyer équivalent.

On peut donc avancer que le principe de « raisonnabilité » énoncé à l'article 67 L.I.R. n'est pas nécessairement égal à la « juste valeur marchande » si les circonstances justifient un écart par rapport à ce standard. Cette dernière constatation sera importante lorsqu'il sera question de frais de

---

22 2005 D.T.C. 564 (C.C.I.); conf. par la Cour d'appel fédérale en 2006, voir 2006 D.T.C. 6188 (C.A.F.).

23 68 D.T.C. 5210 (C. de l'É.).

24 97 D.T.C. 5503 (C.A.).

gestion comportant une majoration (*mark-up*) de 15 %, comme il est fréquent dans le cas de dépenses dans un contexte où les deux parties sont des entités canadiennes.

On pourrait ajouter au critère de la JVM le critère de la capacité de payer tel qu'il a été considéré dans l'affaire *Bronson*[25] et dans l'affaire *Lecerf* c. *La Reine*[26]. Dans cette dernière cause, le contribuable était propriétaire d'un édifice locatif d'une valeur approximative de 75 000 $ et percevait des revenus de loyers annuels de l'ordre de 5 000 $ (en 2000-2001) d'une société qu'il contrôlait. Il a tenté de déduire des frais de gestion de 57 000 $ au cours de cette période, qu'il a versés à cette société. La Cour a jugé que les frais de gestion étaient largement excessifs, eu égard aux revenus perçus, et ils furent totalement refusés.

1.4.2. Les frais de gestion en tant que rémunération

Comme on le sait, l'ARC permet aux propriétaires-exploitants, par concession administrative[27], de verser des revenus d'entreprise au-dessus de la **limite pour petite entreprise** à titre de boni. En permettant aux sociétés de verser des bonis à concurrence du plafond des affaires aux fins de la déduction accordée aux petites entreprises (« DAPE »), l'ARC affirme qu'elle ne fera pas appel à l'article 67 L.I.R. pour remettre en question le caractère raisonnable de ces bonis versés aux propriétaires-exploitants. Lorsque des frais de gestion sont utilisés au lieu d'un boni, cette position administrative n'est pas disponible et le caractère raisonnable de la charge doit être examiné[28].

Dans les cas où des frais de gestion prennent la place de la rémunération, l'ARC tend à regarder trois éléments principaux :

a) la nature des services rendus;

b) le temps passé à rendre ces services;

---

25 Précité, note 4.

26 [2005] 1 C.T.C. 2121 (C.C.I.) (procédure informelle).

27 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 22, 11 janvier 2002.

28 Voir aussi AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 20.

c) les frais qu'il faudrait débourser pour obtenir des services semblables d'autres sources.

Ces tests sont essentiellement tirés de l'affaire *Bronson* dont il a été fait mention plus tôt, ainsi que des causes *Pazner Scrap Metals*[29] et *Agricultural and Industrial Corporation and Brimstone Export Limited*[30] présentées devant la Cour canadienne de l'impôt. Lorsque des frais sont fondés sur le niveau de rentabilité d'une société, un problème se pose du point de vue du caractère raisonnable, en particulier lorsqu'il est prévu de tenir compte du montant qui sera payé à des tiers.

Quelques décisions récentes à ce sujet sont dignes de mention :

La décision *Nielsen Development Co. Ltd.* c. *La Reine*[31] est instructive quant aux critères que les tribunaux utilisent pour établir si des frais de gestion sont raisonnables.

La question devant la Cour était à savoir si les frais de gestion payés par le contribuable à une société détenue par l'épouse de l'actionnaire unique du contribuable étaient raisonnables. Le contribuable exploitait un hôtel à Port Coquitlam en Colombie-Britannique et a retenu les services de la société Mountain Tai Investments Company Ltd. (« MTIC ») pour gérer l'hôtel. MTIC appartenait à M^{me} Phoebe Lo, l'épouse de l'actionnaire de Nielsen.

La Cour a mentionné les critères suivants dans son analyse de la raisonnabilité des frais de gestion :

- la nature des services rendus;
- la gestion était-elle effectuée sur place?
- l'efficacité des activités hôtelières par rapport à son industrie;
- les efforts déployés et les responsabilités assumées pour la budgétisation, les rénovations, les améliorations, la planification, les ressources humaines, etc.;

---

29 Précité, note 9.

30 91 D.T.C. 1286 (C.C.I.).

31 2009 CCI 160 (« *Nielsen* »).

- l'existence d'une entente de gestion;

- la profitabilité des activités même avec les frais de gestion.

La Cour a mentionné l'importance de l'expertise et de l'expérience que détenait M^me^ Lo dans la gestion hôtelière et a conclu que les frais de gestion étaient raisonnables.

1.4.3. La majoration de 15 % des frais de gestion est-elle raisonnable?

Comme mentionné précédemment dans la section 1.4., un des critères importants est de s'assurer que les frais de gestion sont comparables à la JVM des frais qui seraient chargés par une firme indépendante, tout en tenant compte de la capacité de payer de celui qui acquiert ces services, comme en fait foi une récente interprétation[32] dans laquelle on demande si des honoraires de gestion payés par une société de personnes à une société par actions sont raisonnables dans le cadre d'une entente de prestation de services. Sans donner une réponse définitive et puisqu'il s'agit d'une question de fait, l'ARC a mentionné que les critères suivants seraient importants afin de déterminer le caractère raisonnable des honoraires :

- la nature des services rendus;

- le temps nécessaire pour rendre les services;

- **les frais qui auraient pu être payés pour obtenir des services similaires de tiers**;

- le genre d'entreprise du contribuable.

Dans le cadre de la table ronde fédérale lors du congrès de l'Association de planification fiscale et financière en 2010[33], une question semblable a été posée dans le contexte de sociétés de services rendant des services à une société de personnes composée de professionnels. Les points saillants de la

---

[32] *CRA Views*, dans *Taxnet pro* (en ligne : www.taxnetpro.com), interprétation technique 2009-0352801E5, 20 mai 2010.

[33] « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2010*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2011, pp. 52:1-102, question 33., aux pages 52:69-71.

réponse de l'ARC justifiée par l'application du paragraphe 67(1) L.I.R. à la situation sont comme suit :

> « […] l'ARC est généralement d'avis qu'une dépense pour des services de gestion serait raisonnable lorsque le montant de la dépense n'excède pas la JVM des services qui ont été rendus. Il est possible que dans une situation particulière la JVM des services qui seraient rendus par une société de gestion liée soit supérieure à 115 % des frais engagés par la société de gestion liée pour rendre ces services. Dans une telle situation, l'ARC ne remettrait pas en question le caractère raisonnable de la dépense s'il était établi que le montant de la dépense n'excède pas la JVM des services qui ont été rendus[34]. » (Notre soulignement)

Dans au moins deux décisions des tribunaux, un montant supérieur à 15 % a été jugé raisonnable : l'affaire *Bertomeu* c. *La Reine*[35] et l'affaire *Smith* c. *La Reine*[36].

Arrêt *Bertomeu*

Dans cette affaire, le contribuable était un architecte qui pratiquait sa profession dans une société de personnes avec des associés. Il était aussi l'actionnaire unique d'une société par actions qui rendait des services de gestion à la société de personnes. Une entente entre les deux entités prévoyait que la société fournirait au contribuable et à ses associés les services de personnel, d'administration, de gestion des contrats, ainsi que la facturation et la collecte des comptes clients. L'entente prévoyait aussi que les frais et charges de la compagnie seraient facturés au contribuable et à ses associés au prix coûtant plus 15 % et qu'une dépense de 3 % serait prélevée en sus du 15 %.

Lors de la présentation de la preuve, le juge a remarqué que la plupart des activités de la profession étaient assumées par la société alors que le contribuable devait absolument signer personnellement les plans puisque les règlements de sa profession l'exigeaient.

Le juge Archambault a ainsi conclu que, n'eût été les exigences de l'Ordre des architectes, tous les honoraires de la profession auraient pu être gagnés dans la société.

---

34 *Id*., 52:71.

35 2008 D.T.C. 4673 (C.C.I.) (« *Bertomeu* »).

36 87 D.T.C. 132 (C.C.I.) (« *Smith* »).

En appliquant l'article 67 L.I.R. à la situation, le juge Archambault a cité plusieurs décisions des tribunaux dont les décisions *Safety*[37], *Gabco Ltd.* c. *MRN*[38] et *A.L. Achbar Ltée* c. *SMRQ*[39]. Dans ces trois causes, la question en litige était celle du caractère raisonnable d'une rémunération, qu'elle soit à titre de salaire, boni ou frais de gestion, à l'âme dirigeante de l'entreprise, celui qui était responsable de son essor.

Dans sa décision, il a indiqué que la majoration de 15 % + 3 % était raisonnable étant donné que la société courait des risques d'affaires importants. Il a aussi été reconnu que le contribuable exerçait sa profession de façon conjointe avec sa société et que le partage des revenus nets entre lui et sa société n'était pas déraisonnable.

Dans l'affaire *Smith*[40], l'âme dirigeante de l'entreprise était le contribuable, un chiropraticien. Avec sa conjointe, il détenait une société par actions qui rendait des services accessoires à sa pratique de chiropractie et pour lesquels il versait des honoraires de gestion de 15 % en sus des dépenses directes de la société pour rendre les services (excluant les frais administratifs) et un honoraire de 6 % des revenus professionnels du contribuable pour les dépenses administratives. Les honoraires de gestion ont été jugés raisonnables.

Il faut noter que les deux décisions concernaient des frais de gestion facturés par une société de services à des professionnels; par conséquent, cette majoration de 15 % (*mark-up*) pourrait n'être acceptée que dans des situations similaires.

Lorsque des frais de gestion sont l'objet de refacturation, la prudence dicte que les montants facturés se rapprochent de la JVM de ces services.

1.5. CONCLUSION ET RECOMMANDATIONS

Pour résumer, lorsque des montants sont facturés entre des tiers sans lien de dépendance à titre de frais, les étapes suivantes devraient être suivies :

---

37 Précité, note 16.

38 [1968] C.T.C. 313.

39 [1982] R.D.F.Q. 107 (C.Q.).

40 Précité, note 36.

- Il faut détenir des ententes écrites. L'entente de gestion doit décrire les services de gestion qui seront fournis, les frais qui seront facturés et les responsabilités des parties. De plus, il serait souhaitable d'avoir conclu une entente entre le fournisseur de service et la ou les personnes qui les rendront.

- En ce qui concerne les frais inter-sociétés, il est souhaitable d'établir l'objet commercial lié à l'entente relative aux frais de gestion. Les objets commerciaux pour une relation de frais de gestion peuvent être l'utilisation d'une société distincte pour préserver le caractère confidentiel de la rémunération des cadres des employés de la société d'exploitation ou pour protéger les bénéfices d'exploitation (déterminés avant les frais de gestion) des risques d'entreprise.

- Les registres doivent garder trace des services fournis. Parmi ces pièces, on trouvera les relevés de temps ou la facturation périodique.

- Il faut facturer sur une base régulière. Une facturation annuelle d'un montant global donne l'impression que le montant a été calculé après les faits; aussi, cette technique doit être évitée.

- Les services contractés doivent être fournis par la société et ses actionnaires afin de s'assurer que la société ne soit pas considérée comme bidon. En particulier, l'entité qui fournit les services doit avoir les ressources pour effectuer le travail. Le travail ne doit pas être effectué par quelqu'un d'autre.

1.5.1. Cas où les contribuables n'ont pas connu de succès devant les tribunaux

Les raisons les plus fréquentes pour lesquelles une déduction de frais de gestion sera refusée par les tribunaux sont énumérées ci-dessous :

- Il n'existe pas d'entente concernant les honoraires de gestion.

- Une entente a été conclue, mais aucune des parties ne l'a respectée. Une fois qu'une entente est prise, il est recommandé de la respecter, et ce, même si d'autres solutions seraient plus avantageuses pour une année en particulier. Bien que le non-respect de l'entente (par exemple, salaires versés directement à des actionnaires) pourrait ne pas avoir de conséquence sur l'année en question, cela pourrait provoquer des problèmes en ce qui a trait aux montants futurs liés à l'entente.

- Aucun détail consigné relativement aux services fournis.
- Absence de reçus ou de documentation pour les montants facturés.
- Les écritures de journal constituaient la seule documentation.

2. UTILISATION DES FRAIS DE GESTION EN PLANIFICATION FISCALE – QUELQUES EXEMPLES

Tel qu'il a été mentionné précédemment, les frais de gestion peuvent être un outil utile en planification fiscale. Nous aimerions dans la présente section illustrer quelques exemples classifiés par type de planification, commenter les avantages de ces stratégies et, surtout, vous informer au sujet des pièges potentiels qui guettent les contribuables si l'exécution de la stratégie est déficiente.

2.1. FRACTIONNEMENT DU REVENU

Par ordre d'importance, voilà l'utilisation la plus fréquente des frais de gestion. Cette pratique s'est particulièrement développée avec les professionnels (avocats, dentistes, médecins, comptables, etc.) depuis plus de 50 ans. Par exemple, dans la décision *La Reine* c. *Holmes*[41], les avocats avaient mis sur pied la « structure classique » pour l'administration de leur pratique avant que les avocats de la plupart des provinces obtiennent l'autorisation d'avoir leur pratique professionnelle constituée en société. Les avocats étaient donc constitués en société de personnes pour les actes régis par leur profession et avaient formé une société de gestion, dont les épouses étaient administratrices. Cette société de gestion avait été formée afin de rendre les services administratifs à la société de personnes et facturait ses honoraires sur la base de ses dépenses directes en y ajoutant une majoration de 15 % (*overhead levy*), ce à quoi le ministre du Revenu s'est opposé. Le juge Cattanach a qualifié la majoration de légitime et a ajouté que cette pratique était courante et que les frais de gestion étaient comparables aux conditions remplies sur le marché pour ce type de service.

L'affaire *Sael Inspection Ltd.* c. *La Reine*[42] est un exemple où l'on a utilisé sensiblement la même stratégie, mais où il y a eu une exagération

---

41 74 D.T.C. 6143 (C.F. 1re inst.) (« *Holmes* »).

42 2011 D.T.C. 1034 (C.C.I.).

flagrante des honoraires facturés. À quel point étaient-ils exagérés? À vous de juger!

La contribuable était une société qui agissait à titre de consultant dans le domaine des oléoducs et gazoducs. La contribuable a obtenu un contrat de consultation de 1,5 M$ et avait conclu une entente avec une société (« Aniger ») qui appartenait à la conjointe d'un des principaux actionnaires de la contribuable. En contrepartie, Aniger a facturé des sommes excédant 260 000 $ de frais de gestion par année au cours des trois années pendant la durée de ce contrat, constitué d'un montant de base de 15 000 $ par mois plus une prime annuelle d'environ 100 000 $.

La conjointe en question était la seule employée d'Aniger et, selon le nombre d'heures mis en preuve au procès, gagnait un salaire horaire de 167 $ et de 179 $ au cours des deux années en litige. Or, elle était aussi commis comptable à temps plein dans une autre société où elle gagnait 25 $ par heure. L'ARC a refusé ces frais de gestion au motif qu'ils étaient déraisonnables par rapport au type de services rendus (services de rédaction et de consultation) et la contribuable a porté la cause devant la Cour canadienne de l'impôt. Le juge a donc réduit la déduction de 75 000 $ par année puisque, étant donné qu'il était d'accord avec le fait que des services étaient réellement rendus, ceux-ci ne valaient pas le montant qui avait été payé.

La stratégie de fractionner les revenus au moyen de frais de gestion est donc généralement acceptable, mais il est important que les montants restent dans les limites du raisonnable[43].

2.2. UTILISATION DE PERTES DANS UN GROUPE DE SOCIÉTÉS

Les frais de gestion peuvent aussi être utilisés pour réduire les revenus dans une entité et les augmenter dans une autre, parfois pour utiliser des pertes à reporter ou d'autres attributs fiscaux.

Selon les commentaires du juge Favreau dans la cause *Entreprises Réjean Goyette*[44], il semble que cette stratégie afin d'utiliser les pertes n'est pas répréhensible en soi dans la mesure où le montant des frais correspond à

---

[43] Nous renvoyons le lecteur à une quantité de décisions favorables au contribuable dont il a été discuté à la section 1. : affaires *Bertomeu*, précité, note 35; *Smith*, précité, note 36; *Safety*, précité, note 16 et *Nielsen*, précité, note 31, entre autres.

[44] Précité, note 10, par. 7 des motifs.

la JVM des services reçus compte tenu du fait que les deux sociétés sont liées et que la documentation est adéquate.

2.3. CONVERSION DE REVENUS PASSIFS EN REVENUS ACTIFS

Les frais de gestion peuvent être utiles en planification fiscale afin de convertir une partie des revenus qui constituent du revenu provenant d'une « entreprise de placement déterminée »[45] en du revenu provenant d'une « entreprise exploitée activement ». L'avantage de cette conversion est évidemment de profiter d'un taux d'impôt réduit grâce à la déduction « accordée aux petites entreprises »[46].

Le fonctionnement de cette stratégie est simple et expliqué dans une interprétation technique de l'ARC[47]. Un particulier tire un salaire d'une société (« Société A ») qu'il détient à 100 %. Cette société exerce une entreprise de prêt d'argent et gagne du revenu d'intérêt sur des prêts hypothécaires et sur des prêts hypothécaires accordés à des tiers. Le particulier reçoit son salaire en considération de ses activités de gestion du portefeuille de prêt. Le salaire du particulier est égal au revenu net gagné par Société A, ce qui laisse un revenu nul ou presque après la déduction du salaire.

La stratégie vise à incorporer une nouvelle société, Société B, qui sera aussi détenue à 100 % par le particulier. Société A versera un honoraire de gestion à Société B équivalant au salaire que Société A paie au particulier.

Étant donné que Société A et Société B seront associées[48], l'alinéa 125(7)d) L.I.R. (« entreprise de prestation de services personnels ») s'applique, ce qui fait que les revenus de Société A ne seront pas des revenus tirés d'une entreprise de prestation de services personnels, mais des revenus tirés d'une entreprise exploitée activement.

Au sujet de la stratégie décrite, l'ARC confirme les conséquences fiscales, mais elle met en garde qu'elle pourrait remettre en question le

---

45 Tel qu'il est défini au paragraphe 125(7) L.I.R.

46 Par. 125(1) L.I.R.

47 *CRA Views*, précité, note 32, interprétation technique 2005-0146001E5, 3 octobre 2005.

48 En vertu de l'alinéa 256(1)b) L.I.R.

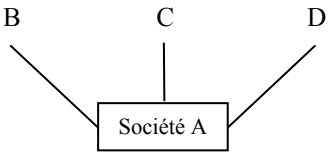
montant des frais de gestion en vertu de l'article 67 L.I.R. ou qu'elle pourrait invoquer la règle générale antiévitement[49].

2.4. UTILISATION MULTIPLIÉE DE LA DÉDUCTION ACCORDÉE AUX PETITES ENTREPRISES

En utilisant de façon stratégique des sociétés de gestion, une société de personnes et des frais de gestion, il est possible de multiplier l'accès à la DAPE. Une illustration de cette stratégie suit.

Situation de départ

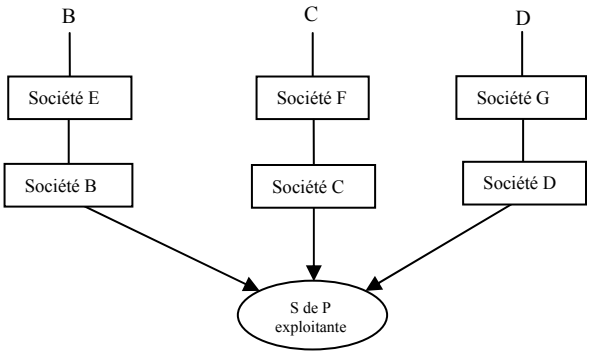
Trois particuliers non liés sont actionnaires à un tiers chacun de Société A.



Dans la mesure où Société A exerce une entreprise exploitée activement, elle pourra se prévaloir jusqu'à concurrence de 500 000 $ de DAPE.

Si l'entreprise était structurée différemment, il serait théoriquement possible de demander jusqu'à quatre fois la DAPE. Voici comment ce résultat pourrait être atteint :

[49] Art. 245 L.I.R.



Il est important de noter que cette structure ne se prête pas à toutes les entreprises pour les raisons qui seront expliquées plus en détail et que la transformation de la première structure en la deuxième structure attirerait sûrement l'attention de l'ARC. Il vaut mieux démarrer l'entreprise sous la deuxième structure dès le départ.

Avec la deuxième structure illustrée, l'entreprise exploitée activement serait exercée par la société de personnes. Les revenus de « société de personnes déterminée » seraient attribués à chacune des sociétés B, C et D qui, conformément aux règles contenues dans le paragraphe 125(7) L.I.R., devront se partager la DAPE. Par ailleurs, les sociétés E, F et G pourraient respectivement facturer des honoraires de gestion à leurs sociétés associées, soit les sociétés B, C et D, ce qui permettra aux sociétés E, F et G de demander au moins une partie de la DAPE. Dans la mesure où les particuliers B, C et D ne sont pas liés, les sociétés E et B seront associées de même que les sociétés C et F et les sociétés G et D, c'est-à-dire que les sociétés E et B (etc.) devront partager le « plafond des affaires »[50] aux fins de la DAPE. Par conséquent, la société E ne pourra pas entièrement profiter de la totalité des 500 000 $ de déduction, mais plutôt des 500 000 $ moins la DAPE utilisée par la société B à l'encontre de sa part des revenus de la société de personnes[51].

---

[50] Selon le paragraphe 125(7) L.I.R.

[51] Cet exemple est tiré de : Daren BAXTER et Keith MACINTYRE, « Business Planning with Partnerships », dans *2010 Atlantic Provinces Tax Conference*, Toronto, Fondation canadienne de fiscalité, 2010.

Pour que cette structure fonctionne, il est évidemment essentiel que les frais de gestion facturés par Société E à Société B soient déductibles, d'où la nécessité que les faits favorables existent[52].

2.5. DIFFÉRER L'IMPOSITION DE REVENUS

Cette technique consiste à différer l'imposition de revenus en utilisant deux sociétés ayant des fins d'année d'imposition différentes. La société ayant la fin d'année la plus tardive facture des frais de gestion à l'autre société, ce qui permet théoriquement de différer l'imposition du montant correspondant aux frais de gestion jusqu'à 11 mois plus tard. Outre le fait que les frais de gestion devront être déductibles pour la société qui reçoit les services, il est douteux que ce report soit réellement efficace puisque le paragraphe 9(1) L.I.R. requiert que la société s'impose sur ces revenus sur une base « courue ».

Cette stratégie aurait plus de succès avec un autre type d'« entité légale » soumis à l'application possible des paragraphes 34.2 et 34.3 proposés[53] dans le budget fédéral déposé le 6 juin 2011.

2.6. RÉMUNÉRATION FLEXIBLE

Dans la section 1.4.2. plus haut, nous avons analysé plusieurs arrêts où le contribuable qui dirigeait une entreprise tirait ses revenus de frais de gestion plutôt que d'un salaire, avec des succès variables. Ces stratégies avaient pour but de procurer une plus grande flexibilité aussi bien au dirigeant qu'aux membres de sa famille en facilitant le fractionnement des revenus.

Une variation sur le même thème est l'utilisation d'une fiducie afin de tirer des revenus de gestion. Par exemple, avant l'avènement de l'impôt sur les revenus fractionnés[54] en 1999, l'utilisation des fiducies afin de fractionner les revenus était populaire. Dans l'affaire *Costigane* c. *La Reine*[55], cette stratégie a été utilisée par un dentiste, le contribuable

---

[52] Voir à ce sujet : *CRA Views*, précité, note 32, interprétation technique 2004-0070121E5, 4 juin 2004.

[53] CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives relativement à la* Loi de l'impôt sur le revenu *et règlements*, 16 août 2011.

[54] Art. 120.4 L.I.R.

[55] 2003 D.T.C. 254 (C.C.I.); voir aussi l'affaire *Ferrel* c. *La Reine*, 97 D.T.C. 1565 (C.C.I.).

appelant. Une fiducie a été formée par ce dernier dont ses enfants mineurs étaient bénéficiaires tandis qu'il était le fiduciaire. Le particulier et une entreprise non incorporée appartenant à la fiducie (« entreprise ») ont conclu une entente de gestion selon laquelle l'entreprise rendait des services de gestion (surtout la comptabilité) au dentiste en contrepartie de frais de gestion. L'entreprise a engagé les trois employés qui étaient auparavant directement au service du dentiste et a facturé au dentiste aux environs de 30 000 $ des services de tenue de livres qui lui coûtaient auparavant approximativement 8 000 $. La fiducie allouait alors les revenus de son entreprise aux enfants mineurs qui s'imposaient sur leurs parts respectives.

Le problème avec la stratégie du dentiste dans cette situation est que les frais de gestion étaient exagérés et considérablement réduits par la Cour. Une majoration de 15 % sur le coût des salaires de l'entreprise a tout de même été accordée.

3. CONSIDÉRATIONS RELATIVES AUX TAXES INDIRECTES[56]

Jusqu'à maintenant, nous avons traité des problèmes liés à l'utilisation des frais de gestion du point de vue de l'impôt. Toutefois, il existe un certain nombre de problèmes importants liés à la taxe sur les produits et services (« TPS ») et à la taxe de vente du Québec (« TVQ »)[57] qui doivent également être mis en lumière en ce qui a trait à l'utilisation des frais de gestion. Voici quelques-uns des problèmes potentiels.

3.1. SEUIL DU « PETIT FOURNISSEUR »

Une personne fournissant des services devrait être inscrite aux fins de la TPS et de la TVQ et la percevoir, le cas échéant, sauf si elle est considérée comme un petit fournisseur[58]. Cela constitue le problème le plus important en ce qui a trait à la TPS et à la TVQ puisqu'il peut facilement être omis. Cela s'avère particulièrement important lorsque les frais sont facturés par un particulier. Un autre point à considérer est qu'une fois qu'un particulier est

---

[56] Cet exposé sur les considérations relatives aux taxes indirectes se veut un résumé succinct et ne saurait remplacer une analyse détaillée de toutes les considérations par les experts en la matière.

[57] La taxe sur les produits et services est prélevée en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15 et mod. (« L.T.A. ») et la taxe de vente du Québec est prélevée en vertu de l'application de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*, L.R.Q., c. T-0.1 et mod. (« L.T.V.Q. »).

[58] Selon les définitions contenues aux articles 148 L.T.A. et 294 L.T.V.Q.

inscrit aux fins de la TPS et de la TVQ, celles-ci doivent être ajoutées aux autres produits et services. Par exemple, si un particulier facture des frais de gestion et qu'il perçoit également des loyers sur un bien locatif commercial, la TPS et la TVQ devraient être ajoutées aux loyers et aux frais si le montant total est supérieur à 30 000 $ de façon annuelle, qui constitue généralement le seuil actuel du « petit fournisseur »[59].

Il existe un autre problème pour les particuliers qui facturent des frais à une société contrôlée. Le paragraphe 127(2) L.T.A.[60] stipule qu'une personne est associée à une société particulière si la personne contrôle la société. Par conséquent, à moins que la société ne soit un petit fournisseur, le particulier doit facturer la TPS et la TVQ relativement à ces frais, même si les frais sont inférieurs au seuil de 30 000 $ pour le particulier.

3.2. FACTURATION DES FRAIS DE GESTION ET EXIGENCES DOCUMENTAIRES

Deux problèmes peuvent se poser. En premier lieu, la TPS sera payable lorsque le paiement du montant devient exécutoire. Par conséquent, le cumul des frais à la fin d'exercice ne déclencherait pas un passif de TPS ou TVQ alors que porter les frais au crédit d'un compte d'emprunt le ferait. Comme cela a été exposé plus tôt, il est recommandé, aux fins de l'impôt, d'étayer de pièces justificatives la dépense au moyen d'une facture. En deuxième lieu, le payeur devra être en mesure de fournir la preuve que la TPS et la TVQ ont été versées. Si la seule documentation relative à des frais consiste en une écriture de journal et une convention de gestion, il est possible que le contribuable engageant les frais ne respecte pas les exigences documentaires nécessaires[61] afin de justifier le crédit de taxes sur les intrants (« CTI »)[62] et le remboursement de taxes sur les intrants (« RTI »)[63] demandés. Il est donc fortement recommandé de dresser une facture des frais de gestion avec toutes les exigences documentaires incluses.

---

[59] Nous avons largement simplifié les règles du « seuil du petit fournisseur » afin d'alléger le texte. Nous invitons le lecteur à analyser attentivement comment ce seuil doit être calculé.

[60] Et l'article 6 L.T.V.Q.

[61] Décrites au paragraphe 169(4) L.T.A. et à l'article 201 L.T.V.Q. ainsi qu'aux règlements qui y sont associés.

[62] Selon l'article 169 L.T.A.

[63] Selon l'article 199 L.T.V.Q.

3.3. ACTIVITÉS EXONÉRÉES

L'utilité des frais de gestion aux fins de la planification fiscale a été amplement démontrée dans les sections précédentes de ce texte. Il y a cependant certaines contre-indications à utiliser une structure d'entreprise permettant le fractionnement de revenus[64] avec une entité séparée fournissant des services de gestion lorsque le « client » exerce une activité exonérée puisque les frais de gestion que celui-ci aura à verser seront assujettis aux taxes, mais le bénéficiaire du service sera préclus de réclamer les CTI/RTI sur ces dépenses. Certains services médicaux et la location résidentielle sont des exemples parmi d'autres d'activités exonérées.

3.4. CHOIX RELATIF À DES « SOCIÉTÉS ÉTROITEMENT LIÉES »

Il est possible d'éviter qu'une entité d'un groupe de sociétés étroitement liées soit obligée de facturer la TPS et la TVQ à une autre société du groupe en vertu d'un choix qui doit être dûment exercé[65]. Le concept de « groupe étroitement lié » est fort différent du concept de personnes associées aux fins de la Loi de l'impôt sur le revenu, il est donc prudent de s'assurer que les critères permettant ce choix soient tous présents.

CONCLUSION

Le survol que nous avons effectué des principales considérations relatives à l'utilisation des frais de gestion en planification fiscale nous a permis de constater que les autorités fiscales remettaient régulièrement en question ce poste de dépenses lors des contrôles fiscaux. Il nous a aussi permis de constater que de trop nombreux contribuables manquent encore de porter une attention sérieuse à la justification et à la documentation des services de gestion et sont exposés à une double imposition et à des intérêts, et même parfois à des pénalités. Nous espérons que le présent texte saura être utile aux praticiens de la fiscalité, et surtout à leurs clients, afin d'éviter ces écueils.

---

64 Voir, entre autres, les structures utilisées dans les causes *Holmes*, précité, note 41; *Bertomeu*, précité, note 35, etc.

65 À l'article 156 L.T.A. et l'article 334 L.T.V.Q.

RÉORGANISATIONS : QUOI DE NEUF EN TPS ET TVQ



Maryse Janelle
Avocate, M. Fisc.
Directrice principale
Taxes à la consommation
Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 37:3

1. VENTE D'UNE ENTREPRISE OU D'UNE PARTIE D'ENTREPRISE 37:3

1.1. VENTE D'UNE ENTREPRISE DONT CERTAINS ACTIFS NE PEUVENT LÉGALEMENT ÊTRE TRANSFÉRÉS 37:5
1.2. DISSOLUTION D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES 37:6
1.3. ACTIFS SITUÉS À L'EXTÉRIEUR DU CANADA 37:7
1.4. ENGAGEMENT DE NON-COMPÉTITION 37:8
1.5. VENTE D'UNE ENTREPRISE APRÈS UNE FUSION 37:9
1.6. QUAND L'IMMEUBLE N'EST PAS TRANSFÉRÉ PAR LE VENDEUR 37:9

2. CRÉATION DE NOUCOS ET INSCRIPTION 37:10

3. CRITÈRE DE « GRANDE ENTREPRISE » DANS UN CONTEXTE DE RÉORGANISATION 37:11

CONCLUSION 37:15

INTRODUCTION

La taxe sur les produits et services (« TPS ») et la taxe de vente du Québec (« TVQ ») étant en application depuis près de 20 ans, les praticiens et les tribunaux ont raffiné leurs analyses et interprétations dans le cadre de l'application des dispositions clés des législations. Par contre, les années 2010 et 2011 ont apporté un lot de modifications techniques d'importance dans le domaine des taxes à la consommation soit en raison de la mise en application de la taxe de vente harmonisée (« TVH ») dans les provinces de l'Ontario et de la Colombie-Britannique, soit en raison des différentes modifications dans le secteur des services financiers et l'harmonisation de la TVQ qui restent à venir.

Dans le cadre du présent document, l'auteure a cherché à déterminer les modifications les plus importantes apportées aux mesures applicables dans le contexte de réorganisations, ainsi que les éléments de taxe à la consommation dont le praticien doit tenir compte dans le cadre de sa planification.

Nous discuterons en premier lieu des interprétations récentes liées à l'application de la disposition concernant la vente d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise, les impacts du choix sur les transactions entre parties liées, ou de l'acquisition de contrôle d'une société. Finalement, nous reprendrons les critères applicables relativement à la qualification de « grande entreprise » aux fins des composantes provinciales de la Colombie-Britannique et de l'Ontario ainsi que pour la TVQ.

Les sujets traités ont été triés sur le volet et seront présentés sous forme de capsules. Les éléments retenus aux fins de discussion ne représentent évidemment pas l'intégralité des dispositions pertinentes lors de réorganisations ou de planifications fiscales.

Compte tenu de l'harmonisation de la TVQ, les références à la TPS doivent également être considérées pour la TVQ, à moins d'avis contraire.

1. VENTE D'UNE ENTREPRISE OU D'UNE PARTIE D'ENTREPRISE

L'article 167 de la *Loi sur la taxe d'accise*[1] prévoit certains allégements lorsqu'un vendeur vend une entreprise ou une partie d'entreprise qu'il a établie, acquise ou exploitée si la convention portant sur la fourniture prévoit

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

que l'acquéreur acquiert la propriété, la possession ou l'utilisation de la totalité ou de la presque totalité des biens qu'il est raisonnable de considérer comme nécessaire à l'exploitation par lui de l'entreprise ou de la partie d'entreprise.

Lors de la production du choix conjoint par l'acquéreur de la fourniture, nulle taxe n'est payable sur la contrepartie de la fourniture. Le choix doit être produit par l'acquéreur au plus tard le dernier jour où il est tenu de produire sa déclaration pour la période comprenant le moment de la transaction. Dans certains cas, et sur demande de l'acquéreur, le ministre peut accepter la production tardive du choix.

Certains biens et services fournis lors d'une vente d'entreprise ou accessoirement à celle-ci ne peuvent bénéficier de la présomption. En effet, le fournisseur devra, malgré la production du choix de vente d'entreprise, percevoir, le cas échéant, la taxe sur la contrepartie payable pour les services à rendre par le fournisseur à l'acquéreur, les biens fournis par bail ou par licence et les immeubles fournis à un non-inscrit.

Il convient de noter que lors de la fourniture d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise dans les conditions mentionnées précédemment, la valeur de la contrepartie attribuable à la fourniture de l'achalandage afférent ne doit pas être incluse dans le calcul de la taxe payable par l'acquéreur, et ce, même si les parties n'ont pas produit le choix.

Il est important que le choix ne constitue pas une exemption de taxe, mais vise essentiellement à limiter l'impact d'une transaction de vente d'entreprise ou de partie d'entreprise sur les liquidités de l'acheteur. Ainsi, le choix n'est pas disponible si le fournisseur est inscrit, alors que l'acquéreur ne l'est pas. De plus, lorsque la taxe aurait été payable par l'acquéreur sur certains biens détenus en immobilisations, il serait possible que l'acquéreur soit tenu de s'autocotiser après la transaction s'il utilise les biens autrement qu'uniquement dans le cadre de son activité commerciale.

Compte tenu de la fonction principale du choix de vente d'entreprise, soit de limiter l'impact sur les liquidités lors de la transmission d'une entreprise, les autorités fiscales interprètent restrictivement les critères requis afin qu'une transaction se qualifie au titre de « vente d'entreprise ». Dans le doute, le vendeur pourra préférer percevoir la taxe, et l'acquéreur la récupérer au moyen de crédits de taxe sur intrants (« CTI »)/remboursement de taxe sur intrants (« RTI »), plutôt que prendre le risque que le vendeur soit cotisé après le fait et doive recouvrer cette taxe de l'acquéreur bien après la transaction de vente, en plus de payer les pénalités et les intérêts qui seraient

cotisés. Dans le doute, d'autres préféreront plutôt produire le choix et prévoir au contrat qu'advenant une position contraire des autorités fiscales et une cotisation du vendeur, l'acquéreur payera la taxe au vendeur de même que les pénalités et les intérêts imposés au vendeur.

Voyons quelques exemples récents de l'interprétation retenue par les autorités fiscales concernant le choix de vente d'entreprise.

1.1. VENTE D'UNE ENTREPRISE DONT CERTAINS ACTIFS NE PEUVENT LÉGALEMENT ÊTRE TRANSFÉRÉS[2]

Il peut arriver dans certains cas que des droits intrinsèquement nécessaires à l'exploitation d'une entreprise soient incessibles et ne puissent légalement être transférés à un tiers parce que le droit en question est rattaché exclusivement à la personne du propriétaire de l'entreprise plus qu'à l'entreprise elle-même.

Il peut, par exemple, en être le cas dans le domaine de l'exploitation forestière ou de l'exploitation de ressources naturelles ou lorsque certaines qualités précises sont reconnues au propriétaire, qui lui donnent certains privilèges particuliers. En effet, l'exploitant forestier peut vendre son entreprise, son achalandage, sa machinerie, ses véhicules, mais n'a pas le droit de céder les droits d'exploitation qui lui sont accordés par le ministère des Ressources naturelles et de la Faune. Il est clair que les droits d'exploitation sont à la base même de son entreprise.

Appelée à déterminer si la totalité ou la presque totalité des actifs nécessaires à l'exploitation par l'acquéreur de l'entreprise du vendeur est cédée à l'acquéreur dans une situation semblable, et tout en précisant que l'admissibilité au choix de vente d'entreprise est une question de fait qui doit être analysée selon chaque situation particulière, l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») a reconnu le caractère essentiel du droit en question dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise. Elle a toutefois considéré que le droit étant lié plus à la personne du vendeur qu'à l'entreprise elle-même, la valeur de celui-ci ne doit pas être considérée lors de la réalisation du test de la valeur des actifs transférés à l'acquéreur.

---

[2] ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, « Table ronde », 26 février 2009, question n° 15.

1.2. DISSOLUTION D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES

Le transfert d'une participation dans une société de personnes constitue la fourniture d'un effet financier qui est détaxée dans le régime de la TVQ et exonérée dans le régime de la TPS.

Il convient de noter qu'une société de personnes est une personne[3] aux fins de la *Loi sur la taxe d'accise*. Ainsi, lorsqu'une société est dissoute, celle-ci est réputée disposer de ses actifs en faveur de ses associés, selon la quote-part de chacun. Une telle cession de quote-part d'actifs ne constitue pas une vente d'entreprise ou de partie d'entreprise selon l'article 167 L.T.A., mais bien une vente d'actifs.

Le premier exemple qui mérite notre attention est la position confirmée par les autorités fiscales lorsque le commandité d'une société de personnes active rachète la participation de son commanditaire[4]. En conséquence, et compte tenu du fait que lorsqu'il ne reste plus qu'un seul associé d'une société de personnes, celle-ci est dissoute en vertu du *Code civil du Québec*[5], la disparition de la société entraîne la cession de ses biens à l'ancien associé aux fins de la *Loi sur la taxe d'accise*.

Cette cession pourrait se qualifier de vente d'entreprise au sens de l'article 167 L.T.A. puisque tous les actifs nécessaires à l'exploitation de l'entreprise sont transférés à l'associé. Par contre, il est important de noter que l'article 167 L.T.A. exige également que la convention portant sur la fourniture prévoie que l'acquéreur acquiert la totalité ou la presque totalité des actifs nécessaires à l'exploitation par lui de ladite entreprise. En conséquence, l'ARC mentionne précisément, dans le cas de la société de personnes dissoute par le rachat des associés, que le choix pourrait être admissible si l'on respecte les critères et s'il y a une convention portant sur la fourniture qui prévoit un tel transfert.

Il est intéressant de noter qu'en droit civil, la société de personnes n'est pas une personne et elle ne peut donc pas constituer un patrimoine. On reconnaît donc, aux fins du droit civil, que les biens dits « de la société » sont la propriété des associés. Or, la fiction créée par la *Loi sur la taxe d'accise*, qui reconnaît plutôt la société de personnes comme une personne

---

3 Art. 123 « personne » L.T.A.

4 ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, précité, note 2, question n^{o} 5.

5 L.Q. 1991, c. 64.

distincte de ses associés, fait en sorte de créer une cession réputée de biens entre la société de personnes et son ancien associé. Comment envisager qu'une société de personnes, laquelle n'a pas la personnalité juridique en vertu du *Code civil du Québec*, puisse être partie à une convention portant sur la fourniture d'actifs dont elle ne peut être la propriétaire?

Afin de pallier cette incongruité entre le droit civil et les législations fiscales, et dans le but de limiter les incidences sur les liquidités de l'associé qui continue les activités de la société après le rachat des autres associés, nous recommandons qu'au moment de la signature de la convention d'association, les associés prévoient qu'advenant le rachat de tous les associés par l'un d'entre eux, ce dernier demeurera propriétaire des actifs de la société de personnes et pourra continuer l'exploitation de ses activités. Dans ce cas, la convention d'association sera la convention portant sur la fourniture de l'entreprise au sens de l'article 167 L.T.A., au moment de la dissolution de la société de personnes.

1.3. ACTIFS SITUÉS À L'EXTÉRIEUR DU CANADA

Des prises de position écrites ont également été publiées concernant l'admissibilité au choix de vente d'entreprise lorsque les actifs d'une entreprise sont situés à la fois au Canada et à l'extérieur du Canada, ou au Québec et à l'extérieur du Québec aux fins de la TVQ[6].

L'ARC a confirmé en 2010 que compte tenu du fait que l'article 167 L.T.A. ne prévoit rien concernant la résidence du vendeur ou de l'acquéreur, ni même de la situation géographique des biens qui constituent l'entreprise, ces facteurs ne sont pas pertinents pour déterminer si l'article 167 L.T.A. peut trouver application.

Si toutefois l'article 167 L.T.A. ne peut trouver application, ou si certaines parties de la transaction sont expressément exclues de la présomption créée par l'application du paragraphe 167(1) L.T.A., alors ces fournitures de services, ces biens fournis par licence ou accord semblable ou ces immeubles fournis à un non-inscrit seront assujettis aux règles générales et elles ne seront taxables que si elles sont effectuées au Canada (au Québec aux fins de la TVQ).

---

[6] Il existait des positions concernant l'application de la TVQ dans ce contexte depuis plusieurs années. REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* TVQ. 75-2, « Transfert d'entreprise dont la totalité ou une partie des biens sont situés hors du Québec », 29 août 1997.

1.4. ENGAGEMENT DE NON-COMPÉTITION

À la suite de l'affaire *Manrell* c. *La Reine*[7] en impôts sur le revenu, la question s'est posée de savoir si un engagement de non-concurrence pouvait être visé par un choix de vente d'entreprise aux fins de la *Loi sur la taxe d'accise*.

En matière de TPS et de TVQ, l'élément essentiel afin de déterminer l'application des taxes consiste à qualifier la fourniture afin de déterminer ensuite les règles applicables. La notion de « service » inclut tout ce qui n'est ni un bien ni de l'argent, ni fourni à un employeur par une personne qui est un salarié de celui-ci ou qui a accepté de l'être, dans le cadre de sa charge ou de son emploi. Les autorités fiscales considèrent clairement que lorsque l'engagement de non-compétition est conforme aux faits dans la décision *Manrell*, il s'agit de la fourniture d'un service et non pas d'un bien incorporel[8]. En conséquence, et malgré la possibilité de produire le choix prévu à l'article 167 L.T.A., s'il s'agit d'une vente d'entreprise, la taxe doit être perçue sur la contrepartie attribuable à ce service, le cas échéant.

Il pourrait toutefois exister des situations où l'engagement de non-compétition est signé par un actionnaire plutôt que par le vendeur lui-même. Dans un tel cas, il doit être déterminé si l'actionnaire est un inscrit et s'il effectue la fourniture à l'occasion d'une initiative ou dans le cadre d'une activité commerciale, afin de déterminer si ce dernier doit percevoir les taxes ou non. Les dispositions concernant les transactions entre parties liées pourraient éventuellement s'appliquer et faire en sorte que la transaction soit réputée effectuée à la juste valeur marchande de l'engagement, si l'acquisition n'est pas faite dans le cadre des activités commerciales de l'acquéreur[9]. Finalement, si le prix payé pour l'entreprise ou la partie d'entreprise demeure le même bien que l'engagement de non-concurrence soit signé par un tiers, nous pourrions conclure que la contrepartie est réellement payable en raison des autres actifs et que l'engagement de non-concurrence ne serait qu'un accessoire à la transaction principale.

---

7 2003 CAF 128 (« *Manrell* »).

8 ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, Section nationale des taxes de vente et des taxes à la consommation, « Questions sur la TPS-TVH soumises à l'ARC », 29 février 2009, question 18; 4 mars 2010, question 23.

9 Art. 155 L.T.A.

1.5. VENTE D'UNE ENTREPRISE APRÈS UNE FUSION

L'article 271 L.T.A. crée certaines présomptions lorsque deux sociétés fusionnent. Ainsi, la personne morale issue d'une fusion est réputée être distincte de chacune des personnes morales fusionnantes et ne pas avoir acquis, dans le cadre d'une fourniture, les biens qu'elle a reçus à la suite de la fusion. Pour l'application de certaines dispositions mentionnées expressément, et autres que le choix concernant la vente d'une entreprise, la résultante est réputée être la continuation des sociétés fusionnées.

En conséquence de ce qui précède, et étant donné que la résultante est une nouvelle personne, et qu'elle est réputée ne pas avoir acquis les actifs des sociétés fusionnantes, un transfert subséquent de la résultante à un tiers ne pourrait se qualifier au sens de l'article 167 L.T.A., à moins que la résultante n'exploite elle-même l'entreprise pendant un certain temps. En effet, compte tenu du fait que le texte de l'article 167 L.T.A. prévoit que le vendeur doit vendre une entreprise ou une partie d'entreprise qu'il a établie, « acquise » ou exploitée, la société résultante ne pourrait qualifier sa vente comme une vente d'entreprise lors d'une cession à un tiers faite immédiatement après la fusion[10].

1.6. QUAND L'IMMEUBLE N'EST PAS TRANSFÉRÉ PAR LE VENDEUR

Il convient de garder en tout temps à l'esprit qu'un immeuble est généralement nécessaire à l'exploitation d'une entreprise, ne serait-ce qu'un local ou un bureau. En conséquence, si l'immeuble ou le droit dans l'immeuble n'est pas cédé par le vendeur[11], alors la valeur du bail doit être considérée au dénominateur afin de vérifier si le test de 90 % des actifs nécessaires à l'exploitation de l'entreprise est effectué. Lorsqu'un immeuble n'est pas la propriété du vendeur de l'entreprise, mais que celui-ci a plutôt un bail qu'il a l'autorité de céder à un tiers, la cession du bail pourrait être faite à même la convention portant sur la fourniture de l'entreprise.

---

[10] Serge BOUCHARD, Lucie ST-PIERRE et Carole THÉRIAULT, « Sujets techniques de l'heure », dans *Symposium sur les taxes à la consommation*, 169, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 1-72, à la page 57.

[11] Julie MONAGHAN, Carole THÉRIAULT, Philippe RAYMOND, Robert DEMERS et Jean LANOUE, « Tribune d'échange sur des questions techniques avec Revenu Québec », dans *Symposium sur les taxes à la consommation*, 186, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, p. 14.

2. CRÉATION DE NOUCOS ET INSCRIPTION

Il est fréquent dans le contexte de réorganisations que plusieurs transactions interviennent successivement. Dans un tel cas, plusieurs impacts peuvent être liés à l'existence d'une activité commerciale pour les « noucos ».

La création d'une nouco, lors d'une réorganisation, lorsqu'il est prévu que celle-ci dispose de biens acquis, immédiatement après les avoir acquis, ne constitue pas une activité commerciale ni ne permet l'inscription aux fichiers de la TPS[12].

L'ARC a été plus loin à l'hiver 2011 en confirmant que si une nouco acquiert des biens autrement que dans le cadre de son activité commerciale et qu'elle fusionne immédiatement après l'acquisition avec une société inscrite qui utilisera les biens dans le cadre de son activité commerciale, alors l'application des présomptions de continuité prévues à l'article 271 L.T.A. ne sera pas suffisante pour permettre à la résultante, bien qu'elle soit inscrite et ayant une activité commerciale, de récupérer les CTI à l'égard des actifs acquis par Nouco puisque cette dernière n'avait pas d'activité commerciale au moment de l'acquisition[13]. Il convient toutefois de noter que les règles de changement d'usage pourraient permettre de récupérer la taxe en fonction de la teneur en taxe des biens lorsque ceux-ci commencent à être utilisés dans le cadre d'une activité commerciale de la résultante.

D'un autre côté, Revenu Québec a reconnu, lors du Symposium sur les taxes à la consommation de l'Association de planification fiscale et financière, que dans le contexte de la constitution de pharmaciens en société, l'acquisition de biens de la société à dissoudre par ses associés et leur revente immédiate à une société par actions sont des transactions considérées comme effectuées par les pharmaciens dans le cadre de l'exercice de leur profession, de l'exploitation d'une entreprise et d'une activité commerciale. On leur permet donc de s'inscrire et de récupérer les taxes payables lorsque la société leur a transmis leur quote-part des biens, et de percevoir et de remettre les taxes lors de la disposition en faveur de la société par actions[14].

---

12 *Aviva Canada Inc*. c. *La Reine*, [2006] G.T.C. 115 (C.C.I.).

13 ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, précité, note 8, 24 février 2011, question 15.

14 J. MONAGHAN, C. THÉRIAULT, P. RAYMOND, R. DEMERS et J. LANOUE, précité, note 11, p. 27.

3. CRITÈRE DE « GRANDE ENTREPRISE » DANS UN CONTEXTE DE RÉORGANISATION

Dans le contexte du passage de l'Ontario et de la Colombie-Britannique[15], le nouvel article 236.01 L.T.A. prévoit que les « grandes entreprises » qui paient la composante provinciale de l'Ontario et de la Colombie-Britannique peuvent la récupérer au moyen de CTI, mais ils doivent également remettre au gouvernement cette portion de la TVH qui est payée dans les provinces de l'Ontario et de la Colombie-Britannique à l'égard des biens et services qui sont des biens et services déterminés. Le *Règlement n^o^ 2 sur le nouveau régime de la taxe à valeur ajoutée harmonisée*[16] prévoit quels sont les biens et services déterminés, lesquels sont essentiellement les mêmes que ceux visés aux fins des RTI restreints dans le régime de la TVQ. Ces mesures sont temporaires et ne seront plus en place à compter de juillet 2018[17].

En guise de rappel, les biens et services déterminés sont les suivants :

- véhicules routiers de moins de 3 000 kg, et les dépenses liées;
- les formes d'énergie déterminée utilisées autrement que pour la production;
- les services de télécommunications, à l'exception des services internes et des lignes 1-800, 1-888 et autres;
- les frais de repas et de représentation dont la déductibilité est limitée à 50 % dans le régime de l'impôt sur le revenu.

---

15 Il convient de noter qu'à la suite des résultats du référendum organisé en Colombie-Britannique, le ministère des Finances de la Colombie-Britannique a annoncé le 26 août 2011 que cette province cesserait de participer à la TVH pour retourner à son système traditionnel de taxe de vente au détail. Le délai pour effectuer les changements requis afin de faire la transition est estimé à environ 18 mois. Entre-temps, la Colombie-Britannique continue de participer, les fournisseurs inscrits en TPS qui effectuent des fournitures en Colombie-Britannique doivent continuer de percevoir la TVH au taux de 12 % et les mesures de récupération de la composante provinciale de la Colombie-Britannique continuent de s'appliquer aux grandes entreprises.

16 DORS/2011-56.

17 *Id*., art. 26 « taux de récupération ».

Par contre, la mécanique des mesures temporaires de récupération de la composante provinciale de l'Ontario et de la Colombie-Britannique est différente des RTI restreints du régime de la TVQ. En effet, les grandes entreprises ont droit à leurs CTI selon les règles habituelles sur les composantes provinciales et fédérales de la TVH, mais elles doivent déclarer et remettre expressément les composantes provinciales de l'Ontario et de la Colombie-Britannique à l'égard des biens et services visés. Dans le régime de la TVQ, les « grandes entreprises » ne peuvent pas réclamer de RTI à l'égard des dépenses visées par les restrictions.

La définition de « grande entreprise » est généralement la même aux fins de la TVH que celle que l'on connaît aux fins de la TVQ, à savoir le test de 10 M$ de fournitures taxables[18] par la personne et les personnes qui y sont associées, incluant les fournitures au Canada ou à l'étranger par l'entremise d'un établissement canadien. Les agriculteurs[19], les organismes de service public et la plupart des entités du gouvernement ne sont pas des grandes entreprises. Les institutions financières sont généralement considérées comme de grandes entreprises.

Les périodes visées aux fins de la TVH sont différentes de celles qu'on connaît en TVQ. Ainsi, alors qu'une entreprise qui se qualifie comme telle dans le régime de la TVQ pour un exercice donné devient généralement assujettie aux restrictions à partir du premier jour de l'exercice suivant, le régime de la TVH prévoit plutôt généralement qu'une personne qui se qualifie comme une grande entreprise pour un exercice donné est soumise aux mesures temporaires de récupération des composantes de l'Ontario et de la Colombie-Britannique à partir du 1er juillet suivant la fin de cet exercice.

Le tableau qui suit résume ici quelques éléments spécifiques de la définition de « grande entreprise » dans un contexte de réorganisation.

---

[18] Excluant la fourniture d'un achalandage au sens de l'article 167 L.T.A., la fourniture d'immeubles en immobilisations et la fourniture de services financiers. Pour plus de détails, voir Gérard DUROCHER, « Crédits de taxes sur les intrants », dans *Cours en fiscalité – TPS et TVQ*, série 5, cours 37, Montréal, Association de planification fiscale et financière, automne 2011.

[19] Les fournitures taxables des personnes dont la source principale de revenus est l'agriculture doivent toutefois être considérées lors du calcul du seuil dans un groupe de personnes associées.

	Récupération des composantes provinciales de l'Ontario et de la Colombie-Britannique[20]	Restriction des RTI dans le régime de la TVQ
Période visée	Du 1er juillet au 30 juin de l'année suivante. Si une personne qui n'est pas une grande entreprise (« GE ») au début de la période de récupération a une fin d'année durant cette période et que son seuil de récupération excède 10 M$ à ce moment : les mesures temporaires de récupération s'appliqueront à compter du 1er juillet suivant la fin de l'exercice, jusqu'au 30 juin suivant.	La totalité de l'exercice financier qui suit le moment où la personne est devenue une GE.
L'associé (autre qu'un particulier) d'une société de personnes (qui est elle-même une GE) acquiert au Québec, en Ontario ou en Colombie-Britannique (selon le cas) ou y transfère un bien ou un service pour l'utiliser dans le cadre des activités de la société et non pour le compte de celle-ci.	L'associé est considéré comme une GE en ce qui concerne cette acquisition ou ce transfert dans la province.	*Id*.
Un participant (GE) d'une coentreprise a fait un choix pour qu'un entrepreneur désigné agisse pour le compte de la coentreprise.	L'entrepreneur désigné de la coentreprise sera considéré comme une GE aux fins de cette acquisition ou de ce transfert.	L'entrepreneur désigné de la coentreprise sera considéré comme une GE aux fins de cette acquisition ou de ce transfert.

[20] J. MONAGHAN, C. THÉRIAULT, P. RAYMOND, R. DEMERS et J. LANOUE, précité, note 11, p. 27.

	Récupération des composantes provinciales de l'Ontario et de la Colombie-Britannique[20]	Restriction des RTI dans le régime de la TVQ
Ce dernier acquiert au Québec, en Ontario ou en Colombie-Britannique (selon le cas) ou y transfère un bien ou un service pour le compte du participant pour consommation ou utilisation dans l'une de ces provinces.		
Exercice de moins ou de plus de 365 jours.	Le seuil de récupération de 10 M$ sera rajusté pour refléter la durée de l'exercice.	Le seuil de 10 M$ sera rajusté en fonction de la durée de l'exercice.
Nouvelle inscription d'une personne qui est membre d'un groupe de personnes associées dont le total des fournitures taxables excède 10 M$.	La période de récupération commence le premier jour de l'inscription.	Les restrictions aux RTI s'appliqueront à compter du premier jour de l'inscription.
Une personne morale qui fait l'objet d'une prise de contrôle par une autre personne qui est une GE.	La personne morale devient une GE le jour de la prise de contrôle.	Les restrictions aux RTI s'appliqueront à compter du premier jour de l'exercice financier suivant.
Fusion de deux personnes morales qui ne sont pas des GE, mais dont le total des fournitures taxables est supérieur à 10 M$ au moment de la fusion.	La résultante est une GE à partir du moment de la fusion.	La résultante est une GE à partir du moment de la fusion.

	Récupération des composantes provinciales de l'Ontario et de la Colombie-Britannique[20]	Restriction des RTI dans le régime de la TVQ
Une personne, qui n'est pas une GE, achète l'entreprise d'une GE dans les conditions prévues à l'article 167 L.T.A.	L'acheteur devient une GE à partir du premier des moments suivants : à la date où il fait l'achat ou au moment où il commence l'exploitation de l'entreprise.	Les restrictions aux RTI s'appliqueront à compter du premier jour de l'exercice suivant.
Une personne devient une institution financière déterminée ou devient liée à une telle institution financière.	Cette personne devient une GE à ce moment.	Cette personne devient une GE à ce moment.

CONCLUSION

Malgré le fait que la TPS et la TVQ soient en vigueur depuis 20 ans, l'évolution de la jurisprudence, les modifications législatives et les interprétations fiscales continuent de façonner la pratique fiscale en entreprise ou en pratique privée. Les taxes à la consommation sont un secteur en constante évolution appelé à prendre de plus en plus d'importance au cours des prochaines années.

Les cas discutés nous démontrent l'importance d'une bonne planification et le fait que la chronologie des transactions peut avoir un impact sur les incidences fiscales en matière de taxes à la consommation. Si l'impact se limite souvent à une question de liquidités, il arrive aussi qu'une transaction mal planifiée ou qu'un contrat imprécis entraîne des coûts en matière de taxes à la consommation.

Finalement, la participation de l'Ontario et de la Colombie-Britannique (malgré le fait que cette dernière se retirera sous peu de la TVH) a augmenté l'importance de certains éléments dans le contexte canadien, tant du point de vue de la perception des taxes que de celui des coûts pour certaines grandes entreprises.

LA RECHERCHE ET LE DÉVELOPPEMENT EN COLLABORATION – IMPACTS DES INCITATIFS FISCAUX RS & DE



Lucie Bélanger
Avocate, M. Fisc.
Associée déléguée, services fiscaux
PricewaterhouseCoopers
s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 38:5

1. L'ENTENTE DE SOUS-TRAITANCE AVEC DES SOCIÉTÉS PRIVÉES À BUT LUCRATIF 38:15

1.1. L'IMPACT EN MATIÈRE D'INCITATIFS FISCAUX RELATIFS À LA RS & DE – DÉDUCTIBILITÉ DES DÉPENSES 38:15

1.1.1. Déductibilité des dépenses engagées dans le cadre de contrats de RS & DE 38:16

1.1.2. Travaux autres que de la RS & DE directement liée et proportionnellement en appui 38:18

1.1.3. Contrats de RS & DE avec lien de dépendance 38:18

1.1.4. Contrats de RS & DE et de travaux autres que de la RS & DE avec lien de dépendance 38:19

1.1.5. Certains enjeux 38:19
1.2. LES CRÉDITS D'IMPÔT À L'INVESTISSEMENT 38:21
1.2.1. Taux et remboursement des crédits d'impôt à l'investissement 38:21
1.2.2. Qui a droit au crédit? 38:23
1.2.3. Paiements contractuels 38:23
1.3. L'IMPACT EN MATIÈRE DE CRÉDITS D'IMPÔT DU QUÉBEC 38:32
1.3.1. Contrat accordé à une autre personne sans lien de dépendance 38:33
1.3.2. Contrat accordé à une personne avec lien de dépendance 38:34
1.3.3. Tableau récapitulatif 38:35
1.3.4. Taux de crédit 38:36

2. LE CONTRAT DE RECHERCHE CONCLU AVEC UNE ASSOCIATION, UNE ENTITÉ AGRÉÉE OU UN ORGANISME DE RECHERCHE 38:36

2.1. DISTINCTION ENTRE LES PAIEMENTS À DES TIERS ET LES CONTRATS DE RS & DE 38:38
2.1.1. Chaire de recherche 38:40
2.1.2. Contributions versées à des organisations agricoles 38:41
2.1.3. Les contrats de recherche entreprise – universités 38:41
2.1.4. Les dons, bourses ou subventions 38:41
2.1.5. Contributions à un consortium de recherche admissible 38:42
2.1.6. Dépenses en vue d'acquérir des droits relatifs à la RS & DE 38:42
2.2. CRÉDIT D'IMPÔT À L'INVESTISSEMENT POUR LA RS & DE AU FÉDÉRAL 38:43
2.3. CRÉDIT RS & DE POUR LES CONTRATS DE RECHERCHE UNIVERSITAIRE OU LES CONTRATS DE RECHERCHE ADMISSIBLE 38:43
2.3.1. Centres de recherche publics admissibles 38:45
2.3.2. Contrat de recherche 38:45
2.3.3. Dépenses admissibles 38:48
2.3.4. Dépenses non admissibles 38:48
2.3.5. Formalités administratives 38:51
2.3.6. Non-cumul des mesures fiscales 38:51
2.3.7. Contributions 38:51
2.4. CRÉDIT D'IMPÔT DU QUÉBEC CONCERNANT LES COTISATIONS VERSÉES À UN CONSORTIUM DE RECHERCHE ADMISSIBLE 38:52
2.4.1. Consortium de recherche admissible 38:53
2.4.2. Dépenses admissibles du consortium de recherche 38:54

2.4.3. Acquisitions de biens ou de services auprès d'un membre 38:54
2.4.4. Dépenses non admissibles du consortium de recherche 38:54
2.4.5. Dépenses attribuables à des cotisations ou droits versés par un membre 38:57
2.4.6. Reconnaissance à titre de consortium de recherche admissible 38:57

3. L'ENTENTE DE PARTENARIAT OU DE COLLABORATION 38:57

3.1. CRÉDIT D'IMPÔT À L'INVESTISSEMENT POUR LA RS & DE AU FÉDÉRAL 38:57
3.2. CRÉDIT D'IMPÔT REMBOURSABLE RELATIF À UN PROJET DE RECHERCHE PRÉCOMPÉTITIVE RÉALISÉE EN PARTENARIAT PRIVÉ 38:58
3.2.1. Contribuable admissible 38:58
3.2.2. Dépenses admissibles 38:59
3.2.3. Non-cumul des mesures fiscales 38:59
3.2.4. Contributions 38:59
3.2.5. Formalités administratives 38:60
3.2.6. Responsabilités de Revenu Québec 38:60
3.3. DÉPENSES FAITES POUR ACQUÉRIR DES DROITS RELATIFS À LA RS & DE 38:60
3.3.1. Outils pour exécuter la RS & DE 38:61
3.3.2. Acquisition de logiciels incorporés dans un logiciel, dans un système ou dans un produit mis au point par le demandeur 38:61

INTRODUCTION

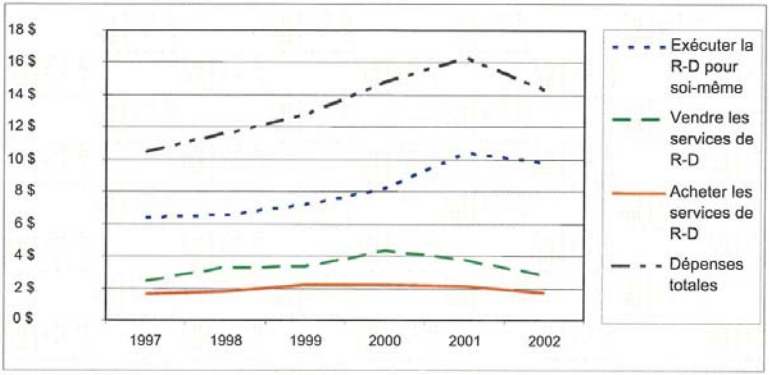
Les entreprises qui désirent effectuer de la recherche scientifique et du développement expérimental (« RS & DE ») peuvent choisir de l'effectuer elles-mêmes, de faire exécuter la RS & DE en totalité ou en partie par d'autres pour leur compte ou encore de l'exécuter en partenariat ou en collaboration avec une ou plusieurs autres entreprises. Elles peuvent également décider de confier des activités de recherche scientifique et technique à des organismes de recherche, des associations ou des entités agréées. La stratégie suivie par ces entreprises dépend de l'environnement économique, de l'entreprise, des partenaires et du soutien matériel et financier obtenu.

La RS & DE réalisée en collaboration permet à l'entreprise de concentrer ses moyens sur les activités qu'elle juge stratégiques. Cette stratégie réduit les risques techniques associés à la recherche et au développement et supplée l'absence de personnel qualifié. En évitant l'embauche de nouvelles personnes, on peut ainsi réduire la complexité de l'organisation, diminuer les charges fixes et faire face plus facilement aux pointes d'activité. L'octroi de contrats de RS & DE favorise la réalisation de projets que l'entreprise n'a pas intérêt à accomplir ou qu'elle ne peut accomplir entièrement par elle-même, grâce à la combinaison d'expertises complémentaires. Il donne également accès à des technologies, à des procédés ou à des installations à la fine pointe de la technologie qu'il serait difficile de se procurer : autrement l'entreprise devrait investir dans les équipements et le matériel, embaucher des spécialistes et les former afin d'obtenir un travail de qualité.

Toutefois, un tel recours à des ressources externes oblige l'entreprise à fournir des données ou des secrets de fabrication au sous-traitant, à l'organisme de recherche ou au collaborateur. Cela peut créer des appréhensions de perte de maîtrise et de compétences au sein de l'entreprise et engendrer des difficultés de protection de la propriété intellectuelle. Le coût est parfois plus élevé que si la recherche était faite à l'interne. S'il est relativement facile d'obtenir le respect des prix convenus, il est parfois plus difficile de s`assurer du respect de la qualité et des dates de livraison. Il y a un risque de manque d'information et de transparence. De faibles investissements de la part du sous-traitant peuvent engendrer peu ou pas d'innovation. Un sentiment moins important d'appartenance au projet et à l'entreprise peut exister chez les personnes qui ne sont pas employées par l'entreprise.

Le tableau suivant, tiré d'une étude publiée par Statistique Canada, indique la tendance canadienne des entreprises à exécuter la RS & DE pour elles-mêmes, à offrir à d'autres des services de RS & DE ou à acheter des services de RS & DE.

Figure 1
Évolution du montant des dépenses de RS & DE (en G$) par stratégie, pour la période de 1997 à 2002[1]



Source : Statistique Canada, Enquête RDIC

Ce tableau nous donne un aperçu de la distribution du nombre d'entreprises investissant en RS & DE. Ce tableau est cumulé selon l'option stratégique suivie. On y constate que, dans cette période, la stratégie qui consiste à faire sa propre recherche est la plus souvent utilisée.

[1] Julio Miguel ROSA, Antoine ROSE et Pierre MOHNEN, *Acheter et vendre des services de recherche et développement 1997 à 2002*, Statistique Canada, Section des enquêtes des sciences et de l'innovation, Division des sciences, de l'innovation et de l'information électronique (DSIIE), N° 88F006XIF au catalogue, n° 002, ISSN 1706-8975, ISBN 0-662-71806-2, avril 2006, 38 p, p. 14. En ligne : http://www.statcan.gc.ca/pub/88f0006x/88f0006x2006002-fra.pdf.

Figure 2
Répartition du nombre d'années entreprises par type de stratégie et selon le pays de contrôle pour la période de 1997 à 2002[2]

Stratégies	Contrôle canadien		Contrôle étranger		Nombre total d'années	
Exécute elle-même la RS & DE	56 540	(97,6)	2 479	(92,9)	59 019	(97,40)
Vend des services de RS & DE	5 089	(8,8)	596	(22,3)	5 685	(9,4)
Achète des services de RS & DE	31 299	(54,0)	1 532	(57,4)	32 831	(54,2)
Fait de la RS & DE pour elle-même	24 590	(42,5)	926	(34,7)	25 516	(42,1)
Vend de la RS & DE	634	(1,1)	91	(3,4)	725	(1,2)
Exécute de la RS & DE pour des filiales	1 627	(2,8)	441	(16,5)	2 068	(3,4)
Nombre total d'années par entreprise		57 909		2 668		60 577

Ce tableau nous donne un aperçu de la distribution du nombre d'entreprises exécutant de la RS & DE cumulé sur la période 1997 à 2002 selon l'option stratégique choisie et selon le pays de contrôle. On constate que, dans cette période, la stratégie consistant à faire sa propre recherche est de loin la stratégie la plus souvent utilisée, soit 97 % de toutes les observations : 24 590 des exécutants, soit près de 43 % du total des entreprises sous contrôle canadien, déclarent « exécuter la R&D pour soi-même » comme unique stratégie d'exécution. Cette proportion est de 35 % pour les entreprises sous contrôle étranger. La RS & DE faite à l'interne représente presque 49 G$ sur la période, ce qui correspond à 62 % du total des montants de transactions pour la R & D.

Cette option stratégique d'effectuer soi-même la RS & DE est encore aujourd`hui populaire malgré la diminution de 6,2 % des dépenses en recherche et développement industriel en 2010 par rapport à 2008, en raison notamment du ralentissement dans les marchés financiers mondiaux. Les salaires et traitements représentent encore environ 60 % des dépenses intra-muros actuelles de RS & DE.

[2] *Id*., p. 15.

Tableau 14.1
Total des paiements extra-muros en recherche et développement, selon l'industrie et selon l'année[3]

	2006 r	2007 r	2008 p	2009 p	2010 p
	millions de dollars (M$)				
Total	**4 217**	**4 275**	**3 790** A	**2 692** A	**2 708** A
Agriculture, foresterie, pêche et chasse	**16**	**26**	**16** E	**3** A	**x**
Agriculture	14	9	9 E	2 A	0 A
Foresterie et exploitation forestière	2	x	F	x	0 A
Pêche, chasse et piégeage	1	x	2 C	x	x
Extraction minière et extraction de pétrole et de gaz	**80**	**53**	**64** B	**32** A	**x**
Extraction de pétrole et de gaz	55	40	45 C	29 A	28 A
Extraction minière	25	14	19 D	4 A	x
Services publics	**90**	**101**	**105** A	**109** A	**x**
Énergie électrique	82	91	100 A	x	x
Autres services publics	8	10	6 C	x	x
Construction	**13**	**13**	**15** D	**5** A	**0** A
Fabrication	**2 108**	**1 909**	**1 223** A	**881** A	**604** A
Aliments	24	20	115 A	16 A	9 A
Boissons et tabac	x	8	F	1 A	x
Textiles	x	3	3 D	1 A	0 A
Produits en bois	27	21	21 B	10 A	9 A
Papier	29	19	17 D	3 A	4 A
Impression	2	x	x	1 C	0 A
Produits du pétrole et du charbon	69	60	x	x	x
Produits pharmaceutiques et médicaments	527	557	394 A	432 A	411 A
Autres produits chimiques	55	70	25 C	9 A	5 A
Produits en plastique	13	11	12 A	6 A	3 A
Produits en caoutchouc	x	10	5 D	x	x
Produits minéraux non métalliques	x	7	5 E	1 A	3 A
Première transformation des métaux (ferreux)	9	x	4 A	x	x
Première transformation des métaux (non ferreux)	71	53	36 B	23 A	13 A

[3] En ligne : http://www.statcan.gc.ca/pub/88-202-x/2010000/t033-fra.pdf.

	2006 r	2007 r	2008 p	2009 p	2010 p
Fabrication de produits métalliques	23	20	23 D	8 A	0 A
Machines	63	56	55 D	28 A	19 A
Matériel informatique et périphérique	15	6	10 D	5 A	2 A
Matériel de communication	212	127	162 A	113 A	27 A
Semi-conducteurs et autres composants électroniques	x	x	17 D	15 A	5 A
Instruments de navigation, de mesure et de commande et d'instruments médicaux	46	45	48 D	25 A	11 A
Autres produits informatiques et électroniques	2	x	x	1 A	x
Matériel, appareils et composants électriques	13	20	16 D	7 A	x
Véhicules automobiles et pièces	459	372	100 C	69 A	23 A
Produits aérospatiaux et pièces	103	97	59 E	6 A	x
Tous autres types de matériel de transport	4	x	11 E	x	x
Meubles et produits connexes	4	3	4 E	1 A	0 A
Autres industries de la fabrication	21	17	22 E	8 A	4 A
Services	**1 910**	**2 172**	**2 367** A	**1 660** A	**1 944** A
Commerce de gros	271	283	582 A	465 A	487 A
Commerce de détail	16	17	19 C	4 A	7 A
Transport et entreposage	36	63	48 C	15 A	x
Industrie de l'information et industrie culturelle	714	706	587 A	548 A	x
Finance, assurances et services immobiliers	109	127	114 C	32 A	29 A
Architecture, génie et services connexes	62	64	60 D	44 A	25 A
Conception de systèmes informatiques et services connexes	150	175	145 E	60 A	26 A
Conseils en gestion et conseils scientifiques et techniques	18	19	15 D	3 A	0 A
Service de recherche et développement scientifiques	406	580	677 B	437 A	611 A
Soins de santé et assistance sociale	73	72	43 C	30 A	x
Toutes les autres industries des services	54	66	77 B	22 A	x

Note(s) :
En raison de l'arrondissement des données, les totaux ne correspondent pas toujours à l'addition de leurs composantes.

Tableau 14.2
Total des paiements extra-muros en recherche et développement, selon l'industrie et selon le pays de contrôle, 2008[4]

	Canada	Étranger	Total
	millions de dollars (M$)		
Total	**2 899** [B]	**892** [B]	**3 790** [A]
Agriculture, foresterie, pêche et chasse	**12** [E]	**F**	**16** [E]
Agriculture	x	x	**9** [E]
Foresterie et exploitation forestière	x	x	**F**
Pêche, chasse et piégeage	x	x	**2** [C]
Extraction minière et extraction de pétrole et de gaz	**59** [B]	**F**	**64** [B]
Extraction de pétrole et de gaz	41 [C]	F	**45** [C]
Extraction minière	18 [D]	F	**19** [D]
Services publics	**103** [A]	**3** [D]	**105** [A]
Énergie électrique	x	x	**100** [A]
Autres services publics	x	x	**6** [C]
Construction	**13** [E]	**F**	**15** [D]
Fabrication	**1 031** [A]	**193** [D]	**1 223** [A]
Aliments	112 [A]	F	**115** [A]
Boissons et tabac	F	F	**F**
Textiles	2 [D]	F	**3** [D]
Produits en bois	19 [B]	F	**21** [B]
Papier	12 [D]	F	**17** [D]
Impression	x	F	**x**
Produits du pétrole et du charbon	x	x	**x**
Produits pharmaceutiques et médicaments	373 [A]	21 [D]	**394** [A]
Autres produits chimiques	20 [C]	F	**25** [C]
Produits en plastique	9 [A]	3 [C]	**12** [A]
Produits en caoutchouc	x	x	**5** [D]
Produits minéraux non métalliques	x	x	**5** [E]
Première transformation des métaux (ferreux)	x	x	**4** [A]
Première transformation des métaux (non ferreux)	31 [B]	4 [D]	**36** [B]
Fabrication de produits métalliques	21 [D]	F	**23** [D]

[4] En ligne : http://www.statcan.gc.ca/pub/88-202-x/2010000/t034-fra.htm.

	Canada	Étranger	Total
Machines	52 D	F	**55** D
Matériel informatique et périphérique	F	5 E	**10** D
Matériel de communication	143 A	19 D	**162** A
Semi-conducteurs et autres composants électroniques	12 D	F	**17** D
Instruments de navigation, de mesure et de commande et d'instruments médicaux	31 D	17 E	**48** D
Autres produits informatiques et électroniques	x	x	**x**
Matériel, appareils et composants électriques	12 D	4 D	**16** D
Véhicules automobiles et pièces	x	x	**100** C
Produits aérospatiaux et pièces	x	x	**59** E
Tous autres types de matériel de transport	x	x	**11** E
Meubles et produits connexes	4 E	0 E	**4** E
Autres industries de la fabrication	19 E	F	**22** E
Services	**1 682** B	**685** B	**2 367** A
Commerce de gros	x	x	**582** A
Commerce de détail	14 C	5 E	**19** C
Transport et entreposage	34 D	14 B	**48** C
Industrie de l'information et industrie culturelle	519 A	69 A	**587** A
Finance, assurances et services immobiliers	101 C	F	**114** C
Architecture, génie et services connexes	51 D	F	**60** D
Conception de systèmes informatiques et services connexes	136 E	9 E	**145** E
Conseils en gestion et conseils scientifiques et techniques	x	x	**15** D
Service de recherche et développement scientifiques	337 B	339 B	**677** B
Soins de santé et assistance sociale	31 C	13 E	**43** C
Toutes les autres industries des services	66 B	F	**77** B

Note(s) :
En raison de l'arrondissement des données, les totaux ne correspondent pas toujours à l'addition de leurs composantes.

Tableau 15
Recettes et paiements étrangers pour services technologiques selon la recherche et développement et autre[5]

	Recettes			Paiements			Solde		
	Recherche et développement	Autres	Total	Recherche et développement	Autres	Total	Recherche et développement	Autres	**Total**
	millions de dollars (M$)								
2008 [p]	1 983	857	**2 840**	892	239	**1 130**	1 091	618	**1 710**
2007 [r]	2 411	675	**3 086**	1 167	271	**1 438**	1 244	404	**1 648**
2006 [r]	2 113	721	**2 834**	1 054	336	**1 390**	1 059	385	**1 444**
2005 [r]	2 327	754	**3 081**	1 146	317	**1 463**	1 181	438	**1 618**
2004 [r]	2 280	1 260	**3 539**	1 127	401	**1 528**	1 153	859	**2 012**
2003	2 073	1 509	**3 582**	1 149	443	**1 592**	925	1 066	**1 991**
2002	1 822	1 619	**3 441**	1 076	684	**1 759**	747	935	**1 682**
2001	2 828	1 426	**4 255**	1 283	364	**1 648**	1 545	1 062	**2 607**
2000	3 524	1 144	**4 668**	1 374	527	**1 901**	2 150	617	**2 767**
1999	2 642	320	**2 962**	1 490	523	**2 012**	1 152	- 202	**950**
1998	2 499	296	**2 795**	1 045	694	**1 739**	1 453	- 398	**1 056**

Note(s) :
Les données ne touchent que les firmes effectuant de la recherche et développement de plus de 1,5 M$. En raison de l'arrondissement des données, les totaux ne correspondent pas toujours à l'addition de leurs composantes.

Tableau 16
Dépenses de recherche et développement énergétique, selon le secteur de technologie et les sources de financement, 2008[6]

	Dépenses de recherche et développement intra-muros			Paiements à l'étranger	**Total**
	Financé par cette société	Financé par les administrations publiques et autres sources	Total		
	millions de dollars (M$)				
Total	**1 090**	**342**	**1 432**	**79**	**1 511**
Combustibles fossiles	730	209	939	7	**946**
Sources énergétiques renouvelables	53	38	91	x	**x**
Fission et fusion nucléaire	x	x	x	0	**x**
Électricité	88	19	106	x	**x**
Hydrogène et piles à combustible	x	x	7	0	**7**
Efficacité énergétique	114	x	x	x	**x**
Autres technologies transversales	59	13	72	x	**x**

Note(s) :
En raison de l'arrondissement des données, les totaux ne correspondent pas toujours à l'addition de leurs composantes.

5 En ligne : http://www.statcan.gc.ca/pub/88-202-x/2010000/t039-fra.htm.

6 En ligne : http://www.statcan.gc.ca/pub/88-202-x/2010000/t041-fra.htm.

On constate que de nombreuses entreprises ont recours à des entités externes pour effectuer de la RS & DE afin d'améliorer le développement et raccourcir les délais de mise en marché de nouveaux produits, services ou procédés. La mondialisation des marchés, l'optimisation des ressources, la réduction des coûts de développement et l'adhésion à des partenariats de partage de risque sont certains facteurs cités pour justifier cette stratégie. Par exemple, une récente étude réalisée par Pharma IQ a révélé que 67 % des sociétés pharmaceutiques et biotechnologiques externalisent plus de la moitié de tous leurs essais cliniques[7]. D'ailleurs, un rapport de l'Association des organisations de recherche clinique sur les essais cliniques a révélé que les organisations de recherche clinique ont pris des mesures pour s'assurer que la qualité et les standards d'éthique soient les mêmes dans tous les pays où ils sont en exploitation.

Chaque année, les instituts agréés et organismes de recherche appuient de nombreuses entreprises canadiennes en mettant à leur disposition des équipes de recherche et de développement de technologies ainsi que des experts de renommée internationale. Par exemple, les chercheurs du Conseil national de recherches Canada (« CNRC ») s'efforcent depuis plusieurs années d'améliorer la conception, la fabrication, la performance et la sécurité des véhicules aérospatiaux, tout en réduisant le coût et l'incidence sur l'environnement. Grâce à leurs installations à la fine pointe de la technologie et à leur expertise dans les procédés de conception et de fabrication de produits, les universités et les centres de recherche aident les fabricants canadiens à réduire leurs coûts, améliorer leurs produits, atteindre leurs objectifs de production et atténuer leur incidence sur l'environnement.

Par ailleurs, on trouve dans de nombreux secteurs industriels une collaboration des partenaires, du gouvernement et des universités afin de stimuler l'industrie face à la concurrence du marché. Certaines technologies conçues par les centres de recherche sont incorporées aux opérations ou aux projets de recherche des entreprises. Par exemple, au moyen d'une licence d'utilisation de la technologie accordée par l'Institut de technologie de l'information, la technologie de traduction automatique statistique du CNRC est incorporée au déroulement des opérations d'une société de traduction afin d'améliorer l'efficacité et le rendement des traducteurs humains. Certains organismes gouvernementaux travaillent en tandem avec l'industrie pour

---

7 PHARMA IQ, *Maximisation de l'efficacité de l'externalisation clinique*, 22 février 2011 : Driving Clinical Development and Speeding Time to Market through Effective Relationship Management, Establishing CRO Accountability and Running Trials in BRIC Regions, Global Clinical Outsourcing Forum, mai 2011.

mettre en marché certains produits et s'associent à des instituts de recherche, des universités et des industries afin d'apporter un soutien aux organismes composant une grappe industrielle. Par exemple, l'Institut national de nanotechnologie procure aux membres de la grappe industrielle en nanotechnologies des installations à la fine pointe de la technologie pour la recherche en physique, chimie, génie, biologie, informatique, pharmacie et médecine dans le secteur.

Des centres de recherche non gouvernementaux peuvent mettre au point de nouvelles applications. Ainsi, une entreprise dans le domaine des biocarburants et des produits chimiques renouvelables a annoncé dernièrement la signature d'une entente de développement et de commercialisation visant la mise au point de nouvelles applications à valeur élevée pour les produits dérivés de la cellulose et issus de procédés de bioraffinage.

Grâce au soutien gouvernemental, des consortiums sans but lucratif peuvent être formés pour inciter les industries et les universités à collaborer dans le but de promouvoir et de réaliser des projets de recherche industrielle au stade préconcurrentiel. Par exemple, le consortium de recherche et d'innovation en aérospatiale au Québec réalise des projets de recherche collaborative ciblés et axés sur l'industrie, améliore les aptitudes techniques et professionnelles des ingénieurs chercheurs de demain, crée de nouveaux processus et concepts appliqués aux composantes et produits et accroît la visibilité des défis en matière de conception et de recherche auprès du milieu scientifique et des étudiants.

Selon Statistique Canada, la majorité des fonds (79 %) finançant la R & D industrielle provient de l'entreprise elle-même et 13 % du financement provient de sources étrangères. Le gouvernement fédéral fournit 2 % des fonds et le reste du financement provient d'autres sources. C'est en Ontario et au Québec que les dépenses en R & D industrielle sont les plus importantes.

En 2010, 43 % des dépenses pour la R & D industrielle ont été engagées dans les secteurs suivants : les services scientifiques de recherche et de développement (1,6 G$), le matériel de communication (1,3 G$), le commerce de gros (1,2 G$), la conception de systèmes informatiques et services connexes (1,1 G$) et l'industrie de l'information et l'industrie culturelle (1,1 G$), selon l'information recueillie par Statistique Canada[8].

---

[8] STATISTIQUE CANADA, *Dépenses en recherche et développement industriel*, 2010.

Nous examinerons dans le présent texte certaines incidences fiscales lorsque le contribuable choisit d'exécuter de la recherche en collaboration par des ententes de sous-traitance, des contrats de recherches ou des ententes de partenariat.

1. L'ENTENTE DE SOUS-TRAITANCE AVEC DES SOCIÉTÉS PRIVÉES À BUT LUCRATIF

1.1. L'IMPACT EN MATIÈRE D'INCITATIFS FISCAUX RELATIFS À LA RS & DE – DÉDUCTIBILITÉ DES DÉPENSES

Les travaux de RS & DE exécutés pour le compte du contribuable par des sous-traitants peuvent être des dépenses déductibles à titre de dépenses de RS & DE. Il faut alors pouvoir démontrer que les travaux de RS & DE ont été exécutés au Canada pour le compte du contribuable et qu'ils sont en relation avec son entreprise. La détermination de ces points doit être fondée sur les conditions du contrat conclu entre les parties, lu dans son ensemble et par l'examen de tous les faits. Le contexte et la nature du travail exécuté doivent être étudiés afin de s'assurer que le travail réalisé par l'autre partie se qualifie aux fins fiscales à titre de RS & DE :

- Comment le projet de RS & DE est-il exécuté :
  - partiellement par l'entreprise et l'autre partie?
  - totalement par l'autre partie?
- Où le projet est-il exécuté :
  - totalement au Canada?
  - partiellement au Canada et à l'extérieur du Canada?
  - totalement à l'extérieur du Canada?
  - les activités de l'autre partie sont-elles effectuées par ses employés canadiens ou par ses employés provenant de l'extérieur du Canada?
- Qui exécute les activités de RS & DE :
  - couvertes par les alinéas 248(1)a), 248(1)b) ou 248(1)c) de la définition d'« activités de recherche scientifique et de développement

expérimental » de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[9] ou au paragraphe 222.1 2) de la *Loi sur les impôts*[10] du Québec?

– couvertes par l'alinéa 248(1)d) de la définition d'« activités de recherche scientifique et de développement expérimental » L.I.R. ou au paragraphe 222.1 3) L.I., c'est-à-dire des activités d'ingénierie, de design, de recherche opérationnelle, d'analyse mathématique, de programmation informatique, de collecte de données, d'essais ou de recherche psychologique dans la mesure où ces activités sont directement liées et proportionnelles aux besoins de la RS & DE?

– les autres activités?

1.1.1. Déductibilité des dépenses engagées dans le cadre de contrats de RS & DE

On dira qu'une entreprise conclut un contrat de RS & DE avec une entreprise sous-traitante lorsque l'entente entre les parties vise l'exécution de travaux de recherche pure, de recherche appliquée ou de développement expérimental décrits à la définition d'« activités de recherche scientifique et de développement expérimental » au paragraphe 248(1) L.I.R. et de l'article 222.1 L.I. Selon l'Agence du revenu du Canada (« ARC »), les activités de RS & DE exercées au Canada pour le compte d'une entreprise visent habituellement une situation où les travaux de RS & DE sont confiés à un tiers dans des circonstances où le demandeur conserve la propriété des travaux de RS & DE effectués[11]. L'ARC considère que la dépense relative aux employés d'une agence de placement sera traitée de la même façon qu'une dépense à l'égard d'entrepreneurs[12].

Lorsqu'une entreprise (« payeur ») conclut un contrat de RS & DE avec un sous-traitant (« exécutant »), les deux parties peuvent déduire les dépenses RS & DE engagées, et ce, peu importe que la méthode de remplacement ou la méthode traditionnelle soit utilisée. Toutefois, selon l'ARC, l'exécutant ne peut demander la déduction des dépenses engagées

---

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

10 L.R.Q., c. I-3 et mod. (« L.I. »).

11 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Politique sur les dépenses relatives aux contrats de RS&DE effectuée pour le compte du demandeur (ébauche)*, 22 juin 2011, section 3.1.

12 *Id.*, section 11.

pour des travaux de soutien à la RS & DE visés à l'alinéa 248(1)d) de la définition d'« activités de recherche scientifique et de développement expérimental » L.I.R. puisqu'ils ne constituent pas des travaux de RS & DE pour l'exécutant[13]. Cette interprétation pourrait être discutable et dépend de l'interprétation de la définition d'« activités de recherche scientifique et de développement expérimental ».

Les dépenses sont admissibles dans l'année où les travaux de RS & DE ont été effectués selon le contrat.

Pour le calcul des crédits d'impôt RS & DE, la législation fédérale[14] prévoit des conditions particulières : il est possible qu'une seule des parties puisse réclamer les crédits d'impôt RS & DE à l'égard des travaux de RS & DE réalisés. En effet, les règles applicables en matière de paiement contractuel font en sorte que l'exécutant doive enlever du montant des dépenses admissibles le montant du paiement contractuel reçu ou à recevoir. Toutefois, si le payeur n'est pas un fournisseur imposable, le montant reçu par l'exécutant ne constitue pas un paiement contractuel.

Une dépense engagée pour de la RS & DE effectuée pour le compte d'un contribuable est déductible dans la mesure où elle n'est pas, par ailleurs, en contrepartie de services à rendre dans une année d'imposition subséquente[15].

Si la totalité du contrat se rapporte à des travaux de RS & DE effectués à l'extérieur du Canada, aucun montant n'est déductible comme dépense de RS & DE au Canada. Si les travaux de RS & DE sont effectués en partie au Canada et en partie à l'extérieur du Canada, le montant du contrat doit être réparti de façon raisonnable entre les travaux de RS & DE effectués au Canada et ceux effectués à l'extérieur du Canada.

---

13 *Id.*, section 5.4.

14 Par. 127(9) L.I.R.; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Politique d'application* RS & DE 94-04, « Définition de "paiement contractuel" au paragraphe 127(9) », 16 septembre 1994; AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 11.

15 Par. 18(9) L.I.R.

1.1.2. Travaux autres que de la RS & DE directement liée et proportionnellement en appui

Si l'entreprise, à l'occasion du projet RS & DE, sous-traite des travaux autres que de la RS & DE (par exemple, des travaux électriques, de soudure, de mécanique, de plomberie, de peinture, etc.), les autorités fiscales considèrent que ces coûts constituent des frais généraux et peuvent être réclamés uniquement si la méthode traditionnelle est choisie. Il faudra alors démontrer que ces coûts sont directement liés à l'exécution des travaux de RS & DE et constituent un coût supplémentaire afin de pouvoir déduire de telles dépenses à titre de dépenses RS & DE[16].

1.1.3. Contrats de RS & DE avec lien de dépendance

Un lien de dépendance existe lorsque les parties traitant ensemble sont liées au sens des lois fiscales[17]. Lorsque le contrat de recherche est exécuté par des parties ayant un lien de dépendance, chacune des parties aura droit de déduire les dépenses à titre de dépenses de RS & DE. Les travaux de RS & DE doivent être effectués au Canada par un fournisseur imposable. La RS & DE doit être en relation avec l'entreprise du demandeur. Selon l'ARC, lorsque le demandeur conclut un contrat relatif uniquement à des travaux de soutien visés à l'alinéa 248(1)d) de la définition d'« activités de recherche scientifique et de développement expérimental » L.I.R., le payeur pourra demander la déduction des montants payés pourvu qu'ils visent des travaux proportionnels aux besoins des travaux de recherche pure, de recherche appliquée ou de développement expérimental effectués et qu'ils les appuient directement. Les autres travaux pourraient être déductibles comme frais généraux et autres dépenses de RS & DE selon la méthode traditionnelle. L'exécutant peut demander la déduction des dépenses engagées pour des travaux de support à la RS & DE visés à l'alinéa 248(1)d) de la définition d'« activités de recherche scientifique et de développement expérimental » L.I.R. dans la mesure où de tels travaux constitueraient des activités de RS & DE si elles étaient effectuées par le payeur[18].

Des conditions particulières s'appliqueront à l`égard de la réclamation des crédits d'impôt à la RS & DE. En effet, au fédéral, le payeur ne gagne

---

16 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 11, section 4.1.

17 Par. 251(1) L.I.R.

18 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 11, section 5.4.; par. 37(13) L.I.R.

pas de crédit d`impôt à l'investissement (« CII ») pour de la RS & DE. Toutefois, le contribuable payeur et l'exécutant ayant un lien de dépendance peuvent produire un choix afin que la totalité ou une partie des dépenses de RS & DE de l'exécutant puisse être transférée au payeur aux fins des crédits d'impôt de la RS & DE[19] jusqu'à concurrence du montant du contrat[20]. Le montant reçu ou le montant à recevoir par l'exécutant ne sont pas considérés comme un paiement contractuel venant réduire les dépenses admissibles aux fins du crédit. Des mesures sont prévues pour qu'un demandeur ne se soustraie pas à ces règles en incluant une partie sans lien de dépendance entre un payeur et un exécutant avec lien de dépendance[21].

Au Québec, le payeur gagne le droit de réclamer le crédit d'impôt. Pour l'exécutant, le crédit sera réclamé si l'on tient compte de l'application des règles relatives au paiement contractuel[22] qui viennent réduire le montant des dépenses admissibles.

1.1.4. Contrats de RS & DE et de travaux autres que de la RS & DE avec lien de dépendance

Le payeur pourra déduire les dépenses de RS & DE et réclamer les CII uniquement sur le montant qui se rapporte aux travaux de RS & DE effectués au Canada par un fournisseur imposable conformément au contrat. La répartition du montant du contrat doit être raisonnable compte tenu de la juste valeur marchande (« JVM ») des travaux effectués et doit donner une estimation raisonnable des dépenses de RS & DE.

1.1.5. Certains enjeux

Les entreprises doivent conserver toute l'information pouvant justifier les dépenses demandées, ce qui inclut la répartition des coûts par projet, la méthode d'attribution des coûts, les feuilles de temps qui auraient pu être

---

19 Par. 127(9) L.I.R.; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-151R5 (consolidé), « Dépenses de recherche scientifique et de développement expérimental », 28 juillet 2003.

20 AGENCE DU REVENU DU CANADA, Formulaire T1146, « Convention pour transférer des dépenses admissibles relatives à des contrats de RS&DE entre des personnes ayant un lien de dépendance ».

21 Par. 127(24) L.I.R.

22 Art. 1029.8.17 L.I.

fournies par les consultants ainsi que les contrats ou ententes relatifs à la demande de crédits.

Les contrats ou ententes doivent permettre d'établir quels services ou produits ont été fournis, qui a effectué les travaux, où les travaux ont été réalisés et qui a acquis les droits de propriété intellectuelle résultants et qui peut déduire ou réclamer les dépenses ou crédits RS & DE.

Est-ce que cela doit être de la RS & DE pour le payeur ou pour les exécutants? À notre avis, les règles de qualification des dépenses RS & DE[23] s'appliquent au demandeur et non à l'exécutant des travaux. Le demandeur doit démontrer que les travaux exécutés pour son compte étaient des activités de RS & DE. Si c'est le cas, le plein montant du contrat RS & DE pourra être une dépense admissible aux fins des crédits RS & DE, dans la mesure où de la RS & DE est exécutée au Canada dans l'année d'imposition et qu'elle est reliée à l'entreprise du contribuable.

Par exemple, une entreprise canadienne qui a de l'expertise dans le développement de produits pharmaceutiques conçoit un nouveau médicament et réclame comme projet de recherche un essai clinique admissible sur des volontaires canadiens[24]. L'entreprise contracte une alliance avec une compagnie de recherche pharmaceutique canadienne sous-traitante (« CRO » acronyme de *Contract Research Organization*) pour des services à forfait à un prix ferme. Ces services sont considérés comme des travaux de RS & DE. Le CRO est engagé pour concevoir et valider de nouvelles méthodes bioanalytiques relativement au dosage du nouveau médicament et de ses métabolites dans les échantillons biologiques. Les méthodes analytiques sont validées selon le degré de sensibilité, de spécificité et de robustesse exigé par la société pharmaceutique. Après le développement de méthodes fait par le CRO, les échantillons sont prélevés auprès de sujets participant à l'essai clinique, dans plusieurs sites d'investigation. Ils seront analysés et les résultats des analyses seront subséquemment envoyés à l'entreprise payeuse. Les termes du contrat mentionnent en détail l'étendue des analyses qui seront effectuées. Il y a des spécifications préétablies à respecter et le CRO n'a aucun droit d'exploitation sur les résultats de la recherche effectuée. Ici l'ensemble des

---

23 Al. 37(1)a) et 37(8)a) L.I.R.

24 Louisa BULGARELLI, « Les paiements contractuels, comment les reconnaître? », dans *Colloque – Au cœur de la recherche scientifique et du développement expérimental*, 173, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 21 février 2008, cas 2, pp. 8:1-7.

circonstances nous amène à la conclusion qu'il y a un paiement contractuel. Le CRO a effectué la RS & DE pour le compte de Pharma Co.

1.2. LES CRÉDITS D'IMPÔT À L'INVESTISSEMENT

1.2.1. Taux et remboursement des crédits d'impôt à l'investissement

Les principaux incitatifs fédéraux que le programme de RS & DE procure aux contribuables sont les CII et leur caractère remboursable. Le taux auquel les CII sont gagnés et leur remboursement sont fonction d'une combinaison de quatre facteurs :

- le type de personne pour qui les CII sont demandés (le type de société, un particulier ou une fiducie);
- le type de dépenses engagées (courantes ou en capital);
- les dépenses admissibles pour l'année; et
- la limite des dépenses et le plafond de revenu admissible pour l'année.

Taux du CII

Les taux des CII sont de 35 % ou de 20 % :

- 35 % pour certaines sociétés privées sous contrôle canadien (« SPCC ») (taux du CII majoré);
- 20 % pour toutes les autres sociétés, y compris les particuliers et les fiducies;
- 20 % pour les associés d'une société de personnes, y compris les SPCC qui sont associées d'une société de personnes qui aurait autrement eu droit au taux de 35 % si la RS & DE avait été réalisée directement par la SPCC plutôt que par la société de personnes.

Utilisation des CII

Les CII gagnés dans l'année doivent tout d'abord être déduits de l'impôt qui serait par ailleurs payable pour la même année[25] et ils peuvent être remboursés dans certains cas[26]. Les CII non utilisés peuvent être reportés aux 3 années précédentes ou aux 20 années suivantes. Tout CII gagné durant l'année doit être déduit de l'impôt payable pour cette même année avant de pouvoir être reporté rétrospectivement.

Remboursement du CII

Un CII n'est remboursable que si le CII gagné durant l'année sert d'abord à acquitter l'impôt payable pour cette même année :

- Les SPCC admissibles ont droit au remboursement de 100 % des CII gagnés sur la totalité des dépenses courantes de RS & DE, mais de seulement 40 % sur les dépenses en capital de RS & DE.

- Les SPCC qui se qualifient à la fois à titre de sociétés admissibles et de sociétés exclues ont également droit au remboursement des CII, mais uniquement au taux de 40 %.

- Les SPCC qui ont gagné des CII sur les dépenses de RS & DE, mais qui ne sont pas à la fois des sociétés admissibles et des sociétés exclues ont droit à un remboursement de :

  – 100 % des dépenses admissibles pour lesquelles elles ont gagné des CII au taux de 35 % sur les dépenses courantes de RS & DE; et

  – 40 % des dépenses en capital de RS & DE pour lesquelles elles ont gagné des CII au taux de 35 %.

  Ces règles s'appliquent aux SPCC dont le revenu imposable est compris entre 500 000 $ et 800 000 $ (en vigueur pour l'année civile 2009, et 400 000 $ pour l'année précédente) ou dont le capital imposable est compris entre 10 M$ et 50 M$. Les CII gagnés par ces sociétés au taux de 20 % ne sont pas remboursables.

---

25 Par. 127(5) L.I.R.

26 Par. 127.1(1) L.I.R.

- Les particuliers et les fiducies dont les bénéficiaires sont des sociétés ou des particuliers admissibles ont droit au remboursement de 40 % des CII.

Tout CII gagné par une société de personnes au taux de 20 % n'est pas remboursable. Les CII gagnés par l'un des associés d'une société de personnes ne sont également pas remboursables.

1.2.2. Qui a droit au crédit?

Il peut être difficile, selon les termes d'un contrat, de déterminer qui a droit aux crédits d'impôt. La question se pose quand le contrat entre les parties n'indique pas clairement si les montants payés au sous-traitant constituent des paiements contractuels. Il faut alors déterminer si le payeur a demandé à l'entrepreneur d'effectuer de la RS & DE pour son compte, selon les termes du contrat.

Les paiements contractuels reçus par l'entreprise doivent réduire les dépenses admissibles aux crédits d'impôt RS & DE des personnes ayant effectué la RS & DE.

1.2.3. Paiements contractuels

Un paiement contractuel désigne[27] :

a) un montant payé ou payable à un contribuable, par un fournisseur imposable, pour des activités de RS & DE exercées au nom d'une personne n'ayant aucun lien de dépendance et qui a droit à une déduction pour la RS & DE[28], ou

b) un montant payable, sauf un montant prescrit[29], par une administration canadienne, une municipalité canadienne ou un autre organisme public du Canada, ou par une personne exonérée de l'impôt prévu à la partie I[30], pour des activités de RS & DE à exercer pour lui ou pour elle, ou à son profit.

---

27 Par. 127(9) « paiement contractuel » L.I.R.

28 Déduction en vertu du sous-alinéa 37(1)a)(i) ou du sous-alinéa 37(1)a)(i.1) L.I.R.

29 *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, ch. 945 et mod. (« R.I.R. »), art. 4606.

30 Art. 149 L.I.R.

En règle générale, lorsqu'un paiement à une partie sans lien de dépendance est considéré comme un paiement contractuel, le montant payé en vertu du contrat constitue une dépense admissible de RS & DE pour le payeur et le montant du paiement contractuel réduit les dépenses de RS & DE pour l'exécutant. Cette façon de procéder empêche le paiement en double du CII. L'exécutant est autorisé à demander des crédits pour tout montant des dépenses de RS & DE excédant les paiements contractuels reçus, à recevoir ou vraisemblablement en droit d'être reçus.

Trois points doivent être pris en compte avant de déterminer si un montant constitue un paiement contractuel, à savoir :

- Le payeur est-il un fournisseur imposable ou une administration publique ou une municipalité canadienne?

- Le payeur et l'exécutant sont-ils sans lien de dépendance?

- L'exécutant réalise-t-il les activités de RS & DE au nom ou pour le compte du payeur?

Parties sans lien de dépendance

Lorsque les parties n'ont pas de lien de dépendance, on doit déterminer si l'exécutant fait les activités de RS & DE au nom du payeur, auquel cas il y aura des paiements contractuels pour le bénéficiaire et le montant réduira les dépenses admissibles du bénéficiaire[31].

Au sein d'un groupe de sociétés, une entreprise peut demander à une entreprise ayant un lien de dépendance d'exécuter des travaux de RS & DE ou de lui fournir des biens. Les paiements reçus par la société exécutant la RS & DE ne sont pas considérés comme des paiements contractuels.

Paiement contractuel – Exécution d'activités de RS & DE au nom du payeur

La définition de l'expression « paiement contractuel » au paragraphe 127(9) L.I.R. fait référence à un « […] montant payé ou payable […] pour des activités de recherche scientifique et de développement expérimental ».

---

[31] Pour des commentaires sur l'introduction de ces règles, voir Karen WENSLEY, « Current Issues in SR&ED Tax Incentives », dans *1996 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1997, pp. 25:1-25, aux pages 25:5-11.

La question n'est pas de savoir s'il y a eu des activités de RS & DE, mais si les montants ont été payés pour des activités de RS & DE. Dans un contrat avec des paiements contractuels pour de la RS & DE, on s'attend à retrouver des clauses qui précisent les moyens à prendre ainsi que des clauses qui permettent de modifier ces moyens au fur et à mesure que les activités progressent, en raison de l'incertitude technologique. Si les résultats découlant des moyens ne sont pas connus à l'avance, la partie qui s'engage à contrôler les activités de RS & DE, soit le client ou le fournisseur, assume le risque de ne pas atteindre les performances et les résultats visés.

D'abord, pour qu'une dépense se qualifie comme une dépense de RS & DE faite « pour le compte » d'une entreprise (« payeur » ou « donneur d'ouvrage »), la RS & DE doit pouvoir être reliée à l'entreprise et doit donc pouvoir avoir une application bénéfique et directe dans l'entreprise exploitée par le contribuable.

Cependant, par la suite, on se demande jusqu'à quel point le payeur doit être mis à contribution dans le projet pour que la RS & DE soit considérée comme effectuée pour son compte. Doit-il contrôler le projet? Doit-il y participer activement? Doit-il avoir à son emploi du personnel ayant des compétences particulières? Doit-il faire la conception et le design? Doit-il fournir les spécifications? Doit-il concevoir et approuver l'énoncé des travaux? Doit-il surveiller l'exécution des travaux? Doit-il obtenir la pleine propriété intellectuelle après que le travail a été effectué? Aucune précision n'est donnée dans la loi, dans la jurisprudence et par l'ARC sur ce point.

La question d'identifier qui a réalisé les activités de RS & DE au bénéfice de qui est importante afin de savoir laquelle des deux parties à un contrat de RS & DE peut avoir le bénéfice de réclamer des dépenses admissibles aux fins du calcul du crédit pour RS & DE. Il faut déterminer qui fait le travail et pour le compte de qui, dans le cadre de ce contrat.

Peu de causes de jurisprudence, d'interprétations techniques[32] ou de documents de l'ARC ont commenté ces notions à l'exception de la *Politique d'application* RS & DE 94-04[33] et de la cause *Com Dev Ltd.* c. *La Reine*[34].

---

[32] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0078855, 11 septembre 2001.

[33] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Revue dans le cadre de la Politique sur l'aide et les paiements contractuels*, 22 juin 2011.

[34] 99 D.T.C. 775 (C.C.I.) (« *Com Dev* »), par. 44; AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 14.

Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si les sommes reçues par la société Com Dev Ltd. de la société Spar Aérospatiale Ltée, pour la conception et la fabrication de composantes destinées au projet de satellite Radarsat, facturées sur une base fixe, étaient des paiements contractuels au sens du paragraphe 127(9) L.I.R.

Selon la preuve faite devant la Cour canadienne de l'impôt, il n'y avait pas de résultats brevetables attribuables aux travaux effectués par Com Dev Ltd. dans la production des composantes. Aucun résultat de RS & DE n'était livré au client. Com Dev Ltd. avait conservé tous les droits relatifs à la technologie qu'elle avait conçue et avait les moyens de développer sa technologie et de faire les recherches nécessaires pour livrer les composantes faisant l'objet du contrat avec Spar. Cette dernière n'entendait pas acheter au profit du gouvernement du Canada les travaux de RS & DE.

La Cour a conclu que le contrat, fondé sur un prix ferme pour l'achat de composantes, ne constituait pas l'achat de travaux de RS & DE. Les sommes payées par la société Spar à la société Com Dev Ltd. n'étaient donc pas des paiements contractuels au sens du paragraphe 127(9) L.I.R. Compte tenu de la conclusion voulant qu'il y ait absence de paiement contractuel, on peut comprendre que le contribuable n'effectuait pas de la RS & DE « pour le compte » d'une autre personne.

L'ARC a publié des conseils utiles pour déterminer si l'exécutant exerce des activités de RS & DE au nom du payeur et s'il est le bénéficiaire de paiements contractuels qui réduiront les dépenses admissibles[35]. Tous les critères ont la même importance et ils doivent être considérés relativement à l'ensemble des éléments de l'entente.

Selon la *Politique d'application* RS & DE 94-04[36], l'élément majeur pour déterminer si un montant se qualifie comme un paiement contractuel est d'établir si le payeur a demandé à l'entrepreneur 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. Des guides et facteurs d'interprétation sont offerts. Aucun critère n'est, en soi, déterminant. Il faut faire l'analyse de l'ensemble des circonstances entourant les paiements pour déterminer si un montant se qualifie de paiement contractuel. Les facteurs sont les suivants :

---

35 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 14.

36 *Id.*

Exigences du contrat quant aux travaux à effectuer

- Le contrat prévoit-il que l'entrepreneur doive exécuter des travaux précis de RS & DE ou non et quelle est la nature des activités prévues au contrat? Il faut noter que la question n'est pas de savoir si le sous-traitant a effectué des activités de RS & DE, mais bien de déterminer si ces activités ont été effectuées à cause des exigences du contrat. Cela a de l'importance pour déterminer qui, du payeur ou de l'entrepreneur, a le droit de réclamer les dépenses de RS & DE y afférentes. En outre, s'il existe des caractéristiques préétablies ou des spécifications qui doivent être respectées par l'entrepreneur dans le cadre du contrat, cet élément peut indiquer que ce dernier fait des travaux de RS & DE pour le compte du payeur. Parfois, à partir des termes mêmes du contrat, il sera possible d'inférer que le travail est fait pour le compte du payeur, si ce dernier supervise étroitement ou exerce un contrôle sur les travaux visés par le contrat. Si les exigences renvoient à des résultats ou des performances à atteindre ou encore à des travaux d'urgence courante, les travaux RS & DE sont-ils faits au bénéfice du payeur?

Prix et risques assumés

- Est-ce que le contrat prévoit un prix avec plafond ou un versement forfaitaire? Un montant forfaitaire est le prix plafond au-delà duquel le fournisseur n'est pas payé. Si le fournisseur supporte les coûts supplémentaires ou les coûts des travaux RS & DE s'ils sont requis, des travaux RS & DE n'ont pas été faits pour le compte du payeur. Dans les deux cas, l'exécutant peut être considéré comme étant la société assumant le risque. En effet, s'il y avait dépassement des coûts prévus au contrat, cela viendrait militer en faveur de l'exécutant. En revanche, si ce dernier était payé pour tout le temps consacré et pour ses efforts dans le cadre de l'entente, le donneur d'ordre serait plutôt favorisé. De plus, si les objectifs techniques ne sont pas atteints, l'exécutant sera-t-il payé? Si l'exécutant est payé peu importe le résultat de RS & DE, cela indique que c'est le donneur d'ordre qui assume le risque technique. Est-ce que l'entrepreneur aurait quand même reçu des paiements si ses travaux n'avaient pas satisfait aux exigences prévues au contrat quant aux travaux à effectuer? Si oui, cela peut nous indiquer que les risques encourus par l'entrepreneur étaient limités, c'est-à-dire qu'ils reposaient plutôt sur le payeur, même s'il y avait une clause de prix plafond. Cela appuie la position que les travaux de RS & DE ont été effectués pour le compte du payeur. Un remboursement survenant lorsque l'entrepreneur a cessé les travaux ou qu'il n'a pas rempli ses autres obligations ne doit pas être tenu en compte lors de cette détermination.

Propriété intellectuelle

- Laquelle des deux parties aura droit à la propriété intellectuelle qui découlera des travaux effectués dans le cadre du contrat? Qui la conserve? Il s'agit là d'un autre élément à considérer, quoiqu'il ne s'agisse pas du seul facteur déterminant, contrairement à ce que plusieurs pourraient croire. Soulignons que, dans le cadre d'une entente avec une société de la Couronne, le droit à la propriété intellectuelle pour l'entrepreneur n'est pas déterminant. Si la propriété intellectuelle appartient au payeur, cela laisse penser que des travaux de RS & DE ont été faits pour le compte du payeur.

Contrat de service ou contrat pour la vente de bien

- Un contrat pour la fourniture d'un service peut être une indication que les travaux de RS & DE ont été effectués pour le compte du payeur; cependant, un contrat pour la vente d'un bien n'est pas nécessairement une indication que les travaux de RS & DE n'ont pas été effectués au profit du payeur. Ce critère peut être utilisé si les autres critères ne sont pas concluants. Il faut en effet noter que pour que des dépenses soient admissibles comme dépenses ayant été engagées relativement à du travail fait par un sous-traitant à des fins de RS & DE, le contrat doit avoir trait à la fourniture de services. Si un bien est livré, il est possible que les travaux de RS & DE n'aient pas été faits pour le compte du payeur.

Ainsi, l'analyse de l'ensemble des faits permet aux autorités fiscales de déterminer qui, du donneur d'ordre ou de l'exécutant, a droit à la déductibilité à titre de dépense RS & DE et qui doit être considéré comme ayant reçu un paiement contractuel.

Généralement, le travail sera effectué pour le compte du contribuable s'il dirige le travail de RS & DE, assume le risque que le travail ne donne pas les résultats souhaités et détient certains droits de propriété intellectuelle. Toutefois, l'expérience démontre que les vérificateurs de l'ARC ont tendance à accorder plus d'importance à la propriété intellectuelle. Cela ne doit pas empêcher les contribuables de souligner le fait que même si la propriété intellectuelle appartient au payeur, d'autres facteurs indiquent que les travaux de RS & DE n'ont pas été exécutés au nom du payeur. Cette situation peut se présenter lorsqu'il est question de contrats avec une

administration publique[37] ou, encore, lorsque les coûts du contrat comprennent le prix de vente de la propriété intellectuelle.

De nombreux essais ont été tentés pour déterminer avec une plus grande certitude si l'exécutant exerce des activités de RS & DE au nom du payeur, mais ces tentatives n'ont pas connu le succès espéré. L'ARC, dans le cadre de son examen des politiques d'application, revoit actuellement cette question. Le ministère des Finances considère que la question relève du droit des contrats. Pour les ententes sans lien de dépendance, il estime que les deux parties sont en mesure de décider d'après l'entente si l'exécutant exerce des activités de RS & DE au nom du payeur. Il ne suffit pas qu'une seule des deux personnes décide de demander des CII. La décision de présenter une demande doit reposer sur les faits en l'espèce et sur le contrat conclu entre les parties. De même, nous pensons que les contribuables ne doivent pas laisser les vérificateurs de l'ARC réévaluer la demande tout simplement parce qu'une partie a déjà demandé les crédits et que l'ARC avait déjà autorisé cette demande avec ou sans examen. Encore une fois, la décision appropriée doit reposer sur les faits en l'espèce et la question doit être évaluée avec la direction de l'ARC si elle ne peut pas être réglée par le vérificateur et le superviseur qui traite la demande de RS & DE.

Une mesure antiévitement prévoit qu'un montant est réputé un paiement contractuel lorsqu'il existe un arrangement et que l'un de ses principaux objets est de faire en sorte qu'un montant ne soit pas un paiement contractuel[38].

La recherche effectuée directement pour le compte du contribuable – Détermination en fonction du contrat et des faits

De façon générale, un montant reçu ou à recevoir par un contribuable est considéré comme un paiement contractuel si, à la fois :

- il est reçu ou à recevoir par le contribuable d'un fournisseur imposable;
- il est reçu pour faire suite à des activités de RS & DE;
- les activités de RS & DE sont exercées pour une personne ou une société de personnes qui a le droit de déduire le montant par l'effet du

---

37 *Com Dev*, précité, note 34.

38 Par. 127(25) L.I.R.

sous-alinéa 37(1)a)(i) ou du sous-alinéa 37(1)a)(i.1) L.I.R., ou pour le compte d'une telle personne ou société de personnes;

- le contribuable et la personne ou société de personnes visée n'ont entre eux aucun lien de dépendance au moment où les activités de RS & DE sont exercées. S'il y a lien de dépendance, il n'y a pas de paiement contractuel et le payeur n'a pas de dépenses admissibles pour des activités de RS & DE.

Tout paiement qu'une société admissible au programme de crédits RS & DE reçoit d'une société canadienne imposable ou d'une société non résidente exploitant une entreprise par le biais d'un établissement stable au Canada, sans lien de dépendance, peut venir réduire le calcul des crédits d'impôt à la RS & DE. Un paiement reçu d'un non-résident qui n'exploite pas d'entreprise au Canada n'est pas un paiement contractuel.

Dans le but de pallier une possible divergence d'interprétation, les contrats pourraient contenir une clause stipulant que les travaux de RS & DE admissibles aux crédits d'impôt seront réclamés, selon le cas, par le payeur ou l'exécutant. En d'autres mots, le contrat devrait spécifier, dans le cas où le payeur réclame les crédits de RS & DE, quelles sont les activités de RS & DE effectuées pour le compte du payeur, selon ses exigences. Idéalement, un sommaire des activités de développement ou un protocole de recherche (méthodologie) devrait être inclus au contrat. Sinon, il faut spécifier, selon le cas, que les travaux de RS & DE seront réclamés par l'entrepreneur ou l'exécutant. L'important est d'être clair afin d'éviter toute confusion.

En tout temps, une clause devrait spécifier la partie qui conserve la propriété intellectuelle découlant des travaux de RS & DE. Cela n'empêche pas d'avoir une clause permettant également à tous les intervenants d'avoir accès à la propriété intellectuelle sous une autre forme.

Nous suggérons, dans certains cas, d'inclure une clause exigeant la collaboration (informations techniques et financières) des entrepreneurs pour la préparation de la demande de crédits d'impôt à la RS & DE. Cette clause pourrait prévoir également la collaboration de l'entrepreneur lors d'une vérification technique et financière de la part des autorités gouvernementales, et ce, même si les conditions générales du contrat sont expirées.

Lorsqu'on analyse un contrat afin de déterminer si de la RS & DE a été faite pour le compte du contribuable, les points suivants doivent être examinés :

- Quels sont les objectifs d'affaires? Dans quel contexte l'entente s'est-elle signée?

- Qu'en retire chacune des parties? Quels sont les risques assumés par chacune des parties?

- Quel est le prix payé? Comment a-t-il été fixé? Quelles sont les modalités de paiement? Des garanties sont-elles octroyées?

- Quels sont les travaux prévus décrits en annexe au contrat, dans les bons de commande ou dans d'autres documents?

- Y a-t-il des dates butoirs ou des étapes importantes? Y a-t-il un processus d'approbation des travaux? Quelle est la date d'entrée en vigueur du contrat?

- Qui détient la propriété intellectuelle?

- Quelles sont les causes de résiliation du contrat?

- À quel endroit les travaux sont-ils effectués?

- Le contrat mentionne-t-il directement ou implicitement que des travaux de RS & DE sont effectués pour le compte du payeur?

- Les travaux sont-ils exécutés uniquement pour le compte du payeur?

- Quelles sont les exigences de performance de l'entrepreneur?

- Qui a le contrôle du travail exécuté?

- Qui a fourni les spécifications pour que le travail soit effectué?

- Est-on en présence de contrats mixtes de fournitures de biens et de services? Comment le prix de vente est-il imputé?

- Est-ce un contrat pour la fourniture de main-d'œuvre, c'est-à- dire un contrat où du travail est effectué sur place et selon les spécifications du contribuable, par les travailleurs d'un fournisseur externe de main-d'œuvre ou d'une agence de placement?

- Le contrat est-il ou non pour une période déterminée? Y a-t-il un lien direct entre la durée du contrat et le temps d'exécution prévu d'un contrat de RS & DE?

- Le contrat donne-t-il un aperçu des tâches précises afférentes aux projets de RS & DE qui devront être accomplies par le travailleur?

- Le contrat prévoit-il que l'exécutant puisse sous-traiter des travaux? Doit-il en) le payeur? Doit-il obtenir son autorisation?

- Quelle est la substance du contrat : acquisition d'un bien (sur commande, sans modification, de base (« vanille »), clé en main, acquisition d'un service? Quelle est la relation constituée entre les parties?

- S'agit-il d'une entente de coparticipation, d'une entente de société, d'une entente de sous-traitance, d'une entente de recherche?

- Quel mode de gestion est utilisé pour les risques du projet? Quel est le processus de prise de décision?

- Qui démontre de l'intérêt dans la technologie et qui veut l'acquérir? Qui a le contrôle et le pouvoir d'atteindre les objectifs du projet?

- Quelle partie a le choix de la technologie et des moyens? Quelles sont les responsabilités de chacun?

1.3. L'IMPACT EN MATIÈRE DE CRÉDITS D'IMPÔT DU QUÉBEC

Un crédit d'impôt remboursable s'applique sur les salaires RS & DE qu'une personne verse à ses employés qui effectuent des travaux de RS & DE dans un établissement situé au Québec[39]. Ce crédit est disponible aux contribuables autres que des contribuables exclus[40] qui exploitent une entreprise au Canada et qui effectuent au Québec ou font effectuer pour leur

---

[39] Art. 1029.7 L.I.

[40] Art. 1029.6.1 L.I. Un contribuable exclu désigne une société exclue ou une fiducie dont un des bénéficiaires du capital ou du revenu est soit une société exclue, soit une personne exonérée d'impôt. Une société exclue désigne une société exonérée d'impôt en vertu du livre VIII, autre qu'un assureur visé au paragraphe 998k) L.I., une société exonérée d'impôt en vertu de l'article 985 L.I., si ce n'était l'article 192 L.I., soit une société contrôlée ou une société liée à une société contrôlée.

compte au Québec de la RS & DE en rapport avec l'entreprise du contribuable. Ce crédit a pour objectif la création d'emplois et la réalisation d'activités de RS & DE sur le territoire du Québec[41].

Lorsque des travaux de RS & DE sont confiés à une autre personne, le crédit sera déterminé différemment selon que les parties au contrat ont un lien de dépendance ou non, selon que le contrat est un contrat de RS & DE ou non et selon que la méthode de remplacement ou la méthode traditionnelle est utilisée. Le travail effectué par un travailleur autonome est considéré comme un travail effectué au bénéfice du contribuable.

Les crédits d'impôt ne peuvent être obtenus que si le formulaire prescrit au plus tard le jour où le contribuable est tenu de produire sa déclaration fiscale pour l'année d'imposition suivante[42]. Le contribuable doit avoir payé au ministre le montant du crédit en acompte de ses impôts à payer[43].

1.3.1. Contrat accordé à une autre personne sans lien de dépendance

Lorsque le contribuable accorde le contrat à une autre personne n'ayant pas de lien de dépendance, le crédit d'impôt s'applique sur la moitié du montant payé par le contribuable qui est raisonnablement attribuable aux travaux effectués au Québec, par les employés du sous-traitant pour le compte du contribuable, dans le cadre d'un contrat de recherche ou d'un contrat donné. Cette méthode de calcul est basée sur la prémisse que la dépense de main-d'œuvre correspond généralement à 50 % du montant du contrat. Cette méthode est plus simple que de demander au sous-traitant sans lien de dépendance de fournir à l'entreprise la partie de la contrepartie relative aux salaires payés à ses employés. S'il y a sous-traitance par l'autre partie, aucun crédit ne sera accordé à l'égard de la partie sous-traitée. Lorsque les parties traitent sans lien de dépendance, le contribuable doit s'assurer que le travail est exécuté au Québec par des personnes qui sont des employés du sous-traitant. Si les travaux sont réalisés par un actionnaire de la société ou un membre de la société de personnes qui n'est pas employé du

---

41 QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2010-2011, Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 30 mars 2010.

42 Art. 230.0.0.4, 230.0.0.5 et 1029.8.21.3.1 L.I.

43 Art 1029.7 L.I.

sous-traitant, un assouplissement sera apporté à la loi, pour couvrir cette situation[44].

1.3.2. Contrat accordé à une personne avec lien de dépendance

S'il y a lien de dépendance entre le sous-traitant et l'entrepreneur, le crédit d'impôt s'applique sur les salaires versés aux employés du sous-traitant qui effectuent, pour le compte de l'entrepreneur au Québec, les travaux de RS & DE prévus au contrat de recherche effectué par cette autre partie ayant un établissement situé au Québec. Il est permis à un tel sous-traitant de premier niveau, qui a un lien de dépendance avec le contribuable, de déléguer la totalité ou une partie des travaux prévus au premier contrat de sous-traitance à un sous-traitant de deuxième niveau qui n'a pas de lien de dépendance avec le contribuable.

---

[44] *Id*. Cette modification s'applique à l'égard d'une dépense engagée par un contribuable pour une année d'imposition pour laquelle le ministre du Revenu peut, le jour du Discours sur le budget, déterminer ou déterminer de nouveau le crédit d'impôt remboursable pour la RS & DE pour cette année et faire une cotisation ou une nouvelle cotisation ou encore établir une cotisation supplémentaire relativement à ce crédit d'impôt.

1.3.3. Tableau récapitulatif

<table>
<tr><th colspan="3">Contrat de recherche</th><th colspan="3">Contrat autre</th></tr>
<tr><td>Sans lien de dépendance
50 % de la contrepartie (par. 1029.7c) L.I.)

Aucune sous-traitance[45]</td><td>Avec lien de dépendance</td><td></td><td>Sans lien de dépendance
50 % de la contrepartie (par. 1029.7e) L.I.)

Aucune sous-traitance[46]</td><td>Avec lien de dépendance</td><td></td></tr>
<tr><td></td><td>Méthode traditionnelle : Le contractant effectue lui-même les travaux</td><td>Crédit sur la partie des salaires attribuables (par. 1029.7b) L.I.)</td><td></td><td>Méthode traditionnelle : Le contractant effectue lui-même les travaux</td><td>Crédit sur la partie des salaires attribuables (par. 1029.7d) L.I.)</td></tr>
<tr><td></td><td>Méthode traditionnelle : Le contractant sous traite avec lien de dépendance</td><td>Crédit sur la partie des salaires attribuables (par. 1029.7f) L.I.)</td><td></td><td>Méthode traditionnelle : Le contractant sous traite avec lien de dépendance</td><td>Crédit sur la partie des salaires attribuables (par. 1029.7h) L.I.)</td></tr>
<tr><td></td><td>Méthode traditionnelle : Le contractant sous traite sans lien de dépendance</td><td>Crédit sur 50 % de la contrepartie (par. 1029.7g) L.I.)</td><td></td><td>Méthode traditionnelle : Le contractant sous traite sans lien de dépendance</td><td>Crédit sur 50 % de la contrepartie (par. 1029.7i) L.I.)</td></tr>
<tr><td></td><td>Méthode de remplacement : Le contractant effectue lui-même les travaux</td><td>Partie des salaires attribuables (par. 1029.7b.1) L.I.)</td><td></td><td>Méthode de remplacement : Le contractant effectue lui-même les travaux</td><td>Partie des salaires attribuables (par. 1029.7b.1) L.I.)</td></tr>
<tr><td></td><td>Méthode de remplacement : Le contractant sous-traite par la suite avec lien de dépendance</td><td>Partie des salaires attribuables (par. 1029.7f.1). L.I.)</td><td></td><td>Méthode de remplacement : Le contractant sous-traite par la suite avec lien de dépendance</td><td>Partie des salaires attribuables (par. 1029.7h.1). L.I.)</td></tr>
<tr><td></td><td>Méthode de remplacement : Le contractant sous-traite par la suite sans lien de dépendance</td><td>50 % de la contrepartie (par. 1029.7g) L.I.)</td><td></td><td>Méthode de remplacement : Le contractant sous-traite par la suite sans lien de dépendance</td><td>50 % de la contrepartie (par. 1029.7i) L.I.)</td></tr>
</table>

[45] Assouplissement pour les travaux effectués par un actionnaire ou membre d'une société de personnes.

[46] *Id.*

1.3.4. Taux de crédit

Le taux de ce crédit d'impôt est de 17,5 %. Une petite et moyenne entreprise (PME), c'est-à-dire une société non contrôlée par des non-résidents, ayant un actif inférieur à 50 M$ pour son exercice financier précédent, et ce, compte tenu de l'actif des sociétés qui lui sont associées, peut bénéficier d'un crédit à un taux de 37,5 % sur la première tranche de 3 M$ de dépenses de RS & DE admissible à ce crédit[47]. Si les actifs se situent entre 50 et 75 M$, le taux de 37,5 % décroît à 17,5 %.

Le Budget 2010-2011 a instauré des règles particulières relatives à la participation de volontaires dans les études cliniques. De telles personnes seront présumées exécuter des travaux aux fins du crédit d'impôt salaires dans la mesure où leur participation fait partie intégrante d'une investigation systématique ou qu'elle est nécessaire pour trouver une solution théorique ou pratique à un projet RS & DE. De plus, la législation fiscale sera modifiée pour standardiser le traitement fiscal de l'indemnité payée au volontaire.

Une dépense engagée par un contribuable pour une année d'imposition ne sera pas admissible au crédit d'impôt remboursable pour services d'adaptation technologique pour cette année, si elle est par ailleurs admissible relativement à l'application d'un crédit d'impôt remboursable concernant la RS & DE[48].

2. LE CONTRAT DE RECHERCHE CONCLU AVEC UNE ASSOCIATION, UNE ENTITÉ AGRÉÉE OU UN ORGANISME DE RECHERCHE

Des entités, telles que des sociétés canadiennes, des associations agréées, des universités, collèges, instituts de recherche ou autres établissements agréés, ainsi que des sociétés de RS & DE à but non lucratif[49], peuvent être en mesure d'effectuer des activités de RS & DE. Lorsqu'un contribuable fait des paiements à de telles entités, que les activités effectuées sont en lien avec son entreprise et qu'il est en droit d'exploiter les

---

47 Art. 1029.7.2 L.I.

48 QUÉBEC, ministère des Finances, précité, note 41.

49 Al. 149(1)j) L.I.R.; art. 999.1 L.I.

résultats de ces activités de RS & DE, ces paiements sont déductibles dans l'année au cours de laquelle les activités de RS & DE sont exercées[50].

Tous les collèges et universités affiliés du Canada sont considérés comme des organismes agréés[51]. Pour être un organisme agréé, une demande doit être adressée auprès de l'autorité fiscale concernée[52] et respecter ces conditions :

- l'organisme doit avoir les ressources, les installations et le personnel appropriés pour pouvoir effectuer la RS & DE;
- les activités exercées par l'organisme doivent être indiscutablement de la RS & DE;
- aucune ressource ne doit être disponible pour servir au bénéfice des membres;
- le public en général doit pouvoir bénéficier des résultats de la RS & DE; et
- le financement de l'organisme doit permettre d'assurer la continuité de l'exercice de la RS & DE.

L'admissibilité d'une société à titre de société de RS & DE à but non lucratif est une question de fait et le bureau des services fiscaux approprié prend cette décision après la production de la déclaration de revenus de la société pour un exercice donné et l'examen de ses activités.

Des paiements faits à une société exonérée d'impôt[53], par exemple un consortium effectuant sur une grande échelle de la recherche précompétitive

---

50 Al. 18(9)a), 18(9)d) et s.-al. 37(1)a)(i.1) L.I.R. Ils sont généralement déductibles au moment où le paiement est versé. Une exception existe pour les sociétés tierces qui ne sont pas des instituts de recherche, des associations agréées, des universités ou des sociétés de RS & DE. La dépense ne peut alors être déduite tant que les activités n'ont pas été exercées (en vertu du paragraphe 18(9) L.I.R.). Voir au Québec les articles 222, 222.1, 225.2, 230.0.0.2 et 230.0.0.6 L.I.

51 S.-al. 37(1)a)(ii) L.I.R.; art. 222 et 222.1 L.I.

52 Au fédéral, cette demande doit être adressée à la Direction des décisions en impôt.

53 Al. 149(1)j) L.I.R.; art. 999.1 L.I.

ayant des applications dans plus d'un genre d'entreprises, par une société par actions peuvent être déductibles à titre de dépenses RS & DE si :

- les paiements sont pour des activités de RS & DE portant sur de la recherche pure et appliquée qui peuvent avoir des utilisations dans d'autres genres d'entreprises non en lien avec l'entreprise du demandeur, et

- l'objet principal du paiement est de permettre à l'entreprise d'exploiter les résultats des recherches pures ou appliquées conjointement avec d'autres activités de RS & DE qu'elle exerce ou fait exercer pour son compte.

2.1. DISTINCTION ENTRE LES PAIEMENTS À DES TIERS ET LES CONTRATS DE RS & DE

Les paiements à des entités tierces pour des activités de RS & DE se distinguent :

- des paiements faits par des entreprises dans le cadre de travaux pour des activités et projets de RS & DE exercés par le demandeur;

- des dépenses relatives aux contrats de RS & DE effectués au bénéfice de l'entreprise.

La distinction entre les paiements à des tiers et des contrats de RS & DE effectués pour le compte du demandeur n'est pas évidente. Plusieurs facteurs doivent être examinés. Des paiements sont-ils faits pour des tâches précises? Le contribuable contrôle-t-il les travaux effectués? En général, lorsqu'il y a paiement à des tiers, il y a abandon des contrôles des activités de RS & DE en faveur de celui qui a exercé les activités. Le payeur obtient essentiellement le droit aux résultats de la RS & DE.

L'ARC offre le tableau suivant pour aider à distinguer les paiements faits pour des contrats de RS & DE effectués au bénéfice du contribuable des paiements faits à des tiers.

Contrats de RS & DE ou paiements à des tiers[54]

	Contrats de RS & DE	Paiements à des tiers
Contrôle de la RS & DE	Payeur	Exécutant
Droits	Exclusifs	Non exclusifs (travaux généralement publiés)
Nombre de bailleurs de fonds	Généralement limité à un payeur	Plusieurs bailleurs de fonds
Genre de travaux de RS & DE	Axés sur le développement expérimental	Souvent de la recherche pure ou appliquée

La question de savoir si un contribuable peut utiliser ou est en droit d'utiliser les résultats de la RS & DE effectuée à son bénéfice est une question de fait à ne pas confondre avec le droit à la propriété intellectuelle des résultats ou avec le droit de propriété d'un bien commercial produit dans le cadre de la RS & DE. Nous comprenons qu'un contribuable est en droit d'exploiter les résultats de la RS & DE lorsqu'il :

- reçoit le droit d'utiliser les résultats de la RS & DE (par exemple, s'il a le droit d'utiliser un brevet), sur une base exclusive ou non exclusive, même si ce droit est accompagné de restrictions territoriales raisonnables et même s'il est assujetti à une redevance[55];

- reçoit un droit préférentiel pour utiliser les connaissances acquises ou les résultats de la RS & DE (tels que l'accès à des résultats non publiés, un accès anticipé à des résultats ou un imprimé de prépublication du texte). Si les résultats des activités de RS & DE sont du domaine public avant que le payeur en prenne connaissance, l'ARC considère qu'il n'y a pas de droit préférentiel;

- est en droit de mettre en marché et de distribuer tout produit résultant de la RS & DE;

- reçoit le droit d'utiliser les résultats d'un projet de RS & DE basé sur une licence en vertu de laquelle le chercheur canadien facture au contribuable

---

54 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Politique sur les paiements à un tiers*, 2010, ébauche, point 1.2.

55 *Id.*, point 4.1.1.

soit une redevance raisonnable, soit un droit de licence ou tout autre montant[56].

Le contribuable n'a pas l'obligation d'exploiter effectivement les résultats de la RS & DE dans le cadre de son entreprise, car ils peuvent être inexploitables commercialement.

C'est le contribuable qui fait le paiement à l'entité tierce qui doit être en droit d'exploiter les résultats des activités de RS & DE[57].

La question de savoir si un paiement servira à des activités de RS & DE ou si une dépense est afférente à des activités de RS & DE en relation avec une entreprise du demandeur est une question de fait. Cependant, pour que des activités de RS & DE soient en rapport avec une entreprise, il doit y avoir un lien entre les travaux de RS & DE et le domaine général de l'activité de l'entreprise. Les activités de RS & DE en lien avec une entreprise comprennent les activités susceptibles de provoquer ou de faciliter la croissance. Si les travaux de RS & DE ont une application directe et bénéfique pour l'entreprise, cela signifie généralement que la RS & DE est en rapport avec l'entreprise. Si le payeur est lié à une société qui prend une part active dans la RS & DE, le paiement sera considéré comme en lien avec l'entreprise du payeur[58].

2.1.1. Chaire de recherche

Les paiements pour financer une chaire de recherche dans une université ou un collège peuvent être considérés comme un paiement fait à un tiers si la partie du paiement réclamé sert uniquement à financer de la RS & DE[59].

L'ARC demande qu'une entente conclue entre le demandeur et l'institution d'enseignement indiquant quels travaux sont financés par la chaire et de quelle façon les fonds seront imputés à ces travaux. Les dépenses de RS & DE doivent pouvoir être contrôlées et appuyées. Selon

---

56 Guy LORD, *Mise à jour sur les règles fiscales relatives à la RS&DE*, séminaire technique du 17 mai 1992, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, p. 24 à 26; AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 19, par. 12.

57 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 54, point 4.2.

58 *Id.*, point 3.4.

59 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Politique d'application* RS & DE 2001-01, « Chaires de recherche », 3 avril 2001; s.-al. 37(1)a)(ii) L.I.R.

l'ARC[60], les paiements aux chaires industrielles du Conseil de recherches en sciences naturelles et en génie (CRSNG) se qualifient à ce titre.

S'il y a contribution en argent, le montant admissible de paiement sera le montant versé et non les revenus générés par ce paiement, s'il est versé dans un fonds.

S'il y a paiement en nature, comme la fourniture de biens ou services, il faudra évaluer la JVM du bien et du service. Le contribuable ne doit pas poser de conditions quant à des remboursements directs ou indirects.

2.1.2. Contributions versées à des organisations agricoles

Des contributions versées par des producteurs agricoles aux organisations agricoles qui agissent en qualité de mandataire pour leur compte afin de financer des activités de RS & DE sont admissibles. Un comité doit être constitué de représentants de l'organisation agricole et des producteurs agricoles relativement à la RS & DE. Des livres et registres indiquant les fonds reçus et versés pour la RS & DE ainsi que les procès-verbaux des réunions du comité devront être conservés[61].

2.1.3. Les contrats de recherche entreprise – universités

La collaboration entreprise – université est un élément essentiel d'un nombre important de projets de recherche. Les administrateurs de ces projets de recherche doivent à la fois gérer ces contrats ainsi que les organismes subventionnaires. Les contrats de recherche doivent donc être élaborés en fonction de la nature de la relation entre les parties, du but et des besoins du projet, de l'entente existante relativement à la propriété intellectuelle et des besoins de **conformité** des organismes subventionnaires et des entreprises concernées. Par ailleurs, l'entente doit être suffisamment flexible pour tenir compte des besoins du projet, des chercheurs, des organismes subventionnaires et des entreprises.

2.1.4. Les dons, bourses ou subventions

Il est parfois difficile de distinguer les dons, subventions et bourses des contrats de recherche. Aux fins fiscales, il faut pouvoir définir la relation

---

60 *Id.*

61 AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 54, points 7.1. à 7.4.

exacte afin de pouvoir accorder le traitement approprié. Il faudra alors examiner les mécanismes de demande, d'approbation et de gestion ainsi que les rôles, responsabilités et droits pour y arriver.

Dans le secteur universitaire, le financement de la RS & DE peut provenir des dons dont le produit doit servir à des fins de recherche. Le donateur remettra un reçu pour don qui permettra, selon le cas, une déduction ou un crédit pour don de charité. Un don est un acte à titre gratuit et le payeur ne s'attend pas à recevoir un avantage en raison du paiement. Il n'aura pas ainsi de droit dans la propriété intellectuelle qui découle du projet de recherche ou de droit d'utiliser la RS & DE dans son entreprise. La recherche financée par des sociétés commerciales au moyen de dons ou de dépenses de promotion n'est pas admissible aux déductions à titre de dépenses RS & DE.

Les bourses accordées par une entreprise à une organisation de recherche ou à un chercheur ne sont pas, en soi, des paiements à un tiers pour de la RS & DE. De telles bourses sont souvent accordées aux employés qui poursuivent, par exemple, des études en vue de l'obtention d'un doctorat ou d'un postdoctorat.

2.1.5. Contributions à un consortium de recherche admissible

Des entreprises se regroupent en sociétés sans but lucratif afin d'effectuer une partie de leurs activités de RS & DE. Les paiements versés à de telles entités seront déductibles.

2.1.6. Dépenses en vue d'acquérir des droits relatifs à la RS & DE

Aucune déduction à titre de dépense RS & DE n'est permise quant à une dépense faite en vue d'acquérir des droits relatifs à des activités de RS & DE ou des droits en découlant[62].

Cette règle a pour but de s'assurer qu'il n'y ait pas déduction répétée de dépenses de RS & DE, car on présuppose que les droits acquis, relatifs à des activités de RS & DE ou qui en découlent, peuvent avoir eux-mêmes généré

---

[62] Art. 228 L.I.; « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 92*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1993, pp. 1177-1044; par. 37(4) L.I.R.

des dépenses déductibles de RS & DE par un autre contribuable dans le passé.

Ainsi, lorsqu'un projet de recherche avec une entité tierce fait appel à de la propriété intellectuelle ou du savoir-faire antérieur clairement identifiable, le contrat de recherche devrait préciser sur quoi portera le paiement afin de déterminer si le paiement sert en entier à l'objet du contrat ou s'il porte sur l'acquisition de droits relatifs à des travaux antérieurs et accessoires.

2.2. CRÉDIT D'IMPÔT À L'INVESTISSEMENT POUR LA RS & DE AU FÉDÉRAL

Les principaux incitatifs fédéraux que le programme de RS & DE procure aux contribuables sont les CII et leur caractère remboursable. Le taux auquel les CII sont gagnés et leur remboursement sont tous les deux établis en fonction d'une combinaison de quatre facteurs :

- le type de personne pour qui les CII sont demandés (le type de société, un particulier ou une fiducie);
- le type de dépenses engagées (courantes ou en capital);
- les dépenses admissibles pour l'année; et
- la limite des dépenses et le plafond de revenu admissible pour l'année.

De tels crédits sont applicables lorsque des paiements à des tiers sont effectués.

2.3. CRÉDIT RS & DE POUR LES CONTRATS DE RECHERCHE UNIVERSITAIRE OU LES CONTRATS DE RECHERCHE ADMISSIBLE

Au Québec, les dépenses engagées dans le cadre de contrats de recherche universitaire ou de contrats de recherche admissibles donnent droit à un crédit d'impôt calculé sur la totalité des dépenses engagées en vertu du contrat de recherche conclu avec des entités admissibles[63].

---

63 Selon le sens donné à ces expressions par l'article 1029.8.1 L.I.

Ainsi, un contribuable autre qu`un contribuable exclu[64], qui exploite une entreprise au Canada et qui a conclu un tel contrat avec une entité universitaire admissible, un centre de recherche public admissible ou un consortium de recherche admissible, ou au bénéfice duquel un organisme charnière prescrit a conclu un tel contrat, sera réputé avoir payé, pour son année d'imposition au cours de laquelle la RS & DE aura été effectuée, un acompte sur son impôt à payer égal à 35 % de l'un des montants suivants :

- Si le contribuable est lié à l'entité universitaire admissible, au centre de recherche public admissible ou au consortium de recherche admissible, la totalité ou la partie du montant d'une dépense admissible qu'il a versée à cette entité, que l'on peut raisonnablement attribuer à des dépenses pour cette RS & DE que l'entité a faite au Québec, en vertu du contrat, pendant cette année.

- Si le contribuable est non lié, lors de la conclusion du contrat, à l'entité universitaire admissible, au centre de recherche public admissible ou au consortium de recherche admissible, 80 % d'un montant d'une dépense admissible versée à cette entité que l'on peut raisonnablement attribuer à de la RS & DE effectuée au Québec par l'entité, en vertu du contrat, pendant cette année.

Une dépense engagée par un contribuable pour une année d'imposition ne sera pas admissible au crédit d'impôt remboursable pour services d'adaptation technologique pour cette année, si elle est par ailleurs admissible pour l'application d'un crédit d'impôt remboursable pour la RS & DE[65].

---

[64] Par. 1029.8.1 L.I. Cette exclusion vise les sociétés exonérées d'impôt, les sociétés de la Couronne et leur filiale ainsi que les sociétés contrôlées, c'est-à-dire les entreprises qui, au cours des 24 mois qui précèdent la date où un contrat de recherche est conclu, ou à un moment ultérieur que le ministre du Revenu détermine, sont contrôlées directement ou indirectement par une entité universitaire, un centre de recherche public admissible, un consortium de recherche admissible, une fiducie dont un des bénéficiaires du capital ou du revenu est une entité universitaire admissible, un centre de recherche public admissible ou un consortium de recherche admissible, une société qui exploite une entreprise de services personnels ou une combinaison d'entités ou de personnes.

[65] QUÉBEC, ministère des Finances, précité, note 41.

2.3.1. Centres de recherche publics admissibles

Il appartient au ministère des Finances de reconnaître un centre de recherche à titre de centre de recherche public admissible. Pour être reconnu à ce titre, le centre de recherche doit démontrer sa capacité, sur le plan des ressources humaines, matérielles et financières, à réaliser des travaux de RS & DE pour le compte d'entreprises. Les employés doivent posséder les qualifications souhaitées pour exécuter les travaux de RS & DE confiés au centre de recherche. Le centre doit disposer de locaux et d'équipements lui permettant, dans son champ d'expertise, de conduire ces travaux. Le financement du centre de recherche doit provenir principalement de fonds publics.

Les centres de recherche doivent confirmer annuellement au ministère des Finances qu'ils répondent aux critères d'admissibilité. Cette déclaration annuelle, relative aux années civiles, doit être transmise au plus tard le dernier jour de février suivant cette année civile. Le ministère des Finances doit être avisé dès que se produit un changement pouvant compromettre sa capacité à réaliser des travaux de RS & DE pour le compte d'entreprises ou à satisfaire à l'exigence relative à la provenance de son financement[66].

2.3.2. Contrat de recherche

Préalablement à la conclusion de l'entente, un énoncé des travaux, un budget, des échéanciers, l'identification des chercheurs principaux ainsi que le mécanisme de coordination devraient avoir été préparés. Les rôles et responsabilités de chacun doivent être bien définis[67]. Les exigences posées par les lois constitutives, statuts, règlements et mission des entités universitaires admissibles, des centres de recherche publics admissibles ou des consortiums de recherche admissibles doivent être respectées. Le contrat doit être juridiquement valide. Les parties au contrat doivent être désignées par leur nom juridique exact. Il peut être formé par une entente verbale ou

---

66 QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2007-2008, Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 24 mai 2007, section 2.4.2.

67 Marie F. SMITH, « Subcontracting Primer: The ABCs of Agreements between Collaborators », *The Journal of Research Administration*, vol. XXXV, n^{os} I et II, 2004, Society of Research Administrators International, pp. 25 à 29; Beryl B. GREEN et J. Alex PANKRATZ, « Tax Effective Alliances », *Conference on Taxation of Intellectual Property*, 24 juin 1998; R. Timothé HUOT, « La recherche scientifique en milieu universitaire/institutionnel », dans *Colloque – Recherche scientifique et développement expérimental*, 82, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1998, pp. 3:1-35.

écrite, mais l'écrit constitue le plus sûr moyen de preuve de l'accord de volonté des parties. La date d'entrée en vigueur du contrat détermine le moment à compter duquel les dépenses de RS & DE faites par l'entité admissible sont effectuées en vertu du contrat.

Les éléments essentiels de ces contrats sont, entre autres :

- l'identification précise des parties;
- l'énoncé des travaux;
- la direction du projet;
- la durée de l'entente;
- les coûts estimés et autorisés;
- le paiement, la fréquence de facturation, l'énoncé sur les factures, les modalités et la fréquence des paiements;
- les exigences de documentation et de conservation des documents;
- les modalités et processus pour changer les objectifs et la portée du projet ou pour modifier les chercheurs affectés;
- les conditions de résiliation du contrat;
- les livrables et les rapports devant être produits;
- les modalités et conditions;
- l'indemnisation;
- les droits relatifs au matériel et aux données;
- la publication des résultats;
- l'utilisation de sous-traitants ou de travailleurs indépendants;
- l'approbation finale;

- l'emploi du nom de l'utilisation.

Ces informations sont importantes lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a paiement pour de la RS & DE et lorsque des demandes de décision anticipée doivent être déposées en vue d'obtenir des aides fiscales ou des crédits d'impôt particuliers pour la recherche effectuée avec des universités ou des organismes de recherche agréés.

Le contrat de recherche admissible est un contrat RS & DE conclu entre un contribuable et une entité de recherche universitaire, un centre de recherche public admissible ou un consortium admissible en vertu duquel l'entité admissible s'engage directement à effectuer, dans le cadre de ses activités, de la RS & DE au Québec[68].

Le contrat peut être conclu entre l'entité admissible et plusieurs contribuables à l'égard d'un même projet de RS & DE, mais les droits et obligations respectives de chacun doivent être clairement établis. L'entité doit effectuer elle-même au Québec la RS & DE en vertu du contrat par l'intermédiaire de ses employés. On doit pouvoir déterminer l'engagement financier de chacun ainsi que la propriété intellectuelle qui leur revient. La nature et l'étendue du contrat doivent être précisées. Les modalités de paiement sont importantes et impactent le moment où le crédit est réclamé. Les ententes de collaboration entreprise – université ne se qualifient pas nécessairement. Il en est de même pour les contrats de recherche entre le chercheur, l`entité de recherche et le contribuable. Les ententes où il est difficile de préciser les travaux et budgets de RS & DE peuvent aussi être difficiles à qualifier. Si des travaux de RS & DE sont confiés en sous-traitance, ils doivent être clairement définis et seule la partie des dépenses admissibles doit être versée à l'entité.

La RS & DE effectuée doit être en relation avec une entreprise du contribuable et les résultats de la RS & DE doivent pouvoir être exploités par ce dernier. Par exemple, le contribuable est en droit d'exploiter les résultats de la RS & DE lorsqu'il reçoit :

- le droit d'utiliser les résultats de la RS & DE sur une base exclusive ou non exclusive, même si ce droit est accompagné de restrictions territoriales;

---

68 Art. 1029.8.1 L.I.

- le droit de mettre en marché et de distribuer tout produit résultant de la RS & DE; ou

- le droit d'utiliser les résultats d'un projet de RS & DE en vertu d'une entente de licence par laquelle le chercheur demande au contribuable une redevance raisonnable, un droit de licence ou tout autre montant.

2.3.3. Dépenses admissibles

Le crédit d'impôt se calcule sur le montant de la dépense admissible versée par le contribuable que l'on peut raisonnablement attribuer à des dépenses pour de la RS & DE faisant l'objet du contrat de recherche universitaire ou du contrat de recherche admissible. Le quantum du crédit d`impôt est limité aux dépenses effectuées par l'entité universitaire admissible pendant l'année.

Les dépenses admissibles sont les dépenses de nature courante pour de la RS & DE ou les dépenses en immobilisations pour RS & DE. Le quantum des dépenses admissibles dans le cadre d'un contrat conclu avec une entité non liée est limité à 80 %. Si les parties sont liées, le quantum est limité au montant qui représenterait une dépense admissible du contribuable, notamment si l'on considère que les frais généraux et autres dépenses n'excèdent pas 65 % des salaires engagés dans le cadre du contrat.

2.3.4. Dépenses non admissibles

Les dépenses non admissibles sont prévues expressément dans ce qui suit[69] :

- les dépenses pour l'administration générale et la gestion. Le traitement ou le salaire administratif et les avantages connexes des employés qui ne sont pas, en totalité ou presque, attribuables à des travaux de RS & DE. Néanmoins, elles ne comprennent pas le traitement ou le salaire des employés qui entreprennent, supervisent ou soutiennent directement les activités de RS & DE ainsi que les travaux d'employés considérés comme étant directement liés et le coût des salaires qui constituent un coût supplémentaire;

- les honoraires juridiques et comptables;

---

[69] Art. 1029.8.5.1 L.I.

- les frais d'intérêts et les frais financiers[70];

- les dépenses de divertissement et frais de représentation;

- les dépenses publicitaires ou liées à la vente;

- les dépenses de participation à des conférences ou à des congrès;

- les cotisations ou droits d'adhésion à un organisme scientifique ou technique;

- les amendes et les pénalités;

- les dépenses engagées pour le maintien et l'entretien des locaux, des installations ou du matériel qui ne sont pas attribuables à la RS & DE;

- les coûts d'acquisition de biens, sauf les biens devant servir, en totalité ou presque, pour la RS & DE :

  – devant être utilisés, pendant la totalité ou presque de leur temps d'exploitation au cours de leur vie utile prévue, pour la poursuite de RS & DE au Canada,

  – la totalité ou presque de leur valeur est censée être consommée dans le cadre de la poursuite de RS & DE effectuée au Canada;

- les coûts d'acquisition d'un bien qui est acheté en vue d'être utilisé ou loué à quelque fin que ce soit avant son acquisition par le contribuable;

- les dépenses engagées en vue d'acquérir des droits découlant des travaux de RS & DE effectués par d'autres;

- les dons de bienfaisance et autres dons[71];

- les remboursements à l'égard des dépenses courantes ou en capital engagées par le contribuable :

---

70 Art. 147, 148, 160, 161, 163, 176, 176.4 et 179 L.I.

71 Art. 710 à 716.03 ou 752.0.10.1 à 752.0.10.18 L.I.

– d'une personne résidant au Canada, autre que les personnes suivantes :

a) Sa Majesté du Chef du Canada ou d'une province autre que le Québec,

b) un mandataire de Sa Majesté du Chef du Canada ou d'une province autre que le Québec,

c) une société, une commission ou une association contrôlée, directement ou indirectement, de quelque façon que ce soit, par Sa Majesté du Chef du Canada ou d'une province ou un mandataire de Sa Majesté du Chef du Canada ou d'une province, autre que le Québec,

d) une municipalité au Canada ou d'un organisme municipal ou public remplissant une fonction gouvernementale au Canada, ou

– d'une personne ne résidant pas au Canada, dans la mesure où le non-résident peut déduire le remboursement dans le calcul de son revenu imposable gagné au Canada pour toute année d'imposition;

- une dépense en capital à l'égard de l'acquisition d'un édifice, autre qu'un édifice destiné à une fin particulière, au sens des règlements, y compris une tenure à bail dans cet édifice et un débours ou une dépense pour l'usage ou le droit d'usage d'un tel édifice[72];

- des dépenses faites à l'égard de l'acquisition ou de la location d'animaux autres que des animaux de laboratoire au sens des règlements ou à l'égard de tout autre type de transaction semblable portant sur ces animaux[73];

- une dépense indiquée par une société aux fins de la division 194(2)a)(ii)(A) L.I.R.

---

72 Art. 230.0.0.2 L.I.R.

73 *Id*.

2.3.5. Formalités administratives

Les formalités administratives de ce crédit d'impôt visent à permettre à Revenu Québec de s'assurer qu'un contrat de recherche confié à une entité universitaire admissible, à un centre de recherche public admissible ou à un consortium de recherche admissible de constituer véritablement un contrat de recherche universitaire ou un contrat de recherche admissible. Le mode de constitution, l'organisation du contribuable, l'octroi de droits de propriété intellectuelle, le mode de financement et les relations commerciales entre les parties concernées sont étudiés.

2.3.6. Non-cumul des mesures fiscales

Une dépense de RS & DE engagée dans le cadre d'un contrat de recherche avec une entité universitaire admissible, un centre de recherche public admissible ou un consortium de recherche admissible n'est pas admissible au crédit d'impôt remboursable pour la recherche précompétitive réalisée en partenariat privé. Cependant, une telle dépense est admissible au crédit d'impôt remboursable pour les crédits RS & DE sur les salaires ou au crédit d'impôt remboursable pour la RS & DE universitaire, au choix du contribuable.

2.3.7. Contributions

La politique fiscale accorde un bénéfice uniquement aux contribuables qui exploitent une entreprise et supportent la RS & DE, par opposition aux entités qui obtiennent leur financement de fonds publics.

Un crédit d'impôt RS & DE n'est pas disponible si un contribuable a droit de recevoir ou peut raisonnablement s'attendre à recevoir de l'entité ou de toute personne ayant un lien de dépendance un montant ou une contrepartie relativement à l'aliénation ou au transfert d'un bien, notamment la propriété intellectuelle découlant d'un projet de RS & DE ou des droits s'y rapportant (une contribution). Les règles de contribution ont pour effet de réduire à zéro le montant des dépenses d'un projet RS & DE à l'égard duquel elles se rapportent, sous réserve de certaines exceptions. Ces règles sont très larges et sont faites pour contrecarrer l'abus et s'assurer qu'une entreprise finance ou assume tous les risques du projet.

Toutefois, la participation active sous forme de dépense de RS & DE d'intervenants du milieu de la recherche institutionnelle est permise sans qu'il y ait diminution du montant de l'aide fiscale et sera réputée ne pas être une contribution.

2.4. CRÉDIT D'IMPÔT DU QUÉBEC CONCERNANT LES COTISATIONS VERSÉES À UN CONSORTIUM DE RECHERCHE ADMISSIBLE

Le gouvernement du Québec a établi pour les membres[74] (autres que les contribuables exclus) d'un consortium de recherche admissible[75] un crédit d'impôt remboursable correspondant à 35 % de la partie de la cotisation versée à ce consortium qui est raisonnablement attribuable à de la RS & DE effectuée au Québec par le consortium de recherche. Ce crédit est accordé à un contribuable membre qui exploite une entreprise au Canada en fonction de la cotisation ou du droit versé pour un exercice financier du consortium et des dépenses admissibles de RS & DE faites au Québec par le consortium au cours de cet exercice financier[76].

Ce crédit d'impôt vise à inciter les entrepreneurs d'un même secteur d'activité à s'unir dans la mise sur pied d'un centre de recherche privé qui peut réaliser les phases génériques du développement de procédés, de produits ou de services et fournir des ressources et équipements spécialisés pour la résolution de problèmes spécifiques. Un tel consortium renforce la capacité technologique des secteurs desservis.

L'assiette de ce crédit est constituée des droits et cotisations versées pour le financement de la recherche faite par le consortium[77].

Des formulaires prescrits contenant les renseignements prescrits doivent être fournis dans les délais[78]. Le crédit prend la forme d'un paiement réputé d'impôt et est considéré dans le calcul des versements.

Le crédit est également disponible aux membres (autres que les contribuables exclus) d'une société de personnes exploitant une entreprise au Canada, à la fin d'un exercice financier de celle-ci. La part du contribuable est égale à la proportion convenue de ce montant, à l'égard du contribuable.

---

74 Art. 1029.8.9.0.3 L.I.R.

75 Par. 1029.8.1a.1.1) L.I.

76 Autres que les dépenses non admissibles visées à l'article 1029.8.9.0.2.2 L.I.

77 QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2008-2009, Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 13 mars 2008, section 2.6.

78 REVENU QUÉBEC, Formulaire RD 1029.8.9.0.3, « Crédit d'impôt relatif aux cotisations et aux droits versés à un consortium de recherche », 6 octobre 2011.

Ce crédit vise à encourager les entreprises québécoises qui exercent leurs activités dans des secteurs liés à se regrouper au sein d'un centre de recherche privé pour la réalisation de travaux de RS & DE les concernant[79]. De telles activités de RS & DE sont souvent conduites en collaboration avec les universités. Ces consortiums se financent en partie par le biais des cotisations de leurs membres.

2.4.1. Consortium de recherche admissible

Un consortium de recherche est un centre de recherche privé à but non lucratif, constitué au Canada et dont les membres exploitent des entreprises dans un même secteur d'activité ou dans des secteurs d'activité connexes.

Les critères d'admissibilité sont les suivants :

- Le consortium a pour mission d'effectuer au Québec des travaux de RS & DE de nature générique non susceptible de conduire à des résultats immédiatement commercialisables. Les travaux sont relatifs aux intérêts scientifiques et technologiques des entreprises membres. Les résultats obtenus sont accessibles à l'ensemble des membres qui peuvent les utiliser et les développer selon leurs besoins. Un programme de recherche doit être établi annuellement et doit définir comment les résultats de recherche peuvent être exploités par les membres. Les activités de recherche précompétitive doivent être appréciables, même si le consortium exécute des contrats de recherche ou offre d'autres services.

- Le consortium doit être représentatif des entreprises québécoises dont les activités se déroulent dans des secteurs connexes. On prend en considération une période de démarrage pour recruter des membres.

- Le consortium doit être un organisme à but non lucratif constitué au Canada et en activité au Québec. La majorité des membres doivent être des sociétés privées existantes, mais ils peuvent également comprendre des organismes publics ou parapublics travaillant dans le même domaine ou dans des secteurs connexes. Ces organismes publics ou parapublics ne fournissent pas la majorité du financement.

- Le consortium est une institution qui dispose d'employés ayant les qualifications requises pour réaliser des travaux de RS & DE. Des locaux

[79] REVENU QUÉBEC, *Notes explicatives accompagnant le Projet de loi 100*, Lois du Québec 2005, c. 23.

et des équipements lui permettent de réaliser ses travaux au Québec. Les travaux de RS & DE sont réalisés seuls par le consortium ou en collaboration avec les universités ou les centres de recherche.

2.4.2. Dépenses admissibles du consortium de recherche

Les dépenses engagées par un consortium de recherche admissible se qualifient de dépenses de RS & DE si elles répondent aux mêmes exigences que celles applicables aux dépenses engagées par un contribuable exploitant une entreprise au Canada et désirant déduire de telles dépenses dans le calcul de son revenu[80].

La RS & DE effectuée par ce consortium doit être considérée comme concernant une entreprise du consortium de recherche admissible.

2.4.3. Acquisitions de biens ou de services auprès d'un membre

Si une dépense de RS & DE faite par un consortium de recherche admissible consiste en l'acquisition d'un bien d'un membre de ce consortium ou en l'obtention d'un service fourni par un membre de ce consortium, le montant de cette dépense ne doit pas excéder le moindre de la JVM du bien ou du service ou du coût ou encore du coût en capital du bien ou du service pour le membre.

2.4.4. Dépenses non admissibles du consortium de recherche

Les dépenses non admissibles sont prévues expressément dans ce qui suit[81] :

- les dépenses pour l'administration générale et la gestion. Le traitement ou le salaire administratif et les avantages connexes des employés qui ne sont pas, en totalité ou presque, attribuables à des travaux de RS & DE. Néanmoins, elles ne comprennent pas le traitement ou le salaire des employés qui entreprennent, supervisent ou soutiennent directement les activités de RS & DE ainsi que les travaux d'employés considérés comme étant directement liés et le coût des salaires qui constituent un

[80] Art. 1029.8.9.0.2.1 L.I.

[81] Art. 1029.8.9.0.2.2 L.I.

coût supplémentaire. De plus, certaines dépenses générales et administratives pourraient être considérées comme directement attribuables à l'exécution de la RS & DE et admissibles aux crédits RS & DE. Par exemple, une portion raisonnable du salaire et des bénéfices imposables attribuables du personnel administratif ou général, qui n'aurait pas été engagée, n'eût été la RS & DE, pourrait être admissible;

- les honoraires juridiques et comptables;

- les frais d'intérêts et les frais financiers[82]. Cette dépense d'intérêt sur l'hypothèque d'un édifice dédié à la RS & DE est prescrite même si l'entreprise est dédiée exclusivement à la RS & DE[83];

- les dépenses de divertissement et frais de représentation;

- les dépenses publicitaires ou liées à la vente;

- les dépenses de participation à des conférences ou à des congrès;

- les cotisations ou droits d'adhésion à un organisme scientifique ou technique;

- les amendes et les pénalités;

- les dépenses engagées pour le maintien et l'entretien des locaux, des installations ou du matériel qui ne sont pas attribuables à la RS & DE;

- les coûts d'acquisition de biens, sauf les biens devant servir, en totalité ou presque, pour la RS & DE :

  – devant être utilisés, pendant la totalité ou presque de leur temps d'exploitation au cours de leur vie utile prévue, pour la poursuite de RS & DE au Canada,

  – la totalité ou presque de leur valeur est censée être consommée dans le cadre de la poursuite de RS & DE effectuée au Canada;

---

82 Art. 147, 148, 160, 161, 163, 176, 176.4 et 179 L.I.

83 *Minicom Data Corporation* c. *La Reine*, 92 D.T.C. 1876 (C.C.I.).

- les coûts d'acquisition d'un bien qui est acheté en vue d'être utilisé ou loué à quelque fin que ce soit avant son acquisition par le contribuable;

- les dépenses engagées en vue d'acquérir des droits découlant des travaux de RS & DE effectués par d'autres;

- les dons de bienfaisance et autres dons[84];

- les remboursements des dépenses courantes ou en capital engagées par le contribuable :

  – d'une personne résidant au Canada, autre que les personnes suivantes :

    a) Sa Majesté du Chef du Canada ou d'une province autre que le Québec,

    b) un mandataire de Sa Majesté du Chef du Canada ou d'une province autre que le Québec,

    c) une société, une commission ou une association contrôlée, directement ou indirectement, de quelque façon que ce soit, par Sa Majesté du Chef du Canada ou d'une province ou un mandataire de Sa Majesté du Chef du Canada ou d'une province, autre que le Québec,

    d) une municipalité au Canada ou d'un organisme municipal ou public remplissant une fonction gouvernementale au Canada, ou

  – d'une personne ne résidant pas au Canada, dans la mesure où le non-résident peut déduire le remboursement dans le calcul de son revenu imposable gagné au Canada pour toute année d'imposition;

- une dépense en capital à l'égard de l'acquisition d'un édifice, autre qu'un édifice destiné à une fin particulière, au sens des règlements, y compris une tenure à bail dans cet édifice et un débours ou une dépense pour l'usage ou le droit d'usage d'un tel édifice[85];

---

84 Art. 710 à 716.03 ou 752.0.10.1 à 752.0.10.18 L.I.

85 Art. 230.0.0.2 L.I.

- des dépenses faites à l'égard de l'acquisition ou de la location d'animaux autres que des animaux de laboratoire au sens des règlements ou à l'égard de tout autre type de transaction semblable portant sur ces animaux[86];

- une dépense indiquée par une société aux fins de la division 194(2)a)(ii)(A) L.I.R.

2.4.5. Dépenses attribuables à des cotisations ou droits versés par un membre

Les dépenses faites par un consortium de recherche admissible sont attribuables à des cotisations ou droits versés au cours d'un exercice financier si l'on peut raisonnablement considérer qu'elles ne sont pas attribuables à des cotisations ou droits qui lui ont été versés au cours d'un exercice financier antérieur.

2.4.6. Reconnaissance à titre de consortium de recherche admissible

Le ministère du Développement économique, de l'Innovation et de l'Exportation (« MDÉIE ») du Québec émet une attestation reconnaissant l'organisme à titre de consortium de recherche admissible.

3. L'ENTENTE DE PARTENARIAT OU DE COLLABORATION

3.1. CRÉDIT D'IMPÔT À L'INVESTISSEMENT POUR LA RS & DE AU FÉDÉRAL

Les principaux incitatifs fédéraux que le programme de RS & DE procure aux contribuables sont la déductibilité des dépenses de RS & DE, les CII et leur caractère remboursable.

De tels incitatifs sont disponibles pour les contribuables participant à un projet de recherche en partenariat. La nature du partenariat (société de personnes, société en commandite, *joint venture* (coentreprise), etc.) influera sur l'identité de la personne réclamant le crédit ainsi que sur le taux de crédit et le taux de remboursement applicable.

---

[86] *Id*.

3.2. CRÉDIT D'IMPÔT REMBOURSABLE RELATIF À UN PROJET DE RECHERCHE PRÉCOMPÉTITIVE RÉALISÉE EN PARTENARIAT PRIVÉ

Le crédit d'impôt remboursable pour la recherche précompétitive réalisée en partenariat privé a pour objectif de favoriser le regroupement d'entreprises traitant à distance afin qu'elles réalisent en partenariat des projets de RS & DE d'une plus grande envergure.

De tels projets ne seraient probablement pas réalisés par chacun des partenaires individuellement : ils permettent d'accroître les connaissances scientifiques et technologiques des entreprises et rendent ces nouvelles connaissances utilisables aux entreprises partenaires. La mesure fiscale vise à réduire le coût de ces projets et à partager les risques pour mener à terme des projets coûteux de RS & DE.

Le crédit incite au moins deux partenaires traitant à distance et n'étant pas des partenaires exclus à se regrouper en vue de la réalisation d'un projet de RS & DE dans le cadre d`une entente de partenariat véritable. Une entreprise étrangère peut être un partenaire admissible. Au moins deux partenaires engagés dans le partenariat ne sont pas des partenaires exclus. Par exemple, deux sociétés liées concluant une entente de partenariat avec un centre de recherche public admissible et avec une troisième société avec laquelle elles n'ont pas de lien de dépendance pourraient bénéficier de ce crédit d'impôt[87].

Le MDÉIE émet une attestation à l'égard de l'entente de partenariat certifiant qu'elle est admissible et que le projet de RS & DE constitue un projet de recherche précompétitive. Pour ce faire, le MDÉIE vérifie que les droits et obligations découlant du projet de recherche sont répartis de façon équitable et raisonnable entre les partenaires, que tous les partenaires sont traités sur un pied d'égalité et qu'ils partagent les responsabilités et activités du projet de RS & DE. Cette attestation sera valide pendant une période de trois ans.

3.2.1. Contribuable admissible

Le contribuable admissible à cette mesure fiscale exploite une entreprise au Canada et a conclu une entente de partenariat avec une entreprise pour effectuer au Québec ou faire effectuer à son bénéfice au Québec des travaux de RS & DE. Ce crédit s'applique également aux sociétés de personnes.

---

87 QUÉBEC, ministère des Finances, précité, note 77.

3.2.2. Dépenses admissibles

Les dépenses de RS & DE en capital et de nature courante se qualifient pour l'application de ce crédit d'impôt.

Les dépenses courantes sont les salaires, les matériaux consommés et transformés, les paiements faits à des sous-traitants et tiers, les frais de location de locaux, les installations ou le matériel ainsi que les frais généraux et autres dépenses de RS & DE.

Les dépenses en capital sont les dépenses pour biens amortissables ainsi que le mobilier et l'équipement de bureau.

Les aides gouvernementales ou non gouvernementales ainsi que les paiements contractuels ou certaines contributions viennent réduire le montant des dépenses admissibles.

Une dépense engagée par un contribuable pour une année d'imposition ne sera pas admissible au crédit d'impôt remboursable pour services d'adaptation technologique pour cette année, si elle est par ailleurs admissible relativement à l'application d'un crédit d'impôt remboursable concernant la RS & DE[88].

3.2.3. Non-cumul des mesures fiscales

Une dépense de RS & DE engagée dans le cadre d'un contrat de recherche avec une entité universitaire admissible, un centre de recherche public admissible ou un consortium de recherche admissible n'est pas admissible au crédit d'impôt remboursable pour la recherche précompétitive réalisée en partenariat privé. Cependant, une telle dépense est admissible au crédit d'impôt remboursable pour les crédits RS & DE sur les salaires ou au crédit d'impôt remboursable pour la RS & DE universitaire, au choix du contribuable.

3.2.4. Contributions

Les règles de contribution ont pour effet de réduire à zéro le montant des dépenses d'un projet RS & DE à l'égard duquel elles se rapportent, sous réserve de certaines exceptions.

---

88 QUÉBEC, ministère des Finances, précité, note 41.

Une dépense de RS & DE engagée ou supportée par un partenaire exclu pour la réalisation d'un projet de RS & DE dans le cadre d'une entente de partenariat est réputée ne pas être une contribution pour les autres partenaires de cette entente.

La contribution de partenaires publics sous forme de dépenses de RS & DE pour la réalisation du projet de RS & DE ne réduira pas le montant des dépenses de RS & DE admissibles engagées par les partenaires privés quant aux travaux de RS & DE qu'ils effectuent.

3.2.5. Formalités administratives

Le contribuable qui désire se prévaloir de ce crédit doit joindre à sa déclaration fiscale pour une année d'imposition les renseignements qui seront prescrits par Revenu Québec, ce qui inclut l'identification de tous les partenaires d'une entente de partenariat et les informations permettant à Revenu Québec d'établir s'il existe un lien de dépendance entre le contribuable et les autres partenaires. L'attestation d'admissibilité délivrée par le MDÉIE doit également être jointe. Il n'y a pas d'obligation d'obtenir une décision anticipée favorable de Revenu Québec.

3.2.6. Responsabilités de Revenu Québec

Revenu Québec a le mandat d'évaluer qu'au moins deux partenaires ne sont pas des partenaires exclus. Elle évalue également l'admissibilité des travaux de RS & DE et l'absence de lien de dépendance d'un partenaire donné avec un partenaire qui n'est pas un partenaire exclu.

3.3. DÉPENSES FAITES POUR ACQUÉRIR DES DROITS RELATIFS À LA RS & DE

Aucune déduction à titre de dépense RS & DE n'est permise quant à une dépense faite en vue d'acquérir des droits relatifs à des activités de RS & DE ou des droits en découlant[89].

Cette règle a pour but de s'assurer qu'il n'y ait pas déduction répétée de dépenses de RS & DE, car on présuppose que les droits acquis, relatifs à des activités de RS & DE ou qui en découlent, peuvent avoir eux-mêmes généré des dépenses déductibles de RS & DE par un autre contribuable dans le

[89] Voir *supra*, note 62.

passé. Elle couvre, par exemple, l'achat de brevets, de savoir-faire ou de résultats de recherche.

Il y a toutefois exception à ce principe général lorsqu'un paiement est fait à un non-résident en vertu d'une entente de partage de coûts de RS & DE. Dans de telles ententes, le contribuable canadien faisant le paiement partage généralement un intérêt dans la RS & DE effectuée et participe lui-même à la RS & DE.

3.3.1. Outils pour exécuter la RS & DE

Une autre exception existe à l'égard des dépenses qui sont uniquement un outil pour exécuter de la RS & DE, qui soutiendront les efforts de RS & DE du contribuable, mais qui ne seront pas incorporés dans le produit final, dans la mesure où le contribuable n'acquiert pas le droit d'exploiter commercialement les résultats de la RS & DE effectuée par quelqu'un d'autre.

Par exemple, des paiements pour des applications logicielles qui améliorent le processus de développement sans devenir partie intégrante du logiciel conçu peuvent se qualifier comme dépenses en capital RS & DE sans être couverts par l'exclusion prévue par le paragraphe 37(4) L.I.R. Nous pensons que cela inclurait également, par exemple, une application servant de comparable, une application pour gérer le projet, une application de test qui permet de déterminer si oui ou non l'objectif technologique est atteint ou, encore, des outils de conception des logiciels.

3.3.2. Acquisition de logiciels incorporés dans un logiciel, dans un système ou dans un produit mis au point par le demandeur

Par ailleurs, si des éléments du logiciel acquis sont incorporés dans un logiciel, système ou produit mis au point, nous comprenons que le coût d'achat serait couvert par le paragraphe 37(4) L.I.R. Cela s'appliquerait, par exemple, au coût d'acquisition de librairies d'objets, de logiciels à intégrer dans le logiciel conçu par le demandeur ou au coût supporté par le demandeur pour utiliser du code logiciel conçu par une autre personne, s'ils ont été créés ou mis au point au moyen de la RS & DE[90].

---

[90] Il faudra alors que le travail effectué pour les concevoir se soit qualifié comme de la RS & DE (que des dépenses RS & DE aient été ou non demandées à cet égard par le concepteur); AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-151R5, précité, note 19 et AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0169537, 24 avril 2003.

PANEL RS & DE AVEC L'AGENCE DU REVENU DU CANADA ET L'AGENCE DU REVENU DU QUÉBEC



Coordonnateur
Serge Grenier
CA, DESS fisc.
Associé, fiscalité
Gallant & Associés s.e.n.c.r.l.



Hélène Marquis
M. Sc., directrice
Division de l'élaboration des politiques
Direction de la recherche scientifique et du développement expérimental
Agence du revenu du Canada



Martin Pesant
Ing., gestionnaire de la recherche et de la technologie
BSF de l'Est-du-Québec
Agence du revenu du Canada



Martin Dussault
Directeur du contrôle fiscal des crédits d'impôt des sociétés
Direction principale de la vérification des entreprises 4
Revenu Québec

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (HÉLÈNE MARQUIS ET MARTIN PESANT)

INTRODUCTION 39:3

1. ORIENTATION DU PROGRAMME ET PRINCIPAUX DÉVELOPPEMENTS 39:3

2. PROJET DE RÉVISION DES POLITIQUES DE LA RS & DE – CONSULTATIONS PUBLIQUES 39:4

2.1. COMMENTAIRES REÇUS SUR LES ÉBAUCHES DE POLITIQUES FINANCIÈRES 39:6

2.2. COMMENTAIRES REÇUS SUR L'ÉBAUCHE DE POLITIQUE SUR L'ADMISSIBILITÉ DES TRAVAUX POUR LES CRÉDITS D'IMPÔT À L'INVESTISSEMENT À LA RS & DE 39:7

3. MISE À JOUR SUR LES AUTRES INITIATIVES DU PROGRAMME DE LA RS & DE 39:10

4. VOLET EXAMEN DES DOSSIERS 39:11

CONCLUSION 39:12

PARTIE B (MARTIN DUSSAULT)

1. PRÉSENTATION DE LA DIRECTION DU CONTRÔLE FISCAL DES CRÉDITS D'IMPÔT DES SOCIÉTÉS 39:13

2. MODIFICATIONS APPORTÉES À LA STRUCTURE ORGANISATIONNELLE 39:13

3. VÉRIFICATION DES CRÉDITS ET RAPPORT DU VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC 39:15

4. ORIENTATIONS 39:16

CONCLUSION 39:17

PARTIE A

Hélène Marquis, M. Sc., directrice
Division de l'élaboration des politiques
Direction de la recherche scientifique et du développement expérimental
Agence du revenu du Canada

Martin Pesant, ing., gestionnaire de la recherche et de la technologie
Bureau des services fiscaux de l'Est-du-Québec
Agence du revenu du Canada

INTRODUCTION

Nous aimerions remercier l'Association de planification fiscale et financière (« APFF ») de l'invitation à partager une mise à jour sur le programme de la recherche scientifique et du développement expérimental (« RS & DE ») avec les participants du congrès. Nous apprécions l'excellente collaboration que nous avons avec l'APFF depuis de nombreuses années et la tribune qui nous est offerte pour communiquer des informations et des messages importants sur le programme.

1. ORIENTATION DU PROGRAMME ET PRINCIPAUX DÉVELOPPEMENTS

Nous pouvons dire, sans l'ombre d'un doute, que l'année qui s'est écoulée depuis le dernier congrès de l'APFF, de même que les prochains mois, ont été et seront très riches du côté de la RS & DE. En effet, nous sommes dans l'attente de la publication du rapport de l'Ombudsman des contribuables à la suite de sa revue systémique du programme de la RS & DE ainsi que des conclusions du groupe d'experts chargé de l'examen du soutien fédéral de la recherche et du développement (« R & D »). L'ensemble de l'aide fournie par le gouvernement fédéral à la recherche et au développement industriel, incluant le programme de la RS & DE, était à l'étude.

Le programme de la RS & DE a également une nouvelle directrice générale en la personne de M^me^ Susan Betts. M^me^ Betts, comptable de formation, arrive au programme de la RS & DE avec une riche et vaste expérience acquise tant dans les opérations régionales qu'à l'administration centrale de l'Agence du revenu du Canada (« ARC »).

M^me^ Marquis présentera une mise à jour sur les diverses initiatives sous la gouverne de l'administration centrale du programme à Ottawa et M. Pesant présentera le volet portant sur l'examen des dossiers.

L'administration centrale de la RS & DE a travaillé sur plusieurs projets d'envergure au cours des dernières années avec l'assistance précieuse de représentants provenant de nos divers bureaux régionaux à travers le pays. M. Pesant, étant un membre actif du groupe de travail sur le *Manuel d'examen des demandes* (« MED »)[1], présentera la mise à jour sur ce sujet.

2. PROJET DE RÉVISION DES POLITIQUES DE LA RS & DE – CONSULTATIONS PUBLIQUES

Le Projet de révision des politiques de la RS & DE vise à consolider et à clarifier les documents de politique et les documents d'orientation connexes relatifs au programme de la RS & DE. Il vise aussi à présenter ces renseignements d'une manière conviviale dans les pages du site Web de l'ARC consacrées à la RS & DE. Ce projet n'a pas pour but de changer ou de modifier les politiques déjà existantes.

Afin de guider les lecteurs lors de leur révision, une liste de questions à répondre était fournie. Ces questions portaient, par exemple, sur la clarté des informations et leur structure. Les questions posées lors des consultations en ligne étaient les suivantes :

- La langue est-elle facile à comprendre (par exemple, y a-t-il des mots ou des expressions qui devraient être changés afin d'améliorer la clarté)?
- L'information est-elle bien organisée?
- Y a-t-il des lacunes ou des omissions au niveau de l'information?
- Y a-t-il de l'information inutile?
- Quelles sont les meilleures caractéristiques du document?
- Avez-vous d'autres commentaires ou suggestions afin d'améliorer le document?

L'ensemble des commentaires reçus est pris en considération. Ils sont examinés et les ajouts et/ou modifications appropriés seront apportés aux politiques concernées avant leur diffusion officielle qui est maintenant

[1] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Manuel d'examen des demandes*, 1er juin 2010.

prévue d'ici le 31 décembre 2012. Afin de faciliter la transition au nouveau format, les documents de politique actuels et nouveaux seront conservés dans les pages Web sur la RS & DE pour une période de six mois. Après cette période, les publications dont le contenu a été saisi dans les documents révisés seront archivées.

Trois consultations publiques en ligne ont été complétées et une quatrième est présentement en cours pour les nouvelles ébauches de politiques. Ces consultations traitent des politiques suivantes :

Première consultation (du 30 novembre 2010 au 14 janvier 2011)

- Politique sur les paiements à des tiers (ébauche).
- Politique sur les exigences de production pour la RS & DE (ébauche).

Deuxième consultation (du 16 mars au 30 avril 2011)

- Politique sur le matériel à vocations multiples pour la RS & DE (ébauche).
- Politique sur les traitements ou salaires RS & DE (ébauche).
- Politique sur les dépenses de location RS & DE (ébauche).
- Politique sur les dépenses en capital de RS & DE (ébauche).

Troisième consultation (du 20 juin au 4 août 2011)

- Politique sur les méthodes traditionnelles et de remplacement (ébauche).
- Politique sur le montant de remplacement visé par règlement (ébauche).
- Politique sur les frais généraux et autres dépenses de RS & DE (ébauche).
- Politique sur les dépenses relatives aux contrats de RS & DE effectuée pour le compte du demandeur (ébauche).
- Politique sur l'aide et les paiements contractuels (ébauche).

- Politique sur l'admissibilité des travaux pour les crédits d'impôt à l'investissement pour la RS & DE (ébauche).

Quatrième consultation (du 22 septembre au 5 novembre 2011)

- Politique sur le compte de dépenses de RS & DE déductibles (ébauche).

- Politique sur le total des dépenses de RS & DE admissibles pour le calcul du crédit d'impôt à l'investissement (ébauche).

- Politique sur les demandes de RS & DE des sociétés de personnes (ébauche).

- Politique sur les crédits d'impôt à l'investissement pour la RS & DE (ébauche).

- Politique sur la récupération des crédits d'impôt à l'investissement pour la RS & DE (ébauche).

La phase 5 des consultations en ligne est prévue pour l'automne 2011 et traitera des sujets conjoints financiers et scientifiques suivants :

- les matériaux pour la RS & DE;

- la production expérimentale et la production commerciale avec développement expérimental;

- les prototypes, les produits sur commande et les biens commerciaux;

- les usines pilotes et les usines commerciales.

2.1. COMMENTAIRES REÇUS SUR LES ÉBAUCHES DE POLITIQUES FINANCIÈRES

De nombreux commentaires ont été reçus jusqu'à maintenant sur ces ébauches de politiques. La plupart des répondants remercient l'ARC de leur donner l'occasion de pouvoir fournir leurs commentaires.

Les politiques reliées aux sujets financiers sont basées sur le Formulaire T661 et tentent de se rapprocher le plus possible des définitions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[2].

Les commentaires reçus jusqu'à maintenant sur les politiques financières sont très positifs. Certains commentaires sont généraux et portent sur l'ajout de références aux décisions et à la jurisprudence, d'hyperliens aux références ou demandent d'ajouter davantage d'exemples. En général, tous trouvent que l'information est bien organisée.

D'autres commentaires portent précisément sur une politique, par exemple, et mentionnent que la présentation d'information contenue dans plusieurs documents en un seul rend la compréhension du sujet beaucoup plus facile (Politique sur les paiements à des tiers et Politique sur les exigences de production de la RS & DE) ou encore que la politique consolidée fournit une bonne direction en ce qui concerne le terme « en totalité, ou presque » (Politique sur les dépenses en capital de la RS & DE).

Des commentaires plus spécifiques demandant à être examinés de plus près ont également été reçus. Par exemple, malgré l'effort de consolidation, la politique est encore complexe (Politique sur les méthodes traditionnelle et de remplacement). Enfin, plusieurs des commentaires reçus auraient un impact sur le fondement des politiques concernées ou impliqueraient un changement législatif s'ils étaient pris en considération. Tel qu'il est mentionné ci-dessus, le projet de révision des politiques est de consolider et de clarifier les documents existants et non de les modifier.

2.2. COMMENTAIRES REÇUS SUR L'ÉBAUCHE DE POLITIQUE SUR L'ADMISSIBILITÉ DES TRAVAUX POUR LES CRÉDITS D'IMPÔT À L'INVESTISSEMENT À LA RS & DE

La politique sur l'admissibilité des travaux est basée sur la définition de la RS & DE au paragraphe 248(1) L.I.R. Ultimement, toute demande de RS & DE doit respecter l'esprit de la loi. Ce constat a guidé la consolidation de toutes les informations disponibles sur l'admissibilité et a permis de simplifier la présentation des concepts contenus dans les multiples documents présentement disponibles sur le site Web de la RS & DE ainsi que dans la jurisprudence.

---

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

Tous les commentaires reçus lors de la consultation publique sur la politique scientifique, sauf cinq, provenaient des intermédiaires fiscaux et peuvent être regroupés en deux catégories : les commentaires constructifs identifiant une section ou phrase et suggérant, parfois, comment améliorer le texte, et les commentaires critiques portant sur l'ensemble du document ou sa portée sans identifier de point précis nécessitant des éclaircissements. Le nombre de commentaires reçus dans chaque catégorie est similaire. Comme c'est le cas pour tous les autres documents d'ébauche de politique affichés pour consultation sur le site Web de la RS & DE, les commentaires constructifs seront examinés et les ajouts ou modifications appropriés seront apportés aux politiques concernées avant leur diffusion officielle à la fin du projet. Nous nous attarderons ici à discuter des commentaires critiques.

L'analyse des commentaires reçus met en évidence que plusieurs d'entre eux font abstraction du fait que, tel qu'il est mentionné dans le message accompagnant les documents affichés pour consultation, le document de politique consolidée sur l'admissibilité ne contient pas l'information relative aux sujets conjoints financiers et scientifiques (prototypes, usine pilote, etc.) pas plus qu'il ne contient les illustrations et exemples contenus dans les documents de politique actuels, y compris les documents sectoriels.

À titre indicatif, voici un sommaire plus spécifique des commentaires critiques les plus importants :

1) Application plus étroite de la méthode scientifique aux travaux de RS & DE.

2) Exigence plus sévère relativement à la documentation des travaux.

3) Définitions de termes clés plus restrictives.

4) Le document est de haut niveau, avec des déclarations qui peuvent être sujettes à interprétation.

5) L'ordre des trois critères a changé et l'accent est maintenant mis sur le critère du contenu technique.

Plusieurs de ces commentaires critiques font état d'une perception de rétrécissement de l'interprétation de l'admissibilité des travaux. Certaines déclarations fortes indiquent même que le document présente un changement intentionnel dans la politique avec un objectif de nier les travaux moins « scientifiques » et de mettre un plus grand accent sur la documentation.

L'ARC considère que toute la rétroaction reçue est bénéfique, car elle nous indique là où le contenu du document est mal compris. Bien que l'objectif du projet consiste à consolider les documents existants, y compris la jurisprudence, sans changer la politique et son interprétation, les commentaires reçus montrent que certains lecteurs y ont vu la création d'une nouvelle politique, plus restrictive. Dans un sens, cela est un des effets directement liés à l'objectif de clarifier la politique. En effet, comme les limites de l'admissibilité ont été définies plus explicitement, les travaux qui tombent à l'extérieur de ces limites, et y ont toujours été, sont plus facilement identifiables. Toutefois, la consolidation n'a pas changé la politique. Au contraire, la consolidation a pris des concepts, chacun présenté et expliqué un certain nombre de fois dans bon nombre de documents, et a fourni une seule explication cohérente dans le cadre du programme de la RS & DE.

Une des sources possibles de cette inquiétude naît de ce que nous entendons quand nous disons que nous ne changeons pas la politique. Quand nous parlons de politique, nous faisons référence aux principes de base servant à définir les limites de la signification de la RS & DE dans la loi et non pas à un document en particulier. Bien que toute déclaration particulière dans l'un de nos documents puisse être considérée comme un énoncé de politique, afin de bien comprendre cette déclaration, elle doit être prise dans le contexte de l'ensemble des documents où le sujet est discuté. En d'autres termes, la compréhension de cette politique doit être cohérente avec l'ensemble de toute l'information sur le sujet. Tout énoncé de politique ne peut pas être traité isolément. Le travail de consolidation a consisté à faire exactement ce travail.

Le commentaire à savoir que le document est de haut niveau est également très pertinent. De fait, la politique consolidée sur l'admissibilité des travaux a été développée à un haut niveau de façon intentionnelle. L'objectif du programme de la RS & DE étant de fournir un incitatif fiscal destiné à encourager les entreprises canadiennes de toutes tailles et de tous les secteurs à effectuer de la R & D au Canada, il va sans dire que tout travail de consolidation entrepris se devait de respecter cet objectif en réduisant le fardeau administratif pour les entreprises, spécialement les petites, et en simplifiant la compréhension des travaux admissibles au crédit d'impôt. Cela se traduira par le besoin de consulter un seul document au lieu, comme c'est le cas actuellement, d'imposer la lecture d'un grand nombre de documents. En conséquence, les travaux respectant l'esprit de la loi sont plus facilement identifiés, permettant de respecter à la fois l'esprit incitatif du programme de la RS & DE et de faciliter l'observation auprès des contribuables.

3. MISE À JOUR SUR LES AUTRES INITIATIVES DU PROGRAMME DE LA RS & DE

Une autre des initiatives sur laquelle l'administration centrale du programme a travaillé portait sur le soutien technique et la formation. Nous avons considéré un ensemble d'éléments complémentaires pour en arriver, d'une part, à offrir aux employés du programme tout le soutien technique dont ils pourraient avoir besoin dans leur travail d'examen des dossiers et, d'autre part, à profiter des possibilités de développer des liens privilégiés avec nos intervenants externes. En ce sens, nous avons élaboré conjointement avec les bureaux régionaux et quelques associations représentant des demandeurs des sessions de formation conjointes ARC-industrie. À titre d'exemple, la région de Québec a tenu des sessions dans le domaine de l'agriculture et nous tiendrons à l'automne, dans la région des Prairies, une session avec l'industrie du gaz et des produits pétroliers.

Relevant d'une autre initiative, le 25 juillet 2011, l'ARC a publié la version finale du document « L'examen technique de la RS & DE : un guide pour les demandeurs »[3]. Cette version améliorée a été rendue possible grâce aux commentaires reçus du public. Bien que peu de commentaires aient été reçus pendant la consultation publique, quelques changements importants ont tout de même été apportés à l'ébauche afin d'éclaircir certains points, par exemple :

- les conseillers en recherche et technologie (« CRT ») essaieront d'être le plus précis possible dans la détermination des enjeux à examiner;

- généralement, l'ARC n'exige pas des demandeurs de réviser et de soumettre à nouveau les renseignements sur leur projet;

- le demandeur devrait aviser l'ARC dans le cas où des employés clés pourraient être absents lors de la visite sur place;

- si les CRT ne peuvent produire un rapport dans les 30 jours suivant l'examen technique (soit sous forme d'ébauche ou dans le cadre d'un projet de cotisation), ils doivent alors préciser au demandeur quand ils prévoient le faire.

---

[3] AGENCE DU REVENU DU CANADA, « L'examen technique de la RS & DE : un guide pour les demandeurs », 25 juillet 2011.

Enfin, lorsque le MED a été publié le 11 juin 2010, la première page indiquait que le programme de la RS & DE avait demandé que les recommandations d'épuration soient révisées par la Direction de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels (AIPRP). Cette révision est maintenant terminée.

À la suite de cette révision officielle, une partie du matériel originalement épuré est maintenant disponible au public. Pour des raisons de commodité, ce matériel est surligné en jaune dans la version du MED publiée le 11 juin 2010. La nature des renseignements qui ne sont pas diffusés est décrite à l'alinéa 16(1)c) de la *Loi sur l'accès à l'information*[4], qui exempte ce qui suit : « Les documents "contenant des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales, ou au déroulement d'enquêtes licites […]". »

Aucun autre changement n'a été apporté au MED.

4. VOLET EXAMEN DES DOSSIERS

Cela nous amène à aborder un sujet qui revient régulièrement lorsqu'il est question d'examens de RS & DE, c'est-à-dire les exigences documentaires. Plusieurs intervenants externes du programme de la RS & DE ont indiqué lors de la publication du MED, et plus récemment lors de la publication de l'ébauche de la politique scientifique sur l'admissibilité des travaux, que l'ARC avait accru ses exigences documentaires. Il est important de mentionner que l'ARC n'a pas fait de changement au sujet de ses politiques et cela inclut celles relatives aux exigences documentaires. Lors d'un examen, l'ARC tient compte de toutes les évidences disponibles afin de corroborer les dépenses et travaux demandés. Bien entendu, cela va au-delà des documents papier que le demandeur a conservés en lien avec ses projets de RS & DE. Ce ne sont pas les documents seuls ou l'information orale recueillie lors d'une entrevue avec un ingénieur ou un technicien qui permettront à l'ARC de se prononcer sur l'admissibilité des travaux demandés; c'est plutôt l'ensemble de toutes les informations disponibles qui permettra de prendre une telle décision.

Un autre sujet fréquemment soulevé est celui ayant trait aux recours mis à la disposition des demandeurs lorsqu'ils ne sont pas satisfaits du traitement de leurs dossiers de RS & DE, plus particulièrement de la détermination de

[4] L.R.C. (1985), ch. A-1.

l'admissibilité de leurs travaux pour la RS & DE. Le programme de la RS & DE est l'un des seuls programmes de l'ARC, sinon le seul, comportant un mécanisme officiel de résolution des différends offrant aux demandeurs la possibilité de demander une révision administrative de décision avant que leur dossier ne soit fermé. La *Politique d'application RS & DE* 2000-02R, « Lignes directrices pour résoudre les préoccupations des demandeurs en matière de RS & DE »[5], décrit les étapes à suivre afin de se prévaloir d'un tel service. Le programme de la RS & DE préconise une communication transparente des enjeux identifiés dans les dossiers tout au long de leur examen, tant de la part de ses employés que de celle des demandeurs et de leurs représentants, afin de résoudre les préoccupations au plus bas niveau possible. Si toutefois un demandeur n'est toujours pas satisfait du traitement de son dossier, il peut, dans les délais prescrits, déposer un avis d'opposition qui sera examiné par la Direction générale des appels.

CONCLUSION

Nous aimerions rappeler l'importance de fournir les renseignements les plus précis possible lors de la préparation du Formulaire T661 au moment de présenter une demande de RS & DE. La précision, la pertinence et la justesse des informations contenues dans la partie 2 du formulaire où chaque projet de RS & DE est décrit contribuent grandement à la décision de l'ARC d'examiner ou non un dossier. À cet effet, nous pouvons affirmer que le tableau sommaire des coûts par projet, réintroduit dans le Formulaire T661 en avril 2011 à la demande des utilisateurs du programme, a grandement facilité les discussions entourant les examens des demandes de la RS & DE et uniformisé le traitement des dossiers.

---

[5] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Politique d'application RS & DE* 2000-02R, « Lignes directrices pour résoudre les préoccupations des demandeurs en matière de RS & DE », 30 juin 2005.

PARTIE B

Martin Dussault, directeur du contrôle fiscal des crédits d'impôt des sociétés
Direction principale de la vérification des entreprises 4
Revenu Québec

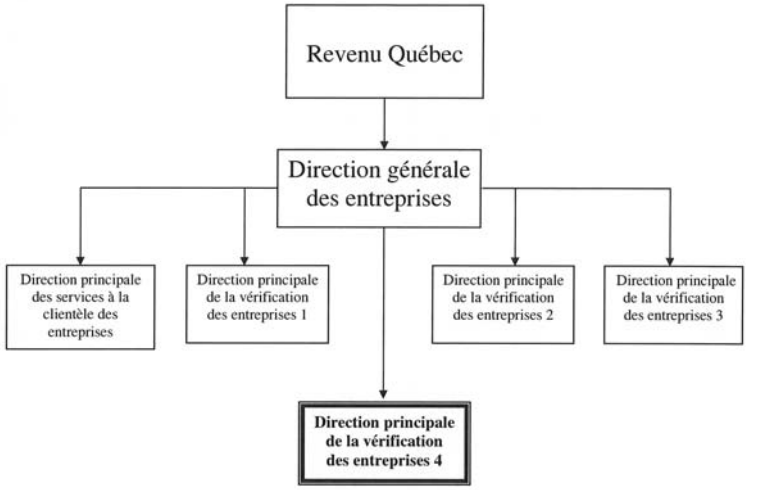
1. PRÉSENTATION DE LA DIRECTION DU CONTRÔLE FISCAL DES CRÉDITS D'IMPÔT DES SOCIÉTÉS

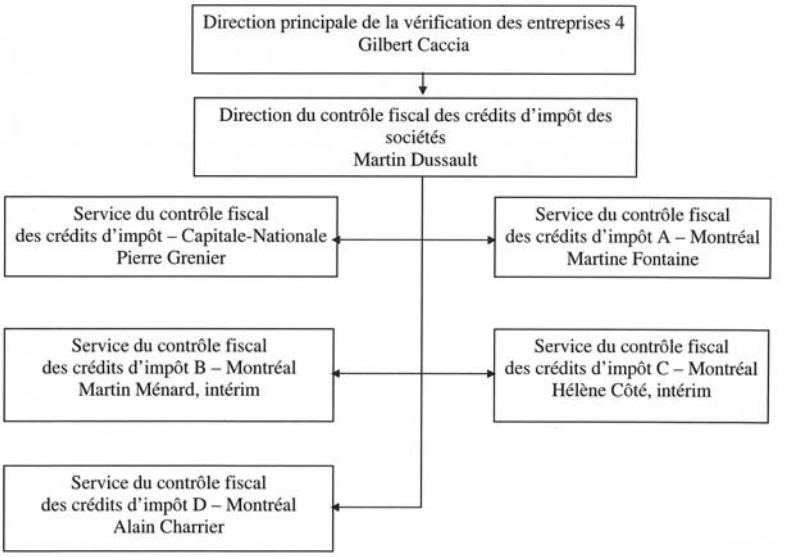
Pour commencer, l'auteur du présent texte aimerait prendre quelques minutes pour faire part de son expérience de travail. Il a réalisé la majeure partie de sa carrière professionnelle à Revenu Québec, où il travaille depuis 1990. Il occupe le poste de directeur au sein de la Direction du contrôle fiscal des crédits d'impôt des sociétés (« la Direction ») depuis le 1er mars 2011. Auparavant, il a occupé diverses fonctions dans le domaine de la vérification soit à titre de vérificateur, de chef d'équipe, de vérificateur expert au bureau de Toronto pendant cinq ans et de gestionnaire. Il détient une vaste expérience de la vérification des entreprises.

Dans le présent texte, nous pourrons constater que l'amélioration des interventions en vérification en matière de crédits d'impôt se traduit, à la Direction, par une intensification accrue des efforts et un recentrage du contrôle fiscal des crédits d'impôt. De plus, les changements tiennent compte des recommandations du Vérificateur général 2010-2011.

2. MODIFICATIONS APPORTÉES À LA STRUCTURE ORGANISATIONNELLE

Les efforts pour un contrôle fiscal en matière d'impôt des sociétés se poursuivent au sein de Revenu Québec. Ainsi, toujours dans le but d'améliorer l'efficience et l'efficacité de Revenu Québec en matière de crédits d'impôt, des modifications sont apportées à la structure organisationnelle de la Direction générale des entreprises (DGE) afin de mieux refléter le rôle de la Direction principale de la cotisation des entreprises (« DPCE »). En effet, comme ce rôle s'inscrit dans une démarche de consolidation de la vérification, cette direction a été intégrée aux directions de vérification. Ainsi, la DPCE devient la Direction principale de la vérification des entreprises 4 (« DPVE 4 »).


Revenu Québec
Direction générale des entreprises
Direction principale des services à la clientèle des entreprises
Direction principale de la vérification des entreprises 1
Direction principale de la vérification des entreprises 2
Direction principale de la vérification des entreprises 3
Direction principale de la vérification des entreprises 4


Direction principale de la vérification des entreprises 4
Gilbert Caccia
Direction du contrôle fiscal des crédits d'impôt des sociétés
Martin Dussault
Service du contrôle fiscal des crédits d'impôt – Capitale-Nationale
Pierre Grenier
Service du contrôle fiscal des crédits d'impôt A – Montréal
Martine Fontaine
Service du contrôle fiscal des crédits d'impôt B – Montréal
Martin Ménard, intérim
Service du contrôle fiscal des crédits d'impôt C – Montréal
Hélène Côté, intérim
Service du contrôle fiscal des crédits d'impôt D – Montréal
Alain Charrier

Nous pouvons constater que les modifications touchant la structure organisationnelle relatives à la direction traitant les crédits d'impôt s'insèrent dans une perspective de vérification. Par conséquent, la Direction se situe sous la DPVE 4.

La Direction du contrôle fiscal des crédits d'impôt des sociétés regroupe maintenant cinq services qui traitent les demandes de crédits d'impôt. Dans le but d'assurer une supervision plus étroite et un meilleur contrôle des activités, un cinquième service a été ajouté. Ainsi, il est prévu que les crédits d'impôt en recherche scientifique et développement expérimental (« RS & DE ») seront traités par trois services; le Service du contrôle fiscal des crédits d'impôt Capitale-Nationale, le Service du contrôle fiscal des crédits d'impôt A – Montréal et le Service du contrôle fiscal des crédits d'impôt D – Montréal.

Par ailleurs, les activités exercées par chacun des services sont présentement en révision et la responsabilité actuelle concernant les services traitant spécifiquement les crédits RS & DE pourrait être modifiée.

3. VÉRIFICATION DES CRÉDITS ET RAPPORT DU VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC

Dans son rapport 2010-2011, le Vérificateur général a fait les recommandations suivantes :

> « Nous avons recommandé à Revenu Québec :
>
> • de prendre des mesures pour que la portée et l'étendue du travail de même que les conclusions des vérifications soient documentées, afin de vérifier efficacement l'admissibilité des dépenses et des sociétés en fonction des risques (5.53) ;
>
> • de s'assurer qu'une supervision adéquate du travail des vérificateurs est exercée, afin de veiller
>
> à ce que les instructions de travail soient suivies et que les montants versés en crédit d'impôt respectent les critères d'admissibilité (5.53)[1]. »

Nous tenons à souligner que nous avons adhéré à ces recommandations.

---

[1] VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC, *Rapport du Vérificateur général du Québec à l'Assemblée nationale pour l'année 2010-2011*, tome II, 4 mai 2011.

Ainsi, les modifications de la structure organisationnelle mentionnées précédemment permettront un suivi plus rigoureux des dossiers. De plus, nous sommes à revoir le processus de vérification des crédits afin de prendre en considération les recommandations et d'être en mesure de corriger les constats soulevés dans ce rapport.

4. ORIENTATIONS

La poursuite de nos efforts en contrôle fiscal et les recommandations du Vérificateur général du Québec nous amènent à revoir le processus de vérification des crédits d'impôt. Les contrôles exercés sur l'admissibilité des dépenses et des sociétés ainsi que les preuves documentaires exigées en fonction des risques se refléteront dans nos façons de faire.

Tout d'abord, nous devons nous assurer que la société remplit, avant l'octroi du crédit, toutes les conditions d'admissibilité et de conformité. Rappelons que depuis quelques années, le contrôle fiscal des crédits d'impôt s'est accentué. Nous sommes à consolider la démarche de vérification pour les crédits d'impôt.

L'année dernière, nous avions mentionné la documentation requise pour l'analyse des crédits. La liste complète des documents requis à joindre à une demande de crédits se retrouve sur le site Internet de Revenu Québec. Nous rappelons l'importance pour la société de se conformer à la législation en vigueur et c'est au contribuable qu'incombe l'obligation de justifier les dépenses réclamées.

Par exemple, la *Loi sur les impôts* du Québec[2] définit les frais admissibles comme les frais engagés par la société dans l'année ou par la société de personnes dans l'exercice financier. À cet égard, Revenu Québec procède par la vérification de certains documents (comme les copies recto verso de chèques et des factures représentatives connexes) dans le but de s'assurer que la dépense a été engagée dans le cours de l'activité attribuable au crédit d'impôt demandé et que les montants ont été payés au moment de la demande du crédit d'impôt en question.

Le processus en place est un processus fiable qui assure le bon fonctionnement de l'octroi des crédits d'impôt. Afin que Revenu Québec s'assure de faire une vérification adéquate, il doit avoir accès à certaines pièces justificatives du contribuable. Conséquemment, d'après l'article 35.1

---

2 L.R.Q., c. I-3 et mod.

de la *Loi sur l'administration fiscale*[3], ce dernier est requis de tenir et de conserver des registres, de même que toute pièce à l'appui des renseignements qu'ils contiennent, pendant six ans après la dernière année à laquelle ils se rapportent. L'obtention de ces preuves est donc primordiale dans un contexte où la vérification doit se pencher sur le fait que ces dépenses ont réellement été versées pour être admissibles. Les technologies informatiques actuelles et les systèmes d'archivage à l'interne devraient permettre un transfert d'information aisé et efficace.

Par conséquent, Revenu Québec ne voit pas de raison d'alléger ses procédures actuelles visant à assurer une application juste de la loi.

Par souci d'équité, Revenu Québec procède de la même manière en ce qui a trait aux vérifications des demandes de crédit, que ce soit pour une société publique ou privée. Revenu Québec s'assure du respect des exigences de la loi et ces exigences sont les mêmes à l'égard d'une société privée ou publique.

Il n'y a pas de nécessité d'adapter les procédures de vérification. La loi prévoit qu'une dépense doit être payée pour être admissible. En conséquence, l'obtention de la preuve de paiement est donc nécessaire.

CONCLUSION

La réévaluation du risque, du contrôle interne et des méthodes de travail permettra de mieux cibler l'étendue de la vérification et d'améliorer le suivi ainsi que le contrôle des dossiers. Les vérificateurs de la Direction continueront de travailler exclusivement aux dossiers contenant des demandes de crédits en fonction de leur spécialisation. De plus, ils pourront procéder à une vérification externe, au besoin, avant l'émission d'un avis de cotisation ou après, selon l'évaluation du risque. Ces changements nous permettront de nous assurer de la conformité fiscale des demandes et de la couverture du risque des pertes de revenus.

Enfin, les dépenses ne seront pas acceptées sans la preuve documentaire demandée à la société. Si la demande de crédit d'impôt est incomplète, des délais supplémentaires seront occasionnés par l'envoi de communications à la société et retarderont, par le fait même, le traitement du crédit et le remboursement, le cas échéant.

---

[3] L.R.Q., c. A-6.002.

LA PRATIQUE DU FISCALISTE EN 2011, QU'EN EST-IL?



Wilfrid Lefebvre
Avocat, CR
Associé principal
Norton Rose Canada
s.e.n.c.r.l., s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

1. **INTERNATIONALISATION DE LA PRATIQUE FISCALE** 40:3

2. **LES PRATIQUES ADMINISTRATIVES** 40:10

3. **LÉGISLATION VISANT À CONTRÔLER LA PRATIQUE FISCALE** 40:13

4. **LES CLIENTS ET LES RECOURS** 40:17

CONCLUSION 40:19

Ayant commencé, au sein du gouvernement, la pratique fiscale en 1972, nous avons eu l'occasion (et lorsque nous nous en rappelons, nous pouvons en témoigner!) de vivre les nombreux changements, non seulement législatifs ou administratifs, mais également d'approches et d'attitudes, auxquels les fiscalistes ont été confrontés au cours des quatre dernières décennies.

Sans être un fervent partisan de ceux qui prétendent que le passé était l'âge d'or, on peut facilement affirmer que la pratique a déjà été plus facile à exercer!

Nous ne proposons pas de faire une analyse poussée des tendances législatives, jurisprudentielles ou administratives. Nous entendons plutôt seulement souligner, en tenant compte de l'évolution, les aspects qui nous apparaissent les plus présents dans la pratique en fiscalité. Les constatations qui s'imposent d'entrée de jeu sont les suivantes :

- la pratique fiscale s'internationalise;
- les pratiques administratives sont beaucoup plus sévères;
- les administrations fiscales ont, de toute évidence, convaincu les parlementaires que des législations visant le contrôle de la pratique fiscale étaient requises;
- les clients sont très sensibilisés et n'hésitent pas à intenter des recours à l'encontre des professionnels;
- les montants en jeu sont souvent plus importants et parfois peuvent même influencer les finances publiques; et
- le judiciaire joue un rôle primordial dans l'établissement d'un juste équilibre entre les pratiques administratives agressives et la planification fiscale justifiée.

1. INTERNATIONALISATION DE LA PRATIQUE FISCALE

La mobilité des individus, du capital, et des intangibles ainsi que la globalisation des activités d'entreprise ont entraîné des débats à saveur transfrontalière, pour ne mentionner et ne discuter que des principaux :

i) Les questions de prix de transfert

Au plan législatif, avec l'introduction d'un régime plus complet, incluant la possibilité de pénalités sévères[1] et une administration plus active et compétente, ces questions sont devenues d'actualité.

La décision récente de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *GlaxoSmithKline Inc*. c. *La Reine*[2] a donné lieu à un résultat qui nous apparaît tout à fait approprié au plan logique, mais rendant encore plus complexes et poussées les vérifications fiscales. D'une part, en se rappelant que la position gouvernementale était de fonder l'établissement du coût d'achat de la ranitidine en cause sur la méthode des comparables avec les prix payés pour un produit similaire par les sociétés génériques, ce qui avait pour effet d'occasionner une marge bénéficiaire hors norme, puisqu'à la vente les sociétés d'origine, telle Glaxo, peuvent commander des prix beaucoup plus élevés, la Cour d'appel a insisté sur le fait qu'un tel comparable était inapproprié et que pour déterminer un coût approprié, il fallait tenir compte de « l'ensemble des circonstances ».

D'autre part, en rejetant l'approche trop simpliste de l'Agence du revenu du Canada, la Cour d'appel fédérale a de fait invité les autorités fiscales à raffiner leur approche, ce qu'elles ont parfaitement compris. Le résultat : des vérifications plus poussées, l'établissement des prix en fonction des autres approches proposées par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), telles « la méthode transactionnelle de la marge nette » et la méthode du partage des bénéfices, ce qui oblige l'obtention de données beaucoup plus considérables que l'utilisation des comparables. En pratique, on constate cette évolution qui va même jusqu'à établir des banques de données par industries ou secteurs d'activités.

ii) Les questions de résidence

Depuis l'arrêt *Thomson* c. *MRN*[3] et jusqu'à tout récemment, très peu de cas étaient soumis à l'appréciation des tribunaux.

---

1 *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.) et mod. (« L.I.R. »), par. 247(3).

2 2010 CAF 201.

3 2 D.T.C. 812 (C.S.C.).

Cependant, au plan des individus et en tenant compte de leur mobilité beaucoup plus grande, il n'est pas surprenant que cette question soit maintenant à l'ordre du jour. Par exemple, les récentes affaires *Nedelcu* c. *La Reine*[4] et *Perlman* c. *La Reine*[5] ont repris les critères classiques pour déterminer le statut des individus.

De façon plus pointue et complexe, la Cour d'appel fédérale a dû attaquer la question de la résidence d'une « fiducie », dans les arrêts *Antle* c. *Canada*[6] et *St. Michael Trust Corp.* c. *La Reine*[7]. La Cour a somme toute rejeté, du moins en partie, les principes établis dans l'arrêt *Thibodeau Family Trust* c. *La Reine*[8], selon lesquels la résidence des fiduciaires déterminait la résidence de la fiducie. La Cour a plutôt retenu une approche analogue à celle adoptée pour déterminer la résidence d'une société, c'est-à-dire le test du « centre de gestion de contrôle ». Partant de là, la Cour a retenu les conclusions de fait de la juge Woods en Cour canadienne de l'impôt voulant que le contrôle et la gestion des biens de cette fiducie aient été entre les mains des constituants canadiens alors que le fiduciaire, établi à la Barbade, ne jouait qu'un rôle administratif.

Une question intéressante qui n'a pourtant pas été soulevée ni devant la Cour canadienne de l'impôt ni devant la Cour d'appel fédérale est celle de déterminer, en tenant compte des conclusions de faits, si une véritable fiducie existait. Comme on le sait, une fiducie est une relation établie par un constituant qui remet un ou des biens à un ou plusieurs fiduciaires qui ont le contrôle et la gestion du ou des biens au bénéfice de bénéficiaires. Si la Cour détermine que la gestion et le contrôle des biens ne sont pas entre les mains des fiduciaires, l'existence même de la fiducie est mise en doute. Il s'agirait alors plus d'un mandat, ce qui aurait comme résultat que les « constituants » (mandants) seraient personnellement imposables. Quant aux sociétés, l'arrêt *1143132 Ontario Ltd.* c. *La Reine*[9] rappelle le principe de la gestion qui, en règle générale, s'exerce par le conseil d'administration.

---

4 2010 CAF 156.

5 2010 CCI 658.

6 2010 CAF 280.

7 2010 CAF 309 (le pourvoi en appel à la Cour suprême a été accordé) (« *Garron* »).

8 78 D.T.C. 6376 (C.F. 1re inst.).

9 2009 CCI 477.

iii) L'interprétation des traités

Signe des temps, nos cours sont maintenant plus souvent appelées à trancher des questions concernant l'interprétation des conventions fiscales. À titre d'illustration, voici quelques exemples.

- Arrêt *Saipem UK Ltd.* c. *La Reine*[10]

  Saipem UK, une société anglaise, avait au Canada un établissement stable qui était profitable. Saipem UK détenait également une filiale anglaise en propriété exclusive qui elle-même avait un établissement stable au Canada mais qui avait été exploitée à perte.

  En 2003, on décida de liquider la filiale. Aux termes des dispositions du paragraphe 88(1) L.I.R., une telle liquidation entre deux « sociétés canadiennes » aurait permis la déduction des pertes de la filiale à l'encontre des profits de la société mère. Le problème en l'espèce était que les deux sociétés n'étaient pas, malgré le fait que toutes les activités des établissements stables étaient au Canada, des « sociétés canadiennes » au sens du paragraphe 89(1) L.I.R.

  Invoquant les dispositions de l'article 22 de la convention fiscale Canada-Grande-Bretagne, Saipem UK plaidait la discrimination. Les dispositions pertinentes de l'article 22 sont les suivantes :

  > « **Article 22**
  >
  > **Non-discrimination**
  >
  > 1. Les nationaux d'un État contractant ne sont soumis dans l'autre État contractant à aucune imposition ou obligation y relative, qui est autre ou plus lourde que celle à laquelle sont ou pourront être assujettis les nationaux de cet autre État se trouvant dans la même situation.
  >
  > 2. L'imposition d'un établissement stable qu'une entreprise d'un État contractant a dans l'autre État contractant n'est pas établie dans cet autre État d'une façon moins favorable que l'imposition des entreprises de cet autre État qui exercent la même activité. La présente disposition ne peut être interprétée comme obligeant l'un ou l'autre État contractant à accorder aux personnes physiques qui ne résident pas sur son territoire les déductions personnelles et les abattements

[10] 2011 CAF 243.

> d'impôt qui sont, de par la loi, accordés uniquement aux personnes physiques résidentes[11]. »

Tant la Cour canadienne de l'impôt que la Cour d'appel ont conclu que la « discrimination » visée à l'article 22 était celle basée sur la « nationalité » alors que le paragraphe 88(1) L.I.R. fondait ses conséquences en raison de la résidence. Évidemment, puisque la législation fiscale canadienne a adopté comme base d'imposition la « résidence » et non la « nationalité », il s'ensuit que l'interprétation de la Cour d'appel fédérale rend l'application de l'article 22 à peu près impossible.

- Affaire *TD Securities (USA) LLC* c. *La Reine*[12]

Le traitement des entités « hybrides », c'est-à-dire traitées de façon différente d'une juridiction à l'autre, présente des problèmes et opportunités qui sont de résolution complexe tant pour les administrations que pour les contribuables.

Une Limited Liability Company (« LLC ») est, aux fins américaines, une entité « transparente » non juridiquement reconnue. La question était de déterminer si l'impôt de succursale auquel était redevable la contribuable sur ses activités canadiennes pouvait profiter du taux réduit (à 5 %) d'imposition aux termes du traité Canada-États-Unis. D'une façon très pratique et logique, le juge Boyle a été au-delà de la simple analyse du statut (non existant) de la LLC aux fins du traité et a examiné qui étaient les actionnaires directs et indirects de cette LLC – tous des Américains. Il en arriva ainsi à cette conclusion :

> « [...] La Cour conclut qu'il était clair que les pays membres de l'OCDE, et notamment le Canada et les É.-U., voulaient implicitement que TD LLC bénéficie des avantages prévus par la Convention eu égard aux présentes circonstances et compte tenu du contexte des régimes fiscaux canadien et américain et du texte de la Convention et que, cela étant :

---

11 *Convention entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du nord tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et les gains en capital* signée à Londres le 8 septembre 1978 et modifiée par le Protocole signé à Ottawa le 15 avril 1980 et le Protocole signé à Londres le 16 octobre 1985 puis par le Protocole signé le 7 mai 2003.

12 2010 CCI 186.

> (i) TD LLC doit être considérée comme un résident des É.-U. aux fins de la Convention, à défaut de quoi la Convention ne pourrait pas s'appliquer;
>
> (ii) TD LLC doit être considérée comme étant assujettie à l'impôt aux É.-U. du fait que la totalité de son revenu est imposée au complet et d'une façon exhaustive en vertu du Code américain, quoiqu'elle le soit au niveau du membre;
>
> (iii) Le revenu de TD LLC doit être considéré comme étant assujetti à une imposition complète et exhaustive en vertu du Code américain en raison d'un critère analogue, quant à sa nature, aux critères énumérés à l'article IV, à savoir le lieu de la constitution en société de son membre, soit la raison même pour laquelle le revenu du TD LLC est assujetti à une imposition complète aux É.-U[13]. »

iv) L'accès aux documents

Une question qui a récemment retenu l'attention des tribunaux est, dans un contexte international, l'étendue des pouvoirs du ministre d'avoir accès aux informations et documents en la possession de non-résidents. Des questions d'accès se posent également dans un contexte canadien[14]. Les tribunaux, il est juste de l'affirmer, ont été peu enclins à restreindre les pouvoirs du ministre, sauf à de rares exceptions, et ont établi les principes suivants :

- Hormis les situations d'enquête à caractère pénal, le ministre n'a qu'à établir que la demande de renseignements est requise « […] aux fins de l'administration et de l'exécution de la Loi ».

- Il n'appartient pas au contribuable mais au ministre de déterminer de la pertinence ou non des informations requises.

---

13 *Id*., par. 101.

14 Voir entre autres : *Saipem Luxembourg S.V*. c. *Canada*, 2005 CAF 218 (« *Saipem Luxembourg* »); *Ebay Canada Ltd.* c. *MRN*, 2008 CAF 348 (« *Ebay Canada* »); *MRN* c. *Fondation Redeemer*, 2006 CAF 325; *La Reine* c. *He*, 2011 BCSC 368 (en appel); *MRN* c. *Moodys LLP*, 2011 CF 713; *Taxpro Professionnal Corp*. c. *MRN*, 2011 CF 224; *MRN* c. *Lordco Parts Ltd.*, 2011 CF 209.

À titre d'illustration :

- Arrêt *Saipem Luxembourg*

  À la fin des années 1990, la contribuable était active dans l'accomplissement d'installation d'équipements de forage au large des côtes de la Nouvelle-Écosse. Aux termes du traité Canada-Luxembourg et conformément à plusieurs dispositions similaires dans les conventions fiscales canadiennes, un « projet » de construction ne constitue un « établissement stable » que s'il existe pour plus de 12 mois. En l'espèce, l'installation s'était faite en deux phases d'une durée de moins de deux mois chacune mais effectuée sur une période s'échelonnant sur plus d'un an. La contribuable avait-elle un « établissement stable » au Canada et était-elle donc assujettie à l'imposition à l'égard des revenus générés par cet établissement? Le ministre était d'avis que oui et, en conséquence, exigeait d'avoir accès à l'ensemble des documents détenus par la contribuable et relatifs aux années d'imposition visées. Une telle demande, très générale, permettait au ministre, du moins en théorie, d'avoir accès à tous les documents de l'entreprise indépendamment du fait que ces documents étaient ou non reliés aux activités de l'établissement. En concluant que tel était l'état du droit, le juge Nadon de la Cour d'appel fédérale s'exprimait ainsi :

  > « [35] Par conséquent, la question est la suivante : l'intention de l'Agence d'entreprendre une vérification à l'endroit de Saipem justifie-t-elle le besoin de décerner une mise en demeure visant la totalité des registres de Saipem? Un examen assez poussé mène à se demander si l'on peut vraiment entreprendre une vérification en se fondant uniquement sur les documents fournis par la personne faisant l'objet de la vérification, sans avoir la possibilité de vérifier l'existence d'autres documents. En pratique, la question se pose rarement, car je suis persuadé que la plupart des entreprises recevant une mise en demeure semblable à celle de la présente affaire acceptent l'ordre de l'Agence de considérer leur consentement à une vérification sur les lieux comme une conformité suffisante à la mise en demeure. Mais le caractère de la mise en demeure doit être évalué en fonction de ses modalités, et non selon une autre méthode de conformité.
  >
  > [36] C'est la prérogative de l'Agence de décider si elle va entreprendre une vérification, et la forme que va prendre cette vérification. Comme les documents en question sont de, par leur nature, tenus en dehors du Canada, l'Agence ne peut, pour les obtenir, que décerner la mise en demeure qu'elle a décernée en l'espèce. S'il en résulte une vérification qui ne satisfait pas aux normes régulières de l'Agence, c'est néanmoins la meilleure vérification que peut entreprendre l'Agence

> dans les circonstances. Aussi, je conclus que la décision de l'Agence d'entreprendre une vérification justifie la portée de la mise en demeure signifiée à Saipen [sic] par le ministre[15]. »

- Arrêt *Ebay Canada*

  En jeu, en Cour d'appel fédérale, était une ordonnance autorisant le ministre à exiger des appelantes la fourniture de renseignements identifiant les « powersellers » canadiens, c'est-à-dire ceux qui auraient conclu de façon importante des échanges sur eBay.

  Les serveurs identifiant les vendeurs canadiens étaient conservés sous forme d'enregistrements électroniques. Ces serveurs étaient situés aux États-Unis. Cependant, du point de vue de la Cour, ces renseignements n'étaient pas des « renseignements étrangers », et ce, même s'ils étaient stockés sur des serveurs situés à l'étranger, puisqu'ils pouvaient facilement faire l'objet de consultation et d'utilisation au Canada. En concluant au droit du ministre d'exiger et d'obtenir ces documents, le juge Evans, au nom de la Cour, s'exprimait ainsi :

  > « [55] Dans l'exposé des motifs de *CIGM* rédigé par la juge Trudel, la Cour a conclu que le paragraphe 231.2(3) n'oblige pas le ministre à produire des éléments tendant à prouver qu'il mène une "enquête sérieuse et véritable" sur un ou plusieurs membres déterminés du groupe de personnes non désignées nommément auquel s'applique la mise en demeure de fournir des renseignements. Selon la Cour, il suffit que le juge saisi de la requête du ministre soit convaincu que "les renseignements ou documents concernant une ou plus d'une personne non désignée nommément […] sont exigés pour vérifier le respect de la Loi" (paragraphe 21), ou que "la fourniture des renseignements ou la production des documents sont exigées dans le cadre d'une vérification fiscale faite de bonne foi" (paragraphe 48)[16]. »

2. LES PRATIQUES ADMINISTRATIVES

Les effectifs des administrations fiscales au Canada sont très importants si on les compare par exemple à la situation américaine. Le ratio est moindre que 2:1 pour une population 10 fois la nôtre. Il en résulte une plus grande capacité d'effectuer des vérifications. Rares sont les entreprises de moindre importance qui ne font pas l'objet d'une vérification fiscale de temps à autre.

---

15 *Saipem Luxembourg*, précité, note 14, par. 35-36.

16 *EBay Canada*, précité, note 14, par. 55.

Les gouvernements ont également reconnu, au moyen des budgets augmentés, que les administrations devaient s'équiper, non seulement en effectifs humains, mais tout autant en équipements informatifs, budgets de formation, emploi de spécialistes (économistes, scientifiques, gestionnaires) et autorisation du développement de réseaux interprovinciaux et internationaux afin d'élargir leur champ de compétence et leurs techniques de vérification.

Le résultat : des équipes de vérificateurs plus informés, mieux équipés et soutenus par des spécialistes.

Il n'est pas exagéré de soutenir que les gouvernements s'attendaient dès lors à des résultats « sonnants et trébuchants » diraient certains. La devise devient : « vérifier, cotiser, collecter ».

S'ensuivent, sans surprise, des vérifications plus poussées et complètes, des recours plus fréquents aux demandes péremptoires, imposant des délais courts et des sanctions potentielles sévères, des cotisations importantes. Bien que les projets de redressement s'accompagnent d'invitations à représentations, le climat est tel qu'il devient difficile de trouver une solution rapide aux problèmes soulevés. Nous ne mentionnons que deux approches plus agressives adoptées par les autorités fiscales : les cotisations hors délai (c'est-à-dire autrement prescrites) et l'imposition de pénalités.

Quant aux cotisations émises hors délai et qui doivent seulement se justifier si le ministre peut établir une « présentation erronée des faits » par « négligence, inattention ou omission volontaire […], ou fraude […] », deux affaires récentes ont apporté un éclairage sur ces exigences.

i) Affaire *Labow* c. *La Reine*[17]

Il s'agissait d'une planification fiscale agressive suivant laquelle le contribuable mettait sur pied un fonds de fiducie de santé et bien-être dans un paradis fiscal. Ainsi, des dépenses étaient réclamées à l'égard des sommes versées à ce fonds. Le ministre, hors délai, refusa la déductibilité de ces dépenses et le juge Bowie de la Cour canadienne de l'impôt confirma en ces termes la position du ministre :

> « En ce qui concerne l'année 1997, le formulaire T2032 indique simplement un revenu net de profession libérale de 86 820 $

[17] 2010 CCI 408 (« *Labow* »).

> [TRADUCTION] "selon les E.F.". Le calcul de ce revenu est uniquement révélé dans les états financiers qui étaient joints à la déclaration. En 1996, le docteur Labow a déclaré un revenu de profession libérale de 135 147 $ et, en 1997, un revenu de 86 820 $, par opposition au revenu de 321 665 $ qu'il avait déclaré en 1995. L'augmentation des coûts salariaux, de 62 888 $ en 1995 à 217 760 $ en 1996 et à 317 278 $ en 1997, constitue l'élément majeur qui a été à l'origine de cette diminution importante du revenu de profession libérale. Ces augmentations sont attribuables au fait que les coûts salariaux des années 1996 et 1997 sont gonflés par suite de l'inclusion des deux cotisations que le docteur Labow a effectuées en faveur de la fiducie. Il n'y a rien dans l'une ou l'autre des déclarations qui révèle à celui qui les consulte que les montants qualifiés de coûts salariaux comprennent des cotisations à une fiducie visant le financement d'un régime pour la femme du docteur Labow, l'objectif n'ayant rien à voir avec le fait de gagner ou de produire un revenu. Il s'agit d'une présentation erronée des faits, puisqu'il est déclaré qu'une cotisation effectuée en faveur du fonds de fiducie pour des raisons purement personnelles constitue une dépense d'entreprise[18]. » (Notre soulignement)

ii) Affaire *Envision Credit Union* c. *La Reine*[19]

Les dispositions de l'article 87 L.I.R. visant les fusions s'appliquent-elles à une situation où les conditions préalables à leur application ne sont pas toutes remplies? Tel était le débat de fond dans cette affaire où le contribuable avait réclamé des déductions à titre d'allocations du coût en capital indues, suivant le ministre. Problème procédural : les cotisations étaient hors délai à l'égard de certaines réclamations. En admettant l'appel, bien que rejetant l'argumentaire du contribuable quant au fond, le juge Webb de la Cour canadienne de l'impôt énonça les principes suivants :

> « Il semble donc clair, selon moi, que les présentations erronées de faits que l'appelante a faites dans sa déclaration de revenus de 2001 au sujet du solde d'ouverture de la FNACC et que l'omission d'inclure la provision pour créances douteuses n'ont pas été "effectuées par négligence, inattention ou omission volontaire", mais à la suite d'un examen réfléchi et attentif compte tenu non seulement de la position que Grant Thornton avait recommandé de prendre au sujet de la production, mais aussi de la position que l'ARC avait prise dans l'interprétation administrative de l'année 2000. L'appelante croyait [être] de bonne foi, lorsqu'elle a produit sa déclaration de revenus comme elle l'a fait. Comme il en a ci-dessus été fait mention, il

---

18 *Id*., par. 41.

19 2010 CCI 576 (en appel) (« *Envision* »).

> ne s'agit pas de savoir si ce fondement était exact, mais si l'appelante a véritablement cru qu'il l'était[20]. » (Notre soulignement)

Quant à l'imposition de pénalités, cette situation devient plus fréquente et soulève potentiellement la possibilité de recours contre les autorités. Le paragraphe 163(2) L.I.R. permet au ministre d'imposer des pénalités importantes (50 % de l'impôt sous-jacent) lorsqu'il est en mesure d'établir qu'il y a eu « faute lourde ». Évidemment, en proposant un redressement impliquant une telle pénalité, le ministre devra alléguer une conduite répréhensible de la part du contribuable. Ce faisant et, si la preuve s'avère insuffisante ou pire, inadéquate, il peut s'ensuivre, surtout si le débat devient public, des recours en diffamation.

Cette question de recours potentiel est de plus en plus fréquemment soulevée par les clients.

3. LÉGISLATION VISANT À CONTRÔLER LA PRATIQUE FISCALE

Évidemment, au cours des 25 dernières années, on a assisté à un resserrement substantiel des règles fiscales canadiennes, y compris la mise sur pied d'une mesure générale antiévitement, de nombreuses mesures antiévitement spécifiques, des politiques plus ciblées quant aux traitements des pertes et plus récemment une tentative qui s'est avérée un fiasco d'adopter des mesures pour les investissements étrangers.

Les parlementaires ont également conclu qu'il fallait adopter des mesures pour contrôler la pratique fiscale. Ainsi, on a vu la mise sur pied de quatre catégories de pénalités contre les tiers :

i) pénalités contre les promoteurs de planifications fiscales agressives – article 237.3 L.I.R. et article 1079.8 de la *Loi sur les impôts*[21];

ii) adoption de pénalités contre les promoteurs d'abris fiscaux – article 237.1 L.I.R. et article 1079.1 L.I.;

iii) pénalités contre ceux qui créent, vendent ou font la promotion d'arrangements fiscaux – paragraphe 163.2(2) L.I.R.; et

---

[20] *Id*., par. 132.

[21] L.R.Q., c. I-3 et mod. (« L.I. »).

iv) pénalités contre ceux qui fournissent des services fiscaux – paragraphe 163.2(4) L.I.R. et article 1049.0.5 L.I. (pénalités contre les spécialistes en déclarations).

Plus récemment, aux fins de lutter contre les planifications fiscales dites agressives, le législateur québécois a adopté une série de mesures visant à obliger des divulgations obligatoires et préventives. On retrouvera dans les tableaux suivants les éléments importants, tant au niveau québécois qu'au niveau fédéral, des mesures soit adoptées, soit proposées. Le but évident de ces mesures est de :

i) s'assurer que les autorités fiscales ont accès en temps opportun aux documents et informations requises pour identifier les transactions à caractères d'évitement;

ii) mettre fin au jeu perçu de la « loterie », suivant lequel les contribuables pouvaient mettre sur pied des transactions et espérer que celles-ci ne soient pas l'objet de vérifications en temps opportun et que le seul reste était une cotisation des impôts et intérêts; et

iii) s'assurer que les contribuables paient leur « juste part », suivant l'expression souvent utilisée par le présent ministre des Finances.

Divulgation obligatoire		
Éléments importants	**Québec**	**Canada (proposées)**
Transaction visée	Avantage fiscal excède 25 000 $ ou revenu du contribuable supérieur à 100 000 $ + Opération comportant une rémunération conditionnelle ou une opération confidentielle	Opération d'évitement + deux des éléments suivants : - Rémunération du professionnel fonction de l'avantage fiscal - Obligation de confidentialité - Protection contractuelle
Date de production	Date d'échéance de production de la déclaration relative à l'année où la transaction commence	30 juin de l'année civile suivant la transaction
Personnes assujetties	Le contribuable doit produire le formulaire prescrit	- Le contribuable - Conseiller ou promoteur Seulement l'une de ces personnes doit produire le formulaire

Divulgation obligatoire		
Éléments importants	**Québec**	**Canada (proposées)**
Conséquences du défaut	- Pénalité minimum de 10 000 $ et maximum de 100 000 $ - Suspension du délai de prescription	- Pénalité égale aux honoraires - Avantage fiscal suspendu - Contribuable, conseiller et promoteur solidairement responsables
Date d'application	Après le 14 octobre 2009	Après 2010 ou série d'opérations commencée avant 2011 et complétée après 2010
Défense contre la pénalité	Défense de diligence raisonnable	Défense de diligence raisonnable

Divulgation préventive		
Éléments importants	**Québec**	**Canada (proposées)**
Transaction visée	Règle générale antiévitement (« RGAÉ ») pourrait s'appliquer	S.O.
Date de production	Date d'échéance de production de la déclaration relative à l'année où la transaction commence	S.O.
Personnes assujetties	Le contribuable doit produire le formulaire prescrit	S.O.
Date d'application	15 octobre 2009	S.O.
Objet	Éviter la prolongation de la période de prescription et des pénalités de la RGAÉ	S.O.

Ces mesures soulèvent plusieurs problématiques et feront assurément l'objet de débats judiciaires.

Ainsi, le ministre a indiqué qu'une défense de diligence raisonnable serait disponible. Qu'en serait-il de la situation où un conseiller, confronté à la question de savoir si une divulgation préventive – c'est-à-dire la crainte de l'application potentielle de la RGAÉ – soit requise donne un avis, hautement motivé, voulant que selon lui, la règle ne reçoit pas application et qu'en conséquence, en supposant que le ministre voie les choses autrement et a éventuellement gain de cause? Une défense de diligence raisonnable serait-elle disponible pour éviter les pénalités potentiellement substantielles qui

pourraient en résulter? Il y a fort à parier que le ministre contestera une telle défense. En termes de politique fiscale, l'objectif de la divulgation préventive est de favoriser la capacité du ministre d'être mis au courant, en temps opportun, des transactions à caractère d'évitement. Si l'obtention d'une opinion qui s'avère mal fondée peut quand même être opposée au ministre, il s'ensuit que l'objectif n'est pas atteint.

Une autre situation potentielle sera celle où le client, malgré les conseils de son conseiller, refuse de procéder à une divulgation préventive. Une défense de diligence raisonnable serait-elle alors applicable? Oui, selon nous, dans la mesure où le professionnel serait en mesure d'établir que les recommandations de divulgation avaient été documentées.

Cependant, la plus importante problématique est certes celle du maintien du secret professionnel. Déjà, dans les affaires *Labow* et *Envision*, déjà discutées, les professionnels avaient, au soutien des arguments des contribuables quant à leur bonne foi (et ce, afin d'éviter des cotisations hors délai), remis les opinions rendues dans le cadre des transactions en litige. Plus directement pertinente est la décision *Richard A. Kanan Corporation* c. *La Reine*[22] de la Cour canadienne de l'impôt. Il s'agissait alors de déterminer si certains frais juridiques étaient déductibles. Le contribuable n'avait pas renoncé au privilège avocat-client. La Cour indiqua que de simplement faire mention que les services étaient de nature juridique n'était pas suffisant et que pour justifier la déduction des montants, il devait y avoir une description des tâches et des montants. La juge Campbell s'exprimait ainsi :

> « When a taxpayer deducts an expense from his or her income, he or she may be called upon to justify that deduction – to convince the Minister, or failing that, the Court, that it is a properly deductible expense. Where the expense is a lawyer's fee, the proof that is required will often be covered by solicitor-client privilege. While these Interim Reasons are not intended to provide the CRA with a license to access privileged information, it is clear that a taxpayer who presents a claim for deductions in a return must also accept that at least some disclosure will be necessary to properly dispose of that claim.
>
> However, to provide the proof that is required, a taxpayer should not be forced to reveal the specifics of its legal advice, or to turn over the lawyer's entire file. In addition to limited disclosure, the lawyer or the Court may edit documents to remove non-essential material, and the Court may impose conditions to ensure de confidentiality of the information. Further, taxpayers must be allowed to

[22] 2011 CCI 211.

provide the proof that is required without the risk that they will be found to have waived the privilege entirely[23]. »

4. LES CLIENTS ET LES RECOURS

Deux décisions récentes illustrent la propension aux recours contre les professionnels.

i) Affaire *Gestion Maskimo Inc*. c. *Charbonneau*[24]

Il s'agissait d'une poursuite contre des professionnels à l'occasion d'une planification fiscale impliquant l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. La faute alléguée était de ne pas avoir considéré l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. à la suite d'un rachat d'actions.

La Cour supérieure confirme que le test est d'évaluer si le fiscaliste a agi comme un « […] professionnel raisonnablement compétent, prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances[…] ». Ainsi, la Cour confirmait qu'il s'agissait d'une obligation de moyen et non de résultat. En l'espèce, le scénario du rachat d'actions avait été développé par l'avocat et non par le fiscaliste. En outre, l'avocat admettait ne pas connaître l'application (et encore moins les méandres) du paragraphe 55(2) L.I.R.

La Cour arriva à la conclusion que tant l'avocat que le fiscaliste avaient été imprudents et avaient, dans les circonstances, manqué de diligence. Une responsabilité de 70 % pour le fiscaliste et de 30 % pour l'avocat en résulta.

ii) Arrêt *Bouffard* c. *Supra Formules d'affaires inc*.[25]

Un actionnaire avait procédé au rachat des actions de son coactionnaire. À la suite d'une entente hors cour, un fiscaliste avait été appelé à donner des conseils fiscaux à l'acheteur. Le fiscaliste ne disposait pas de certaines informations et donna donc ses conseils sous toute réserve.

---

23 *Id*., par. 29-30.

24 2008 QCCS 3269.

25 2009 QCCA 988.

> Il s'ensuivit un litige entre l'acheteur et le conseiller qui portait essentiellement sur le paiement du prix d'achat, soit par le versement d'un boni ou de dividendes.
>
> En concluant que le fiscaliste n'avait commis aucune faute, la Cour rappela que le test applicable est de démontrer si le fiscaliste s'est comporté d'une façon similaire au comportement qu'un fiscaliste normalement prudent et diligent aurait adopté, c'est-à-dire que le conseiller ne s'est pas écarté des règles de l'art ou des normes établies généralement acceptées.

Une des situations qui se présente plus fréquemment est celle où le client, frustré à tort ou à raison, demande s'il peut intenter des recours en dommages contre les autorités fiscales. En raison de l'attitude beaucoup plus agressive des autorités, il peut survenir une problématique où de tels recours sont envisageables, tels :

- responsabilité civile (dommages);
- diffamation et atteinte à la réputation;
- abus de pouvoir; et
- violation de droits protégés en vertu de la Charte.

Rappelons que l'article 5 de la *Loi sur la fonction publique*[26] prévoit qu'un fonctionnaire doit exercer ses fonctions « […] dans l'intérêt public, au mieux de sa compétence, avec honnêteté et impartialité[…] » et il est tenu de traiter le public avec égard et diligence.

Un exemple récent est l'affaire *Groupe Enico Inc. et autres* c. *SMRQ*[27] où une poursuite de 12 M$ a été intentée contre le sous-ministre du Revenu sur la base de l'établissement de cotisations largement erronées. Ce procès est fixé pour février 2013.

Dans le cadre de ce dossier, le ministre avait procédé à une saisie du compte bancaire de la société pour finalement se désister quelques jours plus

---

[26] L.R.Q. 1997, c. F-3.1.1.

[27] 2011 QCCS 4847.

tard. Évidemment, ces faits avaient enclenché une série de problèmes pour la compagnie.

La Cour (le jugement est en appel) a conclu qu'il y avait eu négligence et témérité de la part du ministre et, en conséquence, ordonna le versement de dommages de 325 404 $.

CONCLUSION

Le mot qui à notre sens décrit le mieux l'état de la pratique est « prudence ». Tant les contribuables qui désirent minimiser de façon légitime leurs impôts que les professionnels qui les conseillent doivent être minutieux et prudents. On donnait au cours des années 1970 et 1980 beaucoup d'importance à la forme des transactions. L'arrêt *Garron* démontre qu'il faut s'assurer que la substance de ces transactions doit être présente. Il s'ensuit également que le conseiller doit bien documenter les conseils et surtout les réserves qu'il peut avoir formulées à son client.

Que nous réserve l'avenir? Il fait peu de doutes que l'évolution actuelle s'accentuera et qu'on assistera non seulement à un resserrement des règles d'application mais également, si l'on se fie à l'expérience de pays tels les États-Unis et l'Australie, à l'adoption de règles (allant même jusqu'à l'émission d'injonctions empêchant la pratique de la fiscalité) très pénalisantes pour les promoteurs et les conseillers. Pour rappeler l'expression anglaise : « Ne tirez pas sur le messager! ».

PROGRAMME DE VÉRIFICATION DE REVENU QUÉBEC DANS LE SECTEUR IMMOBILIER



François Lemieux
Chef du service
des projets – Québec
Bureau de la lutte contre
l'évasion fiscale
Revenu Québec



Michel Baril
Coordonnateur du projet
secteur immobilier
Bureau de la lutte contre
l'évasion fiscale
Revenu Québec

TABLE DES MATIÈRES

1. **ORIGINE DU PROJET** 41:3
2. **DESCRIPTION DU PROJET** 41:3
3. **OBJECTIFS DU PROJET** 41:4
4. **SÉLECTION DES CAS À RISQUE** 41:4
5. **PROCESSUS DE R & D** 41:5
6. **OUTILS INNOVATEURS DÉVELOPPÉS** 41:5
7. **EXEMPLES** 41:6
CONCLUSION 41:9

Plan de la présentation

Volet 1
- Origine du projet
- Description du projet
- Objectifs du projet
- Sélection des cas à risque
- Processus de R & D
- Outils innovateurs développés

Volet 2
- Exemples concrets
- Conclusion

1. ORIGINE DU PROJET

- Forte croissance du marché de l'immobilier;
- **Hausse** d'inobservance fiscale et **émergence** de stratagèmes d'évasion fiscale (*flip*, prête-nom, etc.);
- Absence d'un relevé fiscal prescrit identifiant la disposition d'un immeuble spécifique;
- Apparition de firmes privées spécialisées dans les données immobilières.

2. DESCRIPTION DU PROJET

Projet de recherche et développement (« R & D ») ciblant le **secteur immobilier**.

Transactions immobilières

- Cible les contribuables qui ont acquis ou disposé d'un immeuble et qui n'ont pas déclaré correctement les incidences fiscales découlant d'une transaction.

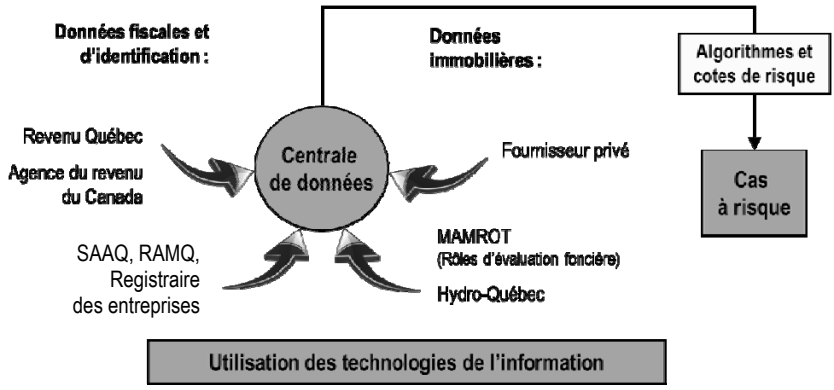
Location d'immeubles

- Cible les contribuables qui possèdent un immeuble locatif et qui ne déclarent pas, en tout ou en partie, leurs revenus de location.

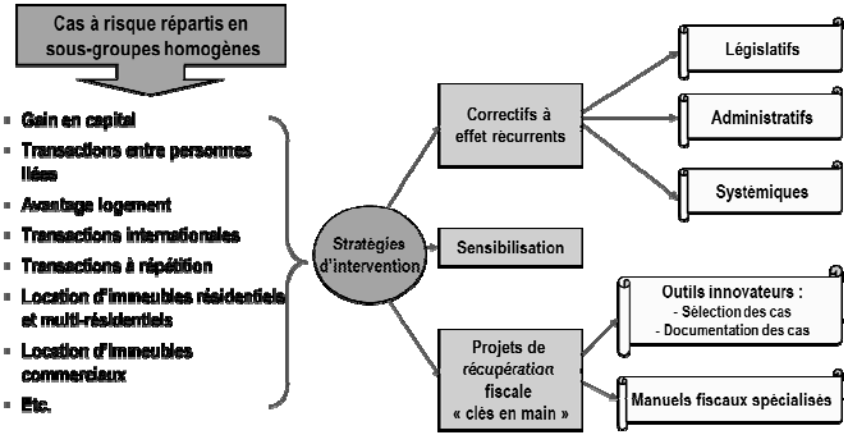
3. OBJECTIFS DU PROJET

- Maintenir une présence accrue dans ce secteur d'activité économique;
- S'assurer que chacun paie sa juste part d'impôt et de taxes :
  - Renforcer les contrôles en fonction des risques fiscaux,
  - Inciter à l'autocotisation.

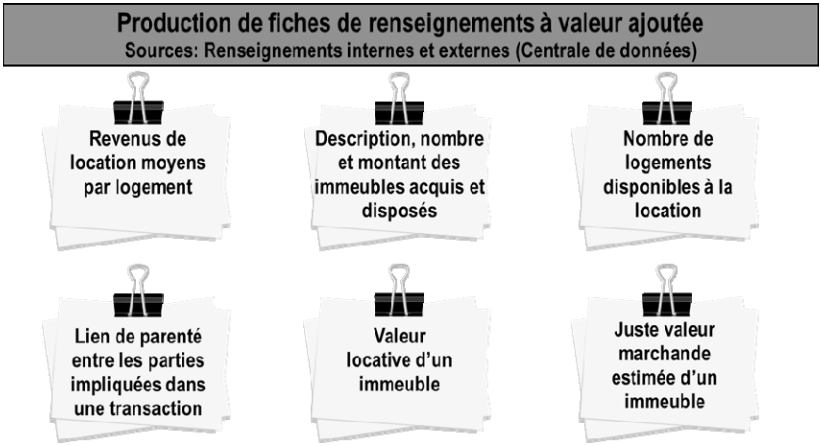
4. SÉLECTION DES CAS À RISQUE



5. PROCESSUS DE R & D



6. OUTILS INNOVATEURS DÉVELOPPÉS



7. EXEMPLES

- **Transactions entre personnes liées**
  - **Croisement de données internes :**
    - Vente d'un immeuble par une société à un particulier,
    - **Prix de vente** : 300 000 $,
    - Vente **déclarée** par la société,
    - **Aucun** lien apparent entre le vendeur et l'acheteur;
  - **Croisement de données internes et externes :**
    - Vente entre personnes liées,
    - **Prix de vente** : 300 000 $.

Vente au beau-frère de l'actionnaire



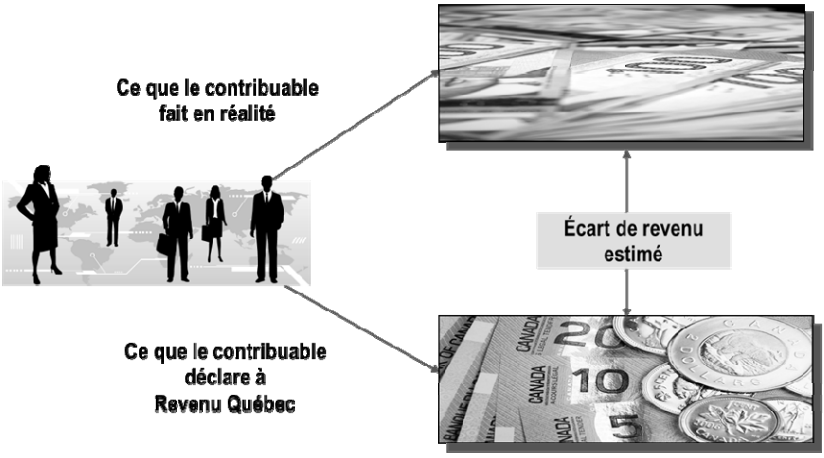
Valeur estimée : 600 000 $



Vente entre personnes liées	Vente entre personnes non liées
Prix de vente : 300 000 $	**Prix de vente** : 580 000 $
Valeur estimée : 600 000 $	

- **Location d'immeubles résidentiels**

Le contribuable possède un immeuble de 25 logements.



Selon le contribuable :

Plusieurs logements sont vacants (25 %) et les revenus de loyer sont les suivants :

App.	J	F	M	A	M	J	J	A	S	O	N	D
1	VAC	VAC	VAC	VAC	VAC	VAC	300	300	300	300	300	300
2	325	325	325	325	325	325	VAC	VAC	VAC	335	335	335
3	325	325	325	325	325	325	335	335	335	335	335	335
4	350	350	350	350	350	350	VAC	VAC	VAC	VAC	VAC	VAC

↓

... 25 log.

À la suite du croisement de renseignements :

Il n'y a presque aucun logement vacant (2 %).

App.	J	F	M	A	M	J	J	A	S	O	N	D
1	OCC	OCC	OCC	OCC	OCC	OCC	300	300	300	300	300	300
2	325	325	325	325	325	325	VAC	VAC	VAC	335	335	335
3	325	325	325	325	325	325	335	335	335	335	335	335
4	350	350	350	350	350	350	OCC	OCC	OCC	OCC	OCC	OCC

↓

... 25 log.

Il n'y a presque aucun logement vacant (2 %) et les revenus de loyer estimés sont supérieurs.

App.	J	F	M	A	M	J	J	A	S	O	N	D
1	410	410	410	410	410	410	300	300	300	300	300	300
2	325	325	325	325	325	325	VAC	VAC	VAC	335	335	335
3	325	325	325	325	325	325	335	335	335	335	335	335
4	350	350	350	350	350	350	515	515	515	515	515	515

↓

... 25 log.

App.	J	F	M	A	M	J	J	A	S	O	N	D
1	410	410	410	410	410	410	425	425	425	425	425	425
2	325	325	325	325	325	325	VAC	VAC	VAC	335	335	335
3	475	475	475	475	475	475	485	485	485	485	485	485
4	500	500	500	500	500	500	515	515	515	515	515	515

↓

... 25 log.

Revenu

	Brut	Net
Déclaré	100 000 $	10 000 $
Estimé	173 000	83 000
Écart	73 000 $	73 000 $

L'utilisation des données internes et externes, jumelée à diverses méthodes de reconstitution des revenus, permet d'estimer le revenu brut de location.

CONCLUSION

Projet innovateur

- **Gain de productivité** lors de la sélection et la documentation de cas à risque;

- **Récupération fiscale** de plus de **190 M$** depuis le début du projet sur le **secteur immobilier**.

L'UNITÉ PERMANENTE ANTICORRUPTION ET L'ADMINISTRATION FISCALE



Christopher R. Mostovac
Avocat, associé
Starnino Mostovac s.e.n.c.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 42:3

1. ORGANISATION ET STRUCTURE LÉGALE 42:3

1.1. EN CE QUI CONCERNE LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION 42:4
1.2. FONCTIONS ET POUVOIRS DU COMMISSAIRE 42:5
1.3. ÉQUIPES DE VÉRIFICATION ET D'ENQUÊTE 42:7
1.4. SYSTÈME DE DÉNONCIATION 42:8

2. DÉFIS ET PROBLÉMATIQUES POTENTIELS 42:10

2.1. RECHERCHE D'INFORMATIONS CRIMINELLES 42:10
2.2. SITUATION DONNANT LIEU À UNE ENQUÊTE 42:11
2.3. COMMENCEMENT D'UNE ENQUÊTE PÉNALE OU CRIMINELLE 42:11

2.4. ÉCHANGE D'INFORMATION AVEC LES AUTORITÉS FISCALES 42:11
2.5. PRESCRIPTION 42:12
2.6. IMMUNITÉ 42:13
2.7. INDICATEUR DE POLICE 42:14
2.8. AMENDES FISCALES 42:15

3. UN *PATRIOT ACT* QUÉBÉCOIS 42:15

INTRODUCTION*

Le présent texte se voulait au départ un échange entre un représentant de l'Unité permanente anticorruption (« UPAC ») ainsi que nous-même relativement au travail de l'UPAC et de son impact sur l'administration fiscale au Québec. Croyant que des exemples concrets et des résultats d'enquête auraient pu servir de sujets potentiels de discussion non seulement à l'égard de l'objectif et de la mission de l'UPAC, mais également au regard des pratiques de vérification et d'enquête, le commissaire de l'UPAC, après avoir accepté de participer au congrès, a malheureusement dû se désister pour les raisons médiatiquement et publiquement discutées ces derniers jours.

C'est donc seul que nous nous permettons dans le présent texte de relever les différents effets des problèmes potentiels que soulève la *Loi concernant la lutte contre la corruption*[1], donnant ouverture à la création de l'UPAC.

1. ORGANISATION ET STRUCTURE LÉGALE

Introduction

Dans un souci de rendre les vérifications et enquêtes policières plus efficaces relativement à la lutte contre la corruption en matière contractuelle dans le secteur public, le gouvernement a mis en place au mois de février 2011 une unité permanente anticorruption (dont la structure légale et l'organisation furent légalement consacrées le 13 juin 2011 par l'adoption de la *Loi concernant la lutte contre la corruption*.

L'objectif du gouvernement dans une optique de gestion pratique des effectifs policiers était de regrouper des effectifs de l'Escouade Marteau ainsi que des unités des ministères du Revenu, des Affaires municipales, de la Commission de la construction du Québec, ainsi que de la Régie du bâtiment du Québec afin de renforcer les actions de prévention et de lutte contre la corruption en matière contractuelle dans le secteur public.

---

* L'auteur tient à remercier M^e^ Martin Delisle, avocat, LL.M. fisc., de Starnino Mostovac s.e.n.c., de sa contribution au présent texte.

1 2011, c. 17, Projet de loi n^o^ 15, adopté le 8 juin 2011 et sanctionné le 13 juin 2011 (« L.L.C.C. »).

Le poste de commissaire de l'UPAC fut créé et la nomination de M. Robert Lafrenière à titre de commissaire fut confirmée au cours de l'année 2011.

Au sein du présent texte, la question de l'organisation et de la structure légale de l'UPAC fera l'objet d'une analyse en cinq volets :

- une analyse de la *Loi concernant la lutte contre la corruption*;
- les fonctions et les pouvoirs du commissaire;
- les équipes de vérification et d'enquêteurs;
- la procédure ou le système de dénonciation; et
- l'impact de la création de l'UPAC sur l'administration fiscale.

1.1. EN CE QUI CONCERNE LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION

La *Loi concernant la lutte contre la corruption* a pour objet de renforcer les actions de prévention et de lutte contre la corruption en matière contractuelle dans le secteur public. À cette fin, la fonction de commissaire à la lutte contre la corruption fut créée et l'objectif du gouvernement par la création d'une telle fonction sera d'assurer, pour l'État, une meilleure coordination visant à lutter contre la corruption dans le secteur public.

La *Loi concernant la lutte contre la corruption* est caractérisée par deux objets principaux, soit :

a) création de la charge de commissaire à la lutte contre la corruption et attribution de pouvoirs d'information et d'enquête du commissaire; et

b) création d'une procédure facilitant la dénonciation des actes répréhensibles auprès du commissaire.

La *Loi concernant la lutte contre la corruption* définit le terme « acte répréhensible » de trois manières (qui peuvent être qualifiées de caractéristiques non cumulatives). En premier lieu, toute contravention à une disposition d'une loi fédérale ou du Québec ou encore à un règlement impliquant soit la corruption, la malversation, la collusion, la fraude ou le trafic d'influence en lien avec soit l'adjudication, l'obtention ou l'exécution de contrats octroyés dans l'exercice des fonctions ou d'une personne du

secteur public sera considérée comme un acte répréhensible en vertu de la *Loi concernant la lutte contre la corruption* qui pourra donner lieu à une enquête ou à une vérification de l'UPAC.

Ensuite, tout usage abusif des fonds ou biens ou encore tout cas grave de mauvaise gestion en matière contractuelle dans le secteur public sera également considéré comme un acte répréhensible.

Finalement, tout ordre ou conseil donné à une personne en vue de commettre un acte répréhensible sera considéré lui-même comme un acte répréhensible au sein de ce troisième aspect d'acte répréhensible, nous pouvons constater que les professionnels, conseillers fiscaux, juridiques ou comptables pourraient, malgré eux, être visés par ce troisième aspect d'acte répréhensible.

Seuls les actes répréhensibles en matière contractuelle dans le secteur public font l'objet des mandats d'enquête et de vérification de l'UPAC. Par le terme « secteur public », la *Loi concernant la lutte contre la corruption* vise tout organisme public au sens de la *Loi sur le vérificateur général*[2], toute université, tout institut de recherche, toute école supérieure, tout cégep et école privée subventionnée ainsi que les commissions scolaires. Est également visé par le terme « secteur public » utilisé dans la *Loi concernant la lutte contre la corruption*, tout centre de la petite enfance et garderie subventionnée, tout établissement public et privé (au sens de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*[3]) ainsi que les centres locaux de développement. Du côté politique, le secteur public vise également les municipalités, les conférences régionales des élus, ainsi que toute personne nommée à des organismes à but non lucratif recevant le soutien financier du gouvernement du Québec.

1.2. FONCTIONS ET POUVOIRS DU COMMISSAIRE

Au regard des fonctions et des pouvoirs du commissaire, l'article 4 L.L.C.C. indique que la mission du commissaire soit d'assurer, pour l'État, la coordination des actions de prévention et de lutte contre la corruption en matière contractuelle dans le secteur public. Le commissaire exerce les fonctions qui lui sont conférées par la présente loi, avec l'indépendance que celle-ci lui accorde.

---

2 L.R.Q., c. V-5.01.

3 L.R.Q., c. S-4.2.

Le mandat du commissaire de l'UPAC est d'une durée de cinq ans renouvelable et ce dernier est nommé par le gouvernement. Bien qu'il ne soit pas requis que la personne nommée commissaire de l'UPAC soit un agent de la paix, la fonction en elle-même et l'Institution font en sorte que le commissaire de l'UPAC est considéré comme un agent de la paix en vertu de la *Loi concernant la lutte contre la corruption*.

Le commissaire a pour fonction :

a) de recevoir, de consigner et d'examiner des dénonciations d'actes répréhensibles, afin de leur donner les suites appropriées;

b) de diriger ou de coordonner les activités de toute équipe d'enquête formée de membres de son personnel ou désignée par le gouvernement, selon le cas;

c) de requérir de sa propre initiative des enquêtes afin de détecter la commission d'actes répréhensibles;

d) de formuler des recommandations au président du Conseil du trésor et au ministre des Affaires municipales, des Régions et de l'Occupation du territoire sur toute mesure concernant l'adjudication des contrats dont les conditions sont déterminées par une loi dont ils sont chargés de l'application;

e) de formuler des recommandations au Ministre ainsi qu'à tout organisme ou toute personne du secteur public sur toute mesure visant à favoriser la prévention et la lutte contre la corruption;

f) d'assumer un rôle de prévention et d'éducation en matière de lutte contre la corruption.

En outre, le commissaire peut effectuer ou faire effectuer toute enquête ou tout complément d'enquête à la demande du Directeur des poursuites criminelles et pénales. Le commissaire exerce également toute autre fonction que lui confie le gouvernement ou le Ministre.

La *Loi concernant la lutte contre la corruption* crée également la charge de commissaire associé. L'article 10 L.L.C.C. nous informe sur les fonctions et la mission du commissaire associé. Le commissaire associé, nommé par le gouvernement, a pour fonction de coordonner les activités de toute équipe de vérification désignée par le gouvernement. En outre, il doit s'assurer que les équipes de vérification accomplissent leur mandat dans leur domaine de

compétence respectif. Le commissaire associé doit informer le commissaire de l'UPAC lorsqu'il croit qu'une affaire sous vérification devrait plutôt faire l'objet d'une enquête ou d'une poursuite relative à une infraction pénale ou criminelle à une loi fédérale ou du Québec. Il est à noter que le commissaire associé n'est pas considéré comme un agent de la paix en vertu de la *Loi concernant la lutte contre la corruption*.

Outre les fonctions du commissaire de l'UPAC, il existe des pouvoirs importants que la *Loi concernant la lutte contre la corruption* attribue au commissaire de l'UPAC. En premier lieu, il a un pouvoir discrétionnaire de désigner et de choisir ses enquêteurs. Non seulement il peut être consulté sur les enquêtes en cours, mais il peut également diriger ou coordonner lui-même les activités de toute équipe d'enquête sous sa gouverne et requérir des enquêtes. Le commissaire a non seulement un pouvoir de coordination ou de gestion, mais également un pouvoir d'enquête en lui-même puisque la *Loi concernant la lutte contre la corruption* lui permet de requérir la communication de tout renseignement issu des membres de son personnel ou du commissaire associé des équipes de vérification.

Autre pouvoir inhabituel, le commissaire de l'UPAC peut demander la suspension d'une enquête ou d'une vérification, ainsi que du coup permettre la suspension de toute prescription légale relativement à une poursuite dans le cadre d'une vérification ou d'une enquête de l'UPAC à la demande de ce dernier (suspension de la prescription pour un maximum de deux ans).

1.3. ÉQUIPES DE VÉRIFICATION ET D'ENQUÊTE

Les membres des équipes de vérification et d'enquête de l'UPAC proviennent de ministères ou d'organismes gouvernementaux. Il est intéressant de constater que les membres de ces ministères ou de ces organismes continuent d'accomplir leur mandat auprès du ministère ou de l'organisme respectif dans leur domaine de compétence tout en accomplissant leur charge ou leur fonction de vérificateur ou d'enquêteur pour l'UPAC. Ces vérificateurs et enquêteurs ont une immunité de poursuite dans le cadre de la commission d'une faute de bonne foi en vertu des articles 20 et 21 L.L.C.C.

Au regard des équipes de vérification, leur mandat est à deux volets.

Le premier volet est d'informer le commissaire associé lorsque le vérificateur croit qu'une affaire en vérification devrait plutôt faire l'objet d'une enquête ou d'une poursuite relative à une infraction pénale ou criminelle à une loi fédérale ou du Québec.

Le deuxième volet du mandat des vérificateurs de l'UPAC est l'obligation pour eux de faire rapport au commissaire associé des suites qui ont été données à un cas en vérification.

Pour ce qui est des équipes d'enquêteurs, leur mandat est essentiellement à trois volets. Premièrement, les enquêteurs doivent effectuer toute enquête demandée par le commissaire et informer ce dernier lorsqu'une enquête pénale ou criminelle débute. Ensuite, les enquêteurs doivent fournir au commissaire toute information utile aux fonctions de celui-ci (ainsi qu'à l'exercice des pouvoirs du commissaire). Finalement, les enquêteurs doivent rendre compte au commissaire de l'avancement des enquêtes.

1.4. SYSTÈME DE DÉNONCIATION

La *Loi concernant la lutte contre la corruption* établit par ailleurs une procédure facilitant, auprès du commissaire, la dénonciation d'actes répréhensibles au sens de la loi. Ainsi, l'objectif du gouvernement est que toute personne pourra ainsi communiquer au commissaire tout renseignement qui, selon elle, peut démontrer qu'un acte répréhensible a été commis ou est sur le point de l'être ou encore qu'il lui a été demandé de commettre un tel acte.

À cette fin, et pour assurer une certaine efficacité de la procédure de dénonciation, la loi met en place certaines mesures afin de protéger le dénonciateur d'un acte répréhensible. En premier lieu, il incombe au commissaire et au commissaire associé de prendre toutes les mesures nécessaires afin de s'assurer que l'anonymat du dénonciateur soit respecté. De telles mesures sur la confidentialité de l'identité du dénonciateur sont assimilables à la confidentialité d'un indicateur de police. De plus, la protection du dénonciateur ne se limite pas seulement à assurer son anonymat, mais aussi à le protéger contre des « mesures de représailles ».

La *Loi concernant la lutte contre la corruption* présume que certaines actions constituent des mesures de représailles au sens de la *Loi concernant la lutte contre la* corruption, telles que la rétrogradation, la suspension, le congédiement, le déplacement d'une personne, toute sanction disciplinaire ou toute autre mesure portant atteinte à son emploi. De plus, est présumé être une mesure de représailles tout acte d'une personne aidant une autre personne à commettre une infraction ou conseillant à une autre personne de commettre une infraction. La *Loi concernant la lutte contre la corruption* prévoit d'ailleurs que ce conseiller commettra lui-même une infraction qu'il a conseillé de commettre ou qu'il a aidé à commettre.

La *Loi concernant la lutte contre la corruption* permet aux dénonciateurs d'effectuer leur dénonciation, nonobstant toute obligation de loyauté ou de confidentialité pouvant les lier notamment à l'égard de leur employeur ou de leur client. Toutefois, le secret professionnel de l'avocat ou du notaire n'est pas inclus dans ladite obligation de loyauté ou de confidentialité. Cependant, dans le cadre d'une relation professionnelle autre que d'une relation avocat/client, prenons en exemple la relation entre un fiscaliste et son client ou un comptable et son client, il est permis de croire que cette obligation de loyauté ou de confidentialité à l'égard d'une dénonciation n'existe plus en faveur de l'employeur ou de son client. Est-il permis donc de croire que le conseiller fiscal (non avocat ou notaire) pourrait ne pas faire l'objet d'une plainte déontologique ou d'une poursuite civile dans le cas où il dénonce son client ou son employeur? La question reste ouverte même s'il nous est permis de croire que la *Loi concernant la lutte contre la corruption* interdirait tout recours judiciaire contre le dénonciateur dans le cas où le dénonciateur est le conseiller fiscal ou comptable du client.

Finalement, l'obligation de protection du dénonciateur est applicable non seulement à l'égard de la personne qui fait la dénonciation, mais également en ce qui concerne la personne qui collabore à une vérification ou à une enquête relativement à un acte répréhensible. La protection du dénonciateur s'étend aussi à toute personne menacée par une autre personne l'invitant à s'abstenir de faire une dénonciation ou de collaborer à la vérification ou à une enquête.

Pour ce qui est du processus en tant que tel de la dénonciation, il peut se résumer en trois étapes.

La première étape consiste en une analyse de la dénonciation effectuée par un membre du personnel du commissaire. Puis, dans une deuxième étape, le commissaire peut refuser de faire suite à la dénonciation ou de l'accepter aux fins de vérification ou d'enquête. Dans l'éventualité où la dénonciation est acceptée par le commissaire, ce dernier, dans une troisième étape, transmet le dossier soit au commissaire associé à une vérification ou à l'une des équipes d'enquête.

Il est à souligner que quiconque exerce des mesures de représailles s'expose au paiement d'amendes. Dans le cas où il s'agit d'une personne physique qui commet de telles représailles, une amende allant de 2 000 $ à 20 000 $ peut lui être imposée. Dans le cas d'une personne morale, des amendes de 10 000 $ à 250 000 $ peuvent lui être décernées. En cas de récidive, le double des amendes pourra être imposé à ces personnes.

2. DÉFIS ET PROBLÉMATIQUES POTENTIELS

Au sein de la présente section, nous relèverons huit aspects de la *Loi concernant la lutte contre la corruption* et de l'UPAC, qui constituent des défis ou des problématiques potentiels non seulement à l'égard de l'UPAC comme telle, mais également au regard des contribuables et surtout de leurs conseillers.

Ces défis et problématiques potentiels concernant la recherche d'information, les situations donnant lieu à une enquête, le commencement d'une enquête pénale ou criminelle, l'échange d'information avec les autorités fiscales, la prescription des recours, les immunités conférées aux membres de l'UPAC, la problématique des dénonciateurs/indicateurs de police, ainsi que les amendes fiscales qui sont modifiées par l'adoption de la *Loi concernant la lutte contre la corruption*.

2.1. RECHERCHE D'INFORMATIONS CRIMINELLES

En effectuant une lecture attentive des premiers articles de la *Loi concernant la lutte contre la corruption*, ainsi que des notes explicatives et introductives à cette même loi, le but recherché par l'UPAC semble être la recherche d'informations criminelles en lien avec la définition d'actes répréhensibles et de corruption.

Un acte répréhensible, tel que la corruption, constitue l'accomplissement d'un acte criminel selon le *Code criminel*[4] par le biais des articles 119, 120 et 121 C.cr. (corruption de fonctionnaires et fraude envers l'État), 123 C.cr. (corruption dans les affaires municipales), 125 C.cr. (influencer ou négocier une nomination) et du paragraphe 139(3) C.cr. (entrave à la justice), etc. Étant donné que le but des vérifications est la recherche d'un acte répréhensible pouvant donner lieu à une accusation criminelle ou sommaire, il serait de rigueur de s'interroger sur la légalité des vérifications de l'UPAC. Ainsi, de telles vérifications pourraient être mises en cause puisque cette recherche d'infraction criminelle pourrait constituer des gestes d'enquête dans le cadre d'une vérification fiscale notamment par l'entremise des principes édictés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *La Reine* c. *Jarvis*[5].

---

4 L.R.C. (1985), ch. C-46 et mod. (« C.cr. »).

5 2002 CSC 73 (« *Jarvis* »).

2.2. SITUATION DONNANT LIEU À UNE ENQUÊTE

La *Loi concernant la lutte contre la corruption* n'indique pas les critères qui seront utilisés par le commissaire pour renvoyer ou transmettre un dossier soit au Département de la vérification ou au Département des enquêtes de l'UPAC. La considération qu'un dossier doit être en enquête ou plutôt en vérification relève du pouvoir discrétionnaire du commissaire.

Nous devons nous interroger sur la question de savoir si la discrétion du commissaire pourrait faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

2.3. COMMENCEMENT D'UNE ENQUÊTE PÉNALE OU CRIMINELLE

L'article 18 L.L.C.C. indique que le commissaire doit informer le Directeur des poursuites criminelles et pénales dès le commencement d'une enquête pénale ou criminelle et, le cas échéant, requérir les conseils de ce dernier. Cette obligation imputée au commissaire soulève deux questions importantes.

La première est d'identifier les faits ou les critères indiquant ou déterminant le commencement d'une enquête pénale ou criminelle et, donc, qui fera apparaître l'obligation du commissaire d'informer le Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec. Le simple fait que le dossier soit transmis physiquement aux enquêtes constitue-t-il le « commencement » effectif d'une enquête pénale ou criminelle?

De plus, l'article 18 L.L.C.C. ouvre également la voie au questionnement du contribuable ou de son représentant, à savoir si ces derniers pourront être informés qu'ils font l'objet d'une enquête ou s'ils devront communiquer avec un représentant de l'UPAC pour le savoir.

Ces questionnements sont d'autant plus pertinents puisque la loi ne mentionne pas l'obligation des équipes de vérification de cesser immédiatement leur vérification dès que des éléments ont été découverts et qui pourraient constituer la preuve de la commission d'une infraction pénale ou criminelle, le tout, tel qu'édictent les principes de « gestes d'enquête » relatés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Jarvis*.

2.4. ÉCHANGE D'INFORMATION AVEC LES AUTORITÉS FISCALES

À l'article 17 L.L.C.C., il est indiqué que le commissaire, les membres de son personnel, le commissaire associé et les équipes de vérification ou d'enquête désignés par le gouvernement peuvent, dans l'exercice de leurs

fonctions et dans le respect des exigences constitutionnelles en matière de vie privée, se communiquer des renseignements. Ce droit à la communication et d'échange d'information attribué par l'article 17 L.L.C.C. est fait malgré la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*[6] et toute autre restriction de communication prévue par d'autres lois du Québec. Cette clause dite « nonobstant » contenue à l'article 17 L.L.C.C. entre en contradiction avec le principe édicté dans ce même article, soit le respect des exigences constitutionnelles en matière de vie privée dont la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* tendait à constituer une sorte de garantie au respect des exigences constitutionnelles en matière de vie privée.

Ce droit à l'échange d'information soulève la question en ce qui concerne les informations fiscales. Le commissaire de l'UPAC pourrait transmettre à Revenu Québec ou à Revenu Canada de l'information et vice-versa. L'échange desdites informations potentielles entre le commissaire et les autres entités gouvernementales constitue nécessairement une restriction à l'obligation de confidentialité du dossier fiscal des contribuables. Le droit d'échange à l'information ouvre la porte au questionnement suivant, à savoir si les autorités fiscales seront au service de l'UPAC ou l'UPAC au service des autorités fiscales?

2.5. PRESCRIPTION

L'article 19 L.L.C.C. traite du pouvoir du commissaire ou du commissaire associé de suspendre toute prescription prévue par une loi du Québec pour un délai de deux ans ou jusqu'à ce que cette demande soit retirée, selon le plus court de ces délais. Cette suspension peut être demandée par le commissaire ou le commissaire associé dans l'optique où l'un ou l'autre n'entreprend pas une enquête ou une vérification de manière temporaire ou suspend cette enquête ou cette vérification de manière temporaire. Les conséquences d'un tel article sur l'administration fiscale peuvent être importantes en raison du pouvoir quasi supra législatif du commissaire. Ainsi, une telle demande de suspension aurait une influence manifeste sur l'application du 2e alinéa de l'article 1010 de la *Loi sur les impôts*[7] relativement à la période normale de cotisation, soit généralement d'une durée de trois ans à compter de la production de la déclaration fiscale du contribuable.

---

6 L.R.Q., c. A-2.1.

7 L.R.Q., c. I-3 et mod.

Ainsi, il nous est permis de nous questionner sur ce pouvoir attribuable au commissaire d'effectuer un amendement indirect à toute loi du Québec relativement à la durée des prescriptions légales prévues dans différentes lois du Québec. De tels pouvoirs supra législatifs font-ils en sorte que la fonction du commissaire de l'UPAC au regard de cette demande de suspension de la prescription constitue une intervention *ultra vires*. Par ailleurs, il nous est permis de nous questionner sur la manière dont le contribuable pourrait être avisé qu'une telle demande a été déposée dans son dossier et la possibilité que cette demande soit déposée tardivement lorsque des fonctionnaires publics constatent que la période régulièrement prescrite pourrait être « étirée » en fonction de l'existence d'une vérification d'un acte répréhensible.

2.6. IMMUNITÉ

L'article 20 L.L.C.C. indique que le commissaire, les membres de son personnel, le commissaire associé et les membres des équipes de vérification ou d'enquête désignés par le gouvernement ne peuvent être poursuivis en justice en raison d'une omission ou d'un acte accompli de bonne foi dans l'exercice de leurs fonctions en vertu de la présente loi.

Cette immunité est complétée par l'article 21 L.L.C.C. puisque ce dernier édicte qu'aucun des recours en vertu de l'article 33 du *Code de procédure civile*[8], ou recours extraordinaire au sens de ce code, ne peut être exercé ni aucune injonction accordée contre le commissaire, les membres de son personnel, le commissaire associé, et les membres des équipes de vérification ou d'enquête désignés par le gouvernement, en vertu de la présente loi.

Les pouvoirs de contestation et de poursuites en dommage d'un contribuable viennent d'être substantiellement restreints par l'adoption des articles 20 et 21 L.L.C.C.

Ainsi, un citoyen décidant de poursuivre en dommage l'une des entités de l'UPAC à la suite de l'invalidation d'un mandat de perquisition découlant d'une vérification ou enquête de l'UPAC devrait nécessairement prouver la mauvaise foi d'un représentant de l'UPAC pour ne pas voir les articles 20 et 21 L.L.C.C. recevoir application. Il constitue donc un fardeau supplémentaire à prouver par le contribuable malgré le fait qu'il ne soit pas en possession de preuves ou de documents internes qui pourraient prouver l'existence de la mauvaise foi d'un employé de l'UPAC. Dans une telle

[8] L.R.Q., c. C-25.

circonstance et puisqu'il est permis de croire que l'UPAC a le monopole de la preuve du contribuable servant à démontrer une mauvaise foi de l'un de ses agents, les agents travaillant à l'UPAC possèdent une immunité dépassant les expectatives raisonnables de défense d'un citoyen visé par une vérification ou une enquête et contribuant à élargir l'écart potentiel du déséquilibre des forces entre l'État et ses citoyens.

De plus, il nous est permis de croire qu'aucun pouvoir discrétionnaire du commissaire de l'UPAC en vertu de l'article 21 L.L.C.C. ne peut être soumis à un contrôle judiciaire devant la Cour supérieure ni à un recours extraordinaire ou à quelconque injonction.

2.7. INDICATEUR DE POLICE

Une autre problématique potentielle peut se présenter dans le cas des dénonciateurs qui alimentent le Service de vérification et d'enquête de l'UPAC. Ainsi, compte tenu de l'obligation d'anonymat qui incombe au commissaire et au commissaire associé, est-il possible que le statut des dénonciateurs soit assimilable au statut légal des indicateurs de police?

Évidemment, dans le cas où un dénonciateur dénonce un événement qui fait subséquemment l'objet de mandats de perquisition et d'accusations contre un contribuable, il est permis de croire que de par les termes employés par la loi relativement à l'anonymat du dénonciateur, le directeur des poursuites criminelles et pénales ait l'obligation de s'opposer à toute divulgation de l'identité du dénonciateur ou à la divulgation de toute information susceptible de l'identifier.

Dans un tel contexte, il doit être admis que les moyens de défense potentiels qui pourraient être soulevés par le contribuable aussi bien en contexte civil que pénal ou criminel dans le cadre d'une vérification/enquête de l'UPAC sont restreints par le statut légal des dénonciateurs.

Ainsi, tenant pour acquis que l'identité d'un dénonciateur ou des informations qui seraient susceptibles de l'identifier ne pourraient être divulguées au contribuable visé par une vérification/enquête, ce dernier pour obtenir la levée du privilège relatif aux indicateurs de police devra démontrer que l'une des exceptions relativement à la transmission des informations puisse être invoquée et prouvée devant un tribunal pour la transmission des informations convoitées. En premier lieu, le contribuable peut demander la levée du privilège en insistant sur le fait que l'innocence de l'accusé est en cause. Une telle situation se présentera dans l'éventualité où l'indicateur est un témoin essentiel du crime ou que l'indicateur a agi à titre d'agent provocateur, ou selon ces deux possibilités. Si, dans un contexte où la

corruption est invoquée pour l'attribution d'un contrat public dans le domaine de la construction, il est clair que, dans l'hypothèse où le dénonciateur constitue le corrupteur ou le corrompu et qu'aucun autre témoin ne puisse prouver l'existence du crime, le privilège relatif aux indicateurs de police devrait être levé dans une telle situation. Finalement, dans le cas où l'on tente d'invalider un mandat de perquisition selon l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*[9] (perquisition illégale), la Cour suprême du Canada dans les arrêts *La Reine* c. *Scott*[10], et *Personne désignée* c. *Vancouver Sun*[11] nous indique que le Ministère public pourra donner l'identité du dénonciateur ou les informations susceptibles de l'identifier.

2.8. AMENDES FISCALES

Il est à noter que la *Loi concernant la lutte contre la corruption* a amendé les articles 62 et 62.0.1 de la *Loi sur l'administration fiscale*[12] au chapitre des amendes. Ainsi, l'amende minimale passe de 1 000 $ à 2 000 $ et l'amende maximale passe de 25 000 $ à 1 M$.

3. UN *PATRIOT ACT* QUÉBÉCOIS

En conclusion, il nous est permis de croire, bien sûr de manière imagée, que la *Loi concernant la lutte contre la corruption* constitue un *Patriot Act* québécois.

Bien que la *Loi concernant la lutte contre la corruption* ne traite pas d'écoute électronique obtenue sans l'approbation d'un juge, il est néanmoins clair que les exigences constitutionnelles en matière de vie privée sont susceptibles d'être bafouées dans la mise en pratique des dispositions concernant la *Loi concernant la lutte contre la corruption*.

À titre d'exemple, tel qu'il a été mentionné précédemment, les échanges d'information accrus sans le consentement du contribuable entre les différents paliers gouvernementaux donnent matière à réflexion. Tout comme l'ouverture à ce que des vérifications avec tous les pouvoirs de

---

9 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.

10 [1990] 3 R.C.S. 979.

11 [2007] 3 R.C.S. 253.

12 L.R.Q., c. A-6.002.

contrainte qu'elles comportent puissent être déguisées ou téléguidées afin de constituer la preuve de la poursuite à la commission d'une infraction pénale ou criminelle. La mince ligne pouvant exister entre une vérification et une enquête ouvre la porte à la commission de gestes répréhensibles par les agents de l'UPAC avec une certaine tolérance, voire bénédiction reflétée par les articles 20 et 21 L.L.C.C. concernant l'immunité qui leur est attribuée et à la quasi-impossibilité par un tribunal de contraindre l'une des entités de l'UPAC.

Ces dispositions représentent donc une réduction des moyens de défense du contribuable ou de son représentant et ouvrent la voie à un déséquilibre croissant entre les forces de l'État et le contribuable ou son représentant.

Ce déséquilibre est non seulement reflété par la suspension discrétionnaire de la prescription par le commissaire ou en vertu de l'immunité conférée aux agents de l'UPAC ou à l'anonymat des dénonciateurs, mais également au monopole par l'État des informations sur le déroulement de l'enquête/vérification qui pourrait être données au contribuable sur la véritable nature des interventions des agents de l'UPAC. Compte tenu de la grande discrétion attribuée au commissaire de l'UPAC par des pouvoirs quasi législatifs et d'enquêtes aussi quasi illimitées, il nous est permis de croire qu'il y a et qu'il y aura ici une atteinte à la garantie constitutionnelle conférée par les chartes aux citoyens du Québec en matière de vie privée.

Finalement, il est à souligner que, par l'adoption des dispositions de la *Loi concernant la lutte contre la corruption*, les policiers font désormais le travail normalement réservé aux fonctionnaires, et ce, avec une immunité quasi illimitée.

Dans cet esprit, il nous semble toujours à propos de citer à nouveau les paroles du juge Gory de la Cour supérieure dans l'affaire *La Reine* c. *Bain*[13], à savoir :

> « Malheureusement, il semblerait que chaque fois que le ministère public se voit accorder par la loi un pouvoir qui peut être utilisé de façon abusive, il le sera en effet à l'occasion. La protection des droits fondamentaux ne devrait pas être fondée sur la confiance à l'égard du comportement exemplaire permanent du ministère public, chose qu'il n'est pas possible de surveiller ni de maîtriser[14]. »

---

[13] [1992] 1 R.C.S. 91.

[14] *Id*., 103.

DIVULGATION VOLONTAIRE DE COMPTES À L'ÉTRANGER : OÙ EN SOMMES-NOUS?



Paul Ryan
Avocat, associé
Ravinsky Ryan Lemoine
Avocats s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

1. APPROCHE FÉDÉRALE 43:3

2. APPROCHE PROVINCIALE 43:5

3. QUESTIONS ÉMERGENTES 43:6

3.1. DÉPÔTS ET RETRAITS 43:6
3.2. RÉDUCTION DES INTÉRÊTS POUR LES ANNÉES D'IMPOSITION QUI REMONTENT À PLUS DE 10 ANS 43:7
3.3. CRITÈRE DE LA DIVULGATION « VOLONTAIRE » 43:9

ANNEXE 43:18

Les rapatriements de fonds déposés dans une juridiction étrangère à l'insu des autorités fiscales canadiennes demeurent le principal sujet d'actualité en matière de divulgation volontaire (« DV »).

À la même époque l'an dernier, le gouvernement fédéral nous faisait connaître sa nouvelle politique en cette matière, alors que le gouvernement provincial poursuivait sa réflexion.

La nouvelle approche fédérale est maintenant utilisée depuis près d'un an, alors que le gouvernement provincial a également fait connaître sa position au cours des derniers mois.

L'objectif du présent texte est donc de résumer l'approche des deux gouvernements et d'examiner les questions émergentes qui se sont soulevées dans les premiers dossiers traités en vertu des nouvelles approches.

1. APPROCHE FÉDÉRALE

Comme nous le soulignions l'an dernier lors du congrès annuel de l'Association de planification fiscale et financière (« APFF »)[1], la pierre d'assise de la nouvelle approche de l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») est une interprétation stricte de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[2] et l'élimination des ententes à caractère arbitraire ou estimatif qui avait cours dans le passé.

De manière particulière, l'ARC considère :

a) qu'il n'est pas permis par la *Loi de l'impôt sur le revenu* de déplacer des revenus d'une année d'imposition à l'autre;

b) que la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne permet pas d'allègement en ce qui a trait au taux de change, lorsqu'un contribuable a gagné des revenus dans une devise étrangère;

---

1 Paul RYAN, « Partie A – Divulgations volontaires et rapatriements de fonds – Nouvelle politique fédérale », dans *Congrès 2010*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2011, pp. 29:3-9, aux pages 29:8-9 (en ligne : http://cchenligne.ca).

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

c) il est difficile, voire impossible, d'établir des avis de cotisation pour des années d'imposition prescrites, pour lesquelles aucune preuve documentaire n'existe, étant donné que la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit que le fardeau de preuve à l'égard de telles années d'imposition prescrites incombe à l'ARC.

Sur cette base, l'approche actuelle de l'ARC est d'imposer les revenus gagnés durant les années pour lesquelles des registres sont encore disponibles.

En ce qui concerne les comptes de banque détenus à l'étranger, les attentes de l'ARC seront généralement que le contribuable soit en mesure de récupérer des documents pour une période de 10 ans, s'il s'agit d'un compte situé en Europe, puisque cela semble être la norme dans cette partie du monde. La situation est, par contre, moins claire dans d'autres juridictions.

Pour ce qui est des années d'imposition non prescrites, les revenus gagnés par le contribuable seront taxés intégralement, sans allègement d'intérêts.

En revanche, pour les années prescrites qui seront imposées, les intérêts seront réduits substantiellement, sauf en ce qui a trait aux années d'imposition qui dépassent de plus de 10 ans l'année durant laquelle la DV a été ouverte.

En effet, à propos de ces années, l'ARC comprenait que le paragraphe 220(3.1) L.I.R., tel qu'il a été amendé en 2005, lui interdit d'accorder toute réduction des intérêts.

Toutefois, comme nous le verrons plus loin, la Cour d'appel fédérale, dans sa décision récente rendue dans l'affaire *Bozzer* c. *La Reine*[3], vient de remettre en question ce principe. À la suite de cette décision, une annonce de l'ARC est attendue incessamment, à l'égard de la manière dont la décision influencera ou non le traitement des dossiers de DV, lorsque des années d'imposition se situant au-delà de 10 ans font l'objet d'avis de cotisation.

Au moment d'amorcer une DV pour rapatriement de fonds, les contribuables souhaitent toujours obtenir une évaluation des coûts que la divulgation entraînera, souvent exprimée en pourcentage de la somme détenue à l'étranger.

---

[3] 2011 D.T.C. 5106 (C.A.F.) (« *Bozzer* »).

En raison de la nouvelle approche du gouvernement fédéral, il est virtuellement impossible de faire une telle évaluation pour le volet fédéral, sans avoir au préalable analysé les revenus et les dépenses générés par le compte à l'étranger durant la période qui fera l'objet de la DV.

À titre strictement indicatif, les tableaux 2 et 3, qui étaient joints au texte que nous avons produit à l'occasion du Congrès 2010[4] de l'APFF, fournissent une évaluation des coûts approximatifs d'une DV fédérale, pour un contribuable qui aurait généré des revenus nets de 5 %, selon que les fonds étaient détenus en dollars américains ou en dollars canadiens.

Ces tableaux montrent un taux d'imposition fédéral net variant entre 10,5 % et 13,42 % du capital détenu dans le compte par le contribuable. Dans bien des cas, le pourcentage pourrait être moindre, puisque plusieurs contribuables ont réalisé à l'étranger des revenus nettement inférieurs, compte tenu notamment des faibles taux d'intérêt durant les années 2000, du peu d'attention que les contribuables accordent généralement à leur compte non déclaré et des frais élevés habituellement prélevés par les institutions bancaires dans les paradis fiscaux.

2. APPROCHE PROVINCIALE

L'approche retenue au provincial est une approche qui interprète la *Loi sur les impôts*[5] de manière plus souple, afin d'en arriver aux résultats souhaités par l'administration fiscale québécoise.

La principale caractéristique du programme provincial est l'imposition totale du compte, sauf le capital expliqué. En général, on procède comme suit :

a) les revenus des années non prescrites sont imposés tels quels;

b) les revenus pour un certain nombre d'années antérieures sont également identifiés, de même que le capital de départ non expliqué. Ces sommes sont imposées, mais sans aucun intérêt;

c) dans certains cas, il sera possible que le capital non expliqué soit imposé sous forme de gain en capital plutôt que sous forme de revenus

---

4 P. RYAN, précité, note 1.

5 L.R.Q., c. I-3 et mod.

imposables à 100 %, particulièrement s'il s'agit d'un portefeuille d'actions (on peut imaginer que le même principe serait appliqué aux métaux précieux);

d) de même, des assouplissements seront considérés relativement au taux de change (en utilisant le taux de la dernière année visée), si le capital non expliqué fait l'objet d'une imposition intégrale, plutôt que d'une imposition sous la forme de gain en capital.

Pour ce qui est de l'impact, comme le taux maximum d'imposition au Québec est de 24 % et étant donné qu'il faut calculer un peu d'intérêt pour les trois années d'imposition non prescrites, on peut imaginer que l'impact total sera de 25 % environ.

Par contre, si le capital non expliqué est imposé à titre de gain en capital, on peut présumer que l'impact diminuera à approximativement 15 %, en tenant compte de l'imposition de seulement la moitié de la somme, mais également du fait qu'aucun compromis ne sera accordé à l'égard du taux de change, pour les contribuables qui détenaient leur portefeuille en devises américaines.

Finalement, s'il s'agit d'un compte mixte, une évaluation du portefeuille sur un certain nombre d'années devra être faite, pour déterminer le pourcentage de celui-ci qui sera traité selon l'une ou l'autre des méthodes.

En considérant l'ensemble de ces facteurs, on peut envisager qu'une DV pour rapatriement de fonds coûterait au contribuable entre 20 % et 40 % des sommes qu'il détient à l'étranger, en fonction principalement du niveau de ses revenus pour les années qui feront l'objet de la divulgation fédérale et de l'imposition du capital non expliqué comme revenu imposable à 100 % ou comme gain en capital.

3. QUESTIONS ÉMERGENTES

Certaines questions émergentes ont commencé à surgir dans le traitement des dossiers de DV selon la nouvelle approche.

3.1. DÉPÔTS ET RETRAITS

Examinons, d'abord, l'aspect des dépôts et des retraits durant la période étudiée.

En ce qui concerne les dépôts, il est indéniable que le gouvernement fédéral les traitera comme du revenu additionnel, à moins d'une explication acceptable fournie par le contribuable. Au Québec, les dépôts auront probablement peu d'impact puisqu'ils sont de toute manière captés par la formule qui impose intégralement le capital non expliqué dans le compte, à moins que les dépôts ne soient survenus dans les années d'imposition les plus récentes, dans lequel cas le Québec envisagera probablement également de les imposer comme revenu, à l'exception d'une explication adéquate.

Étant donné que le fédéral impose les revenus générés par le compte au cours de la période étudiée, les retraits effectués à partir du compte n'ont pas véritablement de pertinence pour déterminer les montants payables en vertu de la DV fédérale. Toutefois, en pratique, les agents du programme des divulgations volontaires (« PDV ») voudront tout de même vérifier les retraits, afin de s'assurer que les fonds n'ont pas été redirigés vers un autre compte à l'étranger, que le contribuable n'aurait pas divulgué. En effet, il faut rappeler qu'une DV doit être complète pour être valide.

Au provincial, les retraits effectués durant la période vérifiée pourront, dans certains cas, être ajoutés au capital non expliqué qui fait l'objet d'une imposition. En effet, si deux contribuables ont caché dans le passé des revenus identiques au fisc et que l'un a conservé les fonds non déclarés, alors que l'autre en a dépensé une partie, on peut imaginer que le fisc provincial souhaiterait imposer les deux contribuables de la même manière.

3.2. RÉDUCTION DES INTÉRÊTS POUR LES ANNÉES D'IMPOSITION QUI REMONTENT À PLUS DE 10 ANS

La deuxième question émergente touche le calcul des intérêts au fédéral, pour les années d'imposition éloignées de plus de 10 ans de l'année pendant laquelle la DV est amorcée.

Comme mentionné plus haut, le gouvernement fédéral a amendé le paragraphe 220(3.1) L.I.R. en 2005 pour prévoir que l'ARC n'aurait plus la faculté d'accorder des allègements d'intérêts, pour les « années d'imposition » éloignées de plus de 10 ans.

L'objectif était d'éviter à l'ARC de devoir étudier des demandes portant sur des années pour lesquelles l'ARC n'a possiblement pas conservé l'ensemble de ses dossiers et ne possède donc pas toute l'information nécessaire pour traiter la demande.

Le concept d'« année d'imposition » utilisé dans le paragraphe 220(3.1) L.I.R. peut être interprété de deux manières :

a) on peut, d'une part, comprendre que l'expression « année d'imposition » signifie toute année pour laquelle des impôts sont payables. Dans ce cas, on comprendra que l'objectif de la disposition serait de carrément empêcher toute réduction d'intérêts pour toute année d'imposition se situant au-delà de 10 ans. Par exemple, dans le cadre d'une DV ouverte en 2011, si des registres sont récupérés qui permettent l'imposition de sommes en 1998, 1999 et 2000, l'ARC ne pourrait, selon cette interprétation, accorder aucune réduction d'intérêts pour ces trois années;

b) la deuxième interprétation possible est que le terme « année d'imposition » vise les « années » durant lesquelles des intérêts s'additionnent. Selon cette interprétation, et en reprenant le même exemple, en ce qui concerne les années 1998, 1999 et 2000, l'ARC ne pourrait accorder aucun allègement d'intérêts pour les intérêts accumulés jusqu'au 31 décembre 2000, mais elle pourrait accorder un allègement d'intérêts pour tous les intérêts accumulés entre 2001 et 2011, même pour les impôts payables à l'égard des années 1998, 1999 et 2000.

La compréhension et l'interprétation de l'ARC correspondaient à la première possibilité et c'est cette interprétation que le contribuable a contestée dans l'affaire *Bozzer*[6], dans laquelle la Cour d'appel fédérale a rendu sa décision le 2 juin 2011.

L'affaire *Bozzer* ne visait pas une DV, mais les faits dans cette affaire permettaient tout de même à la question de se poser directement, puisque le contribuable avait fait le 6 décembre 2005 une demande de réduction des intérêts et des pénalités, à l'égard d'une créance fiscale se rapportant aux années d'imposition 1989 et 1990.

Avant de rendre sa décision, la Cour d'appel fédérale a rappelé, au paragraphe 22 de sa décision, certains des commentaires formulés par le ministre du Revenu national, à l'occasion de l'adoption initiale du paragraphe 220(3.1) L.I.R. :

> « [22] La législation donne à l'ARC la capacité d'administrer le régime de l'impôt sur le revenu de façon équitable et raisonnable en aidant les contribuables à régler des problèmes qui se présentent indépendamment de leur

6 Précité, note 3.

> volonté et en permettant d'adopter une approche axée sur le bon sens dans le cas de personnes qui, en raison de problèmes personnels ou de circonstances indépendantes de leur volonté, n'ont pas pu satisfaire à une exigence législative aux fins de l'impôt sur le revenu[7]. »

La Cour d'appel fédérale rappelle ensuite que la modification apportée en 2005, en restreignant le nombre d'années pour lesquelles une demande de réduction des intérêts peut être effectuée, est venue restreindre les droits qui étaient accordés aux contribuables auparavant.

S'agissant de réduire les droits des contribuables, la Cour d'appel fédérale rappelle ensuite le principe d'interprétation voulant que le législateur doive agir de manière absolument claire et selon lequel toute ambiguïté dans de telles circonstances sera résolue en faveur du contribuable, en s'appuyant sur les notes du juge Estey dans la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Morguard Properties Ltd.* c. *Ville de Winnipeg* :

> « [...] pour porter atteinte aux droits d'un administré, que ce soit à titre de contribuable ou à un autre titre, les tribunaux exigent que le législateur le fasse de façon expresse. La diminution de ces droits peut ne pas avoir été législativement voulue ou même être accidentelle, mais les cours doivent trouver dans la loi des termes exprès pour conclure que ces droits ont été diminués[8]. »

Après avoir délibéré sur la question, la Cour d'appel fédérale confirme que le texte de l'amendement était ambigu et que la disposition devait donc être interprétée en faveur du contribuable, en soulignant de plus que l'interprétation proposée par le contribuable respectait mieux les objectifs du paragraphe 220(3.1) L.I.R. que celle proposée par l'ARC.

À la suite de cette décision, on s'attend donc à ce que l'ARC précise sa position à l'égard de cette question, mais la nouvelle approche de l'ARC n'avait pas été communiquée au moment d'écrire ces lignes.

3.3. CRITÈRE DE LA DIVULGATION « VOLONTAIRE »

Pour être acceptable, une DV doit satisfaire à certains critères, dont les deux principaux sont qu'elle doit être « volontaire » et qu'elle doit être « complète ».

---

7 *Id.*, 8.

8 [1983] 2 R.C.S. 493, 509.

Le critère de la divulgation « volontaire » soulève encore des questions et il a également fait l'objet d'une décision jurisprudentielle récente et intéressante.

Parmi les questions que les contribuables se posent, on peut souligner les suivantes :

a) lorsque la décision de vérifier un contribuable a été prise par les autorités fiscales et que le dossier du contribuable a donc été sélectionné pour une vérification, le contribuable peut-il amorcer une DV si la décision des autorités fiscales ne lui a pas encore été communiquée et s'il n'en est pas informé?

b) si une vérification est en cours, le contribuable peut-il tout de même amorcer une DV, à l'égard de points qui ne sont pas couverts par la vérification?

c) jusqu'à quel point le contribuable est-il empêché de faire une DV si la vérification d'une personne ou société associée ou apparentée au contribuable a été entreprise?

d) si une vérification s'est terminée récemment, est-ce que le contribuable peut amorcer une DV à l'égard d'un point qui n'a pas été « découvert » durant la vérification ou doit-il plutôt s'astreindre à un certain délai de « purification », avant de pouvoir faire une DV?

L'**annexe** qui se trouve à la fin du présent texte contient les questions qui ont été posées à cet égard à M. Kevin Pratt, durant la période de discussion.

En marge de cette période de discussion, il importe de procéder à un bref rappel des dispositions de la *Circulaire d'information* 00-1R2[9] se rapportant au critère de la divulgation « volontaire », en examinant de plus près la décision rendue par la Cour fédérale dans l'affaire *Amour International Mines D'Or Ltée* c. *Canada*[10] le 1er novembre 2010, qui portait justement sur cette question.

---

[9] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* IC00-1R2, « Programme des divulgations volontaires PDV », 22 octobre 2007.

[10] 2010 D.T.C. 5180 (C.F.) (« *Amour International Mines D'Or* »).

Dans la *Circulaire d'information* 00-1R2, on lit ce qui suit :

« 32. Une divulgation ne sera pas considérée comme une divulgation valide, sous réserve des exceptions du paragraphe 34, en vertu de la condition "volontaire" si l'ARC détermine ce qui suit :

- le contribuable était au courant d'une vérification, d'une enquête ou d'autres mesures d'exécution que devait entreprendre l'ARC ou toute autre autorité ou administration, en ce qui concerne les renseignements divulgués à l'ARC; **ou**

- les mesures d'exécution relatives à la divulgation ont été prises par l'ARC ou toute autre autorité ou administration, à l'égard du contribuable ou d'une personne associée ou apparentée avec le contribuable (y compris, sans toutefois s'y limiter, des sociétés, des actionnaires, des conjoints et des associés) ou contre n'importe quel autre tiers où le but et l'impact de l'action applicable contre le tiers est suffisamment lié à la divulgation actuelle; **et**

- les mesures d'exécution sont susceptibles d'avoir révélé les renseignements divulgués.

33. Dans le cadre du PDV, une "mesure d'exécution" peut comprendre, sans toutefois s'y limiter, ce qui suit :

- les demandes, les mises en demeure ou les demandes péremptoires, envoyées par l'ARC, concernant des déclarations non produites, des impôts ou des acomptes provisionnels non remis, des retenues à la source requises ou des non-inscrits (bien que ces mesures puissent seulement se rapporter à une année ou à une période de déclaration particulière, la procédure sera considérée comme une mesure d'exécution dans le cadre du PDV pour toutes les années d'imposition ou les périodes de déclaration);

- Par exemple : un contribuable n'a pas respecté son exigence de production de déclarations pour les années d'imposition 2002 à 2005. Lorsque l'ARC a déterminé que le contribuable devait produire des déclarations de revenus, elle lui a fait parvenir un formulaire TX11, *Demande de produire une déclaration*. La demande de l'ARC exigeant que le contribuable produise la déclaration de revenus de 2003 est postée au contribuable le 20 juillet 2006. Le 15 août 2006, le contribuable fait une divulgation et soumet toutes les déclarations de revenus (de 2002 à 2005), correctement remplies, avec tous les documents à l'appui, etc. La demande de produire une déclaration de l'ARC constitue une mesure d'exécution à l'égard de toutes les déclarations non produites par ce contribuable. Bien que la demande de produire une déclaration ait été présentée pour l'année d'imposition 2003, la divulgation serait refusée puisque le contribuable n'a pas volontairement produit les autres déclarations avant que l'ARC n'ait entrepris la mesure d'exécution.

- les demandes, les mises en demeure ou les demandes péremptoires qui ont été émises concernant d'autres comptes fiscaux du contribuable, des associés du contribuable ou des sociétés associées ou liées au contribuable;

- un contact direct par un employé de l'ARC pour toute raison liée à l'inobservation (p. ex., déclarations non produites, vérification, problèmes de recouvrement);

- une vérification, une enquête ou d'autres mesures d'exécution entreprises par une autre autorité ou administration, telles que, sans toutefois s'y limiter, un service de police, une commission des valeurs mobilières ou une autorité provinciale.

34. Ce ne sont pas toutes les mesures d'exécution que l'ARC prend qui peuvent entraîner le refus d'une divulgation par cette dernière. En voici des exemples :

- une vérification récente auprès d'un contribuable était liée à une question relative aux retenues à la source (paie). Le même contribuable soumet une divulgation relative à un montant de TPS/TVH qui a été perçu, mais qui n'a pas été remis à l'ARC tel que cela est exigé. Il peut n'y avoir aucune corrélation entre ces deux questions fiscales et, ainsi, la mesure d'exécution prise à l'égard du compte de paie peut ne pas constituer une raison pour refuser la divulgation de TPS/TVH; […][11]. »

Ces textes semblent indiquer ceci :

a) il est déterminant que le contribuable soit informé de la tenue d'une vérification et on peut donc présumer qu'il pourra procéder à une DV si l'ARC a décidé à l'interne d'entreprendre une vérification, dans la mesure où cette décision n'a pas été communiquée au contribuable et qu'il n'en a pas connaissance;

b) si une vérification a été entreprise à l'égard du contribuable ou à l'égard d'une personne associée ou apparentée au contribuable, le contribuable pourra procéder à une DV, dans la mesure où il sera en mesure de démontrer qu'il n'y a pas de lien suffisant entre la vérification et l'objet de la DV ou encore que les mesures d'exécution entreprises n'auraient pas été susceptibles de révéler les renseignements qui font l'objet de la DV;

c) enfin, le paragraphe 34 semble laisser entendre qu'une DV peut être entreprise, après la fin d'une vérification, sauf que l'exemple utilisé est celui d'une DV qui porte sur une question totalement indépendante de la

[11] AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 9, par. 32 à 34.

question qui avait été vérifiée. On peut toutefois présumer que la réponse serait identique, même si un lien plus étroit existait entre la question faisant l'objet de la DV et les questions vérifiées, dans la mesure où la fin de la vérification, sans la découverte de la question qui fait l'objet de la DV, permettrait facilement au contribuable d'affirmer que les mesures d'exécution n'étaient pas susceptibles d'avoir révélé les renseignements divulgués, puisque les faits confirment que la vérification n'a effectivement pas permis de découvrir les renseignements divulgués.

La décision *Amour International Mines d'Or* est intéressante, puisqu'elle a été rendue dans le contexte où une DV est ouverte, alors même qu'une compagnie apparentée fait l'objet d'une vérification.

Les faits dans cette affaire étaient les suivants :

a) Greymount Associates Inc. (« Greymount ») détenait des actions dans Orex Gold Mines Ltd. (« Orex »);

b) Orex détenait des actions dans Amour International Mines d'Or Ltée (« Amour International »);

c) M. Jean-Pierre Desmarais était le seul administrateur d'Orex et d'Amour International;

d) M. Jean-Pierre Desmarais n'avait pas de rôle officiel dans Greymount, mais assistait également cette société à divers égards;

e) à une date qui n'est pas précisée, deux sociétés et un individu actionnaires d'Orex ont vendu la participation qu'ils détenaient dans Orex;

f) en décembre 2006, Amour International a versé un dividende de 245 000 $ CA à un actionnaire des Bahamas et l'impôt de retenue à la source de 25 % prévu par la partie XIII L.I.R. a été prélevé, mais la société a omis de le remettre;

g) en novembre 2007, Amour International a payé à un actionnaire néerlandais un dividende qui aurait été déclaré auparavant de 1 172 153,30 $ CA et, encore une fois, l'impôt de retenue à la source de 10 % a été retenu par Amour International, mais Amour International a omis de remettre cette somme à l'ARC.

À la suite de cette séquence de faits, les événements suivants impliquant l'ARC sont intervenus :

a) le 15 octobre 2007, l'ARC a prétendu avoir ouvert un « écran de vérification » électronique interne dans le dossier de Greymount, dans lequel l'ARC aurait notamment précisé son intention d'examiner si des dividendes de liquidation à des non-résidents avaient possiblement été payés par Amour International en 2006 et en 2007;

b) le 29 octobre 2007, l'ARC a communiqué pour la première fois avec un représentant de Greymount à l'égard de la vérification, au moyen d'une demande écrite, qui portait strictement sur l'obtention de documents concernant la vente d'actions d'Orex, par deux sociétés et un individu, incluant le registre des actionnaires d'Orex et les contrats de vente d'actions;

c) en février et mars 2008, les comptables d'Amour International ont découvert l'erreur commise concernant la non-remise de l'impôt de la partie XIII L.I.R. et une DV a immédiatement été amorcée à cet égard;

d) le 4 novembre 2008, l'ARC a avisé Amour International que sa DV serait possiblement refusée;

e) le 10 juillet 2009, une décision finale a été rendue par l'ARC, confirmant le refus de la DV d'Amour International en raison de la vérification entreprise la société Greymount, à savoir :

> « […] Votre divulgation ne sera pas considérée comme volontaire puisque des mesures d'exécution relatives à la divulgation ont été prises par l'ARC à l'égard de personnes associées à AIMO. Ces mesures d'exécution étaient susceptibles de révéler les renseignements divulgués[12]. »

Compte tenu du fait que les divulgations volontaires sont un programme administratif, une des difficultés auxquelles font face les contribuables est qu'il n'existe pas de droit d'opposition et d'appel à proprement dit à l'encontre des décisions administratives (bien que l'on puisse supposer que le contribuable qui se fait refuser une DV pourrait déposer un avis d'opposition à l'encontre de la partie des cotisations lui réclamant des

---

[12] Cet extrait de la lettre de l'ARC du 10 juillet 2009 est reproduit au paragraphe 22 de la décision *Bozzer*, précité, note 3.

pénalités, en prétendant que ces pénalités ne sont pas applicables, étant donné qu'il prétend avoir procédé à une DV valide).

Par conséquent, les recours disponibles pour attaquer une décision administrative sont ceux prévus par le droit administratif, qui permet de manière générale de se pourvoir en révision judiciaire contre les décisions d'une organisation gouvernementale, pour lesquelles aucun droit d'appel spécifique n'a été prévu.

Toutefois, dans un tel cas, comme il ne s'agit pas d'un droit d'appel, le fardeau de preuve qui incombe au contribuable est plus élevé.

Depuis quelques années, tel qu'il a été bien résumé dans la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Dunsmuir* c. *Nouveau-Brunswick*[13], les tribunaux ont adopté le critère dit de la « décision raisonnable », c'est-à-dire qu'ils examinent la justification de la décision, la transparence et l'intelligibilité du processus et l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables.

En d'autres mots, si plusieurs possibilités de décision existaient et si l'administration avait choisi parmi ces possibilités, le tribunal de révision n'interviendrait pas, bien qu'il ne fût peut-être pas d'accord avec le choix effectué.

Malgré ce fardeau assez élevé, la Cour fédérale a choisi d'imposer à l'ARC un fardeau assez exigeant dans l'affaire *Amour International Mines D'Or*. En effet, dans ses conclusions, la Cour fédérale :

a) ne retient pas la théorie de l'ARC axée sur la création alléguée d'un « écran de vérification »;

b) conclut qu'aucune preuve ne démontre que la non-remise de l'impôt de la partie XIII L.I.R. par Amour International aurait été découverte durant la vérification de Greymount;

c) conclut, par conséquent, que la découverte possible de l'impôt de la partie XIII L.I.R. dû par Amour International dans le cadre de la vérification de Greymount n'est qu'une simple « hypothèse »;

---

13 [2008] 1 R.C.S. 190.

d) indique qu'une simple hypothèse n'est pas suffisante pour satisfaire au critère contenu au paragraphe 32 de la *Circulaire d'information* 00-1R2, selon laquelle il doit s'agir de renseignements que les mesures d'exécution seraient susceptibles d'avoir révélés, pour exclure la DV.

L'extrait suivant contient la conclusion de la Cour :

> « [27] La décision du directeur adjoint intérimaire de l'Exécution, Bureau des services fiscaux de Montréal, est basée sur une simple hypothèse. Je ne peux donc conclure que cette décision était raisonnable. En effet, bien que la circulaire ne soit pas une loi, le ministre a refusé d'exercer sa discrétion seulement parce qu'il considérait, par le biais de ses délégués, que la divulgation n'était pas volontaire. Par conséquent, une attention particulière doit être accordée au texte de la circulaire d'information, qui est écrite pour les contribuables. Selon moi, une écriture comptable interne, déclarant l'intention de l'ARC de vérifier les actions d'AIMO, ne représente pas en elle-même une mesure d'exécution. La seule mesure d'exécution possible est celle à l'encontre de Greymount. À cet égard, la conclusion que l'ARC aurait tout de même découvert l'information divulguée par AIMO alors qu'elle enquêtait sur Greymount n'est pas fondée[14]. »

Sur cette base, à moins d'un lien très clair entre une vérification en cours et une DV effectuée durant la vérification, il semble qu'il sera possible au contribuable de procéder à une DV, même lorsqu'une vérification est en cours.

De plus, en se basant sur la manière dont la Cour fédérale a interprété cette question, on voit difficilement comment un contribuable pourrait être empêché de procéder à une DV après qu'une vérification est terminée, même si l'objet de la DV porte sur une question liée aux questions qui ont été étudiées pendant la vérification.

En effet, comme il a été discuté plus tôt, prétendre le contraire mènerait à une situation absurde, puisque le contribuable serait empêché pour le reste de son existence de procéder à une DV, au simple motif qu'il a fait l'objet d'une vérification, et ce, malgré le fait que cette vérification n'a pas identifié la question pour laquelle il souhaite faire une DV et qu'il s'agit donc clairement d'une question que les mesures d'exécution n'étaient pas susceptibles de révéler.

Comme on peut le voir, la nouvelle approche des autorités fiscales en est à ses premiers balbutiements et plusieurs questions se soulèvent déjà. Par le

---

[14] *Amour International Mines D'Or*, précité, note 10.

fait même, nous tenons à vous informer que le comité créé par l'APFF pour interagir avec les autorités fiscales à l'égard des divulgations volontaires, que nous avons l'honneur de présider, s'assurera sur une base périodique de faire les suivis requis, afin de faire bénéficier les membres de l'APFF de toutes les précisions dont ils pourraient avoir besoin dans le cadre de leur pratique.

Pour conclure, nous profitons de l'occasion pour à nouveau remercier l'ARC et M. Kevin Pratt, de même que divers représentants de Revenu Québec, dont M^{me} Marie Santucci ainsi que MM. Pierre Bouchard et Serge Dulong, de leur excellente collaboration avec les travaux de notre comité.

ANNEXE

Question 1

Les délais de traitement des DV au Québec sont actuellement relativement longs. Des semaines peuvent s'écouler avant qu'un numéro de dossier soit attribué au contribuable; des semaines et même des mois peuvent s'écouler avant qu'un agent soit assigné au dossier.

a) Quelle est la cause de ce problème?

b) Quelles mesures sont envisagées pour remédier à ce problème?

c) Quels sont les délais souhaités par l'administration centrale?

d) Parfois, les contribuables du Québec ont l'impression que les agents de DV les assujettissent à une vérification « mur à mur » plutôt que de s'en tenir à l'objet de la DV, causant ainsi des délais et retardant le traitement d'autres dossiers. Quelle est l'approche recommandée par l'administration centrale aux agents du PDV à cet égard?

Question 2

Selon la politique de l'ARC, les contribuables qui font une DV peuvent demeurer anonymes pour une période de 90 jours et l'ARC a indiqué clairement qu'elle entend gérer ce délai de 90 jours de manière stricte. La période de 90 jours est critique pour le contribuable, puisqu'elle lui permet d'évaluer les conséquences possibles de la DV, avant de divulguer son nom.

a) Si l'on considère les délais actuels pour la région du Québec, à partir de quand le délai de 90 jours commencera-t-il à être comptabilisé? À partir de la lettre d'ouverture du dossier? À partir du moment où un numéro de dossier de DV est assigné au dossier? À partir du moment où un agent est assigné au dossier?

b) Une fois que le délai a commencé à être comptabilisé, le contribuable soumet toute l'information requise à l'agent du PDV à l'intérieur d'un délai de 30 jours. En raison de sa charge de travail importante, l'agent du PDV ne revient pas au contribuable avant l'expiration du délai de 90 jours. Est-ce que le contribuable pourra bénéficier d'une prolongation du délai pendant lequel il peut demeurer anonyme, pour reconnaître le fait que les 60 derniers jours du délai se sont écoulés en raison de

l'incapacité de l'agent du PDV d'analyser l'information soumise par le contribuable rapidement?

Question 3

En ce qui concerne la réduction des intérêts, les agents du PDV considéraient qu'il était impossible pour eux d'accorder une réduction d'intérêt, si l'année d'imposition en cause était éloignée de plus de 10 ans, au moment où la DV a été ouverte. L'ARC et le PDV ont-ils modifié leur position, à la suite de la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Bozzer*[15]?

Question 4

Un contribuable a obtenu un numéro de DV sur une base anonyme et le délai de 90 jours n'est pas expiré. Pendant ce temps, l'ARC contacte le contribuable en lui indiquant qu'elle souhaite entreprendre une vérification. Comment le contribuable devrait-il procéder pour empêcher la vérification et poursuivre le dossier sur la base de sa DV? Étant donné que le délai de 90 jours n'est pas expiré, le contribuable peut-il demeurer anonyme jusqu'à l'expiration de cette période?

Question 5

Le contribuable est vérifié par l'ARC. La vérification se termine et un avis de cotisation est émis, que le contribuable reçoit. L'ARC n'envisage aucune action additionnelle dans ce dossier à ce point. Le contribuable souhaite procéder à une DV à l'égard d'une situation qui n'a pas été identifiée pendant la vérification.

a) Est-ce que le contribuable peut procéder à la DV? Sinon, combien de temps le contribuable doit-il attendre après la vérification, afin que son droit de faire une DV « ressuscite »?

b) Est-ce que la réponse serait différente si le contribuable avait contesté la cotisation en cause au moyen d'un avis d'opposition? Dans ce cas, l'ARC considère-t-elle que le contribuable doit attendre la fin de l'opposition d'appel, avant de pouvoir faire une DV?

---

15 Précité, note 3.

c) Est-ce que la réponse serait différente si la DV proposée se rapporte à un sujet proche des questions examinées durant la vérification, mais qui n'a tout de même pas été découvert durant la vérification. Par exemple, un contribuable produit un Formulaire T1135 à l'égard de certains investissements à l'étranger et il fait l'objet d'une vérification à l'égard de ces investissements déclarés sur son Formulaire T1135. Après la vérification, le contribuable souhaite faire une DV, à l'égard d'un compte de banque en Suisse qui n'avait pas été déclaré auparavant à l'ARC dans son Formulaire T1135. Le contribuable peut-il faire cette DV?

Question 6

Les paragraphes 32 à 34 de la *Circulaire d'information* 00-1R2 précisent qu'un contribuable ne sera pas admissible au PDV si une vérification, une enquête ou d'autres mesures d'exécution ont été engagées dans le dossier du contribuable ou dans celui de personnes associées ou apparentées au contribuable.

a) Si le dossier du contribuable a été sélectionné pour vérification, mais que le contribuable n'a pas été informé et n'a pas connaissance de cette future vérification, est-ce que le contribuable peut procéder à une DV?

b) Prenons l'exemple de deux contribuables qui détiennent une entreprise « 50-50 » et qui ont chacun indépendamment ouvert un compte de banque avec la banque HSBC en Suisse il y a environ 15 ans, dont ils n'ont pas divulgué l'existence à l'ARC. L'associé A reçoit une lettre de l'ARC mentionnant qu'il fait l'objet d'une vérification pour ce compte de banque, mais pas l'associé B. L'associé B peut-il procéder à une DV, à l'égard de son propre compte?

Question 7

Il y a environ un an, l'ARC a adopté une nouvelle approche dans le traitement des dossiers de contribuables qui font une DV à l'égard de comptes détenus à l'étranger (rapatriement de fonds).

a) L'ARC est-elle satisfaite des résultats de cette nouvelle approche?

b) La nouvelle approche a-t-elle entraîné une augmentation significative du nombre de DV dans de tels dossiers?

c) Est-ce que l'ARC planifie de poursuivre le traitement de ces dossiers en se basant sur cette approche?

SUJETS DE L'HEURE EN PLACEMENTS ET RÉGIMES ENREGISTRÉS



Serge Lessard
Avocat, Pl. Fin., FLMI
Conseiller principal
Services de fiscalité et retraite
Investissements Manuvie



Natalie Hotte
D. Fisc., Pl. Fin.,
expert-conseil
Banque Nationale
Gestion privée 1859

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (SERGE LESSARD)

1. **DIVIDENDES DÉTERMINÉS** 44:3

2. **MAXIMUM DES CONTRIBUTIONS AU RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-RETRAITE** 44:3

3. **MAXIMUM DES CONTRIBUTIONS AU COMPTE D'ÉPARGNE LIBRE D'IMPÔT** 44:3

4. **INTERPRÉTATION TECHNIQUE 2009-0342961E5 (E)** 44:3

5. **INTERPRÉTATION TECHNIQUE 2011-0398471C6 (E)** 44:4

6. **TABLE RONDE SUR LES PRODUITS FINANCIERS** 44:5

7. **DÉTENTION D'UN PRODUIT GRMV DANS UN RÉGIME DE RETRAITE INDIVIDUEL** 44:5

PARTIE B (NATALIE HOTTE)

INTRODUCTION 44:7

1. QUELQUES INTERPRÉTATIONS TECHNIQUES INTÉRESSANTES 44:8

1.1. CHANGEMENT DE POSITION DE L'AGENCE DU REVENU DU CANADA – TRANSFERT D'UN RÉGIME 401K OU IRA AU REÉR 44:8
1.2. REÉR HYPOTHÈQUE – PRÊT SELON LES EXIGENCES AUX FINS DE L'ALINÉA 4900(1)J) DU *RÈGLEMENT DE L'IMPÔT SUR LE REVENU* – NOTION DE *FULLY SECURED* 44:9
1.3. CÉLI – *FOREIGN EXCHANGE TRADING* 44:9
1.4. CÉLI – REÉR ET FERR – OPTIONS 44:10

2. MESURES ANTIÉVITEMENT DU BUDGET FÉDÉRAL DU 22 MARS 2011 (PROJET DE LOI C-13) 44:10

2.1. MESURE ANTIÉVITEMENT CONCERNANT LES REÉR ET LES FERR 44:11
2.1.1. Impôts spéciaux applicables lors de la détention ou de l'acquisition de placements non admissibles 44:12
2.1.2. Les règles sur les placements interdits 44:14
2.1.3. Les règles sur les avantages 44:19
2.1.4. Mesures transitoires applicables au REÉR et au FERR 44:22
2.1.5. Renonciation aux impôts spéciaux 44:26
2.1.6. Commentaires 44:27
2.2. RÉGIMES DE RETRAITE INDIVIDUELS 44:31
2.2.1. Régimes visés par les nouvelles mesures 44:31
2.2.2. Retrait minimal après l'âge de 71 ans visant les surplus actuariels accumulés 44:32
2.2.3. Cotisations pour rachats de services passés 44:32
2.2.4. Commentaires 44:36
2.3. DONS D'ACTIONS ACCRÉDITIVES 44:38

3. TITRES DE CRÉANCE PRESCRITS ET L'AFFAIRE *GOULET* C. *LA REINE* 44:40

4. À SURVEILLER EN 2012 : RPA COLLECTIF ET RÉGIME VOLONTAIRE D'ÉPARGNE-RETRAITE 44:41

4.1. RÉGIME DE PENSION AGRÉÉ COLLECTIF 44:41
4.2. RÉGIMES VOLONTAIRES D'ÉPARGNE-RETRAITE 44:42

PARTIE A

Serge Lessard, avocat, Pl. Fin., FLMI, conseiller principal
Services de fiscalité et retraite
Investissements Manuvie

1. DIVIDENDES DÉTERMINÉS

Le taux de majoration des dividendes déterminés est maintenant à 141 % pour 2011. Pour 2012, ce sera 138 %[1].

2. MAXIMUM DES CONTRIBUTIONS AU RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-RETRAITE

Le plafond annuel des contributions au régime enregistré d'épargne-retraite (« REÉR ») pour 2011 est de 22 450 $[2].

3. MAXIMUM DES CONTRIBUTIONS AU COMPTE D'ÉPARGNE LIBRE D'IMPÔT

Le plafond annuel des contributions au compte d'épargne libre d'impôt (« CÉLI ») est de 5 000 $ en 2011 et devrait rester à 5 000 $ pour 2012. Le cumul pour 2012 sera donc de 20 000 $[3].

4. INTERPRÉTATION TECHNIQUE 2009-0342961E5 (E)[4]

La question posée est la suivante :

- Comment calculer le retrait minimum du fond enregistré de revenu de retraite (« FERR ») lorsque ce FERR n'a pas de valeur?

---

1 *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.) et mod. (« L.I.R. »), al. 82(1)b).

2 Par. 146(1) « plafonds REÉR » L.I.R.

3 Par. 207.01(1) « plafonds CÉLI » L.I.R.

4 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2009-0342961E5 (E), 26 mai 2010.

Cas d'application

Lorsqu'un FERR est investi dans un fonds distinct comportant une garantie de retrait minimum à vie (« GRMV »), il arrive un moment où les fonds détenus sont épuisés et que le versement provient uniquement de la garantie. On dit donc que la valeur est nulle et que le contrat est dans sa phase de versements garantis. Le retrait minimum du FERR étant calculé en en multipliant le facteur par la valeur en début d'année, cela signifie-t-il que le retrait minimum est égal à zéro durant toute la phase de versements garantis (sauf la première année de cette phase)?

Réponse

L'Agence du revenu du Canada (« ARC ») est d'avis que la valeur en début d'année n'est pas nulle si le contrat garantit des versements à vie. Elle ne se prononce évidemment pas sur la méthode de détermination de la valeur.

5. INTERPRÉTATION TECHNIQUE 2011-0398471C6 (E)[5]

En réponse à la question numéro 8 de la table ronde de l'Association canadienne des compagnies d'assurances de personnes (ACCAP) en mai 2011[6].

Par rapport aux rentes, l'ARC a confirmé ce qui suit :

- l'accumulation de revenu d'une rente non prescrite est imposable dans l'année d'imposition de la date anniversaire. Il n'y a donc pas d'imposition l'année de l'émission;

- de plus, pour qu'une rente soit prescrite pour une année, il faut que les versements commencent avant la fin de l'année et non pas nécessairement avant la date anniversaire du contrat de rente;

- lorsqu'une rente est prescrite, elle l'est pour l'année fiscale au complet. Il n'y aura donc pas d'inclusion en vertu du paragraphe 12.2(1) L.I.R.,

---

[5] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2011-0398471C6 (E), 20 mai 2011.

[6] ASSOCIATION CANADIENNE DES COMPAGNIES D'ASSURANCES DE PERSONNES, « Table ronde », question 8, mai 2011.

même si la première date anniversaire du contrat tombe dans cette année et qu'aucune inclusion de la croissance n'a donc été faite à ce jour.

6. TABLE RONDE SUR LES PRODUITS FINANCIERS[7]

Il est clair, depuis cette interprétation de l'ARC, qu'une fiducie testamentaire peut être bénéficiaire d'un capital-décès d'une police d'assurance vie sans pour autant être disqualifiée à titre de fiducie testamentaire, pourvu que la police d'assurance soit prise sur la vie de la personne qui est à l'origine de la fiducie du fait de son décès. Cette possibilité comporte l'avantage de transférer des sommes dans la fiducie sans passer par la succession.

Il ne semble pas qu'on ait beaucoup utilisé cette technique pour les contrats de fonds distincts (contrats de rente).

En effet, une police d'assurance vie inclut les contrats de rente (voir par. 138(12) « police d'assurance vie » L.I.R.).

L'auteur suggère donc d'analyser plus en profondeur la possibilité de nommer une fiducie testamentaire bénéficiaire d'un fonds distinct pourvu que la vie assurée de la rente soit l'auteur éventuel de la fiducie testamentaire en question. Advenant que cette stratégie fonctionne, cela permettrait de diriger les sommes du fonds distinct vers la fiducie testamentaire sans la disqualifier et d'éviter la succession. Cela pourrait faire l'objet d'une future question à une table ronde.

7. DÉTENTION D'UN PRODUIT GRMV DANS UN RÉGIME DE RETRAITE INDIVIDUEL

L'auteure Natalie Hotte traitera, dans la partie B, de la question du rachat de service passé avec les REÉR existant dans le cas des régimes de retraite individuels (« RRI »).

Cependant, cette situation entraînera probablement une augmentation des produits GRMV détenus dans des RRI. Voici quelques points auxquels réfléchir dans une telle situation :

---

[7] « Table ronde sur les produits financiers », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, pp. 57:1-40; AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0132271C6 (F).

- Un des attraits d'un RRI est la possibilité de s'assurer une prestation déterminée à la retraite. Si les placements ne performent pas suffisamment, l'employeur pourra donner des sommes additionnelles et les déduire.

- Dans le cas d'un produit GRMV, le client paie généralement des frais de garantie additionnels qui lui permettent de s'assurer aussi d'une prestation garantie à vie à la retraite.

- Il y a lieu de constater que les frais de gestion du RRI et les frais GRMV servent souvent le même objectif.

- Il est possible que la prestation GRMV ne soit pas d'un montant équivalant à la promesse de rente du RRI. Il y a peut-être lieu de se garder une marge de manœuvre dans le RRI en ne mettant pas tous les actifs du RRI dans le produit GRMV. Cela évitera de faire des retraits excédentaires du produit GRMV, lesquels auraient des effets négatifs sur la garantie.

- Lorsqu'on met fin à un RRI, il y a une valeur de transfert au REÉR. Tout excédent est imposable. Si la juste valeur marchande du produit GRMV est supérieure à cette valeur, il est possible que l'on soit forcé de faire des retraits excédentaires du produit GRMV, lesquels auraient des effets négatifs sur la garantie.

PARTIE B

Natalie Hotte, D. Fisc., Pl. Fin., expert-conseil
Banque Nationale Gestion privée 1859

INTRODUCTION*

Le présent texte fait un tour d'horizon de quelques sujets qui ont occupé notre temps dans le monde de la fiscalité des placements au cours de cette année. Il ne s'agit pas d'une analyse exhaustive de chacun des sujets, même si certains aspects seront plus approfondis tels que les notions d'antiévitement qui touchent actuellement les régimes enregistrés d'épargne-retraite (« REÉR ») et les fonds enregistrés de revenu de retraite (« FERR »).

Le présent texte tient compte aussi du Projet de loi C-13 modifiant la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1] déposé en première lecture le 4 octobre 2011 et sanctionné le 15 décembre 2011[2]. Notons qu'il y a eu plusieurs changements importants entre les mesures initialement annoncées dans le Budget du 22 mars 2011[3] et celles adoptées le 15 décembre 2011, et ce, surtout en ce qui concerne les régimes de retraite individuel (« RRI ») et des mesures antiévitement visant les REÉR et les FERR.

* L'auteure aimerait remercier M^e^ Caroline Marion, notaire, D. Fisc., Pl. Fin., de Banque Nationale Groupe Financier, de ses précieux conseils, commentaires et explications. Toute erreur est cependant de l'entière responsabilité de l'auteure.

1 L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e^ suppl.) et mod. (« L.I.R. »). Dans le cadre du présent texte, toute référence à une disposition de la loi fédérale vaut aussi référence aux articles correspondants de la *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (« L.I. »), qui sont généralement harmonisés, à moins d'indication contraire.

2 L.C. 2011, ch. 24.

3 À noter qu'après le dépôt du budget est survenue, le 26 mars 2011, la dissolution du Parlement canadien, ce qui a mis un terme aux travaux du Sénat et de la Chambre des communes. Après avoir été réélu, le gouvernement conservateur a déposé un nouveau budget, le 6 juin 2011, et les mesures budgétaires présentées le 22 mars y furent reprises intégralement.

1. QUELQUES INTERPRÉTATIONS TECHNIQUES INTÉRESSANTES

1.1. CHANGEMENT DE POSITION DE L'AGENCE DU REVENU DU CANADA – TRANSFERT D'UN RÉGIME 401K OU IRA[4] AU REÉR

Lorsqu'un particulier retire un montant forfaitaire d'un régime de pension étranger et que ces sommes sont imposables au Canada[5], la retenue d'impôt du pays étranger d'où provient le régime est généralement récupérée par le mécanisme de crédit d'impôt étranger au Canada. Cependant, les charges additionnelles imposées à titre de pénalité par un pays étranger ne se qualifient habituellement pas comme un impôt étranger donnant droit au crédit pour impôt étranger.

Dans cette interprétation technique, l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») a récemment changé sa position administrative relativement à la pénalité de 10 % additionnelle prélevée par le fisc américain lorsque le retrait d'un montant forfaitaire d'un IRA aux États-Unis a lieu avant un certain âge. En effet le contribuable a démontré que cette retenue de 10 % est en fait un impôt et non une pénalité selon la législation américaine. Voici un extrait de l'argumentation du contribuable :

> « The Taxpayer objects to the reassessment on the basis that the 10% addition tax paid in the US on the IRA withdrawal is not a penalty but an additional tax imposed under IRC.
>
> This additional tax on early withdrawal is levied under section 72(t) of the IRC. That section clearly indicates that it is an additional tax and is not a penalty. Section 72(t) is included in Chapter 1 - Normal taxes and surtaxes of the IRC. Penalties under the IRC are included under the Subtitle F - Procedure and Administration of the IRC. The additional tax is clearly within the scope of the Treaty as Article II(1) of the Treaty provides that the Treaty shall apply to taxes on income and on capital imposed on behalf of each Contracting State, irrespective of the manner in which they are levied. Article XVIII(2) of the Treaty does not apply to this IRA withdrawal because the payment was a lump-sum payment and not a periodic payment. As a result, the FTC claimed on the IRA withdrawal is not limited to 15%. Accordingly, the full amount must be allowed as a FTC[6]. »

---

4 Acronyme utilisé pour désigner un *Individual Retirement Account* selon les dispositions de l'*Internal Revenue Code of 1986* et mod. (IRC) aux États-Unis.

5 Selon les mesures prévues dans la convention fiscale applicable entre le Canada et l'autre pays.

6 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2011-039874117, 19 avril 2011.

Cette charge additionnelle est donc maintenant considérée comme un impôt admissible au crédit d'impôt étranger.

1.2. REÉR HYPOTHÈQUE – PRÊT SELON LES EXIGENCES AUX FINS DE L'ALINÉA 4900(1)J) DU *RÈGLEMENT DE L'IMPÔT SUR LE REVENU*[7] – NOTION DE *FULLY SECURED*

L'alinéa 4900(1)j) R.I.R. prévoit les conditions afin qu'un prêt (hypothécaire) soit considéré comme un placement admissible aux fins d'un REÉR. Le sous-alinéa 4900(1)j)(i) R.I.R. mentionne que le prêt doit être « entièrement garanti par une hypothèque […] ». La question posée à l'ARC concernait l'interprétation de la notion *Fully Secured*. L'ARC mentionne que lorsque la valeur du bien est suffisante pour couvrir le montant entier du capital prêté et des intérêts courus et que cette notion est respectée à tout moment de l'année, les critères de *Fully Secured* seront respectés. L'ARC note également que le fiduciaire doit faire le suivi de l'admissibilité du placement aux fins d'un REÉR, et ce, de manière raisonnable[8].

1.3. CÉLI – *FOREIGN EXCHANGE TRADING*

Dans cette interprétation, on pose la question suivante : est-il permis dans un compte d'épargne libre d'impôt (« CÉLI ») de négocier les monnaies étrangères par l'intermédiaire de contrats étrangers d'échange? L'ARC mentionne que la définition de « placements admissibles »[9] inclut les monnaies canadiennes et étrangères, mais qu'elle peut cependant exclure certains autres placements.

En voici quelques exemples :

- Si le titre est listé sur une bourse désignée = admissible.

- S'il s'agit d'un contrat qui se négocie *Over the Counter Market* = non admissible.

---

7 C.R.C. 1978, ch. 945 et mod. (« R.I.R. »).

8 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2009-0319261E5, 8 décembre 2010.

9 Art. 204 et par. 207.01(1) L.I.R.

- Lorsque le contrat d'échange étranger *Foreign Exchange Contract* est listé sur une bourse désignée, mais que le risque de perte excède le coût du contrat = non admissible.

Finalement, l'ARC complète son analyse par un commentaire concernant la nature du revenu et invite le contribuable à se questionner si le revenu généré par ce genre d'investissement de nature spéculative pourrait être considéré comme un revenu d'entreprise : « TSFA engage in a foreign currency trades that are speculative […] TFSA trust may be carrying on a business […][10] » (notre soulignement). Nous rappelons que le revenu d'entreprise généré dans un CÉLI (tout comme dans un REÉR ou un FERR) sera imposé dans la fiducie[11].

1.4. CÉLI – REÉR ET FERR – OPTIONS

L'ARC revoit dans cette interprétation technique plusieurs commentaires pertinents sur l'admissibilité de la détention d'options dans un CÉLI, un REÉR ou un FERR. On y traite, entre autres, des *Writing Option* en mentionnant que, malgré le fait qu'elles soient considérées comme un placement admissible, certaines stratégies de *Writing Option* pourraient être considérées comme générant un revenu d'entreprise. De plus, l'ARC donne quelques exemples de stratégies qui seraient considérées comme générant un revenu d'entreprise ou un revenu de bien[12].

2. MESURES ANTIÉVITEMENT DU BUDGET FÉDÉRAL DU 22 MARS 2011 (PROJET DE LOI C-13)

Dans son Budget de 2011, le ministre des Finances a annoncé plusieurs mesures modifiant certaines des règles concernant les produits financiers, dont les trois mesures suivantes :

- mesures antiévitement concernant les REÉR et FERR;

- les RRI;

---

[10] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2009-0328861E5, 5 janvier 2011 et 2010-0381031E5, 5 janvier 2011.

[11] Par. 146(4), 146.2(6) et 146.3(3) L.I.R.

[12] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2010-0364811E5, 8 février 2011.

- les dons d'actions accréditives.

Rappelons que le Budget fédéral déposé le 22 mars 2011 a été repris intégralement le 6 juin 2011 (après les élections fédérales). Des propositions législatives pour mettre en œuvre ces mesures ont été déposées le 16 août 2011. Finalement, le Projet de loi C-13 a été déposé en première lecture le 4 octobre 2011 et fut sanctionné le 15 décembre 2011. Tel qu'il a été mentionné précédemment, plusieurs modifications ont été introduites entre les mesures annoncées au budget (22 mars et 6 juin), celles proposées le 16 août 2011 et, finalement, celles contenues dans le Projet de loi C-13. Il est donc primordial de porter une attention particulière aux dates de publication des articles ou commentaires publiés à ce sujet afin de vous assurer qu'ils concernent la version la plus récente de la législation à cet égard.

2.1. MESURE ANTIÉVITEMENT CONCERNANT LES REÉR ET LES FERR

Depuis quelques années, des stratagèmes appelés « dépouillement de REÉR », qui étaient censés permettre aux rentiers d'un REÉR de retirer les fonds de leurs régimes sans les inclure à leurs revenus, ont été contestés avec succès par l'ARC. Dans son budget de mars 2011, le gouvernement a instauré, pour les REÉR et le FERR, de nouvelles règles antiévitement similaires à celles applicables pour le CÉLI afin de renforcer les mesures existantes dans la législation.

Ces règles se divisent en trois volets, soit :

1) les impôts spéciaux concernant les placements non admissibles[13];

2) la notion de « placement interdit »;

3) la notion d'« avantages ».

À la suite du dépôt de l'Avis de motion des voies et moyens du 6 juin 2011[14], plusieurs organismes[15] ont fait des représentations auprès du ministre

---

13 Art. 207.04 L.I.R.

14 CANADA, ministère des Finances, *Avis de motion de voies et moyens visant à modifier la* Loi de l'impôt sur le revenu *et le* Règlement de l'impôt sur le revenu, 6 juin 2011.

15 L'Association du Barreau canadien (ABC) en collaboration avec l'Institut canadien des comptables agréés (ICCA) a déposé un rapport le 28 octobre 2011 et l'Association

(à suivre…)

des Finances, de l'ARC et du comité du Sénat. Plusieurs de leurs recommandations ont été retenues et ont amené les ajustements que l'on trouve dans le Projet de loi C-13. Entre autres, les règles transitoires pour les placements interdits détenus à la date du dépôt du budget, soit le 22 mars 2011, ont été ajustées en partie pour donner un peu plus de souplesse aux mesures initialement proposées.

Cependant, il demeure que plusieurs éléments n'ont pas été considérés tels qu'une mesure grand-père exemptant totalement les placements détenus avant la date du budget, ainsi qu'un assouplissement concernant l'impôt spécial applicable au titre d'« avantage » découlant des transactions d'« opération de swap ». En conséquence, certaines mesures ont, selon nous, des conséquences inadéquates pour les contribuables.

Malgré le fait que ces règles antiévitement réussiront indéniablement à réduire les abus, ces changements demeurent pour certains contribuables difficiles d'application et risquent de créer certains préjudices.

Nous expliquerons en détail les trois volets des règles antiévitement et nous soulignerons au passage ce qui a été modifié depuis le budget. De plus, nous discuterons des problématiques que peuvent engendrer de telles mesures. Nous verrons d'abord les changements apportés à l'impôt spécial sur les placements non admissibles, nous aborderons ensuite les notions de « placements interdits » et d'« avantages » et les impôts spéciaux qui s'y rattachent, puis nous examinerons les règles transitoires et quelques exemples d'application. Nous terminerons cette section par quelques commentaires au sujet de ces mesures.

2.1.1. Impôts spéciaux applicables lors de la détention ou de l'acquisition de placements non admissibles

Les mesures concernant la qualification des placements non admissibles dans un REÉR et un FERR n'ont pas été modifiées par le budget. Ainsi, les placements qui répondaient aux conditions d'admissibilité applicables au REÉR et au FERR sont toujours en vigueur. Le budget a cependant modifié les impôts spéciaux applicables à la détention ou à l'acquisition de placements non admissibles dans un REÉR ou un FERR.

(…suite)

canadienne du commerce des valeurs mobilières (ACCVM) a déposé plusieurs rapports, dont l'un daté du 23 septembre 2011 et un autre daté du 3 décembre 2011.

Auparavant, deux impôts spéciaux différents s'appliquaient. L'un d'eux s'appliquait au moment de l'acquisition d'un placement non admissible, et l'autre lorsqu'un placement déjà détenu dans un REÉR ou un FERR devenait non admissible (par exemple, lorsqu'un placement était « délisté » d'une Bourse reconnue). Dans la première situation, lorsqu'un rentier faisait l'acquisition d'un placement non admissible, la pleine valeur de ce placement était incluse dans le revenu du rentier pour l'année[16]. Lorsque le placement était retiré du REÉR ou du FERR ou s'il devenait à nouveau admissible au REÉR ou FERR, le rentier avait droit à une déduction compensatoire qui équivalait au moins élevé du montant inclus dans son revenu précédemment ou de la valeur marchande du placement lorsque ce dernier avait été retiré ou était redevenu admissible[17].

Dans la seconde situation, soit lorsqu'un placement détenu dans un REÉR ou un FERR devenait non admissible, une pénalité de 1 % par mois de détention, calculée sur la juste valeur marchande (« JVM ») du placement non admissible, était imposée au REÉR ou au FERR[18].

Les modifications législatives ont remplacé ces deux impôts spéciaux par le même impôt spécial qui est actuellement applicable aux placements non admissibles dans un CÉLI. Ainsi, le rentier du REÉR ou FERR devra payer un impôt correspondant à 50 % de la JVM du placement non admissible au moment de son acquisition, ou à compter du moment où un placement autrefois admissible deviendra non admissible[19]. Cet impôt sera remboursable si le placement est retiré du REÉR ou du FERR au plus tard à la fin de l'année qui suit l'année où l'impôt spécial sera applicable, à moins que le rentier du REÉR ou du FERR n'ait su, ou alors il aurait dû savoir, que le placement était un placement non admissible[20].

Les revenus tirés d'un placement non admissible détenu dans un REÉR ou dans un FERR avant le 22 mars 2011 demeureront imposables pour le REÉR ou le FERR. Les revenus de deuxième génération pourraient

---

16 Par. 146(10) L.I.R.

17 Par. 146(6) L.I.R.

18 Art. 207.1 L.I.R.

19 Par. 207.04(1) L.I.R.

20 Par. 207.04(4) L.I.R.

cependant faire l'objet de l'impôt spécial applicable sur les « avantages », tel que nous le verrons plus loin[21].

À première vue, l'effet de cette modification peut sembler négligeable. Pourtant, le rentier paiera dorénavant un impôt spécial au taux fixe de 50 % sur la JVM du placement non admissible avec la possibilité d'obtenir un remboursement mais seulement sur une période limité. Auparavant, la JVM du placement non admissible était ajoutée à ses revenus et imposée selon les taux d'imposition progressifs. De plus, une déduction était permise l'année où le placement était non admissible ou était retiré du REÉR. Ainsi, certains rentiers pouvaient trouver avantage à acquérir un placement non admissible en fonction du taux d'imposition marginal qui leur était applicable.

Date d'application

L'impôt spécial de 50 % s'applique à l'acquisition d'un placement non admissible ou à un placement qui devient non admissible à compter du 22 mars 2011.

Si un placement est devenu non admissible avant le 22 mars 2011, la pénalité de 1 % par mois de détention continuera de s'appliquer, tant que le placement non admissible ne sera pas retiré du REÉR[22].

2.1.2. Les règles sur les placements interdits

Les placements dans un régime enregistré[23] doivent respecter les règles encadrant les « placements admissibles »[24] ainsi que celles encadrant les « placements interdits »[25]. Ces deux notions se distinguent aussi bien par la qualification du placement que par des impôts spéciaux qui leur sont applicables. Lorsqu'un placement est à la fois un placement interdit et un

---

21 Voir la section 2.1.3., « Les règles sur les avantages », ci-après dans le présent texte.

22 Voir le site Internet de l'ARC, « Questions et réponses – Modifications découlant du budget de 2011 concernant les exigences en matière de déclaration et de versement des institutions financières à titre d'émetteurs d'un régime enregistré d'épargne-retraite (REER) ou d'un fonds enregistré de revenu de retraite (FERR) », en ligne : http://www.cra-arc.gc.ca/tx/ndvdls/tpcs/ntvdnc/menu-fra.html.

23 Tel qu'il est défini au paragraphe 207.01(1) L.I.R. : CÉLI, REÉR et FERR.

24 Par. 146(1) et 207.01(1) « placement non admissible » L.I.R.

25 Par. 207.01(1) « placement interdit » L.I.R.

placement non admissible, il est réputé être uniquement un placement interdit[26].

Le concept de « placement interdit », qui était déjà applicable au CÉLI depuis 2009, comprend ce qui suit :

- les dettes du titulaire du régime[27];
- les placements dans des entités au sein desquelles le titulaire du régime ou une personne avec laquelle il a un lien de dépendance détient une « participation notable »;
- les placements dans des entités avec lesquelles le titulaire du régime a un lien de dépendance.

Qu'est-ce qu'une participation notable[28]?

Une personne détient une « participation notable », si elle détient seule ou avec des personnes avec qui elle a un lien de dépendance[29] :

- 10 % ou plus d'une catégorie d'actions d'une société (privée ou publique) ou d'une société qui est liée à celle-ci; ou
- 10 % ou plus de la JVM de l'ensemble des participations d'une société de personnes ou d'une fiducie.

Applicable à tout moment de l'année

Le placement dans le REÉR et le FERR doit être surveillé constamment, car ces règles s'appliquent « à tout moment de l'année », et non seulement au moment de son acquisition. Auparavant, certains placements privés étaient acceptés par les institutions financières s'ils se qualifiaient à titre de « placements admissibles » selon les critères prévus au paragraphe 4900(12)

---

26 Par. 207.04(3) L.I.R.

27 Excluant un prêt hypothécaire qui est assuré par la Société canadienne d'hypothèque et de logement (SCHL) ou par une assurance privée approuvée. Ainsi, les dettes constituant ce qu'on appelle communément le « REÉR hypothèque » continuent d'être admissibles et ne seront pas interdites.

28 Par. 207.01(4) L.I.R.

29 Par. 251(1) L.I.R.

R.I.R. En effet, contrairement aux critères prévus au paragraphe 4900(6) R.I.R., la qualification du placement selon le paragraphe 4900(12) R.I.R. se fait seulement au moment de l'acquisition. Toutes ces règles sur les placements admissibles n'ont pas changé. Un placement privé pourrait toujours se qualifier de placement admissible selon le paragraphe 4900(12) R.I.R. Cependant, ce même placement devra dorénavant ne plus être interdit et les critères devront être respectés à tout moment de l'année. Ces mesures plus strictes feront en sorte que plusieurs institutions financières (pour ne pas dire la plupart) refuseront désormais les placements privés, et ce, même s'ils sont admissibles et non interdits au REÉR ou au FERR.

Le tableau suivant résume l'impact que la notion de « placement interdit » a sur l'admissibilité des placements privés dans les REÉR ou les FERR[30].

	Mesure actuelle		Mesure proposée
Participation	**CÉLI**	**REÉR**	**REÉR**
Inférieure à 10 %[***]	**Illimités**[**]	**Illimités**[**]	**Illimités**[**]
Entre 10 % et 50 %[*]	**Interdits**	**Moins de 25 000 $**	**Interdits**
Plus de 50 %	**Interdits**	**Non admissibles**	**Interdits**

[*] Le test du 50 % est soumis aux notions de « lien de dépendance » et de « contrôle ».

[**] Administrativement, la plupart des institutions financières refusent cependant de permettre aux titulaires de CÉLI de détenir tout titre de société privée dans le CÉLI, et il en sera vraisemblablement de même pour les titulaires de REÉR/FERR.

[***] 10 % **d'une catégorie d'actions**.

Impôts spéciaux applicables

Tout comme pour les règles applicables au titulaire d'un CÉLI, le rentier d'un REÉR ou d'un FERR détenant un placement considéré comme étant un « placement interdit » fait face à deux types de conséquences :

- **Un impôt spécial équivalant à 50 % de la JVM** du placement interdit au moment de l'acquisition du placement par le régime enregistré ou au

[30] Notons que ces nouvelles mesures ne s'appliquent pas uniquement aux placements privés.

moment où un placement détenu par le régime devient interdit. Comme pour la pénalité sur les placements non admissibles, cet impôt sera remboursable si le placement est **retiré**[31] du REÉR ou du FERR au plus tard à la fin de l'année qui suit l'année où l'impôt spécial sera applicable, à moins que le rentier du REÉR ou du FERR n'ait su, ou alors il aurait dû savoir, que le placement était un placement interdit[32]. Lorsque cet impôt spécial s'applique, le contribuable doit :

– produire une déclaration et effectuer un paiement, à savoir :

  a) produire, sur un formulaire prescrit, une déclaration auprès de l'ARC (pour le CÉLI, Formulaire RC243 et pour le REÉR et le FERR, Formulaire RC339) et payer la pénalité applicable,

  b) le tout doit être envoyé à l'ARC au plus tard le 30 juin suivant la fin de l'année civile au cours de laquelle le placement est devenu interdit;

– demander le remboursement, à savoir[33] :

  a) lorsque la personne est admissible au remboursement, une demande écrite doit être envoyée à l'ARC en expliquant les raisons de cette demande. Aucun formulaire n'est actuellement prévu à cet effet. De plus, le rentier devra fournir des documents détaillant l'acquisition et la disposition du placement interdit. Ces documents doivent inclure le nom du bien, le nombre d'actions ou d'unités, la date où le bien a été acquis ou à laquelle il est devenu interdit, ainsi que les détails concernant la disposition ou la date où le bien a cessé d'être interdit[34].

---

31 À noter que l'utilisation du terme « retiré » dans ce contexte veut dire que le placement ne se trouve plus dans le REÉR ou FERR à titre de « placement interdit », soit parce qu'il a été retiré du REÉR par une substitution, un retrait REÉR ou par la vente ou le rachat du titre, soit parce que les critères de « participation notable » ne s'appliquent plus au placement.

32 Par. 207.04(1) L.I.R.

33 Par. 207.04(4) L.I.R.

34 Information indiquée dans le Formulaire RC243.

Exemple

Dans le REÉR de M. Untel, un placement devient interdit le 1er novembre 2011 et la JVM du bien est de 40 000 $ à ce moment. M. Untel devra payer un impôt spécial de 20 000 $ (50 % de 40 000 $) à l'ARC. Il devra payer cet impôt spécial et produire le formulaire prescrit au plus tard le 30 juin 2012. Cela dit, s'il respecte **tous** les critères énumérés ci-dessus, le contribuable pourra faire une demande de remboursement à l'ARC une fois que le placement interdit aura été « retiré » du REÉR.

- **Un impôt spécial au titre d'« avantage »** sur les revenus (intérêts, dividendes, etc.) et la partie de tout gain en capital accumulé depuis le 22 mars 2011 et réalisé par la suite sur le placement interdit[35]. Cet impôt représente 100 % de l'avantage. Un formulaire prescrit doit être produit à l'ARC et un paiement envoyé dans les mêmes délais que ceux mentionnés précédemment, soit au plus tard le 30 juin de l'année qui suit l'assujettissement à l'impôt[36].

- **Mesures transitoires** : Malgré ce qui précède, certaines mesures transitoires ont été mises en place afin d'alléger l'application de ces impôts spéciaux dans certaines circonstances. Elles visent les placements détenus dans les comptes REÉR ou FERR avant le 23 mars 2011 et devenus interdits en raison de l'introduction de ces nouvelles règles, avant le 5 octobre 2011. Ces placements ne sont pas assujettis à l'impôt spécial de 50 % de la JVM et l'impôt spécial sur l'avantage découlant d'un placement interdit sera inapplicable pour une période de 10 ans, soit jusqu'au 31 décembre 2021. Ces mesures sont détaillées à la section 2.1.4., « Mesures transitoires applicables au REÉR et au FERR ».

Date d'application

L'impôt spécial sur les placements interdits est applicable à l'égard :

- des placements que le REÉR ou le FERR a acquis après le 22 mars 2011;

- des placements qui étaient détenus avant le 23 mars 2011, s'ils deviennent des placements interdits pour la première fois après le 4 octobre 2011.

---

35 Cette notion est détaillée à la section 2.1.3, « Les règles sur les avantages », ci-après.

36 Pour le CÉLI, Formulaire RC243 et pour le REÉR et le FERR, Formulaire RC339.

2.1.3. Les règles sur les avantages

Le concept d'« avantage »[37] applicable aux CÉLI depuis 2009 a été étendu aux REÉR et aux FERR. Essentiellement, ces règles prévoient qu'un « avantage » constitue un **bénéfice tiré d'une opération conçue pour exploiter les attributs fiscaux d'un compte enregistré**.

2.1.3.1. Quels sont les « avantages » visés par cette notion?

- Les bénéfices tirés d'opérations d'achat et de vente d'actifs (substitution ou opération de swap[38]) entre un REÉR ou FERR et d'autres comptes que contrôle le rentier du REÉR/FERR ou une personne ayant un lien de dépendance avec le rentier (comme c'est le cas actuellement pour le CÉLI). Une exception est toutefois prévue pour tenir compte des transferts entre deux REÉR ou FERR du même contribuable ou entre deux CÉLI[39] (la notion d'« opération de swap » sera plus détaillée à la section 2.1.3.3., « Quand peut-on faire une opération de swap? », ci-après).

- Les bénéfices tirés d'opérations qui ne se seraient pas produites dans un marché libre ordinaire entre des parties sans lien de dépendance, s'il est raisonnable de considérer que l'opération a été effectuée pour profiter des attributs fiscaux d'un REÉR (par exemple, afin d'éviter ou de réduire l'imposition sur un placement dont les intérêts sont basés sur le rendement d'un indice boursier (produits structurés), on transfère ce placement avant l'échéance au REÉR afin que le rendement y soit versé libre d'impôt)[40].

- Les paiements à un REÉR en contrepartie de services rendus par le rentier (par exemple, des dividendes versés par une société à un REÉR d'un particulier au lieu que ce dernier soit rémunéré pour des services rendus à la société).

---

37 Par. 207.01(1) « avantage » L.I.R.

38 Par. 207.01(1) « opération de swap » L.I.R.

39 Al. 207.01(1)d) « opération de swap » L.I.R.

40 Cette notion a fait l'objet de plusieurs interprétations techniques, voir : AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2009-032031I7, 27 mai 2009; 2009-0308231E5, 7 octobre 2010; 2009-0351931R3, 12 décembre 2010 et 2009-0323391R3, 30 décembre 2009.

- Les paiements de revenus de placement lorsque le revenu est relié à l'existence d'un autre placement (ces règles viseront tout revenu versé au REÉR mais lié à un placement détenu à l'extérieur de ce dernier ou tout revenu versé par le REÉR ou hors REÉR mais lié à un placement détenu à l'intérieur de ce dernier).

- Les bénéfices tirés d'opérations de dépouillement de REÉR. De façon générale, une opération de dépouillement de REÉR visera toute opération qui permet au rentier de ne pas inclure dans son revenu la valeur d'un bien retiré de son REÉR. Une exception tiendra compte des retraits effectués en vertu du Régime d'accession à la propriété (RAP) et du Régime d'encouragement à l'éducation permanente (REÉP).

- Un revenu de placement tiré de placements interdits. La notion de « revenu de placement » vise non seulement les intérêts, dividendes ou revenus étrangers, mais également la partie de tout gain en capital accumulé sur un placement interdit depuis la date du budget, soit le 22 mars 2011, et réalisé par la suite.

2.1.3.2. L'impôt spécial applicable

- Les rentiers des REÉR et FERR sont assujettis à un impôt spécial équivalant soit à la JVM de cet avantage ou, dans le cas d'une dette, au montant de cette dernière[41]. L'impôt sera payable par le rentier du REÉR ou du FERR à moins que l'avantage n'ait été accordé par l'émetteur du REÉR ou du FERR, auquel cas il sera payable par l'émetteur[42].

- Dans la définition de « prestation » figurant au paragraphe 146(1) L.I.R., la législation prévoit que ces sommes ne seront pas de nouveau imposables pour le particulier ayant déjà été soumis à l'impôt spécial au titre d'avantage[43] lorsqu'elles seront « retirées » du REÉR ou du FERR[44].

---

41 Par. 207.05(1) L.I.R.

42 Par. 207.05(3) L.I.R.

43 Par. 146(1) « prestation », 146(5) et 207.01(1) « bénéfice transitoire provenant d'un placement interdit » L.I.R.

44 À noter que nous ne parlons pas des règles applicables aux « bénéfices transitoires ». En effet, le « bénéfice transitoire » est un retrait REÉR imposé en vertu du paragraphe 146(1) L.I.R. à titre de « prestation » et non assujetti à l'impôt spécial prévu par le paragraphe 207.05(1) L.I.R.

- Un formulaire prescrit devra être produit à l'ARC et le paiement envoyé dans les mêmes délais que ceux mentionnés précédemment, soit au plus tard le 30 juin de l'année qui suit l'assujettissement à l'impôt spécial[45].

2.1.3.3. Quand peut-on faire une transaction d'« opération de swap »?

La *Loi de l'impôt sur le revenu* définit une « opération de swap » comme étant tout transfert de biens (autre qu'une cotisation ou une distribution) entre le compte enregistré (REÉR, FERR CÉLI) et le rentier ou titulaire du compte ou une personne avec laquelle il a un lien de dépendance. Toute « opération de swap » est interdite et peut entraîner l'application de l'impôt spécial sur les « avantages ». D'ailleurs, une interprétation technique est venue préciser ce qui sera considéré comme un avantage par l'ARC dans le contexte d'une « opération de swap », à savoir :

> « […] More specifically, an advantage is defined to include any increase in the total FMV of property held in connection with a TFSA that can reasonably be considered to be attributable, directly or indirectly, to a swap transaction. The fact that the initial swap transaction may have occurred at FMV is not relevant. This is because the words "directly or indirectly" in the advantage definition encompass, not only the increase in the FMV ofthe TFSA resulting from the swap transaction (if any), but also all future increases in FMV that are reasonably attributable to the initial swap transaction. Thus, for example, any dividends, interest or other amounts paid on the swapped security, any appreciation in value on the swapped security or on any substituted property (whether realized or not), and anyincome earned on income, would be subject to the advantage tax. As the advantage tax is required to be remitted annually, it would be necessary to determine the total increases in FMV annually[46]. » (Notre soulignement)

Cependant, une « opération de swap » est permise pour retirer un placement interdit ou non admissible d'un compte enregistré si le contribuable a droit au remboursement de l'impôt spécial de 50 %[47] ou dans

---

45 *Supra*, note 36.

46 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2011-0413291E5, 2 août 2011.

47 Pour avoir droit au remboursement, le rentier ou titulaire du compte enregistré (REÉR, FERR ou CÉLI) doit retirer le placement non admissible ou le placement interdit avant le 31 décembre de l'année qui suit l'application de l'impôt spécial. Le remboursement est aussi conditionnel au « test d'intention », c'est-à-dire que le rentier ou le titulaire du compte ne savait pas ou n'aurait pas dû savoir que le placement était un placement non admissible ou un placement interdit au moment de son acquisition.

le cas des REÉR et des FERR si, d'ici 2021, il est raisonnable de conclure qu'un impôt spécial de la partie XI.0.1 L.I.R. serait éventuellement à payer si le bien demeurait dans le REÉR ou le FERR.

Date d'application

Ces nouvelles règles s'appliquent aux opérations effectuées après le 22 mars 2011.

Cependant, les règles sur les avantages des REÉR ne s'appliquent qu'aux opérations de substitution (swap) effectuées après le 30 juin 2011. Certaines opérations de substitution (swap) effectuées pour faire en sorte qu'un REÉR ou un FERR se conforme aux nouvelles règles exposées ci-dessus seront permises jusqu'au 31 décembre 2021.

2.1.4. Mesures transitoires applicables au REÉR et au FERR

Voici les mesures transitoires applicables lorsque le placement était détenu dans un REÉR ou un FERR avant le 23 mars 2011 et qu'il est devenu « interdit » pour la première fois avant le 5 octobre 2011 :

- **Impôt spécial de 50 % de la JVM selon le paragraphe 207.04(1) L.I.R. :**

  Cet impôt spécial ne s'applique pas à ces titres.

- **Impôt spécial sur les revenus qualifiés d'avantages selon le paragraphe 207.05(1) L.I.R. :**

  Si un choix est effectué avant le 30 juin 2012, le rentier pourra profiter d'un allégement de l'impôt spécial relié à l'« avantage », et ce, jusqu'en 2021[48]. Ces mesures transitoires prévoient cependant qu'annuellement un « bénéfice transitoire »[49] devra être calculé et retiré du REÉR ou du FERR au plus tard 90 jours suivant la fin de l'année civile visée[50]. Ce bénéfice transitoire sera imposé comme un retrait ou une « prestation » d'un REÉR ou d'un FERR pour l'année du retrait. Le bénéfice transitoire est calculé de la façon suivante :

---

48 Par. 207.05(4) L.I.R.

49 Par. 207.01(1) « bénéfice transitoire provenant d'un placement interdit » L.I.R.

50 Par. 207.05(4) L.I.R.

- Le total de[51] :

  Revenus (intérêts, dividendes bruts, revenus étrangers, etc.)

  PLUS

  Gains bruts réalisés entre le 22 mars (ou plus tard si le placement est devenu interdit après cette date) et la date de la vente réelle, de la disposition présumée du titre (par exemple, il y a disposition présumée lors d'une « opération de swap ») ou la date où le titre cesse d'être un placement interdit

  MOINS

  Perte brute réalisée entre le 22 mars (ou plus tard si le placement est devenu interdit après cette date) et la date de la vente réelle, de la disposition présumée ou la date où le titre cesse d'être un placement interdit.

Exemple d'application des mesures transitoires et de calcul du bénéfice transitoire

M. X détenait un placement qui est devenu un « placement interdit » dans son REÉR le 22 mars 2011. Il retire le titre (par une substitution) le 8 février 2012. La JVM des actions au 8 février 2012 est de 40 000 $. La JVM des actions au 23 mars 2011 était de 35 000 $. Un dividende de 2 000 $ a été versé sur le titre le 8 décembre 2011. Puisque M. X détenait les actions préalablement au 23 mars 2011 dans son REÉR, il est admissible aux règles transitoires.

Donc :

- l'impôt spécial de 50 % ne s'appliquera pas à M. X;

- l'impôt spécial de 100 % sur l'avantage (les revenus d'intérêts, dividendes, partie du gain en capital réalisé et accumulé depuis le 23 mars 2011) ne s'appliquera pas **si M. X effectue un choix avant le 1er juillet 2012 afin de profiter des mesures sur les bénéfices transitoires**.

---

[51] Si le montant est négatif, il ne peut être reporté, mais il n'y aura pas de retrait pour l'année visée.

Selon les mesures transitoires, il devra calculer annuellement un montant à retirer de son REÉR (le bénéfice transitoire). M. X aura jusqu'au 30 mars de l'année suivante pour effectuer ce retrait.

- Le bénéfice transitoire pour l'année civile 2011 est de 2 000 $, soit le dividende brut versé. Ce montant devra être retiré du REÉR avant le 30 mars 2012 et sera imposé l'année du retrait.

- Le bénéfice transitoire pour l'année civile 2012 sera de 5 000 $, soit le gain accumulé depuis le 23 mars 2011 et réalisé lors du retrait du placement interdit le 8 février 2012[52]. Ce montant devra être retiré avant le 30 mars 2013 et sera imposé l'année du retrait.

Tel qu'il a été mentionné au début de la présente section, ces mesures ont été considérablement modifiées depuis leur annonce. Voici un tableau comparatif des mesures déposées le 16 août 2011 et de celles déposées le 4 octobre dans le Projet de loi C-13, qui donne un aperçu des changements entre ces deux moments :

Conditions (propositions législatives du 16 août) :	**Conditions (PLC-3 du 4 octobre) :**
~ Un bien qui le 23 mars 2011 était un placement interdit	~ Un bien qui le 23 mars 2011 était un placement interdit
~ Choix avant le 1er juillet 2012	~ Choix avant le 1er juillet 2012
~ Période visée 5 ans : après le 22 mars 2011 et avant 2017	~ Période visée 10 ans : après le 22 mars 2011 et avant 2022
~ Annuellement calcul d'un « bénéfice transitoire »	~ Annuellement calcul d'un « bénéfice transitoire »
~ Impôt fictif fédéral selon le paragraphe 207.05(4) L.I.R. taux de 42,9 %, mais exempté de l'impôt de la partie I	~ Imposé selon la partie I L.I.R. (retrait de prestation REÉR ou FERR)
~ Bénéfice transitoire = *Revenus gagnés* plus *gains* réalisés	~ Bénéfice transitoire = *Revenus gagnés* plus *gains réalisés* moins *pertes (réduit les revenus et gains, pas de règles apparentes et pas de report)*
~ Gains et pertes = JVM au 22 mars, moins le produit de disposition	~ Gains et pertes = JVM au 22 mars, moins le produit de disposition
~ Retirés du REÉR ou FERR dans les 90 jours suivant la fin de l'année où ils sont réalisés.	~ Retirés du REÉR ou FERR dans les 90 jours suivant la fin de l'année où ils sont réalisés.

[52] La JVM au 8 février 2012 de 40 000 $ moins la JVM au 23 mars 2011 de 35 000 $.

Pourquoi sortir le placement interdit du REÉR ou du FERR même si les mesures transitoires s'appliquent?

Bien que la pénalité de 50 % ne s'appliquera pas, nous croyons qu'il est préférable de retirer le « placement interdit » dès que possible afin d'éviter une facture d'impôt qui sera plus élevée entre autres sur les revenus de dividendes, mais surtout sur la plus-value des titres. En effet, les mesures transitoires obligent le rentier à retirer annuellement de son REÉR ou de son FERR tous les revenus (incluant les gains en capital) générés par le titre. De plus, la plus-value engendrée entre le 23 mars 2011 (ou après si les actions sont devenues interdites après cette date) et la date où le placement est vendu ou cesse d'être interdit devra être imposée comme un retrait REÉR par opposition à un gain en capital qui serait imposé à 50 % s'il était réalisé à l'extérieur du REÉR. Finalement, à compter du 1er janvier 2022, ou encore si l'une des conditions des mesures transitoires n'est pas respectée (choix ou retrait dans les délais), l'impôt sur les avantages, sans règles transitoires, s'appliquera. Ce qui veut dire que 100 % de la partie du gain en capital accumulé depuis le 23 mars 2011 et réalisé par la suite devra être retirée du REÉR et envoyée à l'ARC.

Marche à suivre par le rentier d'un REÉR ou d'un FERR

Lorsqu'un particulier a un « placement interdit » dans son REÉR, FERR ou CÉLI, il devra, entre autres, effectuer les étapes suivantes[53] :

[53] Il est possible que certaines étapes soient ajoutées, modifiées, ou encore enlevées selon la situation propre à chacun. À noter également qu'à la date de publication du présent texte, l'ARC n'avait pas encore publié toutes les mesures administratives et tous les renseignements concernant la production des informations requises ainsi que les modalités entourant le paiement des sommes dues.

Lorsque les mesures transitoires <u>s'appliquent</u>	Lorsque les mesures transitoires <u>ne s'appliquent pas</u>
• Retirer les titres du compte ou rendre le placement non interdit.	• Retirer les titres du compte ou rendre le placement non interdit.
• Faire un choix avant le 30 juin 2012 afin que les mesures transitoires s'appliquent. Sinon, l'avantage sera calculé comme si les mesures transitoires ne s'appliquaient pas.	• Calculer le montant au titre d'« avantage » dans les comptes REÉR, FERR ou CÉLI entre le moment où le placement est devenu interdit et celui où il a été retiré du compte enregistré : a) les revenus versés par le placement (intérêts, dividendes, etc.); b) partie du gain en capital réalisé et accumulé depuis le 22 mars 2011. • À cette fin, le client devra déterminer la JVM du bien au moment où il est devenu interdit (ou au 22 mars 2011) ainsi qu'au moment où il a été retiré du compte.
• Calculer annuellement le montant au titre de « bénéfices transitoires » et le retirer du REÉR ou FERR au plus tard 90 jours suivant la fin de l'année. À cette fin, le client devra déterminer la JVM au 22 mars 2011 (ou plus tard si le placement est devenu interdit après cette date) et la JVM au moment de la disposition réelle ou présumée du bien.	
• Produire toutes déclarations ou formulaires prescrits par l'ARC. Entre autres le Formulaire RC-341 – « Choix relatif à un bénéfice transitoire d'un placement autre qu'un REÉR ou un FERR ».	• Retirer ce montant d'« avantage » du REÉR, FERR ou CÉLI dans les délais prescrits (90 jours suivant la fin de l'année civile visée).
	• Produire tous les déclarations ou formulaires prescrits à l'ARC relativement au placement interdit et aux impôts spéciaux applicables (celui de 50 % et celui de l'avantage s'il y a lieu). Formulaire RC339 « Déclaration d'un particulier pour certains impôts pour des REÉR ou des FERR pour l'année d'imposition 2011 ».
	• Produire auprès de l'ARC une demande de remboursement des impôts spéciaux lorsque cela est applicable.

2.1.5. Renonciation aux impôts spéciaux

Dans certaines circonstances, le ministre peut renoncer, en tout ou en partie[54], à l'impôt sur les placements interdits ou les placements non admissibles[55] ou à l'impôt sur les avantages[56] ou encore il peut les annuler. En ce qui a trait à l'impôt sur les avantages, le ministre requiert que le montant d'avantage soit néanmoins retiré sans délai du REÉR ou du FERR.

---

54 Par. 207.06(2) L.I.R.

55 Art. 207.04 L.I.R.

56 Art. 207.05 L.I.R.

Une interprétation technique[57] récente émise par l'ARC donne quelques précisions concernant les critères requis ainsi que le volet un peu plus administratif pour soumettre une demande. De plus, l'ARC mentionne quelques exemples de situations qui pourraient faire l'objet de décisions favorables pour renoncer à ces impôts ou les annuler.

2.1.6. Commentaires

À plusieurs égards, la fiscalité des REÉR et des FERR est différente de celle des CÉLI. Par exemple, les revenus et la plus-value des placements dans un REÉR ou un FERR seront éventuellement imposés à la sortie des fonds du régime à titre de prestations. De plus, la notion de « placement admissible » aux fins des REÉR et de FERR permettait la détention d'actions de sociétés privées ou encore d'une participation notable dans une société publique, une fiducie ou une société de personnes, et ce, depuis plusieurs années. L'élargissement des mesures autrement applicables au CÉLI depuis 2009 peut créer une problématique et des injustices pour le rentier de ces REÉR et FERR qui, depuis plusieurs années, a investi des sommes de son REÉR soit dans une société privée ou dans une société au sein de laquelle il détient une participation notable (directement ou par l'intermédiaire d'une personne avec qui il a un lien de dépendance). Voici quelques commentaires que nous avions soulevés au ministère des Finances, ainsi qu'à l'ARC relativement à cette problématique.

Placement interdit

1) **JVM pour les placements privés** : L'un des problèmes majeurs se situe dans l'évaluation de la JVM des titres surtout en ce qui concerne les sociétés privées. Une évaluation adéquate est nécessaire au moment où le titre est devenu interdit (ou au 22 mars 2011 s'il était interdit à ce moment) et au moment où le titre est retiré du REÉR/FERR ou cesse d'être interdit. Généralement, cet aspect sera coûteux en honoraires pour le rentier. De plus, il sera soumis à des contestations potentielles de la JVM par les autorités fiscales suscitant des pénalités additionnelles pour le contribuable.

2) **La détention des placements privés devient presque impossible** : Bien que la réglementation permette encore, pour certains rentiers, de détenir des actions de société privée dans leur régime s'ils ne détiennent pas une

[57] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2011-0430141E5, 3 février 2012.

« participation notable » dans la société (moins de 10 % d'une catégorie d'action), plusieurs institutions financières refuseront désormais d'accepter ces titres dans les REÉR ou les FERR. En effet, la surveillance du placement pour s'assurer qu'il ne devienne pas interdit sera trop complexe, aussi bien pour le client, pour ses experts que pour l'institution financière.

3) **Responsabilité du rentier *versus* celle des fiduciaires** : Il est clair, selon la législation actuelle, que la responsabilité concernant les mesures entourant les placements interdits repose sur le rentier du REÉR ou du FERR[58]. Cependant, à divers égards le fiduciaire devra prendre certaines mesures dites « diligentes » pour s'assurer que le rentier fournit des informations adéquates soit, entre autres, sur la façon de retirer le titre (admissibilité de la transaction de swap) ou encore sur l'évaluation des valeurs marchandes qui sera utilisée pour négocier. De plus, dans un cadre plus large, les conseillers en placement voudront « conseiller » ou « accompagner » leurs clients à titre de service qui fait partie de leur offre de gestion de patrimoine, engageant ainsi un certain « risque » professionnel additionnel. La responsabilité du fiduciaire et du conseiller n'est donc toujours pas clairement déterminée. C'est pourquoi ces éléments risquent d'amener les institutions financières et leurs services de conformité à demander aux clients une multitude de renseignements, ou encore à leur faire signer des dégagements de responsabilité afin de se protéger. Toutes ces demandes d'information risquent d'ajouter des honoraires et peut-être même une facture additionnelle d'impôt. En effet, le retrait du placement interdit pourrait être retardé à cause des délais pour fournir tous ces renseignements (pour protéger la responsabilité du fiduciaire) et ainsi soumettre le rentier à des pénalités additionnelles.

4) **Coûts additionnels** : Les honoraires professionnels tant pour valider la détention d'un placement interdit, analyser la manière optimale de retirer le titre du REÉR/FERR, évaluer les valeurs de l'entreprise sont des coûts importants pour le rentier qui détient un placement dit interdit dans son REÉR ou son FERR. Les personnes visées injustement sont celles qui, avant le budget, détenaient ces titres dans le REÉR/FERR de façon légitime mais qui, après l'annonce du budget, devront engager ces honoraires pour retirer ces titres devenus interdits.

5) **Manque de liquidités** : Afin de retirer les titres interdits du REÉR ou du FERR, une « opération de swap » est permise. C'est probablement la

---

[58] Par. 207.01(5), 207.04(1) et 207.05(3) L.I.R.

solution la plus simple et la moins coûteuse en honoraires et impôts. Cependant, encore faut-il avoir les liquidités nécessaires dans le compte hors REÉR pour faire cette substitution.

6) **Personnes avec un lien de dépendance – concept très large** : La définition de « participation notable » vise la détention d'action ou de titre seul ou avec des personnes avec qui le rentier ou le titulaire du compte a un lien de dépendance. Comme nous le savons, la définition de « personne ayant un lien de dépendance » est très large et la notion de « placement interdit » pourrait ainsi viser des particuliers détenant des titres dans leur REÉR/FERR dans le cadre d'une gestion normale de leur actif et les rendre assujettis à ces mesures sans le savoir.

7) **Période transitoire de 10 ans** : La période transitoire de 10 ans accordée comme allègement pour les particuliers détenant des titres avant le 22 mars 2011 ne permet malheureusement que de reporter le problème et même dans certaines circonstances de l'envenimer. Des règles grand-père, excluant de l'application de ces nouvelles mesures les titres détenus avant la date du budget, auraient été préférables.

Impôt de la partie XI.01 L.I.R. et les transactions d'« opération de swap »

Plusieurs transactions d'« opération de swap » sont utilisées simplement pour équilibrer les profils d'investisseurs entre les comptes enregistrés et les comptes non enregistrés d'un client. Par exemple, les substitutions permettaient de transférer des titres à revenu fixe du compte non enregistré au REÉR ou encore des titres croissance du REÉR au compte non enregistré. Toutes ces transactions devaient être faites à la JVM avec les conséquences fiscales qui en découlaient (gain en capital imposable ou perte réputée nulle). Cette manière de procéder permettait d'éviter la multiplication des coûts de transactions. De plus, selon les règles des valeurs mobilières de l'Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM), la vente d'un titre à partir d'un compte et l'achat par un autre compte au même prix, connue sous le vocable « transaction fictive », sont interdits. Voici, à cet égard, un extrait du document de recommandations concernant le Projet de loi C-13 produit par l'Association canadienne du commerce des valeurs mobilières (IIAC) :

> « **3. Opérations de swap**
>
> Nous croyons que le personnel du ministère des Finances est probablement d'accord que plusieurs opérations de swap, sinon la majorité, ne peuvent pas être considérées comme contrevenant à l'objectif de la politique publique. Le

personnel du ministère et l'ARC veut à juste titre déceler et empêcher les opérations inacceptables. Selon nous, non seulement la grande majorité des opérations de swap sont légitimes, mais si on les interdit, plusieurs investisseurs canadiens auront des difficultés.

Les règles relatives aux REER/FERR se sont inspirées des dispositions régissant les CELI. Les CELI prévoient un mécanisme semblable à une opération de swap en autorisant le retrait en nature d'un bien en décembre et son remplacement par un autre bien au début de janvier. Cependant, les REER et FERR ne prévoient pas un tel mécanisme et les investisseurs doivent faire des opérations boursières (si cela est possible[59]), ce qui les expose aux risques de change et de changements de prix et à des frais de transaction supplémentaires. Ce qui n'aurait pas été le cas avec une écriture dans le registre des opérations de swap.

Par ailleurs, la relation de fiduciaire présente en matière de régimes enregistrés peut causer des difficultés. Un client qui achète dans son compte REER ou FERR une valeur mobilière émise par une entreprise dont sa société de courtage agit à titre de preneur ferme ou participe à la distribution de placements privés peut exécuter une opération de swap. Cependant, si le client avait acheté dans son compte REER ou FERR une valeur mobilière émise par une entreprise dont sa société de courtage *n'agit pas* à titre de contrepartiste et *ne participe pas* à la distribution de placements privés, l'opération de swap *n'aurait pas* été possible.

Même si des fonctionnaires ont déclaré qu'un client peut exécuter une opération de swap, payer la pénalité et demander une exemption en vertu du paragraphe 207.06(2) – renonciation à l'impôt payable – les dispositions du budget exigent explicitement que les sociétés de courtage en valeurs mobilières doivent mettre en place des systèmes pour empêcher toutes les opérations de swap. Cela veut dire que ce genre de demande rétroactive n'est pas envisageable. De plus, il semble que les conditions stipulées au paragraphe 207.05(3) pour obtenir une renonciation à l'impôt prévoient l'inclusion d'un revenu pour le titulaire de REER ou FERR – ce qui n'est pas un résultat souhaitable.

Nous demandons au comité de recommander que le projet de loi C-13 prolonge du 1er juillet 2011 au 31 décembre 2012 la période de transition pendant laquelle toutes les opérations de swap légitimes seront autorisées.

---

[59] Lorsque les opérations ont lieu sur un marché (la Bourse de Toronto, la Bourse de croissance TSX, un système de négociation parallèle ou SNP), la vente d'un titre à partir d'un compte et l'achat par un autre compte au même prix sont interdits par les règles sur les comptes appartenant au même propriétaire véritable, adoptées par l'Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM). Connue sous le terme « transaction fictive », une telle opération est interprétée comme une tentative par une partie de modifier le cours d'un titre en augmentant le volume des opérations (en ligne : http://www.iiroc.ca/French/Documents/Rulebook/UMIR0202_fr. pdf).

> Pendant cette prolongation, nous espérons continuer à travailler avec le ministère et l'ARC pour trouver des moyens d'autoriser les opérations de swap légitimes et d'empêcher ces dernières d'être abusives. Pendant ce temps, l'ARC pourra contester avec succès – comme elle l'a fait jusqu'à maintenant – les opérations de swap qui contreviennent aux principes des REER/FERR. Cette dernière et notre secteur pourront mettre en place les systèmes nécessaires pour appliquer la version définitive des dispositions qui tiendront compte des changements[60]. »

2.2. RÉGIMES DE RETRAITE INDIVIDUELS

Deux mesures importantes ont été proposées dans le budget fédéral et visent le financement du rachat des services passés par la société ainsi que le report d'impôts des excédents de caisse (surplus actuariels) après 71 ans.

2.2.1. Régimes visés par les nouvelles mesures

Auparavant, la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne contenait aucune définition du concept de « Régime de retraite individuel ». Or, pour l'application des mesures proposées, le budget prévoit l'introduction d'une nouvelle définition. Ainsi, un RRI[61] sera un régime de pension agréé (« RPA ») à prestations déterminées qui, soit :

- compte moins de quatre participants, dont au moins un des participants est lié à un employeur qui participe au régime;

- est un « régime désigné », c'est-à-dire un RPA à prestations déterminées, dont au moins 50 % du total des facteurs d'équivalence des participants pour une année appartiennent à des particuliers qui sont rattachés à l'employeur ou qui sont des employés touchant une rémunération élevée, à condition qu'il soit raisonnable de conclure que les droits d'un ou plusieurs participants existent principalement dans le but de se soustraire à cette nouvelle définition.

---

60 ASSOCIATION CANADIENNE DU COMMERCE DES VALEURS MOBILIÈRES, *Recommandations sur le projet de loi C-13 – Dispositions anti-évitement applicables aux REER/FERR et autres dispositions*, 31 octobre 2011, pp. 5-6 (en ligne : http://www.iiac.ca/resources/4329/commentaires).

61 Par. 8300(1) « régime de retraite individuel » et « mécanisme d'épargne désigné » R.I.R.

2.2.2. Retrait minimal après l'âge de 71 ans visant les surplus actuariels accumulés

Mesures avant le budget : Avant le budget, les modalités des RRI n'assujettissaient pas les surplus actuariels ou excédents de la caisse à des retraits minimums annuels à compter de l'âge de 72 ans, ce qui permettait le report de l'imposition de ces sommes.

Mesures proposées : Le budget a proposé d'instaurer le versement d'un montant minimal au participant chaque année après celle de son 71e anniversaire. Ainsi, le montant minimum qui devra être versé au participant chaque année sera égal au plus élevé :

- du montant régulier de la prestation de pension payable au participant selon les modalités existantes du régime;

- du montant minimum qui serait versé au participant à même le RRI si la part des actifs du RRI qui revient au participant était détenue dans un FERR dont le participant était le rentier. (Le montant du retrait minimum suivra donc la table des retraits minimums FERR.)

Date d'application

À compter de l'année d'imposition 2012.

2.2.3. Cotisations pour rachats de services passés

Mesures avant le budget : Lorsqu'un RRI était mis sur pied et qu'il était prévu de racheter des années de services passés d'un participant au régime, une partie du coût du rachat était financée, soit par les actifs du REÉR du participant, soit par ses droits de cotisation au REÉR non utilisés (maximum déductible au titre d'un REÉR) afin d'éliminer le facteur d'équivalence pour services passés (« FESP ») découlant du rachat. L'excédent du FESP était généralement financé par l'employeur et déductible par ce dernier.

Ainsi, prenons l'exemple suivant :

Âge du participant :	52 ans
Nombre d'années rachetées :	16 ans
Coût du rachat des services passés :	300 000 $
FESP :	152 400 $
Excédent :	147 600 $
REÉR du participant :	545 000 $
Maximum déductible au titre REÉR (inutilisé)	5 000 $

Auparavant, le participant utilisait ses droits inutilisés de 5 000 $ et ses actifs REÉR afin d'éliminer le FESP de 152 400 $. Par la suite, l'employeur promoteur du régime (la société) contribuait l'excédent, soit 147 600 $, au RRI et pouvait réclamer une déduction équivalente.

Mesures annoncées le 22 mars 2011 : Le budget proposait que le coût du rachat soit financé d'abord par l'utilisation des actifs REÉR du participant ainsi que par ses droits inutilisés de cotisation au REÉR. Ce n'est qu'une fois que ces soldes auraient été épuisés que l'employeur, promoteur du régime, aurait pu effectuer une cotisation déductible de son revenu pour financer le rachat des années de service passé.

Ainsi, dans l'exemple précédent, la totalité du coût du rachat, 300 000 $, devait être financé d'abord par les actifs REÉR du participant ainsi que par ses droits de cotisation inutilisés à son REÉR. La société n'était donc en mesure de financer aucun montant pour le rachat.

Mesures du Projet de loi C-13 : Le Projet de loi C-13 a modifié ce qui avait été proposé le 22 mars, afin de prévoir une mesure qui prend en considération l'âge du participant et les années de rachat aux fins du RRI. Ainsi, le financement du coût du rachat doit dorénavant provenir d'abord de l'utilisation des actifs REÉR du participant en fonction d'un calcul proportionnel (voir ci-après) et de la totalité de ses droits inutilisés de cotisation au REÉR qui, eux, ne font pas l'objet d'un ajustement. Finalement, s'il y a un excédent, il pourra provenir des cotisations qui seront déductibles pour la société.

Le calcul proportionnel pour déterminer la partie qui devra provenir du REÉR est établi de la façon suivante :

$$\frac{\text{Nombre d'années rachetées}}{\text{Le minimum entre 35 et (l'âge au rachat - 18)}}$$

Dans l'exemple précédent, pour payer le coût du rachat de 300 000 $, le rentier du RRI devra utiliser 256 470 $ de son REÉR (47 % × 545 000 $) ainsi que ses droits inutilisés REÉR de 5 000 $. Ainsi,

Le coût du rachat :	**300 000 $**
Moins transfert REÉR requis selon calcul proportionnel :	**256 470 $**
Moins droits inutilisés REÉR :	**5 000 $**
Contribution permise par la société pour financer le rachat d'année du RRI :	**38 530 $**

Tableau récapitulatif

Comme nous pouvons le constater, les nouvelles mesures réduisent la portion des actifs qu'une société peut verser dans un RRI et déduire de son revenu imposable pour l'année de la mise sur pied du RRI. Les ajustements apportés par le Projet de loi C-13 prennent maintenant en considération l'âge du participant, le nombre d'années rachetées dans le régime et le montant accumulé dans le REÉR afin que la ponction dans le REÉR soit un reflet un peu plus adéquat du passé du particulier.

DONNÉES EXEMPLE 1

Âge du participant	52 ANS
Nombre d'années rachetées	16 ANS
Coût du rachat des services passés :	300 000 $
FESP	152 400 $
REER du participant :	545 000 $
Maximum déductible au titre REER (partie inutilisée)	5 000 $

	Méthode en vigueur avant le 22 mars 2011	Méthode proposée le 22 mars 2011	Méthode proposée PL C13 (4 octobre 2011)
REER (avant rachat)	545 000 $	545 000 $	545 000 $
Coût du rachat	300 000 $	300 000 $	300 000 $
FESP	152 400 $	152 400 $	152 400 $
Déduction inutilisée	5 000 $	5 000 $	5 000 $
Transfert REER	147 400 $	295 000 $	256 471 $
			16/34 X 545 000 $
Contribution de l'entreprise	147 600 $	0 $	38 529 $
Solde du REER	397 600 $	250 000 $	288 529 $
RRI	**300 000 $**	**300 000 $**	**300 000 $**

Le tableau suivant montre que globalement, avec ou sans la mise en place d'un RRI, le capital accumulé par la société de gestion et les régimes enregistrés du particulier ne change pas. C'est plutôt la proportion qui s'accumulera soit dans la société, soit dans un régime à imposition différée (REÉR ou RRI) qui sera modifiée. Tout comme l'analyse de la décision d'accumuler l'épargne dans un REÉR ou dans une société de gestion, ce sont

les critères propres à chaque situation qui détermineront si le RRI sera avantageux ou non.

Solde accumulé dans :	SANS RRI	AVEC RRI (avant 22 mars)	AVEC RRI (mesures du 22 mars)	AVEC RRI (PL C13 du 4 octobre)
REER (incluant déduction inutilisée)	550 000 $	397 600 $	250 000 $	288 529 $
SOCIÉTÉ	147 600 $	0 $	147 600 $	109 071 $
RRI	0	300 000 $	300 000 $	300 000 $
TOTAL	**697 600 $**	**697 600 $**	**697 600 $**	**697 600 $**

Voici un autre exemple, tiré des notes explicatives du Projet de loi C-13, pour une personne un peu plus âgée avec des paramètres différents. La ponction du REÉR pour payer le coût du rachat sera alors de 57,14 %, soit 21/35 d'un REÉR plus important.

Le tableau suivant résume l'exemple tiré des notes explicatives[62] :

DONNÉES EXEMPLE PL C-13

Âge du participant	60 ANS
Nombre d'années rachetées	21 ANS
Coût du rachat des services passés :	680 000 $
FESP	440 000 $
REER du participant :	975 000 $
Maximum déductible au titre REER (partie inutilisée)	25 000 $

	Méthode en vigueur avant le 22 mars 2011	Méthode proposée le 22 mars 2011	Méthode proposée PL C13 (4 octobre 2011)
REER (avant rachat)	975 000 $	975 000 $	975 000 $
Coût du rachat	680 000 $	680 000 $	680 000 $
FESP	440 000 $	440 000 $	440 000 $
Déduction inutilisée	25 000 $	25 000 $	25 000 $
Transfert REER	415 000 $	655 000 $	585 000 $
			21/35 X 975 000 $
Contribution de l'entreprise	240 000 $	0 $	70 000 $
Solde du REER	560 000 $	320 000 $	390 000 $
RRI	**680 000 $**	**680 000 $**	**680 000 $**

Solde accumulé dans :	SANS RRI	AVEC RRI (avant 22 mars)	AVEC RRI (mesures du 22 mars)	AVEC RRI PL C13 du 4 octobre)
REER (incluant déduction inutilisée)	1 000 000 $	560 000 $	320 000 $	390 000 $
SOCIÉTÉ	240 000 $	0 $	240 000 $	170 000 $
RRI	0	680 000 $	680 000 $	680 000 $
TOTAL	**1 240 000 $**	**1 240 000 $**	**1 240 000 $**	**1 240 000 $**

62 Par. 8304(10) R.I.R.

Date d'application

Ces mesures s'appliqueront aux cotisations pour services passés versées à un RRI après le 22 mars 2011, à l'exception des cotisations qui auront été portées au crédit d'un participant d'un RRI avant la date du budget, selon les modalités d'un RRI dont l'agrément a été demandé au plus tard le 22 mars 2011.

2.2.4. Commentaires

Avant les modifications proposées par le budget, diverses analyses[63] démontraient que l'avantage fiscal d'un RRI pour un actionnaire dirigeant pouvait être minime par rapport à l'accumulation de ces mêmes fonds dans leur société de gestion. De plus, la complexité administrative de ces régimes par rapport au REÉR ne devait pas être négligée. Plusieurs critères et considérations devaient être analysés et expliqués au particulier avant de l'inciter à choisir ce mode d'épargne.

À la suite du budget, l'application combinée des deux nouvelles mesures a réduit cet avantage, et ce, même en considérant les ajustements du Projet de loi C-13 tel que le démontre le tableau résumé précédent.

Ainsi, tout comme avant le budget, il sera nécessaire de prendre le temps d'évaluer les avantages (fiscaux et autres) du RRI avec des projections adéquates. Voici quelques conseils pour vous aider à évaluer la pertinence d'un RRI :

1) Est-ce que la société fait partie de l'analyse comparative? Souvent les tableaux comparent l'accumulation de sommes dans le REÉR seulement au RRI. Sans le RRI, la différence de contributions entre les deux régimes s'accumulerait, soit dans la société ou bien dans les mains de l'actionnaire. Ainsi, l'analyse comparative doit comprendre les sommes accumulées dans la société. On devrait donc avoir une projection comparative suivante : REÉR + les sommes conservées dans la société *versus* le RRI.

---

63 André DIONNE, « Les régimes de retraite individuels », dans *Congrès 91*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1992, pp. 13-30, à la page 26; Martin DUPRAS, « La retraite, où en sommes-nous? », dans *Congrès 2010*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2011, pp.14:1-32, aux pages 14:4-8; INSTITUT QUÉBÉCOIS DE PLANIFICATION FINANCIÈRE, Collection de l'IQPF – Module 7 de retraite, chap. 8, sect. 8.8, « REER ou RRI? ».

2) Vous a-t-on parlé de **toutes** les hypothèses actuarielles utilisées et prescrites par la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour faire les projections de rentes et de contributions au RRI? Souvent, les projections présentent des analyses avec un rendement de 7,5 %. On explique que les calculs doivent être faits à ce taux, car il est prescrit par la *Loi de l'impôt sur le revenu*. On donne alors l'impression que si le rendement réel est moindre, des fonds additionnels pourront être cotisés au RRI. Cependant, on omet souvent d'expliquer que d'autres hypothèses prescrites peuvent avoir un effet inverse, soit réduire les montants de contributions admissibles au RRI. Par exemple, l'une des hypothèses obligatoirement utilisée est une indexation des plafonds maximums de rente à 5,5 %. Ainsi, si cette hypothèse est incorrecte et que le taux d'indexation réel est moindre, alors les contributions exigées et permises seront réduites.

3) Quels sont tous les frais additionnels par rapport à la gestion actuelle de portefeuille du client (y compris les frais de gestion de portefeuille)? Une augmentation des frais de gestion (même minime) peut réduire, voire éliminer l'avantage du RRI, lorsqu'il y en a un.

4) Il faut s'assurer de ne pas convertir des sommes qui autrement n'auraient pas été imposables. Par exemple, la plus-value sur la vente des actions de société privée pourrait être admissible à la déduction pour gains en capital (« DGC ») de 750 000 $. Le versement de sommes au RRI peut réduire cette plus-value.

5) Il est bon de considérer le RRI comme l'une des options pour purifier la société aux fins de la DGC. En effet, inversement au point précédent, le RRI peut être l'une des solutions à considérer pour purifier et rendre admissible les actions de la société à la DGC de 750 000 $.

6) Il faut aviser le client de la gestion administrative plus complexe surtout au moment du décaissement du RRI. Il faut donc s'assurer que chaque intervenant s'accorde sur les diverses tâches dont ils auront la charge, et ce, durant toute l'existence du régime (incluant la période de décaissement du RRI).

7) Pour les personnes mariées, il est nécessaire d'aviser les clients que la différence des sommes qui seraient autrement demeurées dans la société sera dorénavant incluse dans les actifs visés par le patrimoine familial.

Plusieurs autres éléments[64] doivent être considérés au moment de la mise en place du régime afin d'harmoniser la fiscalité de l'entreprise (par exemple, la vente d'entreprise), les besoins financiers du particulier (rente versée au moment de la retraite), et l'outil RRI. Afin d'éviter les casse-têtes et de s'assurer que le RRI réponde adéquatement aux besoins du client, une collaboration étroite est nécessaire entre le conseiller en placement, l'administrateur du régime et le comptable ou fiscaliste du client.

2.3. DONS D'ACTIONS ACCRÉDITIVES[65]

L'acquisition d'actions accréditives permet à l'investisseur de profiter de plusieurs déductions et crédits d'impôt. En contrepartie, le coût d'acquisition des actions est réduit à 0 $. Ainsi, à la disposition de ces actions, l'investisseur réalise un gain en capital imposable à 50 %. Par ailleurs, depuis 2006, le gain en capital réalisé à la suite du don d'un titre côté en bourse est exempté d'impôt.

---

64 Par exemple :

- Insaisissabilité : Les RRI exclus selon l'article 2 de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* (L.R.Q., c. R-15.1 (« L.R.C.R. »)) semblent avoir une protection contre les créanciers moins clairement établie que ceux soumis à la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* et dont l'application de l'article 264 L.R.C.R. visant l'insaisissabilité est claire. Si cet élément est important pour un client, il y aurait peut-être lieu, soit d'enregistrer le régime auprès de la Régie des rentes du Québec pour que la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* s'applique au régime ou encore que le RRI acquière des placements qui, eux, seront clairement protégés contre les créanciers :

  – Vérifier si la convention RRI prévoit une prestation de décès prioritaire au conjoint, et ce, même si ce n'est pas une exigence de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*. Le cas échéant, est-ce le désir du participant? Car ce n'est pas obligatoire pour les régimes exclus de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*.

  – Vérifier les types de placements ou de véhicules de placements admissibles dans un RRI, car parfois certaines conventions limitent les placements à ceux de l'émetteur ou du fiduciaire.

  – Le financement des cotisations au RRI est un passif potentiel pour l'entreprise. Il peut être difficile d'obtenir du financement dans l'avenir pour les opérations ou les nouveaux projets si le RRI est en déficit de solvabilité.

65 Par. 40(12) L.I.R.

La combinaison de ces deux mesures permet à un particulier qui fait le don de ses actions accréditives de se prévaloir de plusieurs avantages fiscaux qui réduisent de façon importante le coût du don.

Le budget a instauré des mesures afin de limiter l'exonération du gain en capital sur le don de ces actions à un seuil d'exonération qui sera prévu par catégorie d'action détenue. Ainsi, seule la partie du gain en capital qui dépassera ce seuil sera admissible à l'exonération de gains en capital pour don.

Le seuil d'exonération sera de :

A - B

A = Le coût acquisition de l'action accréditive sans ajustement

B = Le montant du gain en capital cumulatif réalisé à la suite de la disposition des actions de cette catégorie.

Le seuil sera ramené à zéro lorsque le contribuable ne détiendra plus d'actions de cette catégorie.

Exemple

TAUX D'IMPOSITION : 48,22 %

	Avant 22 mars 2011		**À compter du 22 mars**	
Valeur des actions au moment du don	100,00	140,00	100,00	140,00
Prix de l'action	120,00	120,00	120,00	120,00
Retour d'impôt (actions accréditives)	(68,60)	(68,60)	(68,60)	(68,60)
Gain en capital	100,00	140,00	100,00	140,00
Déduction don de titre	(100,00)	(140,00)	-	20,00
Gain en capital net	-	-	100,00	120,00
Impôt net sur gains à la suite du don d'action	-	-	24,11	28,93
Valeur du crédit pour don	(48,22)	(67,51)	(48,22)	(67,51)
Coût net du don	**3,18**	**3,89**	**27,29**	**32,82**

Date d'application

Ces mesures visent les contribuables qui acquerront des actions accréditives émises aux termes d'une convention conclue le 22 mars 2011 ou par la suite.

Commentaires

Les explications et l'exemple précédent sont simplifiés afin de permettre de saisir, de manière générale, l'impact de cette nouvelle mesure. Cependant, notons que le calcul du seuil d'exonération est beaucoup plus complexe et vise également les participations de sociétés de personnes. De plus, une règle antiévitement[66] vise les dons de biens acquis par le donateur dans le cadre d'une opération comportant un report d'impôt (transfert au coût à une société)[67].

Finalement, notons que le Québec s'est harmonisé à ces modifications tout en conservant cependant l'exemption du gain en capital déjà applicable aux actions accréditives (sous réserve de certaines conditions)[68].

3. TITRES DE CRÉANCE PRESCRITS ET L'AFFAIRE *GOULET* C. *LA REINE*[69]

C'est de l'imposition particulière des revenus générés sur des « titres de créances prescrits » dont il est question dans l'affaire *Goulet*. Elle a été entendue en Cour canadienne de l'impôt et en Cour d'appel fédérale.

Un contribuable achète un titre de type « papier commercial » à escompte et réalise un gain lors du rachat par l'émetteur. Le contribuable conteste l'application des paragraphes 12(4) L.I.R. et 12(9), qui présument que la hausse de valeur du placement est entièrement imposable sous forme d'intérêts. Selon lui, ces paragraphes ne s'appliquent pas aux papiers commerciaux. La Cour canadienne de l'impôt de même que la Cour d'appel fédérale ont considéré le titre comme une obligation ne portant aucun intérêt et en ont déduit qu'elle était, par conséquent, visée par les mesures des créances prescrites par règlement. Ainsi, les paragraphes 12(4) et 12(9) L.I.R. s'appliquent pour considérer l'imposition du revenu (gain) comme de l'intérêt.

---

66 Art. 38.1 L.I.R.

67 Pour plus amples renseignements, voir les textes suivants : Yves CHARTRAND, *Mise à jour en fiscalité 2011*, Centre québécois de formation en fiscalité – CQFF inc., p. D-13, point 3.22; John G. LORITO et Jill WINTON, *Communiqué du 12 octobre 2011*, « Proposed Flow-Through Share Donation Amendments – Bill C-13 », Toronto, Stikeman Elliot.

68 Art. 726.20.2 L.I.

69 2009 CCI 127; 2011 CAF 164, n° A-247-09 (C.A.F.), 10 mai 2011 (« *Goulet* »).

Cette cause fait un très bon résumé de l'application des paragraphes 12(4) et 12(9) L.I.R. ainsi que des paragraphes 7000(1) et 7000(2) R.I.R. et de ce qui constitue une « créance prescrite ».

4. À SURVEILLER EN 2012 : RPA COLLECTIF ET RÉGIME VOLONTAIRE D'ÉPARGNE-RETRAITE

4.1. RÉGIME DE PENSION AGRÉÉ COLLECTIF

Le ministre des Finances du Canada a annoncé en décembre 2010 la mise en place d'un nouveau type de fonds de pension à cotisations déterminées, soit le régime de pension agréé collectif (« RPAC »). Par la suite, un Projet de loi C-25 a été déposé en première lecture le 17 novembre 2011. Il vise à mettre en œuvre le volet fédéral du cadre du RPAC.

L'objectif principal de ce nouveau véhicule d'épargne est de rendre accessible à un plus grand nombre de particuliers et d'employeurs une gestion de l'épargne moins coûteuse :

- en profitant de la gestion d'épargne collective des fonds de pension; et
- en permettant une plus grande mobilité des travailleurs et leur changement d'emploi ou transition de carrière.

La fiche d'information produite par le ministre des Finances mentionne d'ailleurs que le RPAC aura comme avantage :

- d'offrir un nouvel instrument de retraite accessible, simple et peu coûteux à administrer, que les employeurs pourront offrir à leurs employés;
- de permettre aux personnes qui ne participent à aucun régime de pension (comme les travailleurs autonomes et les employés des entreprises qui n'offrent pas de régime de pension) de se prévaloir d'un nouveau type de régime;
- de permettre à un plus grand nombre de personnes de bénéficier de faibles coûts de gestion des placements en adhérant à un régime de pension collectif de grande taille;
- de faciliter les transitions d'emploi en permettant de conserver les sommes épargnées dans un tel régime;

- de s'assurer que les fonds soient investis dans le meilleur intérêt des participants aux régimes.

Par ailleurs, le ministre des Finances a aussi déposé le 14 décembre 2011 des propositions législatives modifiant la *Loi de l'impôt sur le revenu* afin d'y inclure les conditions relatives à l'établissement de tels régimes. Ces règles fiscales visent aussi bien les régimes sous réglementation fédérale (RPAC) que les régimes sous réglementation provinciale[70]. Les modifications fiscales proposées entreront en vigueur en même temps que la *Loi sur les RPAC*.

4.2. RÉGIMES VOLONTAIRES D'ÉPARGNE-RETRAITE

De son côté, le Québec s'est engagé dans son Budget du 17 mars 2011 à instaurer le nouveau régime volontaire d'épargne-retraite (« RVER ») pour favoriser l'épargne des Québécois. Ensuite, dans un communiqué émis le 14 décembre, le ministre des Finances, ministre du Revenu et ministre responsable de la région de Montréal, M. Raymond Bachand, a indiqué ceci :

> « Le gouvernement du Québec se réjouit de la décision du gouvernement fédéral d'apporter rapidement les modifications à la législation fiscale concernant les régimes de pension agréés collectifs. Cette annonce va nous permettre de donner suite à notre engagement du budget 2011-2012 qui vise à mettre en place les nouveaux régimes volontaires d'épargne-retraite (RVER). »

Le ministre a mentionné également ce qui suit :

> « […] La modification des lois fiscales fédérales constitue une étape additionnelle importante qui donne le coup d'envoi à la rédaction du projet de loi québécoise sur les RVER. »

Le gouvernement prévoit le dépôt d'un projet de loi dans la prochaine année.

Voilà donc l'un des sujets qui sera en vogue dans notre vocabulaire en 2012 « les RPAC et le RVER », ou tous autres acronymes qui seront retenus pour les désigner.

---

[70] Certaines provinces ont émis quelques communiqués ou document d'information concernant ces régimes, mais aucune législation n'a encore été déposée à ce jour. Pour plus de précisions au Québec, se référer à la section 4.2, « Régimes volontaires d'épargne – retraite (RVER) », du présent texte.

PLACEMENTS DE PORTEFEUILLE ÉTRANGERS, RETENUES À LA SOURCE RELATIVES AUX PLACEMENTS TRANSFRONTALIERS ET EFFET SUR LE RENDEMENT



Paule Gauthier
CA, LL.M. fisc., TEP
Vice-présidente
Services de planification,
clientèle fortunée
Services de gestion
de patrimoine
RBC Dominion
valeurs mobilières



Nathalie Fisette-Caza
Pl. Fin., MBA, D. Fisc., TEP
Vice-présidente, spécialiste
en planification financière
Services de gestion
de patrimoine
RBC Dominion
valeurs mobilières



Susan Ackman
Pl. Fin.
RBC Dominion
valeurs mobilières

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 45:5

1. PRINCIPES GÉNÉRAUX 45:5

1.1. RÉSIDENCE ET NON-RÉSIDENCE CANADIENNE 45:5
1.2. ÉTAT APPLIQUANT LES RETENUES À LA SOURCE 45:6
1.3. CONVENTIONS FISCALES 45:6

2. PLACEMENTS ÉTRANGERS PAR UN RÉSIDENT CANADIEN 45:6

2.1. RETENUES À LA SOURCE GÉNÉRALES PAR TYPES DE REVENUS ET PAR PAYS 45:7
2.2. CAS PARTICULIERS 45:7
2.2.1. Statut juridique de l'émetteur 45:7
2.2.2. Certificat représentatif d'actions étrangères (*depositary receipt*) 45:8

2.2.3. Fonds de placement non résidents, entités étrangères de placement et fiducies non résidentes 45:8

3. CONTEXTE PARTICULIER AMÉRICAIN 45:10

4. PLACEMENTS AMÉRICAINS POUR UN RÉSIDENT CANADIEN 45:12

4.1. CONVENTION FISCALE ENTRE LE CANADA ET LES ÉTATS-UNIS 45:12
4.2. RETENUES PAR TYPE DE REVENU 45:13
4.2.1. Revenu d'intérêts de source américaine 45:13
4.2.2. Revenu de dividendes de source américaine 45:14
4.2.3. Revenu de dividendes de source américaine reçu par un particulier canadien 45:15
4.2.4. Revenu de dividendes de source américaine reçu par une société canadienne 45:15
4.2.5. Gains en capital réalisés sur des investissements aux États-Unis 45:16
4.2.6. Fiducies immobilières américaines 45:16
4.3. CAS PARTICULIERS 45:17
4.3.1. Revenu de placements de source américaine versé à un régime enregistré canadien 45:17
4.3.2. Revenu d'intérêts sur les titres émis par des gouvernements étrangers 45:18

5. PLACEMENTS AU CANADA PAR UN NON-RÉSIDENT 45:18

5.1. IMPOSITION À LA SOURCE AU CANADA 45:18
5.2. RETENUES À LA SOURCE GÉNÉRALES PAR TYPE DE REVENU 45:19
5.2.1. Revenus d'intérêts au Canada 45:19
5.2.2. Revenu de dividendes au Canada 45:20
5.2.3. Gains en capital réalisés sur biens canadiens imposables 45:20
5.2.4. Impôt spécial sur les distributions de capital de certaines fiducies de fonds mutuels 45:21
5.2.5. Distributions de fiducies de revenu et de fonds communs de placement canadiens 45:21
5.3. CAS PARTICULIERS 45:22
5.3.1. Régimes enregistrés (REÉR, FERR, CÉLI, pensions) 45:22
5.3.2. Particularités québécoises 45:25

6. RETENUES EXCÉDENTAIRES ET RÉCUPÉRATION 45:26

6.1. CIRCONSTANCES GÉNÉRANT DES RETENUES EXCÉDENTAIRES 45:26
6.2. PROCÉDURE DE REMBOURSEMENT DES RETENUES D'IMPÔT EXCÉDENTAIRES 45:29

7. AUTRES ÉLÉMENTS PERTINENTS 45:30

7.1. DÉCÈS, ASSURANCE VIE ET RETENUES À LA SOURCE 45:30
7.2. DIVULGATION DES PLACEMENTS À L'ÉTRANGER 45:31

CONCLUSION 45:31

INTRODUCTION

Le présent texte a pour thèmes les problématiques entourant l'imposition à la source des revenus de placements de portefeuille et la possibilité de leur imposition dans de multiples États. La constante évolution de l'environnement des investissements ainsi que l'accès plus facile aux investissements mondiaux ont pour conséquence de forcer les investisseurs à comprendre toujours davantage le fonctionnement des retenues à la source (« RAS ») dans les États étrangers et l'utilisation des crédits pour impôts étrangers (« CIÉ »).

De plus, les changements technologiques permettent aux autorités fiscales et non fiscales de suivre la trace des investissements et de leurs détenteurs au-delà des frontières et de partager de façon croissante cette information fiscale.

Les règles qui régissent les taux de retenue varient énormément d'un pays à l'autre de même qu'entre les catégories de revenus de placements. Par conséquent, les investisseurs doivent comprendre les retenues qui s'appliquent à leur situation avant d'effectuer des investissements à l'extérieur de leur pays de résidence. C'est le rendement après impôts qui importe, compte tenu à la fois des retenues d'impôt à la fois à l'étranger et au Canada, car il indique la somme disponible à l'investisseur pour dépenser ou réinvestir.

Le présent texte traite donc de façon plus spécifique à la fois de l'imposition à la source des Canadiens investissant à l'étranger et de l'imposition à la source des non-résidents investissant au Canada. Nous verrons aussi que bien qu'un but important des conventions fiscales soit d'éliminer la double imposition, celui-ci n'est pas toujours atteint.

1. PRINCIPES GÉNÉRAUX

1.1. RÉSIDENCE ET NON-RÉSIDENCE CANADIENNE

Le régime fiscal canadien impose les résidents canadiens sur leurs revenus mondiaux, alors que les non-résidents sont assujettis à l'impôt canadien sur les revenus provenant de sources à l'intérieur du Canada. Il est donc important de déterminer si et quand une personne devient résidente canadienne à des fins fiscales.

Le statut de résident est toujours une question de fait et repose sur des liens de résidence au Canada. Ces liens sont examinés pour établir si

l'émigrant conserve ou non sa résidence fiscale canadienne. Des liens principaux entraineront ordinairement une forte présomption de résidence. Des liens secondaires n'auront généralement pas cette force.

1.2. ÉTAT APPLIQUANT LES RETENUES À LA SOURCE

L'État qui applique la RAS sera, *a priori*, le pays de source du revenu, qui est le plus souvent, mais pas toujours, le pays de l'émetteur du titre. Comme singularité, notons à titre d'exemple certaines fiducies de revenus qui peuvent être traitées comme des fiducies, ou bien comme des sociétés en participation aux fins fiscales américaines. Lorsque ces fonds canadiens réalisent des revenus de source américaine, ceux-ci sont assujettis à l'imposition américaine, incluant l'assujettissement à la retenue fiscale américaine prévue pour le revenu précis en cause. Aussi, des modifications récentes prévues aux lois américaines modifient la source de certains revenus, provenant de titres dont l'émetteur et le détenteur sont tous deux non américains, pour les réputer de source américaine sur la base que les revenus sont calculés en fonction de notionnels américains[1].

1.3. CONVENTIONS FISCALES

Les conventions visent, notamment, l'intégration fiscale par l'élimination de la double imposition, par la réduction des RAS et par l'utilisation d'un CIÉ. Cette intégration n'est malheureusement pas entièrement réalisée dans plusieurs cas, particulièrement à cause de difficultés administratives, et il s'ensuit la possibilité d'un paiement excessif d'impôts. Cette situation se complique davantage avec la complexité croissante des produits financiers qui sont moins facilement « rattachables » aux catégories prévues aux conventions. Les investisseurs prudents doivent comprendre les pièges à éviter et tirer parti des avantages qui existent.

2. PLACEMENTS ÉTRANGERS PAR UN RÉSIDENT CANADIEN

Comme la capitalisation boursière du Canada ne représente qu'une très faible partie des investissements étrangers, il est courant d'avoir des titres étrangers dans les portefeuilles des contribuables canadiens. Ainsi, on notera

---

[1] *Hiring Incentives to Restore Employment Act*, P.L. No. 111-147, 124 Stat. 71 (2010), plus connue sous le nom de *HIRE Act*. L'article 871(l) de l'*Internal Revenue Code of 1986* et mod. (« I.R.C. ») change la règle de source relativement aux paiements d'équivalents de dividendes, qui pourront maintenant être considérés comme étant de source américaine.

que même si le portefeuille est géré au Canada, les titres qui le composent peuvent être considérés comme situés dans un autre pays que le Canada. Il en ressort que le traitement des revenus de ces titres et les transactions touchant à ces titres seront soumis non seulement aux lois fiscales canadiennes, mais aussi aux lois fiscales des pays de résidence fiscale des entités émettrices des titres.

2.1. RETENUES À LA SOURCE GÉNÉRALES PAR TYPES DE REVENUS ET PAR PAYS

Chaque pays a son propre régime général de RAS pour divers types de revenus. À cela s'ajoutent les conventions fiscales signées avec les divers pays pour réduire le taux de retenue applicable à certains types de revenus.

Les taux prévus dans les conventions fiscales conclues avec le Canada s'appliquent également aux résidents de pays étrangers qui investissent au Canada. Comme bon nombre de Canadiens diversifient leur portefeuille en investissant aux États-Unis, nous détaillerons plus loin les effets de la Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis[2].

2.2. CAS PARTICULIERS

2.2.1. Statut juridique de l'émetteur

La RAS est une obligation en vertu des lois fiscales du pays de source du revenu, donc la plupart du temps en vertu du pays de l'émetteur du titre. La retenue s'applique selon le type de revenu : intérêt, dividende ou revenu de fiducie qui, lui, dépendra forcément de la qualification du titre et du statut juridique de l'émetteur comme société ou fiducie notamment.

L'établissement initial du statut juridique se fait par l'émetteur en fonction des règles du pays de source du titre. Par exemple, plusieurs sociétés de fiducie américaines sont considérées comme des sociétés par actions aux fins fiscales américaines.

---

[2] *Loi de 1984 sur la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts*, L.C. 1984, ch. 20 et mod., codifiée le 8 août 2011; *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, faite le 26 septembre 1980, entrée en vigueur le 16 août 1984 (TR/84-233) et modifiée par les Protocoles faits le 14 juin 1983, le 28 mars 1984, le 17 mars 1995, le 29 juillet 1997 et le 21 septembre 2007, art. XI(1) et X(2)b).

Lorsque les paiements sont encaissés par l'investisseur, ils sont imposés selon le type de revenu (et donc selon le statut juridique de l'émetteur), mais en fonction des règles du pays de résidence de l'investisseur, qui peuvent varier de celles du payeur.

2.2.2. Certificat représentatif d'actions étrangères (*depositary receipt*)

Les certificats représentatifs d'actions étrangères sont des certificats négociables qui représentent habituellement des titres de participation ou des titres de créance cotés en Bourse d'une société étrangère.

Par exemple, les certificats américains d'actions étrangères sont émis par une banque américaine qui détient, directement ou pour le compte d'une institution financière, les actions de sociétés étrangères. Chaque certificat représentatif peut équivaloir à une ou plusieurs centaines, voire à des milliers d'actions. De plus, même si les certificats représentatifs d'actions étrangères représentent les actions de sociétés sous-jacentes, ils ne peuvent refléter avec précision le cours des actions en raison de divers facteurs, dont la liquidité et les taux de change.

En ce qui concerne les RAS appliquées à de tels instruments financiers, des difficultés nouvelles sont apparues. Les certificats d'actions étrangères et les titres assimilables à des actions étrangères doivent être détenus en dépôt en bloc par des dépositaires étrangers pour le compte de l'institution financière et de ses clients. Ces dépositaires n'ont pas accès aux renseignements concernant les investisseurs ultimes et ne sont donc pas en mesure de verser les dividendes au taux prévu par la convention applicable au porteur véritable. C'est pourquoi ils versent le dividende, après déduction du taux intégral de retenue d'impôt. Lorsque l'agent payeur verse au dépositaire un dividende de source étrangère sur une action étrangère, le dépositaire ne fait que virer le dividende net ayant été assujetti au taux intégral de retenue d'impôt qui lui a été versé.

En pratique, les possibilités d'obtenir les taux de retenues sur les dividendes prévus par les conventions sont très restreintes lorsqu'un dépositaire situé hors du Canada conserve les actions étrangères en dépôt.

2.2.3. Fonds de placement non résidents, entités étrangères de placement et fiducies non résidentes

Le spectre de l'application aux investissements étrangers en commun des règles proposées au fil des années portant sur les biens de fonds de

placement non résidents, sur les entités étrangères de placement et sur les fiducies non résidentes a suscité plusieurs craintes et réactions.

Le ministre des Finances du Canada a finalement abandonné les diverses versions des propositions controversées entourant les **entités étrangères de placement** pour les remplacer pas des propositions législatives annoncées le 27 août 2010[3] comprenant des modifications aux règles existantes portant sur les **biens d'un fonds de placement non résident**[4] et aux règles existantes sur les **fiducies non résidentes**.

Les modifications proposées aux règles sur les **fiducies non résidentes**[5] ont beaucoup changé au cours des dernières années. La dernière mouture du 27 août 2010 contient des propositions intéressantes qui excluent de l'application des règles sur les fiducies non résidentes les principaux véhicules de placements collectifs étrangers constitués en fiducie et négociés sur un marché ouvert[6].

En ce qui concerne les règles existantes et proposées sur les **biens de fonds de placement non résidents**[7], elles ne prévoient pas d'exemption pour les fiducies exemptes[8]. Toutefois, ces règles prévoient un test d'intention[9]. Elles s'appliqueront lorsqu'un contribuable investit dans un bien d'un fonds de placement non résident (ou son équivalent détaillé dans la loi) et l'un des principaux motifs de l'acquisition du bien ou de la participation doit consister à tirer un bénéfice de placements de portefeuille dans des biens du fonds, tout en reportant ou en diminuant l'impôt qui serait payable si ces placements étaient possédés directement. Lorsque ces règles s'appliquent, elles prévoient l'imposition d'un revenu réputé, basé sur le coût

---

3 CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives : Mesures résiduelles du budget de 2010 et autres mesures fiscales déjà annoncées*, 27 août 2010.

4 Les changements proposés modifient les règles existantes à l'article 94.1 L.I.R.

5 Art. 94 L.I.R.

6 CANADA, ministère des Finances, précité, note 3, alinéa h) de la définition de « fiducie étrangère exempte » au paragraphe 94(1) L.I.R.

7 Art. 94.1 L.I.R.

8 *Id*. Par l'effet de l'alinéa c) proposé de la définition d'« entité non-résidente », au paragraphe 94.1(2) L.I.R., une entité non résidente comprend une fiducie non résidente visée à l'alinéa h) de la définition de « fiducie étrangère exempte » au paragraphe 94(1) L.I.R.

9 Par. 94.1(1) L.I.R.

auquel on aura appliqué un taux d'intérêt prescrit. Les modifications proposent d'augmenter le taux d'intérêt prescrit pour qu'il corresponde au taux d'intérêt prévu par la partie XLIII du *Règlement de l'impôt sur le revenu* pour la période pertinente, plus 2 %[10].

De nouvelles mesures législatives sont proposées relativement à la question des **fiducies non résidentes commerciales**[11], mais leurs conditions d'application rendront difficile d'en étendre l'application aux fiducies de fonds communs de placement étrangers.

3. CONTEXTE PARTICULIER AMÉRICAIN[12]

Depuis quelques années, les États-Unis ont présenté un environnement plus complexe de RAS pour les investisseurs étrangers qui voulaient y investir, ainsi que pour les citoyens et résidents américains voulant investir à l'extérieur des États-Unis. Ainsi, des règles sur les intermédiaires qualifiés (*Qualified Intermediary*) (« IQ ») ont été adoptées en 2001[13], par l'instauration de nouvelles exigences pour la documentation du statut des investisseurs américains et étrangers. Les nouvelles règles visent principalement à améliorer l'intégrité et l'équité du processus de demande de réduction du taux ou d'une exemption des retenues fiscale pour les investisseurs qui ne résident pas aux États-Unis.

La plupart des institutions financières de l'extérieur des États-Unis ont conclu une entente avec l'IRS afin d'obtenir le statut d'IQ. À titre d'IQ, les institutions financières canadiennes et les autres institutions financières peuvent retenir l'impôt américain des non-résidents sur un revenu provenant des États-Unis à des taux préférentiels prévus à la convention fiscale, pourvu qu'elles possèdent la documentation appropriée sur le client. Pour obtenir le

---

10 S.-al. 94.1(1)f)(ii) L.I.R.; *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945 et mod., art. 4301.

11 Art. 94.2 L.I.R. [proposé].

12 Mise en garde – IRS Circular 230 : Ce document ne doit pas être utilisé dans le but d'éviter des pénalités pouvant être imposées par l'Internal Revenue Service (« IRS ») ou par toute autre administration fiscale locale ou étatique des États-Unis. Les informations ci-jointes ne servent qu'à des fins pédagogiques. Ce texte ne doit pas être interprété comme fournissant des conseils fiscaux.

13 Le département du Trésor et l'IRS ont mis en vigueur la règlementation introduite par T.D. 8734 (62 FR 53387), T.D. 8804 (63 FR 72183), et T.D. 8856 (64 FR 73408) modifiant le chapitre 3 (sections 1441-1464) ainsi que la sous-partie G du sous-chapitre A du chapitre 61 (sections 6041-6050S) I.R.C.

taux réduit prévu à la Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis, il est nécessaire pour un non-résident des États-Unis de soumettre à l'institution financière, qui est un IQ, une preuve qu'il est à la fois le bénéficiaire effectif des revenus du compte et un non-résident des États-Unis (en étant un résident du Canada dans ce cas précis). Cette preuve est soumise par le Formulaire W-8BEN.

Sans les documents appropriés, les investisseurs risquent une majoration de la retenue d'impôt sur le revenu des non-résidents des États-Unis et peuvent perdre le bénéfice du taux réduit rendu possible par les exemptions législatives ou les conventions fiscales.

Récemment, d'autres règles ont été introduites[14] en parallèle pour mettre en œuvre un régime additionnel de RAS en vertu du *Foreign Account Tax Compliance Act*[15] pour assurer la conformité par les citoyens américains à l'étranger.

Les règles du FATCA ressemblent à plusieurs égards à celles relatives aux IQ mentionnées plus haut, mais devraient avoir une application plus large. Le FATCA ne modifie pas les règles du régime des IQ, mais s'applique plutôt en sus de celui-ci, quoique les RAS soient appliquées en double. Toute retenue excédentaire pourrait faire l'objet d'un remboursement en vertu du système de remboursement actuel[16].

Le FATCA adopte un nouveau système de RAS et de déclaration, prévoyant généralement que les paiements visés par la retenue et certains produits bruts payés à des institutions financières étrangères (*Foreign Financial Institutions* – « FFI ») fassent l'objet d'une retenue, à moins que la FFI ne consente à signer une convention où elle s'engage à respecter les conditions de déclarations pour les comptes américains détenus auprès de la

---

14 THE WHITE HOUSE, Office of the Press Secretary, « Leveling the Playing Field: Curbing Tax Havens and Removing Tax Incentives For Shifting Jobs Overseas », 4 mai 2009.

15 Les dispositions du *Foreign Account Tax Compliance Act* (« FATCA ») se retrouvent au sous-titre A du titre V du *HIRE Act* et constituent le nouveau chapitre 4 de l'*Internal Revenue Code*. Pour une analyse approfondie de ces règles et leur impact sur les institutions financières non américaines, le lecteur pourra consulter le texte suivant : Peter H. BLESSING et Michael J. MILLER, « FATCA's Far-Reaching Effect », dans *2009 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2010, pp. 17:1-29.

16 Prévu au sous-chapitre A du chapitre 3 I.R.C.

FFI. De façon simplifiée, la RAS de 30 % de non-résident ne sera pas applicable si la FFI donne au payeur une certaine documentation qui confirme que le bénéficiaire ultime est bien une « personne américaine ». Par contre, une nouvelle retenue sera alors applicable, le *backup withholding*, si le bénéficiaire ultime n'est pas une personne exemptée et ne fournit pas son numéro d'identification fiscale (le TIN) ou ne respecte pas d'autres conditions.

Fait à noter, cette retenue *backup* s'applique maintenant à des paiements qui n'auraient normalement été assujettis à aucune retenue de non-résident, tels les revenus d'intérêts bénéficiant d'une exemption par l'*Internal Revenue Code* (*portfolio interest exemption*) et certains paiements de capital non assujettis à une RAS comme les produits bruts de la vente de titres américains et non imposables aux États-Unis. Cela amène une réflexion intéressante sur l'imposition unilatérale par les États-Unis de nouvelles conditions pour l'obtention d'un taux réduit en vertu des conventions fiscales existantes[17].

4. PLACEMENTS AMÉRICAINS POUR UN RÉSIDENT CANADIEN

Bon nombre de Canadiens diversifient leur portefeuille en investissant aux États-Unis, il y a donc lieu de s'attarder à l'imposition américaine et aux détails de la convention fiscale entre le Canada et les États-Unis.

En vertu de la loi fédérale américaine, le revenu de placements de source américaine payé à un non-résident des États-Unis est assujetti à un impôt de non-résident de 30 % prélevé à même le revenu brut[18]. Toutefois, ce taux peut être réduit, voir exempté, selon la résidence fiscale de l'investisseur ou encore selon le type de revenu versé.

4.1. CONVENTION FISCALE ENTRE LE CANADA ET LES ÉTATS-UNIS

Selon la Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis, les dividendes reçus de source américaine sont généralement assujettis à une retenue d'impôt de 15 %, alors que les intérêts versés entre personnes sans lien de dépendance ne sont généralement imposables que dans le pays de

---

17 THE WHITE HOUSE, précité, note 14.

18 I.R.C. § 871(a)(1), § 881(a)(1); le taux de 30 % s'applique aux revenus qui ne sont pas du revenu réellement rattaché à une entreprise américaine (*effectively connected income with US trade or business*).

résidence, donc ne sont théoriquement pas assujettis à une retenue[19]. Théoriquement parce que, tel qu'il est indiqué plus haut, les États-Unis vont exiger la pleine retenue sur le revenu (et même sur du capital), à moins que la documentation appropriée relative au client soit obtenue. L'impôt versé aux États-Unis peut généralement donner droit à un CIÉ dans la déclaration de revenus canadienne.

La retenue fiscale sur les revenus de placements faits aux États-Unis variera donc selon le type de revenu et, par ricochet, selon l'émetteur des titres.

L'information qui suit suppose que l'investisseur a fourni les documents personnels exigés par le IQ pour avoir droit à une exemption ou au taux réduit de retenue fiscale applicable aux non-résidents des États-Unis.

4.2. RETENUES PAR TYPE DE REVENU

4.2.1. Revenu d'intérêts de source américaine

Selon la convention fiscale entre le Canada et les États-Unis, aucun impôt n'est retenu sur le revenu d'intérêts de source américaine payé à un non-résident américain, sauf pour les intérêts « éventuels »[20] qui, eux, font l'objet d'une retenue de 15 %.

Les intérêts de portefeuille sont par ailleurs exemptés de retenue américaine selon la loi américaine et incluent :

- les intérêts provenant d'un compte bancaire[21] ou d'un compte auprès d'une compagnie d'assurances[22], s'ils sont situés aux États-Unis et ne sont pas destinés à des activités commerciales menées aux États-Unis;

---

19 *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, faite le 26 septembre 1980, entrée en vigueur le 16 août 1984, (TR/84-233), et modifiée par les Protocoles faits le 14 juin 1983, le 28 mars 1984, le 17 mars 1995, le 29 juillet 1997 et le 21 septembre 2007 (« Convention »), art. XI(1) et X(2)b).

20 Art. XI(6)a) de la Convention.

21 I.R.C. § 871(i), § 881(d) « Interest on deposits ».

22 I.R.C. § 871(i)(3)(C).

- les revenus d'intérêts provenant d'obligations américaines, y compris celles émises par les autorités fédérales, les États et les municipalités aux États-Unis, émises après le 18 juillet 1984 – si elles sont nominatives (pas au porteur) et si l'investisseur n'a pas de lien avec la société émettrice[23];

- certaines obligations émises à escompte.

Ainsi, les intérêts gagnés dans les portefeuilles de placement sont généralement versés sans lien de dépendance et seront donc exemptés de RAS selon la convention, en plus d'être exemptés en général en vertu de la définition de *Portfolio Interest Income*.

Néanmoins, comme il a été mentionné précédemment[24], certains revenus versés par des émetteurs non américains à des investisseurs non américains pourront quand même être assujettis à l'imposition américaine à la source parce qu'ils sont de source américaine.

4.2.2. Revenu de dividendes de source américaine

Une retenue fiscale de 15 % s'applique généralement à tout revenu de dividendes de source américaine reçu par un résident canadien[25]. Ce taux sera réduit à 5 % si le bénéficiaire effectif est une société qui détient au moins 10 % des droits de vote de la société qui paie les dividendes[26], mais dans le contexte des placements de portefeuille d'investisseurs non institutionnels, le taux de 5 % ne serait que très rarement applicable.

Avant le 1er janvier 2011, si une société gagnait plus de 80 % de ses revenus grâce à des activités commerciales à l'étranger, le non-résident se voyait prélever seulement les impôts au prorata des revenus gagnés aux États-Unis (cette règle était connue sous le nom de « règle du 80/20 »)[27]. Autrement, le dividende payé au non-résident américain était entièrement assujetti au taux de 15 %. Cette règle a été abolie récemment et désormais, la

---

23 I.R.C. § 871(h)(1), § 881(C)(1) « Portfolio interest income ». Ces intérêts sont exemptés s'ils ne sont pas reliés à une entreprise ou un négoce américains.

24 Voir la section 1.2. du présent texte.

25 Art. X(2)b) de la Convention.

26 Art. X(2)a) de la Convention.

27 I.R.C. § 871(i)(2)(B), § 881(d).

totalité du dividende payé par une société américaine constitue un revenu de source américaine[28].

4.2.3. Revenu de dividendes de source américaine reçu par un particulier canadien

Contrairement aux dividendes reçus de sociétés canadiennes par un particulier canadien, les dividendes versés par des sociétés étrangères à ce même investisseur ne seront pas majorés à des fins d'inclusion dans le revenu, et aucun crédit d'impôt pour dividendes ne sera disponible; ils seront donc assujettis au même taux marginal d'imposition pour l'investisseur canadien qui est un particulier, comme s'il avait gagné un revenu d'intérêt.

La retenue fiscale appliquée aux paiements de dividendes versés aux non-résidents des États-Unis ne frappe généralement pas les dividendes sur les actions de sociétés canadiennes ouvertes négociées sur une Bourse des États-Unis : pensons par exemple à Northern Telecom, Bell Canada et Barrick Gold qui sont inscrites à la Bourse de Toronto et au New York Stock Exchange. En outre, ces dividendes sont généralement admissibles au crédit d'impôt pour dividendes que peut réclamer un particulier, même si les actions ont été acquises sur une Bourse américaine.

4.2.4. Revenu de dividendes de source américaine reçu par une société canadienne

Le revenu de dividende américain se verra appliquer une retenue de 15 % lorsqu'il est versé à un résident canadien, y compris lorsque l'investisseur est une société par actions[29].

Par contre, le taux d'imposition final sur les dividendes étrangers est beaucoup plus élevé lorsque ceux-ci sont gagnés par une société par actions plutôt que par un particulier, parce que l'intégration n'est pas complète lorsque des revenus de placements étrangers sont réalisés par une société par actions[30]. En effet, la société privée canadienne bénéficiaire du paiement sera

---

[28] *The Education Jobs and Medicaid Assistance Act*, P.L. 111-226, promulgué le 10 août 2010; I.R.C. § 871(i)(2)(B), § 881(d).

[29] Sauf la très rare exception où l'investisseur détiendrait plus de 10 % des actions avec droit de vote de l'émetteur, auquel cas le taux serait réduit à 5 %.

[30] Dans un contexte de placements de portefeuille et d'investisseurs non liés aux émetteurs, il est raisonnable de présumer que les émetteurs ne seront pas des sociétés

(à suivre…)

imposée au Canada sur ces dividendes comme sur tout autre revenu de placement, au taux d'imposition des sociétés sur les revenus de placements, soit 46,57 % au taux combiné fédéral/Québec en 2011. Une partie de l'impôt sur le revenu de placements imposable est ajoutée à l'impôt en main remboursable au titre de dividendes (« IMRTD ») de la société détenant le placement, et est récupérée lorsque celle-ci verse des dividendes imposables à ses actionnaires. Toutefois l'IMRTD est calculé net des retenues d'impôts étrangers à la source[31], ce qui implique que l'impôt étranger ne pourra jamais être remboursé au paiement des dividendes.

4.2.5. Gains en capital réalisés sur des investissements aux États-Unis

Le gain en capital net est assujetti à une retenue générale d'impôt à la source de 30 %[32]. Toutefois, si le non-résident a passé moins de 183 jours aux États-Unis dans l'année où le gain est réalisé, aucun impôt de non-résident ne sera retenu. Ainsi, il n'y a généralement aucune retenue d'impôt à l'égard des gains en capital déclarés sur la vente de placements américains, si cette vente ne découle pas de revenus se rattachant effectivement à un commerce ou une entreprise américains, et si le contribuable n'était pas réputé résident américain aux fins de l'IRS durant l'année où les biens ont été vendus[33].

De plus, la Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis prévoit que les gains sur actions de sociétés résidant aux États-Unis ne sont imposables que dans le pays de résidence[34].

4.2.6. Fiducies immobilières américaines

Des changements récents ont été apportés en 2010 par le *Real Estate Jobs and Investment Act*[35].

(…suite)
étrangères affiliées aux investisseurs et que les règles portant sur le revenu étranger accumulé, tiré de biens ne s'appliqueront pas.

31 Par. 129(3) L.I.R.

32 I.R.C. § 871(f).

33 I.R.C. § 897(a).

34 Art. XIII(4) de la Convention.

35 *Real Estate Jobs and Investment Act of 2010*, H.R. 5901.

Brièvement, voici un survol des anciennes règles qui incluaient déjà des dispositions spéciales pour l'imposition des non-Américains qui investissaient dans les fiducies immobilières américaines (*Real Estate Investment Trusts*) (« REIT »). À noter que les REIT sont considérés normalement comme des sociétés aux fins de l'imposition américaine. Un investissement dans des REIT serait donc, *a priori*, considéré comme un investissement dans un bien immobilier américain, assujetti au *Foreign Investment in Real Property Tax Act* qui traite le gain provenant d'une disposition comme du revenu effectivement rattaché à une entreprise aux États-Unis, et qui impose une retenue d'impôt de 10 % aux non-résidents disposant d'un intérêt dans un bien immobilier aux États-Unis[36]. Une déclaration fiscale américaine doit aussi normalement être produite pour ces gains.

Les revenus de dividendes distribués par un REIT à un investisseur étranger sont assujettis à la retenue générale de 30 % ou au taux moindre prévu dans la convention fiscale applicable. La Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis prévoit que les revenus de fiducie et les revenus de dividendes sont assujettis à une RAS de 15 %. Ainsi, que le REIT soit considéré comme une fiducie ou comme une société, la retenue pour l'investisseur canadien sera de 15 %. Les distributions attribuables au gain provenant de la disposition d'un bien immobilier américain sont assujetties au FIRPTA sauf si l'investisseur détient moins de 5 % de la catégorie d'actions négociées en Bourse, auquel cas elles seront considérées comme des dividendes provenant du REIT.

Les modifications apportées par le *Real Estate Jobs and Investment Act* de 2010 augmentent de façon générale de 5 % à 10 % le seuil de détention d'un investisseur pour que la disposition d'investissements dans des REIT soit soumise aux règles du FIRPTA.

4.3. CAS PARTICULIERS

4.3.1. Revenu de placements de source américaine versé à un régime enregistré canadien

Toujours d'après la Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis, le revenu d'intérêts et de dividendes tiré de placements aux États-Unis et détenu à l'intérieur d'une fiducie établie exclusivement à des fins de la retraite (régime enregistré d'épargne-retraite (« REÉR »), fonds enregistré de

[36] *Foreign Investment in Real Property Tax Act of 1980* (« FIRPTA »), Reg. 1.897.

revenu de retraite (« FERR »), compte de retraite immobilisé (CRI), fonds de revenu viager (« FRV »), FERR immobilisé, par exemple) sera soustrait à l'obligation de retenue[37].

Cependant, le revenu de placements de source américaine payé à un régime enregistré d'épargne-études (« REÉÉ ») ou à un compte d'épargne libre d'impôt (« CÉLI ») n'est pas admissible à l'exemption prévue à la convention pour la retenue d'impôt des non-résidents des États-Unis, car ce régime et ce compte visent plutôt à procurer un revenu pour les études ou l'épargne, mais non pas pour la retraite.

4.3.2. Revenu d'intérêts sur les titres émis par des gouvernements étrangers

Certains gouvernements n'assujettissent pas à une retenue d'impôt les intérêts de certains titres (comme les euro-obligations et les titres de la Banque mondiale et de la Banque interaméricaine de développement). Ce revenu d'intérêts peut être imposable ou il peut être exempté. L'exemption doit être évaluée au cas par cas.

5. PLACEMENTS AU CANADA PAR UN NON-RÉSIDENT

5.1. IMPOSITION À LA SOURCE AU CANADA

La partie XIII de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[38] prévoit que certains montants payés ou crédités par un résident canadien à un non-résident canadien sont assujettis à un taux de retenue de 25 %. Le payeur canadien est tenu de retenir le montant applicable et d'en faire la remise aux autorités fiscales canadiennes[39].

Un montant est payé ou crédité s'il est détenu légalement au bénéfice futur du non-résident. Ainsi, si un non-résident réinvestit le revenu de placement dans un fonds d'investissement canadien, ce réinvestissement est considéré comme du revenu de placement payé puisqu'il est exigible par le non-résident et constitue donc un paiement aux fins de la partie XIII L.I.R.

---

37 Art. XXI (2)a) de la Convention.

38 L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.) et mod. (« L.I.R. »), par. 212(1).

39 Par. 215(1) L.I.R.; voir l'explication dans AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 77-16R4, « Impôt sur le revenu d'un non-résident », 11 mai 1992, par. 5.

Les retenues sont donc applicables non seulement sur les versements qui traversent la frontière canadienne, mais aussi sur les revenus de placements qui demeurent au Canada pour le compte du non-résident[40].

Pour éviter la double imposition du revenu de source canadienne, il est souhaitable que les non-résidents du Canada puissent demander un CIÉ dans leur déclaration de revenus. L'impôt à payer dans leur pays d'origine devrait donc être réduit. Pour le résident d'un pays avec lequel le Canada a signé une convention fiscale, un CIÉ devrait être disponible. Pour le résident d'un pays qui n'a pas signé une convention fiscale avec le Canada, l'impôt canadien peut ne pas être allégé. C'est notamment ce qui se passe pour le résident d'un paradis fiscal.

5.2. RETENUES À LA SOURCE GÉNÉRALES PAR TYPE DE REVENU

La retenue fiscale sur les revenus de placements au Canada varie selon le type de revenu de placement et l'émetteur du placement.

5.2.1. Revenus d'intérêts au Canada

Le 1er janvier 2008, la *Loi de l'impôt sur le revenu* a été modifiée afin d'éliminer la retenue d'impôt sur les revenus d'intérêts payés à des non-résidents avec lesquels le payeur n'a aucun lien de dépendance, quel que soit leur pays de résidence[41].

Mais déjà, la plupart des conventions fiscales signées avec le Canada prévoyaient une exemption de retenues d'impôts sur le paiement d'intérêts à des non-résidents, s'il n'y avait pas de lien de dépendance entre le payeur et le non-résident.

En combinant la *Loi de l'impôt sur le revenu* et les effets des conventions fiscales, une retenue d'impôt est obligatoire sur des intérêts payés à un non-résident qui a un lien de dépendance avec le payeur au Canada, et cette retenue d'impôts :

- variera entre 10 % et 15 % selon la convention;
- est de 25 % en l'absence d'une convention fiscale.

---

40 Melody CHIU, « Taxation of Non-resident Investors in Canadian Investment Funds », (2010), vol. 58, no 1 *Revue fiscale canadienne* 117-143, p. 119.

41 Al. 212(1)b) L.I.R.

5.2.2. Revenu de dividendes au Canada

Aucune exemption ne s'applique au revenu de dividendes de source canadienne. Par conséquent, la retenue d'impôt générale des non-résidents du Canada sur les dividendes de sociétés canadiennes s'élève à 25 %, à moins qu'une convention fiscale ne prévoie une réduction[42]. L'impôt survient au paiement du dividende et non pas au moment où il est déclaré.

Le payeur doit aussi appliquer la retenue d'impôts sur un dividende qui n'est pas effectué en espèces, tel un dividende en nature ou un dividende réputé[43].

La retenue d'impôt prévue à la partie XIII L.I.R. s'appliquera aussi au dividende en capital payé[44], même s'il est généralement libre d'impôt lorsqu'il est payé à un résident canadien.

Par contre, les « dividendes sur gains en capital » sont exonérés d'impôt lorsqu'ils sont versés par certaines entités intermédiaires, comme des sociétés de placements hypothécaires, des fonds mutuels incorporés[45] ou des sociétés de placements appartenant à non-résidents[46].

5.2.3. Gains en capital réalisés sur biens canadiens imposables

Aucun impôt n'est normalement retenu sur les gains en capital déclarés qui découlent, par exemple, de la vente d'actions, d'obligations ou de parts de fonds communs de placement canadiennes. Toutefois, les non-résidents doivent payer un impôt sur le gain en capital gagné au Canada à la disposition d'un « bien canadien imposable » (« BCI »)[47].

---

42 Par. 212(2) L.I.R.

43 AGENCE DU REVENU DU CANADA, décision anticipée 2007-0248021R3, 2 janvier 2007, dans laquelle l'ARC a conclu que l'article 10 de la Convention fiscale entre le Canada et le Japon s'appliquait aux dividendes réputés versés en vertu du paragraphe 84(3) L.I.R. pour réduire la retenue à 5 %.

44 Dividende payé en vertu du paragraphe 83(2) L.I.R.

45 En vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les fonds mutuels incorporés sont appelés des sociétés de placement à capital variable.

46 Al. 212(2)a) L.I.R.

47 Al. 2(3)b) L.I.R.

Les titres de portefeuilles cotés en Bourse sont normalement des « biens exclus »[48] de la définition de BCI[49] mais quelques titres restreints comme les participations dans les sociétés en commandite minières et les fiducies de revenu immobilières ne sont pas des biens exclus.

5.2.4. Impôt spécial sur les distributions de capital de certaines fiducies de fonds mutuels

Depuis 2005, un nouvel impôt est applicable en vertu de la partie XIII.2 L.I.R. Cette retenue d'impôt s'applique à la distribution de capital de certaines fiducies de fonds mutuels.

Les remboursements de capital sur les fiducies de revenu et les fonds communs de placement négociés sur une Bourse de valeurs désignée sont assujettis à un taux de retenue d'impôt de non-résident uniforme de 15 %, mais seulement si plus de 50 % de la juste valeur marchande (« JVM ») de la fiducie de revenu ou du fonds commun de placement est attribuable à des biens immeubles situés au Canada, à des avoirs miniers canadiens ou à des avoirs forestiers canadiens[50].

Des règles permettent de récupérer une partie ou la totalité de la retenue d'impôt de non-résident de 15 % sur les distributions de remboursements de capital si la fiducie de revenu ou le fonds commun de placement est ultérieurement vendu à perte.

5.2.5. Distributions de fiducies de revenu et de fonds communs de placement canadiens

En règle générale, les distributions de fiducies de revenu et de fonds communs de placement canadiens faites à des non-résidents sont assujetties à une retenue d'impôt de non-résident de 25 %, à moins qu'une convention

---

48 Par. 116(6) L.I.R. Notons que les fiducies de fonds commun de placement sont des biens exclus, mais leur définition exclut les fiducies détenant des biens immobiliers. Les biens protégés par traité, négociés sans lien de dépendance, sont aussi exemptés. Un « bien protégé par traité » à un moment donné est un bien d'un contribuable dont la disposition par lui à ce moment donne naissance à un revenu ou à un gain qui serait exonéré, par l'effet d'un traité fiscal, de l'impôt prévu à la partie I L.I.R. (par. 116(6.1) et 248(1) « bien protégé par traité » L.I.R.).

49 Par. 248(1) « bien canadien imposable », al. d) L.I.R.

50 Par. 218.3(2) et 218.3(1) L.I.R.

fiscale ne prévoie une réduction[51]. La retenue d'impôt ne s'applique pas lorsque le revenu est un gain en capital imposable, provenant d'une fiducie de fonds mutuels, qui est versé ou crédité à un non-résident[52].

Il peut arriver qu'une retenue d'impôt s'applique à la distribution de la fiducie à un bénéficiaire non résident[53] sur des revenus d'intérêts qui seraient normalement exonérés d'une telle retenue[54]. Par exemple, si une fiducie reçoit des revenus d'intérêts provenant d'une obligation émise par un gouvernement étranger, les intérêts sont exemptés de RAS. Toutefois, lorsque le revenu est versé au bénéficiaire non résident de la fiducie, il y aura une RAS puisque c'est du revenu de fiducie qui est versé, même si le revenu sous-jacent était exempté de RAS.

5.3. CAS PARTICULIERS

5.3.1. Régimes enregistrés (REÉR, FERR, CÉLI, pensions)

Retraits d'un REÉR ou FERR par un non-résident

Un grand nombre de Canadiens ont accumulé de l'argent dans des REÉR/FERR et ont déménagé ou prévoient s'établir à l'étranger. L'ampleur de la retenue fiscale applicable aux non-résidents du Canada dépendra de l'instrument financier duquel les fonds sont retirés et du montant du retrait.

Selon la partie XIII L.I.R., les retraits que font les non-résidents d'un REÉR ou d'un FERR font l'objet d'une retenue de 25 %[55].

Pour de nombreux pays avec lesquels le Canada a signé une convention fiscale, dont les États-Unis, tout retrait d'un FERR est assujetti à une retenue

---

51 S.-al. 212(1)c)(i) L.I.R

52 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-465R, « Bénéficiaires non-résidents d'une fiducie », 19 septembre 1985 et *Bulletin d'interprétation* IT-381R, « Fiducies – Gains et pertes en capital et transfert de gains en capital imposables à des bénéficiaires », 14 février 1997.

53 S.-al. 212(1)c)(i) L.I.R.; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-465R, précité, note 52.

54 Al. 212(1)b) L.I.R.

55 Al. 212(1)l) et 212(1)q) L.I.R.

de 15 % lorsque les versements provenant du FERR durant une année civile sont inférieurs au plus élevé des montants suivants[56] :

i) deux fois le retrait minimum requis pour l'année ;

ii) 10 % de la JVM du FERR au début de l'année.

L'excédent est généralement assujetti à une retenue de 25 %.

Ainsi, en pratique, la limite du retrait pour appliquer la retenue de 15 % correspond à 10 % de la valeur du régime jusqu'à l'âge de 70 ans, et à deux fois le montant minimum par la suite, atteignant 40 % de la valeur du régime à l'âge de 94 ans.

Selon la définition de « revenu de pension périodique », si la somme totale des versements provenant de FERR est supérieure aux limites ci-dessus, le taux de 25 % s'appliquera à la somme totale. Toutefois, le Bureau international des services fiscaux de l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») a adopté une position administrative faisant en sorte que les versements provenant de FERR en deçà des limites présentées ci-dessus feront l'objet d'une retenue de 15 % alors que la partie des paiements provenant d'un FERR à des non-résidents au-delà de cette limite fera l'objet d'une retenue de 25 %. Par exemple, le particulier qui reçoit trois fois le montant de versement minimum du FERR se verra retenir 15 % sur les deux tiers du montant, et 25 % sur le solde.

L'ARC assimile la valeur du FERR au début de la première année à la valeur du REÉR au moment de la conversion en FERR, mais pour les non-résidents seulement.

Les versements minimaux d'un FRV, d'un FERR immobilisé et d'un FERR prescrit étant fondés sur les versements minimaux d'un FERR selon la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les retenues s'appliquant aux non-résidents sont identiques à celles qui s'appliquent au retrait d'un FERR.

Retraits d'un REÉÉ par un non-résident

De la même manière qu'un REÉR, plusieurs contribuables canadiens cotisent à un REÉÉ pour leurs enfants et quittent ensuite le Canada.

---

[56] *Supra*, note 13; art. XVIII(2)b) de la Convention, par exemple.

Notons qu'il n'est pas requis que le souscripteur d'un REÉÉ soit résident canadien, mais lorsqu'un bénéficiaire devient non-résident du Canada, les nouvelles cotisations ne donneront pas droit aux subventions gouvernementales.

À l'émigration du bénéficiaire d'un REÉÉ, les règles suivantes s'appliquent[57] :

- Il n'y aura aucune RAS sur le remboursement de cotisations. Les paiements aux études qui ne sont pas des remboursements de cotisations sont assujettis à une RAS pour non-résident de 25 % à moins qu'un taux moins élevé pour le revenu de fiducie soit prévu à une convention fiscale. Il existe bien une exemption à la RAS lorsque le non-résident qui reçoit des paiements d'aide aux études est un étudiant qui vient fréquenter une institution scolaire à plein temps au Canada sans devenir résident fiscal canadien. Il sera exempté de la retenue d'impôt à la source prévue à la partie XIII L.I.R.[58] mais sera soumis à l'impôt de la partie I L.I.R.[59]

Les paiements aux études faits à un bénéficiaire non résident ne peuvent inclure de composante provenant de subventions gouvernementales. Celles-ci doivent être remboursées aux paliers de gouvernement qui les ont octroyées, à moins d'être versées à un bénéficiaire canadien.

Les citoyens américains ou les détenteurs de la « carte verte » qui demeurent au Canada ne peuvent reporter l'impôt sur les revenus provenant d'un REÉÉ comme ils pourraient le faire dans le cadre d'un REÉR. De même, comme le REÉÉ est une fiducie étrangère, ils sont soumis aux lois fiscales américaines et à la déclaration des fiducies étrangères.

---

[57] Al. 212(1)r) L.I.R.; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 93-3, « Régimes enregistrés d'épargne-études », 10 décembre 2010, par. 65 et interprétation technique 9824495, 15 décembre 1998. L'interprétation technique 9500385 (1er mars 1995) présente un exemple sur l'imposition d'un paiement d'aide aux études (« PAÉ ») bénéficiant d'un taux d'imposition équivalant à celui prévu pour un revenu de fiducie. Il est intéressant de noter que le PAÉ est imposable au Canada en vertu de l'alinéa 212(1)r) L.I.R. (revenu d'un REÉÉ) et non en vertu de l'alinéa 212(1)c) L.I.R. (revenu de fiducie), car il n'est pas inclus dans le revenu du bénéficiaire d'une fiducie au paragraphe 103(13) L.I.R. Toutefois, le PAÉ est compatible avec la description de revenu de fiducie prévue aux conventions fiscales conclues avec le Canada, qui est décrit comme étant un revenu distribué par une fiducie.

[58] Al. 212(1)r) L.I.R.

[59] Par. 115(1), al. 115(2)a) et s.-al. 115(2)e)(iv) L.I.R.

Ainsi, si l'enfant devient non-résident canadien et que le souscripteur est citoyen américain vivant au Canada, ce dernier pourrait se retrouver à payer un impôt sur le revenu annuellement pendant l'accumulation du régime alors que le bénéficiaire se verra imposer des retenues d'impôt de non-résident au moment de recevoir les fonds accumulés au régime.

Retraits d'un CÉLI

Lorsqu'un non-résident effectue des retraits d'un CÉLI auquel il a cotisé, aucune RAS ne s'appliquera[60]. Les revenus pourront toutefois être imposables dans le pays de résidence du particulier.

Aux fins américaines, le CÉLI est considéré comme un *grantor trust* et tout citoyen/résident fiscal américain devra déclarer les revenus de placements gagnés dans le CÉLI. Contrairement aux REÉR et FERR, le CÉLI n'est pas exempté de RAS. Les revenus de placements étrangers gagnés dans le CÉLI pourront donc faire l'objet de RAS par les institutions financières étrangères.

5.3.2. Particularités québécoises

Le Québec prévoit un CIÉ sur les revenus ne provenant pas d'une entreprise pour pallier la double imposition qui peut résulter de l'assujettissement de revenus à l'impôt de multiples États[61]. Parmi les conditions requises pour obtenir le crédit, le particulier doit résider au Québec pour y avoir droit, alors qu'une société doit résider au Canada et exploiter une entreprise au Québec.

Dans le calcul du crédit québécois, on soustrait le CIÉ accordé en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le calcul du crédit québécois pour les sociétés est aussi complémentaire au crédit fédéral pour impôt étranger et résulte d'un calcul complexe qui tient compte de l'abattement fédéral pour impôt provincial et de la proportion des affaires faites au Québec par rapport aux affaires faites au Canada.

---

60 CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives et notes explicatives*, publiées avec le *Communiqué* 2009-099, « Le gouvernement du Canada propose des modifications techniques touchant le compte d'épargne libre d'impôt », Ottawa, 16 octobre 2009.

61 *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod., art. 776.6.

Les autres principales différences entre la *Loi sur les impôts* du Québec et la *Loi de l'impôt sur le revenu* quant au crédit pour impôt résultent des modalités de calcul particulières au Québec.

6. RETENUES EXCÉDENTAIRES ET RÉCUPÉRATION

6.1. CIRCONSTANCES GÉNÉRANT DES RETENUES EXCÉDENTAIRES

En raison de la procédure administrative régissant le versement des dividendes sur actions étrangères aux investisseurs des sociétés de courtage canadiennes, les dividendes versés à l'égard d'actions étrangères peuvent être assujettis au taux intégral de retenue d'impôt étranger prévu et prélevé par le pays d'origine de l'émetteur. Le taux intégral de retenue d'impôt peut être passablement plus élevé que le taux d'imposition des dividendes étrangers prévu par la convention fiscale applicable, qui n'excède généralement pas 15 %. Dans la plupart des cas, il est très difficile pour les investisseurs de recouvrer auprès des États étrangers l'impôt excédentaire qui a ainsi été retenu.

Autre exemple mentionné précédemment à la section 2.2.2. du présent texte, en investissant dans des actions étrangères émises hors du Canada et des États-Unis au moyen de certificats représentatifs d'actions étrangères, les investisseurs voient leur taux effectif de retenue d'impôt sur les dividendes être systématiquement plus élevé que le taux prévu par la convention fiscale applicable.

Par conséquent, les investisseurs peuvent être assujettis à un taux marginal d'imposition des dividendes sur actions étrangères plus élevé que prévu. Il y a donc des coûts supplémentaires liés aux placements en titres étrangers.

Par ailleurs, les résidents du Canada sont tenus de déclarer dans leur déclaration de revenus canadienne le dividende brut sur actions étrangères (avant la retenue d'impôt) et d'acquitter l'impôt à leur taux marginal d'imposition, comme ils le font pour les intérêts. Pour réduire au minimum la double imposition, les investisseurs peuvent demander dans leur déclaration de revenus du Canada un CIÉ à l'égard de la retenue d'impôt étranger payée. Toutefois, le crédit canadien maximal pour impôt étranger accordé à l'égard des dividendes sur placements de portefeuille de source

étrangère s'élève à 15 %[62]. La portion d'impôt étranger excédant le crédit d'impôt peut faire l'objet d'une déduction dans le calcul du revenu[63].

Par contre, la retenue fiscale excédentaire prélevée au-delà des maximums prévus à la convention ne peut pas être utilisée ni comme crédit ni comme déduction. En effet, elle n'entre pas dans la définition d'un « impôt étranger » puisque la convention fiscale fixe un maximum aux impôts étrangers applicables. Cet excédent est plutôt des frais d'ordre administratif plutôt qu'un impôt.

C'est pourquoi certains dividendes sur actions étrangères déclarés par les investisseurs à revenu élevé qui résident au Canada sont en définitive assujettis à un taux global d'impôt excédant 50 %. Lorsqu'ils déterminent s'il est opportun de détenir ou d'acheter une action étrangère, les conseillers en placement et les investisseurs doivent tenir compte, en plus de l'éventuel gain en capital découlant de la vente du placement, du fait que le taux d'imposition applicable à certains dividendes sur actions étrangères est susceptible d'être supérieur au taux habituel.

Le tableau suivant résume les principaux taux de retenues d'impôt sur les intérêts et sur les dividendes auxquels sont normalement assujettis les Canadiens qui investissent à l'étranger. Ce tableau indique, pour plusieurs titres courants cités à titre d'exemple, le taux général prévu par la loi du pays de l'émetteur, le taux réduit prévu à la convention fiscale conclue par ce pays avec le Canada ainsi que l'excédent retenu lorsque le taux à la convention n'a pas pu être obtenu, pour quelque raison que ce soit. Le tableau indique aussi l'incidence finale sur le revenu de placements lorsque le taux réduit ne peut pas être obtenu pour diverses raisons.

---

62 En effet, par l'application de l'alinéa 126(7)b) L.I.R. de la définition d'« impôt sur le revenu ne provenant pas d'une entreprise », ainsi que par le paragraphe 20(11) L.I.R., le calcul nous amène à constater que le CIÉ sur le revenu de placement est limité à 15 %.

63 Par. 20(11) L.I.R.

Incidence sur le rendement des retenues d'impôt à la source excédentaires non récupérées

Émetteur	Pays d'origine	Cours	Dividendes	Taux général de retenue d'impôt	Taux de retenue selon la convention fiscale	Taux de retenue excédentaire	Rendement inférieur relatif
ITUB	Brésil	24,42 $	0,790 %	15 %	25 %	0 %	0 %
VOD	Royaume-Uni	29,40 $	4,409 %	0 %	15 %	0 %	0 %
EOC	Chili	55,88 $	1,898 %	23,099 %	15 %	8,099 %	0,154 %
HMC	Japon	34,42 $	1,648 %	7 %	15 %	0 %	0 %
BTI	Royaume-Uni	82,49 $	4,438 %	0 %	15 %	0 %	0 %
BUD	Belgique	59,08 $	0,710 %	25 %	15 %	10 %	0,071 %
TEVA	Israël	50,98 $	1,412 %	9 %	15 %	0 %	0 %
BAYRY	Allemagne	78,30 $	1,906 %	26,375 %	15 %	11,375 %	0,217 %
SI	Allemagne	138,07 $	1,981 %	26,375 %	15 %	11,375 %	0,225 %
AIQUY	France	27,45 $	1,667 %	25 %	15 %	10 %	0,167 %
NICE	Israël	36,96 $	0 %	*No Div*	15 %	s. o.	s. o.
ARMH	Royaume-Uni	29,03 $	0,424 %	0 %	15 %	0 %	0 %
SYT	Suisse	66,11 $	1,396 %	35 %	15 %	20 %	0,279 %
BHP	Australie	99,71 $	1,825 %	0 %	15 %	0 %	0 %
TOT	France	61,73 $	4,296 %	25 %	15 %	10 %	0,430 %
BRGYY	Royaume-Uni	127,98 $	0,844 %	0 %	15 %	0 %	0 %
PUK	Royaume-Uni	24,22 $	3,145 %	0 %	15 %	0 %	0 %
HBC	Royaume-Uni	54,60 $	3,297 %	0 %	15 %	0 %	0 %
IBN	Inde	50,54 $	1,020 %	0 %	25 %	0 %	0 %

Moyenne pondérée de l'incidence des retenues excédentaires sur un portefeuille composé d'une action de chacun des titres ci-dessus : 0,081 %

Le tableau ci-dessous présente les taux généraux de RAS pour d'autres pays. Les taux réduits des conventions n'y sont pas présentés.

Taux généraux de retenues d'impôt des non-résidents dans certains pays	
Australie	0 %/30 %*
Brésil	0 %
Belgique	25 %
Chili	35 %
Danemark	28 %
Finlande	28 %
France	25 %
Allemagne	25 %
Inde	0 %
Israël	20 %
Italie	27 %
Japon	20 %
Pays-Bas	15 %
Espagne	19 %
Suède	30 %
Suisse	35 %
Royaume-Uni	0 %

* Les dividendes provenant de l'Australie sont désignés somme étant des dividendes « affranchis ou non affranchis » (*franked or unfranked*). Aucun taux de retenue ne s'applique lorsque le dividende est désigné comme « affranchi » par l'émetteur qui a payé un impôt sur le profit avant de verser le dividende. Un taux de 30 % est appliqué aux dividendes « non affranchis ».

Il convient de noter que la législation sur les valeurs mobilières d'un pays étranger peut ne pas permettre à ses résidents d'acheter certains placements par l'intermédiaire d'un compte établi au Canada.

6.2. PROCÉDURE DE REMBOURSEMENT DES RETENUES D'IMPÔT EXCÉDENTAIRES

Lorsque c'est possible, la procédure de remboursement de la retenue d'impôt excédentaire sur les dividendes de source étrangère est souvent complexe et problématique. Le propriétaire véritable du titre doit parapher et signer les formulaires de remboursement relatifs aux retenues d'impôt considérées comme excédentaires. L'investisseur doit normalement se procurer les formulaires requis auprès de l'ambassade ou de l'administration

fiscale du pays d'origine de l'émetteur. Il doit ensuite obtenir des attestations du courtier et de l'ARC et rassembler les documents appropriés qui sont en sa possession. Puis, l'investisseur doit présenter les formulaires pertinents dûment remplis à l'ambassade ou à l'administration fiscale du pays en question afin que la procédure de remboursement puisse commencer.

Les formulaires, les délais, les taux de réussite et les exigences diffèrent grandement selon les pays. Même si certains pays possèdent l'infrastructure nécessaire pour traiter ce type de demande de remboursement, l'investisseur obtient rarement une confirmation de la part du pays d'origine quant à la durée prévue de la procédure de remboursement. Cette procédure sera invariablement une source de contrariétés pour l'investisseur et pour son conseiller en placements. En outre, la procédure de remboursement prévoit en général le paiement de frais qui sont fixés à la seule appréciation du pays d'origine. Des frais supplémentaires peuvent aussi être facturés par les dépositaires si le client doit faire appel à leurs services pour amorcer la procédure.

Lorsqu'un investisseur veut se faire rembourser un impôt prélevé en sus des taux prévus par la convention fiscale en vigueur, la procédure peut donc durer très longtemps (voire des années), être fastidieuse et éventuellement se solder par un échec tout de même.

7. AUTRES ÉLÉMENTS PERTINENTS

7.1. DÉCÈS, ASSURANCE VIE ET RETENUES À LA SOURCE

Les prestations décès payées sur une police d'assurance vie exonérée ne sont pas imposables au Canada et ces paiements ne sont pas assujettis à la RAS lorsque la compagnie d'assurances est canadienne et paie la prestation décès à un bénéficiaire non résident.

Néanmoins, lorsque les polices sont détenues par une société, le paiement du dividende en capital provenant de la prestation décès fait l'objet d'une RAS lorsqu'il est effectué à un non-résident. De même, lorsqu'une succession canadienne distribue à un non-résident un montant qu'il est raisonnable de penser qu'il provient d'un dividende en capital, le paiement de la succession fera l'objet d'une RAS[64].

---

64 Par. 212(11) et al. 212(1)c) L.I.R.

7.2. DIVULGATION DES PLACEMENTS À L'ÉTRANGER

Les investisseurs sont obligés de déclarer à l'ARC leurs placements étrangers dont le coût excède 100 000 $ à l'aide du Formulaire T1135, « Bilan de vérification du revenu étranger ». Contrairement à ce qu'on pourrait croire, la détention de titres étrangers par l'entremise d'un compte de placements au Canada ne libère pas les investisseurs de cette obligation[65].

Par ailleurs, les explications du Formulaire T1135 précisent que les placements étrangers détenus dans un REÉR n'ont pas à être divulgués par le fiduciaire du régime.

CONCLUSION

Les investissements évoluent désormais dans un mode global et leur facilité d'accès oblige les investisseurs, canadiens et étrangers, à s'assurer de l'intégration adéquate des RAS dans les États où ils investissent, ainsi que des CIÉ disponibles. De plus, les autorités réglementaires ont désormais des moyens plus étendus pour suivre les investissements et leurs détenteurs au-delà des frontières, ce qui fait en sorte que le partage de ces informations entre États est facilité.

Les portefeuilles sont majoritairement diversifiés sur le plan international. Ignorer l'incidence des retenues d'impôt sur le rendement des placements étrangers pourrait avoir un impact important sur le rendement net d'un portefeuille que ni les conseillers ni les investisseurs ne peuvent occulter.

---

[65] La Cour fédérale a récemment rejeté la demande de contrôle judiciaire d'une société à l'encontre du refus du ministre du Revenu national d'annuler des pénalités et intérêts sur arriérés établis en raison de la production tardive du Formulaire T1135; voir *Leonard Asper Holdings Inc*. c. *Procureur général du Canada*, 2010 CF 894. Il est à noter que le portefeuille de valeurs de la société était détenu auprès d'un courtier canadien.

TABLE RONDE SUR LA FISCALITÉ DES STRATÉGIES FINANCIÈRES ET DES INSTRUMENTS FINANCIERS



Coordonnatrice
Jocelyne Gagnon
Adm.A., AVA, M. Fisc., Pl. Fin.
Directeur de la fiscalité (Québec)
Conseils PPI



Paule Gauthier
CA, LL.M. fisc., TEP
Vice-présidente
Services de planification,
clientèle fortunée
Services de gestion de patrimoine
RBC Dominion
valeurs mobilières



Louise J. Roy
CGA, gestionnaire
Direction des décisions
en impôt
Agence du revenu
du Canada

Michel Lambert
CA, M. Fisc.
Agent principal
des décisions
Direction des décisions
en impôt
Agence du revenu
du Canada



Robert Duong
Avocat, M. Fisc.
Agent de la politique
de l'impôt
Direction de la
politique de l'impôt
Ministère des Finances
Canada

TABLE DES MATIÈRES

1. DÉCLARATION DE PLACEMENTS ÉTRANGERS ET POLICES D'ASSURANCE VIE ÉMISES PAR DES ASSUREURS ÉTRANGERS 46:5

2. ACTIONS ACHETÉES PAR OPTIONS ET CALCUL DU COÛT 46:6

3. ASSURANCE VIE, « GRANDPÉRISATION », TRANSACTION PAPILLON 46:8

4. DON D'ACTIONS PROVENANT D'OPTIONS REÇUES D'UNE SOCIÉTÉ PRIVÉE 46:17

5. RÉGIME COLLECTIF ET POLICES INDIVIDUELLES 46:19

6. ARTICLE 80 L.I.R. ET RÈGLEMENT DE DETTES 46:21

7. HONORAIRES D'ÉVALUATION D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE DANS LE CADRE D'UN TRANSFERT DE LA POLICE PAR UN ACTIONNAIRE À SA SOCIÉTÉ 46:26

8. RETRAITS DE REÉR, RETENUES D'IMPÔT À LA SOURCE, RÈGLE D'ATTRIBUTION ET SÉPARATION DES CONJOINTS 46:28

9. AVANTAGE IMPOSABLE RELATIF AU CHANGEMENT DE BÉNÉFICIAIRE D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE 46:30

10. INTERACTION ENTRE LES RÈGLES D'ACOMPTES PROVISIONNELS ET DISPOSITION RÉPUTÉE DES IMMOBILISATIONS AU DÉCÈS 46:32

11. ASSURANCE VIE COLLECTIVE ET COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL 46:34

12. SOCIÉTÉ DE PERSONNES D'INVESTISSEMENT ET ARTICLE 103 L.I.R. 46:36

13. DÉCÈS D'UN PARTICULIER ET VERSEMENT D'UN MONTANT FORFAITAIRE AU TITRE D'UN RÉGIME DE PENSION AGRÉÉ À LA SUCCESSION EN FAVEUR D'UNE PERSONNE MINEURE HANDICAPÉE 46:38

14. BUDGET DU 6 JUIN 2011 : PORTÉE DE LA DÉFINITION « AVANTAGE » ET OPÉRATIONS DE *SWAP* 46:42

15. BUDGET DU 6 JUIN 2011 : REVENUS GÉNÉRÉS PAR UN PLACEMENT INTERDIT DANS UN REÉR ET IMPÔT DE LA PARTIE I L.I.R. 46:44

16. **BUDGET DU 6 JUIN 2011 : RÈGLES TRANSITOIRES ET RETRAITS DES PLACEMENTS INTERDITS DU REÉR OU DU FERR** 46:46

17. **SEUIL DE DÉCLARATION DE BIENS À L'ÉTRANGER** 46:48

1. DÉCLARATION DE PLACEMENTS ÉTRANGERS ET POLICES D'ASSURANCE VIE ÉMISES PAR DES ASSUREURS ÉTRANGERS

Lors de la présentation de la Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers 2010[1], l'ARC nous confirmait qu'une police d'assurance vie émise par un assureur étranger répond à la définition d'un « bien étranger déterminé » à l'article 233.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[2]. Par conséquent, une entité canadienne qui détient des intérêts dans une police d'assurance vie émise par un assureur étranger ayant un coût indiqué qui dépasse 100 000 $ devrait se conformer aux exigences de la déclaration de l'article 233.3 L.I.R.

La question qui se pose est de savoir si le coût indiqué des intérêts dans une police d'assurance vie est le coût de base rajusté (« CBR ») tel qu'il est défini au paragraphe 148(9) L.I.R. ou les primes payées?

Réponse de l'ARC

Un « déclarant » pour une année d'imposition doit produire un Formulaire T1135, « Bilan de vérification du revenu étranger », dans les délais prescrits en application du paragraphe 233.3(3) L.I.R. Une « entité canadienne déterminée » se qualifie de « déclarant » pour une année d'imposition ou un exercice lorsque le total des montants représentant chacun le coût indiqué de son « bien étranger déterminé » dépasse 100 000 $ à un moment de l'année ou de l'exercice, sauf le moment où elle ne réside pas au Canada, le tout conformément aux définitions de ces expressions énoncées au paragraphe 233.3(1) L.I.R.

Le « coût indiqué » des intérêts que possède un titulaire dans une police d'assurance vie à un moment donné sera généralement déterminé en application de l'alinéa f) de la définition de cette expression prévue au paragraphe 248(1) L.I.R. Il correspond ainsi au coût, pour le contribuable, du bien déterminé pour le calcul de son revenu, sauf dans la mesure où un tel coût a été déduit dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition se terminant avant ce moment.

---

1 « Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers », dans *Congrès 2010*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2011, pp. 50:1-42, question 12., à la page 50:27.

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

Le terme « coût » n'est pas défini aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. De plus, la détermination du coût d'un bien pour le calcul du revenu d'un contribuable implique une analyse de l'ensemble des faits propres à une situation particulière. Nous sommes cependant d'avis que le « coût de base rajusté » des intérêts que possède un titulaire dans une police d'assurance vie, tel qu'il est défini au paragraphe 148(9) L.I.R., peut généralement être considéré comme une évaluation raisonnable du coût du bien aux fins de l'application des règles de l'article 233.3 L.I.R.

2. ACTIONS ACHETÉES PAR OPTIONS ET CALCUL DU COÛT

Lors de la Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers de 2010, l'ARC a répondu à la question de savoir si un contribuable pouvait utiliser le coût moyen pour des titres qui ont été acquis en vertu d'une option d'achat d'actions et donnés par la suite à un organisme de bienfaisance enregistré dans un délai de 30 jours suivant l'exercice[3]. L'ARC a indiqué que le paragraphe 7(1.3) L.I.R. s'appliquait pour établir l'ordre de disposition pour ces titres, mais qu'un choix pouvait être fait selon le paragraphe 7(1.31) L.I.R. pour utiliser la méthode du dernier entré, premier sorti (« DEPS »).

De nouvelles interrogations surviennent à la suite de cette réponse. Prenons le cas d'un contribuable qui détient des titres acquis sur le marché et des titres acquis en vertu d'une option d'achat d'actions en vertu d'une convention visée au paragraphe 7(1) L.I.R. et qui ne font pas l'objet d'un report d'impôts. Le particulier acquiert ensuite un nombre spécifique du même titre en vertu d'une option d'achat d'actions auquel s'applique le paragraphe 7(1) L.I.R. Subséquemment, le particulier fait un don du même nombre de titres qu'il vient d'acquérir à un organisme de bienfaisance. Le particulier ne fait pas le choix d'utiliser la méthode du DEPS selon le paragraphe 7(1.31) L.I.R.

Le paragraphe 7(1.3) L.I.R. prévoit un ordre précis de disposition des titres, soit premier entré, premier sorti (« PEPS »), pour des titres ne faisant pas l'objet d'un report ou des titres donnés pour lesquels une déduction a été obtenue selon l'alinéa 110(1)d.01) L.I.R. (relativement à l'exonération du gain de titres donnés).

---

[3] « Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers », précité, note 1, question 3., 50:9-11.

Or, l'application du paragraphe 7(1.3) L.I.R. aux actions données pourrait faire en sorte qu'une déduction pour actions données selon l'alinéa 110(1)d.01) L.I.R. ne soit plus possible, précisément à cause de l'application de la méthode du PEPS. Les actions d'une société publique, acquises en vertu d'une option, faisant l'objet d'un don deviennent donc des actions ne permettant pas une déduction et ne faisant pas l'objet d'un report d'impôts (et théoriquement elles ne seraient plus assujetties au paragraphe 7(1.3) L.I.R.).

Reste à déterminer la méthode de calcul du coût qui s'appliquerait dans ce cas précis.

Le paragraphe 7(1.3) L.I.R. s'applique aux titres qui sont des biens identiques, les présume disposés selon la méthode du PEPS pour l'application de la sous-section C de la partie I L.I.R., soit du calcul du gain en capital.

Le paragraphe 47(1) L.I.R. prévoit plutôt la méthode du coût moyen et a une application générale dans le calcul du gain en capital pour les biens d'un contribuable qui sont des biens identiques.

Question à l'ARC

Le paragraphe 47(1) L.I.R. s'applique-t-il en tenant compte du paragraphe 7(1.3) L.I.R.?

Réponse de l'ARC

Sous réserve du paragraphe 7(1.31) L.I.R., le paragraphe 7(1.3) L.I.R. prévoit qu'un contribuable est réputé disposer des titres qui sont des biens identiques dans l'ordre où il les a acquis. Ce paragraphe s'applique, notamment, aux fins des paragraphes 7(1.1) et 7(8), de l'alinéa 110(1)d.01) et de la sous-section C de la section B de la partie I L.I.R. L'alinéa 7(1.3)a) L.I.R. prévoit que, si un contribuable qui détient des titres acquis dans les circonstances visées aux paragraphes 7(1.1) et 7(8) L.I.R. (« titres visés par un report ») acquiert des titres identiques qui ne sont pas visés par un report[4], ces nouveaux titres sont réputés avoir été acquis immédiatement avant l'acquisition la plus récente de titres visés par un report. Ainsi, le

[4] On entend par des titres qui ne sont pas visés par un report tous les titres identiques acquis en vertu d'une option d'achat de titres visés à l'article 7 L.I.R. et qui ne sont pas des titres visés par un report ou des titres identiques acquis sur le marché.

contribuable détenant des titres à la fois visés et non visés par un report est réputé avoir disposé en premier lieu des titres non visés par un report.

Le paragraphe 47(1) L.I.R. prévoit une façon spécifique de déterminer le prix de base rajusté (« PBR ») de biens identiques dans les circonstances qui y sont décrites. Sommairement, c'est la méthode du coût moyen. Toutefois, lorsqu'un titre est un titre visé par un report ou s'il s'agit d'un titre auquel le paragraphe 7(1.31) L.I.R. s'applique, le paragraphe 47(3) L.I.R. répute ce titre, pour l'application de la règle sur les biens identiques prévue au paragraphe 47(1) L.I.R., n'être identique à aucun autre titre appartenant au contribuable. Par conséquent, le PBR de chaque titre visé par un report ou auquel le paragraphe 7(1.31) L.I.R. s'applique et le gain ou la perte en capital résultant de sa disposition seront calculés sans qu'il soit tenu compte du PBR des autres titres détenus par le contribuable.

Dans la situation où un contribuable dispose d'un titre en faisant un don de bienfaisance et que le titre n'a pas fait l'objet d'une indication en vertu du paragraphe 7(1.31) L.I.R., le contribuable doit déterminer de quel titre il a disposé en vertu du paragraphe 7(1.3) L.I.R. Puisque le paragraphe 7(1.3) L.I.R. s'applique aux fins de la sous-section C de la section B de la partie I L.I.R., si le titre disposé n'est pas un titre visé par un report, le paragraphe 47(1) L.I.R. s'applique pour déterminer le PBR avec, selon le cas, les ajustements en vertu de l'alinéa 53(1)j) L.I.R.

3. ASSURANCE VIE, « GRANDPÉRISATION », TRANSACTION PAPILLON

Présumons la situation suivante où un parent avait mis en place une société de portefeuille familiale (« SF inc. ») pour ses deux enfants, en parts égales, dans le contexte d'un gel effectué avant le 27 avril 1995. Le parent avait conservé le contrôle de la société et des actions privilégiées de gel de SF inc. Au décès du parent, toutes ses actions ont été rachetées et annulées.

Aujourd'hui, les deux enfants (« Enfant A » et « Enfant B »), seuls titulaires des actions ordinaires de SF inc., veulent se séparer les biens de celle-ci dans le cadre d'une transaction papillon.

SF inc. détient des liquidités, des placements et deux polices d'assurance vie prises avant le 26 avril 1995 sur la vie des enfants (une police par enfant) expressément pour pouvoir racheter la participation d'un enfant qui décèderait. Les polices ont une valeur de rachat différente. Une convention entre actionnaires, signée après le 26 avril 1995, prévoit le rachat par la société des actions de l'enfant décédé, à même le compte de dividendes en

capital (« CDC ») créé par la réception du produit de la police prise sur la vie de cet enfant.

Les actions détenues par les enfants sont donc « grandpérisées ».

Opérations projetées

Première étape : Enfant A transfère, avec report d'impôts en vertu de l'article 85 L.I.R., ses actions du capital-actions de SF inc. à une société de portefeuille nouvellement constituée (« A inc. ») en échange d'actions du capital-actions de celle-ci. Enfant B transfère, également avec report d'impôts, ses actions du capital-actions de SF inc. à une nouvelle société (« B inc. ») en échange d'actions du capital-actions de celle-ci.

Deuxième étape : SF inc. effectue les transferts suivants, également avec report d'impôts, en vertu de l'article 85 L.I.R. :

- le transfert à A inc. de la moitié de ses liquidités et placements, ainsi que la police d'assurance vie prise sur la vie de l'Enfant A (de sorte que A inc. reçoive sa quote-part proportionnelle de chaque type de biens de SF inc.);

- le transfert à B inc. de la moitié de ses liquidités et placements, ainsi que la police d'assurance vie prise sur la vie de l'Enfant B (de sorte que B inc. reçoive sa quote-part proportionnelle de chaque type de biens de SF inc.).

Troisième étape : A inc. et B inc. rachètent chacune les actions de leur capital-actions qui ont été émises en faveur de SF inc. à la deuxième étape. Chacune d'elles émet un billet en faveur de SF inc. en règlement du prix de rachat.

Quatrième étape : SF inc. est liquidée et, dans le cadre de cette liquidation, les billets émis par A inc. et B inc. à la troisième étape leur sont respectivement attribués. Par conséquent, les obligations découlant des billets sont éteintes. Finalement, SF inc. est dissoute.

Questions à l'ARC

1) Sachant qu'il faut un partage proportionnel des biens de la société entre ses actionnaires, y aura-t-il un partage proportionnel des polices d'assurance dans les situations suivantes, alors que les polices ont une

valeur de rachat (« VR ») ou une juste valeur marchande (« JVM ») différente :

1.1) En compensant avec les liquidités de SF inc.? À cet effet, dans quelle catégorie de biens se classe une police d'assurance vie : espèces et quasi-espèces ou biens de placement? Bien que nous écartions les « biens d'entreprise » dans le cas présent puisqu'il s'agit d'une société de portefeuille, une police d'assurance pourrait-elle, en d'autres circonstances, tomber dans les « biens d'entreprise »?

1.2) En utilisant de la dette de SF inc. (s'il en est) pour égaliser?

1.3) En empruntant sur une police pour que sa valeur nette soit égale à celle de l'autre?

2) Une fois transférée dans sa société respective, la police d'assurance prise sur la vie de chaque enfant permettra-t-elle de continuer de profiter des règles grand-père?

3) Si cette transaction de partage des biens entre les enfants, par le biais de A inc. et de B inc., s'était effectuée du vivant du parent (détenant le contrôle de SF inc.), aurait-il été nécessaire de se préoccuper du critère de la proportionnalité dans la répartition des biens?

Réponses de l'ARC

Réponse de l'ARC à la question 1.1)

La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne définit pas la notion de « type de biens » prévue à la définition d'« attribution » au paragraphe 55(1) L.I.R. Toutefois, conformément à la position administrative établie par l'ARC pour la classification des éléments d'actif aux fins de la répartition proportionnelle de chaque type de biens, il existe trois catégories de type de biens, soit les « liquidités ou quasi-liquidités », les « placements » et les « biens d'entreprise ».

Le but de la classification des biens d'une société cédante dans ces trois catégories est d'assurer, dans le cadre d'une attribution, une distribution proportionnelle à chaque société cessionnaire, selon la participation de cette dernière dans la société cédante, de la quote-part de chaque type de biens que possède la société cédante. La politique fiscale sous-jacente à cet objectif est

d'empêcher l'une des sociétés cessionnaires de monnayer ou de vendre sa participation dans la société cédante en franchise d'impôt (*cash-out*).

Dans cette optique, chaque situation appelle un examen au cas par cas. De façon générale, l'ARC démontre une certaine souplesse relativement à la classification d'un bien, l'objectif étant le respect de la politique fiscale sous-jacente énoncée ci-dessus. Ainsi, la meilleure façon de s'assurer de la classification des éléments d'actif d'une société cédante lors d'une opération papillon est de soumettre une demande de décision anticipée à la Direction des décisions en impôt.

Cela dit, la classification d'une police d'assurance vie dépendra de plusieurs facteurs. Sans qu'il s'agisse d'une liste exhaustive d'éléments à considérer, il est possible de souligner que les critères tels que la possibilité ou l'intention de monnayer la police, l'état de santé de la personne assurée, le fait que la police d'assurance comporte ou non une VR, de même que la nature des autres biens détenus par la société cédante seront examinés afin de déterminer dans quelle catégorie de type de biens la JVM d'une police d'assurance vie devrait être classée. Par conséquent, l'analyse de la classification d'une police d'assurance vie devrait se faire au cas par cas.

Dans les décisions anticipées émises par le passé, l'ARC incluait généralement la VR d'une police d'assurance vie dans les « liquidités ou quasi-liquidités ».

Récemment, dans la décision anticipée 2010-0358061R3[5], l'ARC devait de plus déterminer dans quelle catégorie de type de biens il fallait inclure l'excédent de la JVM d'une police d'assurance vie sur sa VR. Dans les circonstances de ce dossier précis, l'ARC a accepté de classifier les VR des polices d'assurance vie à titre de « liquidités ou quasi-liquidités » alors que l'excédent de la JVM des polices d'assurance vie sur leur VR a été classifié à titre de biens de « placement ». En effet, dans la décision anticipée 2010-0358061R3, la société cédante ne possédait pas de biens d'entreprise. Dans d'autres circonstances, il pourrait être possible que l'excédent de la JVM d'une police d'assurance sur sa VR fasse partie de la catégorie « biens d'entreprise ». Soulignons également que si les circonstances d'un dossier démontrent une intention de monnayer la police d'assurance vie ou si le décès de la personne assurée est imminent, la JVM d'une police d'assurance vie, incluant sa VR, le cas échéant, pourrait devoir être classifiée à titre de

---

5 AGENCE DU REVENU DU CANADA, décision anticipée 2010-0358061R3, 1er janvier 2010.

« liquidités ou quasi-liquidités ». En terminant, rappelons que la classification d'un bien dans le cadre d'une transaction papillon requiert toujours un examen de tous les faits et circonstances relatifs à une situation particulière donnée. Il est donc possible qu'une classification différente d'une police d'assurance vie puisse se justifier dans un contexte particulier.

Réponse de l'ARC à la question 1.2)

La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit techniquement une attribution de la JVM de chaque type de biens de la société cédante sur une base brute. Toutefois, par position administrative, l'ARC permet d'effectuer des attributions d'éléments d'actif selon la méthode de la JVM nette, c'est-à-dire après déduction des passifs relatifs aux types de biens attribués. Cet allégement administratif est cependant encadré et l'allocation du passif doit être effectuée d'une façon prédéterminée. Ainsi, la position générale de l'ARC est que :

a) Les dettes à court terme doivent être attribuées et appliquées en réduction de la JVM de chaque bien faisant partie des liquidités (avant la reclassification de certains types de liquidités ou quasi-liquidités (par exemple, les comptes clients, les stocks et les frais payés d'avance) à titre de biens d'entreprise généralement permise par l'ARC à certaines conditions) en proportion de la JVM de chaque élément des liquidités sur la JVM totale de tous les biens faisant partie des liquidités. L'allocation des dettes à court terme ne doit pas excéder la JVM totale de tous les biens faisant partie des liquidités. Les dettes à court terme qui seront attribuées à des biens qui feront partie initialement des liquidités et qui seront reclassifiées à titre de biens d'entreprise s'il y a lieu doivent être considérées par la suite comme des dettes attribuées aux biens d'entreprise.

b) Les dettes, autres que les dettes à court terme, qui se rapportent à des biens précis doivent être attribuées à ceux-ci jusqu'à concurrence de leur JVM. Toute la portion d'une telle dette dépassant la JVM d'un bien doit être considérée comme se rapportant au type de biens auquel se rapporte le bien donné (et non à un bien précis).

c) Les dettes, autres que les dettes à court terme, qui ne se rapportent pas à des biens précis, mais qui se rapportent à un type de biens précis, doivent être attribuées au type de biens auquel elles se rapportent, jusqu'à concurrence de la JVM de ce type de biens, déterminée après l'attribution prévue au paragraphe b) ci-dessus.

d) S'il y a lieu, toutes les dettes restantes, après les attributions visées aux paragraphes a) à c) précédents, doivent être attribuées et appliquées en réduction de la JVM de chaque type de biens en proportion de la JVM de chaque type de biens, ces JVM étant déterminées après les attributions visées aux paragraphes a) à c) précédents et jusqu'à concurrence de la JVM de ce type de biens, déterminée après les attributions visées aux paragraphes a) à c) précédents.

Cela dit, il pourrait s'avérer impossible d'égaliser parfaitement les proportions de chaque type de biens de la société cédante à attribuer aux sociétés cessionnaires même en se prévalant de la méthode de la JVM nette acceptée par l'ARC. Dans un tel cas, une solution envisageable pourrait être le transfert proportionnel par la société cédante aux sociétés cessionnaires de droits indivis dans le bien difficilement partageable. À titre d'exemple, dans la décision anticipée 2010-0358061R3, la société cédante a transféré aux quatre sociétés cessionnaires des parts indivises de 25 % dans trois polices d'assurance vie.

Réponse de l'ARC à la question 1.3)

L'alinéa 55(3.1)a) L.I.R. écarte l'application de l'alinéa 55(3)b) L.I.R. notamment dans les circonstances où un bien serait devenu celui de la société cédante, autrement que par suite d'une opération expressément autorisée aux sous-alinéas 55(3.1)a)(i) à 55(3.1)a)(iv) L.I.R., en prévision d'une attribution effectuée dans le cadre de la réorganisation au cours de laquelle le dividende a été reçu et avant pareille attribution.

De façon générale, l'ARC considère qu'un emprunt effectué par une société entraîne techniquement une acquisition d'argent par cette dernière. Ainsi, dans la situation donnée décrite ci-dessus, l'ARC pourrait considérer que l'acquisition d'argent par la société cédante découlant de l'emprunt serait visée par l'alinéa 55(3.1)a) L.I.R. et aurait pour effet d'assujettir les dividendes intersociétés à l'application du paragraphe 55(2) L.I.R.

Réponse de l'ARC à la question 2)

Le paragraphe 112(3) L.I.R. est une « règle de minimisation des pertes » qui peut avoir pour effet de réduire la perte résultant de la disposition d'une action détenue à titre d'immobilisation par un contribuable, sauf une fiducie, du montant des dividendes non imposables reçus sur cette action. Lors des modifications législatives apportées au paragraphe 112(3) L.I.R., qui ont entre autres eu pour effet d'assujettir des particuliers, sauf une fiducie, aux règles de minimisation des pertes à l'égard des dispositions d'actions

effectuées après le 26 avril 1995, plusieurs règles transitoires furent également introduites afin de protéger des droits acquis (« règles grand-père »).

À la lumière des faits décrits dans la situation donnée, nous comprenons que l'exception prévue à l'alinéa 131(11)a) de la *Loi de 1997 modifiant l'impôt sur le revenu*[6] serait inapplicable.

La règle transitoire introduite dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* par le paragraphe 131(12) de la Loi de 1997 édicte entre autres que, pour l'application de l'exception prévue à l'alinéa 131(11)b) de la Loi de 1997, laquelle écarte l'application du paragraphe 112(3) L.I.R. à certaines dispositions, une action du capital-actions d'une société qui a été acquise en échange d'une autre action dans le cadre d'une opération visée par les articles 51, 85, 86 ou 87 L.I.R. est réputée constituer la même action que l'ancienne action.

L'exception prévue à l'alinéa 131(11)b) de la Loi de 1997 vise la disposition d'une action du capital-actions d'une société (dans le cas présent, l'action du capital-actions de A inc. ou B inc.) effectuée en faveur de celle-ci, dans le cas où les conditions suivantes sont réunies :

i) le 26 avril 1995, l'action (dans le cas présent, l'action du capital-actions de SF inc. (ancienne action), l'action du capital-actions de A inc. ou B inc. étant réputée constituer la même action que l'ancienne action par application du paragraphe 131(12) de la Loi de 1997) appartenait à un particulier (Enfant A ou Enfant B);

ii) le 26 avril 1995, une société (SF inc.) était le bénéficiaire d'une police d'assurance vie sur la tête du particulier (Enfant A ou Enfant B);

iii) il était raisonnable de conclure, le 26 avril 1995, que l'un des principaux objets de la police d'assurance vie était de financer, directement ou indirectement, en tout ou en partie, le rachat, l'acquisition ou l'annulation de l'action par la société émettrice (SF inc.);

iv) la disposition est effectuée par une personne décrite aux divisions 131(11)b)(iv)(A) à 131(11)b)(iv)(D) de la Loi de 1997 (à titre d'exemple, le particulier (Enfant A ou Enfant B) ou son époux ou conjoint de fait, la

---

6 L.C. 1998, ch. 19 (« Loi de 1997 »).

succession du particulier ou de son époux ou conjoint de fait au cours de la première année d'imposition de la succession, etc.).

L'ARC s'est déjà prononcé à certaines occasions afin de réitérer que l'admissibilité aux règles grand-père survit au transfert par un actionnaire, en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R., de ses actions du capital-actions de la société titulaire de la police d'assurance vie en faveur de sa société de portefeuille. De plus, tel qu'il est indiqué dans le bulletin *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*[7], des modifications, changements ou résiliations apportés à la police d'assurance vie après le 26 avril 1995 ne devraient pas en soi faire perdre le bénéfice des règles grand-père. Ainsi, il a été décidé par exemple que le changement subséquent de titulaire et bénéficiaire de la police d'assurance vie, sous réserve toutefois d'autres considérations, ne devrait pas toucher la survie des règles grand-père[8].

Il est possible que la disposition future des actions du capital-actions de A inc. et B inc. puisse respecter les conditions édictées à l'alinéa 131(11)b) de la Loi de 1997. Il nous est cependant impossible de nous prononcer de manière définitive sur ce point dans les circonstances puisque l'application de la règle transitoire prévue à l'alinéa 131(11)b) de la Loi de 1997 requiert l'analyse des faits et circonstances entourant chaque situation particulière (entre autres, s'assurer que le test d'objet prévu au sous-alinéa 131(11)b)(iii) de la Loi de 1997 est respecté, déterminer si la disposition des actions du capital-actions de A inc. ou B inc. est effectuée par une personne prescrite aux divisions 131(11)b)(iv)(A) à 131(11)b)(iv)(D) de la Loi de 1997, etc.).

Réponse de l'ARC à la question 3)

De façon générale, les opérations de partage de biens entre sociétés peuvent entraîner des dividendes pouvant être assujettis à l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. Toutefois, le paragraphe 55(3) L.I.R. prévoit des exceptions qui permettent d'écarter l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. aux dividendes ainsi reçus. L'alinéa 55(3)b) L.I.R. vise les dividendes reçus dans le cadre de certaines réorganisations de sociétés, communément appelées réorganisations papillon. L'alinéa 55(3)a) L.I.R. vise, pour sa part, le dividende reçu dans le cadre de certaines opérations entre personnes liées,

---

7 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques* (archives), n° 12, 11 février 1998.

8 Voir à cet égard AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9916175, 13 juillet 1999; documents 2010-0359431C6, 4 mai 2010 et 2011-0398401C6, 20 mai 2011.

pourvu qu'à un moment donné aucun des faits prévus aux sous-alinéas 55(3)a)(i) à 55(3)a)(v) L.I.R. ne se soit produit dans le cadre d'une opération, d'un événement ou d'une série d'opérations ou d'événements dans le cadre duquel le dividende a été reçu.

Tel qu'il a été vu précédemment, une réorganisation papillon permet une répartition proportionnelle, avec report d'impôts, des biens de la société cédante entre ses sociétés actionnaires. Toutefois, une telle réorganisation exige entre autres une attribution de la quote-part proportionnelle de chaque type de biens de la société cédante aux sociétés cessionnaires. L'exception prévue à l'alinéa 55(3)a) L.I.R. n'exige pas une telle attribution proportionnelle de biens. Par contre, tel qu'il est indiqué ci-dessus, la série d'opérations dans le cadre de laquelle le dividende a été reçu ne doit pas comporter de dispositions ou d'augmentations de participation visées à l'un des sous-alinéas 55(3)a)(i) à 55(3)a)(v) L.I.R., c'est-à-dire des dispositions ou augmentations de participation de personnes non liées au bénéficiaire de dividende.

Dans cette optique, le sous-alinéa 55(5)e)(i) L.I.R. édicte que, pour l'application de l'article 55 L.I.R., des personnes sont réputées n'avoir entre elles aucun lien de dépendance et ne pas être liées entre elles si l'une est le frère ou la sœur de l'autre. Le sous-alinéa 55(5)e)(iv) L.I.R. souligne de plus qu'il ne doit pas être tenu compte du paragraphe 251(3) L.I.R. aux fins de l'article 55 L.I.R.

Par le passé, l'ARC a déjà accepté, dans certaines circonstances bien précises, d'écarter l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. en raison de l'exception prévue à l'alinéa 55(3)a) L.I.R. aux dividendes résultant du partage des biens entre sociétés dont l'actionnariat comportait des frères et sœurs, dans la mesure où la présence de leurs parents dans l'actionnariat des sociétés impliquées permettait de respecter les conditions prévues à l'alinéa 55(3)a) L.I.R. Ainsi, dépendamment des faits et de la structure des opérations projetées lors du partage des biens entre les enfants, un tel partage pourrait être envisageable dans le cadre de certaines réorganisations d'entreprises familiales.

Par ailleurs, le paragraphe 55(4) L.I.R. pourrait faire en sorte de réputer les personnes autrement liées ne pas être liées entre elles s'il est raisonnable de considérer que l'un des principaux motifs d'événements ou d'opérations consiste à faire en sorte que des personnes deviennent liées entre elles ou qu'une société en contrôle une autre, de façon à ce que le paragraphe 55(2) L.I.R. ne s'applique pas aux dividendes. L'application du paragraphe 55(4) L.I.R. nécessite l'examen de tous les faits et circonstances entourant une

situation particulière. À titre d'exemple et de manière très générale, l'ARC a déjà pris comme position que le paragraphe 55(4) L.I.R. ne devrait pas s'appliquer lorsque le principal motif lié à la détention par un actionnaire d'un nombre suffisant d'actions du capital-actions d'une société lui permettant de la contrôler était de protéger ses intérêts économiques.

4. DON D'ACTIONS PROVENANT D'OPTIONS REÇUES D'UNE SOCIÉTÉ PRIVÉE

Lorsqu'une société privée émet à ses employés des options d'achat d'actions qui sont « dans l'argent » au moment de leur émission et que la société devient subséquemment une société publique, les employés peuvent exercer leurs options, mais ne pourront éventuellement utiliser que la déduction en vertu de l'alinéa 110(1)d.1) L.I.R. si l'option était « dans l'argent » au moment de son octroi, et à condition que les actions soient détenues pendant deux ans selon la condition prévue au sous-alinéa (ii) du même alinéa.

Il semble que le don d'une telle action ne permette pas à l'employé de bénéficier également de la déduction additionnelle prévue à l'alinéa 110(1)d.01) L.I.R. En vertu de cet alinéa, le don d'actions doit survenir dans les 30 jours de l'exercice. Cette condition semble incompatible avec la détention minimale de deux ans prévue au sous-alinéa 110(1)d.1)(ii) L.I.R.

Question au ministère des Finances du Canada

Le ministère des Finances du Canada peut-il considérer des changements pour permettre les dons d'actions de sociétés publiques obtenues par voie d'exercice d'options d'achat d'actions, même lorsque les options sont octroyées par une société privée devenue subséquemment une société cotée en bourse?

Réponse du ministère des Finances du Canada

Au cours des dernières années, le gouvernement a consenti des incitatifs fiscaux importants pour appuyer les dons de bienfaisance.

- Le Budget de 2006 a mis en place une pleine exonération de l'impôt sur le gain en capital pour les dons de titres cotés à une bourse de valeurs désignée. Ce budget a aussi étendu l'exonération pour dons de fonds de terre écosensibles à des organismes publics voués à la conservation.

- L'exonération de l'impôt sur les gains en capital pour dons de titres cotés à une bourse de valeurs a été étendue aux dons à des fondations privées dans le Budget de 2007 et aux dons de certains titres échangeables dans le Budget de 2008.

Il s'avère primordial d'évaluer la pleine efficacité de ces mesures avant de considérer toute autre initiative.

Les dons d'actions de sociétés privées soulèvent des préoccupations concernant la détermination de la valeur exacte de ces actions et la nécessité d'adopter des règles antiévitement.

Les incitatifs fiscaux concernant les dons à des organismes de bienfaisance enregistrés au Canada sont considérés parmi les plus généreux dans le monde. Cela étant dit, tel qu'il est mentionné dans le Budget de juin 2011, le gouvernement est réceptif aux moyens visant à améliorer les incitatifs fiscaux rattachés aux dons de bienfaisance. Le gouvernement a demandé au Comité permanent des finances de la Chambre des communes d'entreprendre une étude en ce sens au cours de la première session de la législature en cours.

Question à l'ARC

L'ARC est-elle en accord avec le fait que la déduction à l'alinéa 110(1)d.1) L.I.R. soit incompatible avec la déduction prévue dans un cas de don à l'alinéa 110(1)d.01) L.I.R.?

Réponse de l'ARC

Afin de pouvoir bénéficier de la déduction en vertu de l'alinéa 110(1)d.01) L.I.R., les conditions suivantes doivent être respectées. Premièrement, le sous-alinéa 110(1)d.01)(i) L.I.R. mentionne que le titre doit être visé au sous-alinéa 38a.1)(i) L.I.R., ce qui comprend entre autres une action qui est cotée à une bourse de valeurs désignée. Deuxièmement, le sous-alinéa 110(1)d.01)(iii) L.I.R. prévoit que le don doit être fait au cours de l'année et au plus tard le 30e jour suivant le jour où le contribuable a acquis le titre. Finalement, le sous-alinéa 110(1)d.01)(iv) L.I.R. prévoit qu'il doit être possible de déduire un montant en application de l'alinéa 110(1)d) L.I.R. relativement à l'acquisition du titre.

En bref, l'alinéa 110(1)d) L.I.R. permet la déduction de la moitié de la valeur de l'avantage qui est réputé par le paragraphe 7(1) L.I.R. avoir été reçu par le contribuable. Pour bénéficier de cette déduction, certaines

conditions doivent être respectées. Entre autres, la division 110(1)d)(i.1)(A) L.I.R. exige que l'action soit une action visée par règlement[9] au moment de l'émission ou de la vente. De plus, la division 110(1)d)(ii)(A) L.I.R. requiert que le montant payable par le contribuable pour l'acquisition de l'action aux termes de la convention relative à une option d'achat d'actions soit au moins égal à l'excédent de la JVM de l'action au moment de la conclusion de la convention relative à une option d'achat d'actions sur le montant payé par le contribuable, le cas échéant, pour obtenir le droit d'acquérir l'action. Lorsqu'un contribuable ne respecte pas une des conditions énumérées à l'alinéa 110(1)d) L.I.R., il ne pourra pas déduire un montant en application de cet alinéa relativement à l'action. Par le fait même, il ne pourra pas se prévaloir de la déduction prévue à l'alinéa 110(1)d.01) L.I.R. puisqu'il ne respectera pas la condition mentionnée au sous-alinéa 110(1)d.01)(iv) L.I.R. Cela semble être le cas dans la situation décrite.

Un contribuable qui désire bénéficier de la déduction prévue à l'alinéa 110(1)d.1) L.I.R. doit, entre autres, détenir les titres visés à l'alinéa 7(1)a) et au paragraphe 7(1.1) L.I.R. pour une période minimale de deux ans. Toutefois, lorsqu'un contribuable n'a pas le droit à la déduction prévue à l'alinéa 110(1)d.1) L.I.R. uniquement parce qu'il a disposé des titres à l'intérieur de la période de deux ans, il pourrait néanmoins avoir droit à la déduction en vertu de l'alinéa 110(1)d) L.I.R. si les conditions énumérées à cet alinéa sont remplies. Dans cette dernière situation, le contribuable pourra avoir droit à une déduction en vertu de l'alinéa 110(1)d.01) L.I.R. s'il remplit toutes les autres conditions énumérées à cet alinéa.

En conclusion, nous sommes d'avis qu'un contribuable qui est uniquement admissible à la déduction prévue à l'alinéa 110(1)d.1) L.I.R. ne pourra pas être admissible à la déduction énumérée à l'alinéa 110(1)d.01) L.I.R., car il lui sera impossible de respecter à la fois l'exigence du sous-alinéa 110(1)d.01)(iii) L.I.R. et celle du sous-alinéa 110(1)d.1)(ii) L.I.R.

5. RÉGIME COLLECTIF ET POLICES INDIVIDUELLES

De longue date, l'ARC a maintenu sa position selon laquelle un employeur peut contracter des polices d'assurance individuelles et considérer que les primes ont été payées dans le cadre d'un régime collectif, la police ne constituant pas le régime proprement dit mais bien une composante du

[9] Voir l'article 6204 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (« R.I.R. »).

régime, ou elle en fait partie. Le régime est plutôt l'entente conclue entre un employeur et ses employés ou un groupe ou une association d'employés qui prévoit l'indemnisation d'un employé[10].

L'ARC a aussi établi qu'un régime d'assurance collective contre la maladie et les accidents pouvait se composer d'un regroupement de polices individuelles d'assurance maladies graves et de polices individuelles soins de longue durée, ou encore dans ce dernier cas, d'un régime privé d'assurance maladie (RPAM), selon le mécanisme de paiement des prestations[11].

Dans le cadre habituel de l'établissement d'un régime d'assurance collective contre la maladie ou les accidents et d'un RPAM, il est possible d'assurer des prestations au bénéfice des employés, de leur conjoint ou d'une personne résidant chez l'employé et avec laquelle l'employé est uni par les liens du sang, du mariage ou de l'adoption.

Dans l'hypothèse où un employeur mettrait en place un tel régime collectif en souscrivant des polices individuelles d'assurance maladies graves et des polices individuelles de soins de longue durée, lequel respecterait par ailleurs tous les critères nécessaires pour se qualifier comme régime d'assurance collective ou comme un RPAM : est-ce que l'ARC considérerait qu'un régime regroupant des polices d'assurance individuelles qui offriraient une couverture à la fois aux employés, à leur conjoint ou à une personne résidant chez l'employé et avec laquelle l'employé est uni par les liens du sang, du mariage ou de l'adoption respecterait toujours les critères pour se qualifier comme un régime d'assurance collective contre la maladie ou les accidents et, conséquemment, bénéficierait du traitement fiscal accordé à de tels régimes?

Réponse de l'ARC

La question de savoir si un régime est un régime d'assurance collective contre la maladie ou les accidents est une question qui doit être résolue en tenant compte de tous les faits pertinents et du droit privé applicable.

---

10 *CRA View*s, dans *Taxnet pro* (en ligne : www.taxnetpro.com), interprétation technique 2006-017114I7, 25 août 2006.

11 « Table ronde sur les services financiers », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 48:1-22, question 11., aux pages 48:20-22.

En vertu de l'alinéa 6(1)a) L.I.R., un contribuable doit inclure dans le calcul de son revenu la valeur de la pension, du logement et autres avantages quelconques qu'il a reçus ou dont il a joui au cours de l'année au titre, dans l'occupation ou en vertu d'une charge ou d'un emploi, à l'exception des avantages énumérés aux sous-alinéas 6(1)a)(i) à 6(1)a)(v) L.I.R. Le sous-alinéa 6(1)a)(i) L.I.R. vise notamment les avantages qui résultent des cotisations que l'employeur verse dans le cadre d'une fiducie de soins de santé au bénéfice d'employés (« Fiducie de soins de santé ») et d'un régime d'assurance collective contre la maladie ou les accidents. Toutefois, l'alinéa 6(1)f) L.I.R. prévoit que les prestations reçues d'un régime d'assurance collective contre la maladie ou les accidents sont à inclure dans le calcul du revenu dans certaines circonstances.

Bien que la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne définisse pas l'expression « régime d'assurance collective contre la maladie ou les accidents » utilisée aux alinéas 6(1)a) et 6(1)f) L.I.R., il nous apparaît que l'intention du législateur est qu'un régime d'assurance collective contre la maladie ou les accidents peut assurer des prestations à un employé, à son époux ou à son conjoint de fait ou à une personne liée à l'employé qui habite chez lui ou est à sa charge. En effet, aux fins des règles sur les Fiducies de soins de santé, une prestation d'un régime d'assurance collective contre la maladie ou les accidents constitue une « prestation désignée » selon la définition de cette expression au paragraphe 144.1(1) L.I.R. et peut être versée dans le cadre d'une Fiducie de soins de santé à un employé, à son époux, à son conjoint de fait ou à une personne qui lui est liée et qui habite chez lui ou est à sa charge.

6. ARTICLE 80 L.I.R. ET RÈGLEMENT DE DETTES

La définition de « solde de pertes applicable » (« SPA ») au paragraphe 80(1) L.I.R. prévoit la possibilité sous certaines conditions d'inclure des pertes qui ne sont plus par ailleurs déductibles en raison d'une acquisition de contrôle antérieure.

Dans le contexte d'un regroupement par voie de liquidation qui est réalisé préalablement à un règlement de dette afin d'utiliser les pertes d'une filiale en propriété exclusive, les conditions prévues aux alinéas 88(1.1)b) et 88(1.2)b) L.I.R. semblent empêcher l'utilisation des pertes par la société mère. En effet, ces alinéas exigent que la perte ait été déductible dans le calcul du revenu imposable de la filiale pour une année d'imposition 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 revenu pour cette année. Les pertes de la filiale qui sont visées par les règles d'acquisition de contrôle n'auraient pas été déductibles par la filiale dans le calcul de son

revenu imposable pour une telle année. La société mère ne peut donc pas inclure de telles pertes de sa filiale dans son SPA même si par ailleurs les autres conditions sont respectées.

Par contre, si la société mère et la filiale étaient fusionnées dans le cadre d'une fusion au sens prévu au paragraphe 87(1) L.I.R., les pertes de la filiale pourraient être incluses dans le SPA de la nouvelle société issue de la fusion en vertu de la règle de continuité prévue au paragraphe 87(2.1) L.I.R.

Question à l'ARC

Est-ce que l'ARC considère que ces deux conclusions sont exactes?

Réponse de l'ARC

Nous ne pouvons déterminer avec certitude quel serait le traitement fiscal dans les situations décrites ci-dessus parce que les faits présentés sont incomplets. Par exemple, nous ne savons pas par qui ni à quel moment il y a eu une acquisition du contrôle de la filiale, et dans le cadre de quelle activité la dette a été émise. De plus, nous ne connaissons pas le type de pertes de la filiale. Toutefois, nous sommes en mesure de vous offrir les commentaires généraux suivants.

Liquidations assujetties aux paragraphes 88(1.1) et 88(1.2) L.I.R.

Définition de SPA au paragraphe 80(1) L.I.R. et les paragraphes 80(3) et 80(4) L.I.R.

La notion de SPA est pertinente aux fins de l'application des paragraphes 80(3) et 80(4) L.I.R., et peut avoir pour effet de limiter le montant remis qui peut être appliqué en réduction des pertes d'un débiteur en vertu des paragraphes 80(3) et 80(4) L.I.R. Lorsque le SPA quant à une perte est nul, aucun montant remis ne peut être appliqué en vertu des paragraphes 80(3) et 80(4) L.I.R. en réduction de la perte.

La définition de SPA au paragraphe 80(1) L.I.R. et les paragraphes 80(3) et 80(4) L.I.R. ne sont pas applicables à l'égard des pertes autres que des pertes en capital, des pertes agricoles, des pertes agricoles restreintes et des pertes en capital nettes d'une filiale qui sont réputées être des pertes de même nature pour sa société mère en raison de l'application des paragraphes 88(1.1) ou 88(1.2) L.I.R. Il nous apparaît que les règles d'application prévues aux paragraphes 88(1.1) ou 88(1.2) L.I.R. ne sont pas suffisamment

larges pour permettre l'application de la définition de SPA au paragraphe 80(1) L.I.R. et les paragraphes 80(3) et 80(4) L.I.R. aux pertes d'une filiale.

Pertes en capital nettes d'une filiale et le paragraphe 80(12) L.I.R.

Les pertes en capital nettes d'une filiale qui sont réputées être des pertes en capital nettes de sa société mère en raison de l'application du paragraphe 88(1.2) L.I.R. peuvent être utilisées à l'égard d'un montant remis de sa société mère dans le cadre de l'application du paragraphe 80(12) L.I.R. (plus particulièrement à la division 80(12)a)(ii)(B) L.I.R.).

En vertu de l'alinéa 80(12)a) L.I.R., le débiteur est réputé tirer de la disposition d'immobilisations un gain en capital pour l'année d'imposition du règlement de la dette correspondant au moindre de la partie non appliquée restante du montant remis sur la dette et du montant déterminé en vertu du sous-alinéa 80(12)a)(ii) L.I.R. La division 80(12)a)(ii)(B) L.I.R. inclut un montant dans le calcul au sous-alinéa 80(12)a)(ii) L.I.R. correspondant au double du montant qui, par l'effet du paragraphe 88(1.2) L.I.R., serait déductible en application de l'alinéa 111(1)b) L.I.R. dans le calcul du revenu imposable du débiteur (société mère) pour l'année si le revenu et les gains en capital imposables de celui-ci pour l'année d'imposition étaient suffisants.

Le montant remis est alors réduit par l'application de l'alinéa 80(12)b) L.I.R. Plus particulièrement, l'alinéa 80(12)b) L.I.R. prévoit que le montant remis sur la dette est considéré comme étant appliqué aux termes du paragraphe 80(12) L.I.R. jusqu'à concurrence du montant du gain en capital réputé déterminé en vertu de l'alinéa 80(12)a) L.I.R.

Lorsqu'une société a acquis le contrôle d'une filiale, les pertes en capital nettes de la filiale pour une année d'imposition se terminant avant le moment de l'acquisition de contrôle ne peuvent être transférées à la société mère dans le cadre de l'application du paragraphe 88(1.2) L.I.R. en raison de la restriction qui est prévue à l'alinéa 88(1.2)b) L.I.R. (c'est-à-dire parce que les pertes en capital nettes de la filiale pour une année d'imposition se terminant avant le moment de l'acquisition de contrôle ne seraient pas déductibles dans le calcul du revenu imposable de la filiale qui commence après le début de la liquidation en raison de l'alinéa 111(4)a) L.I.R.). Par conséquent, les pertes en capital nettes de la filiale pour une année d'imposition se terminant avant le moment de l'acquisition de contrôle ne pourraient pas être utilisées dans le cadre de l'application du paragraphe 80(12) L.I.R.

Pertes autres que des pertes en capital d'une filiale et le paragraphe 80(13) L.I.R.

Les pertes autres que des pertes en capital d'une filiale qui sont réputées être des pertes autres que des pertes en capital de sa société mère en raison de l'application du paragraphe 88(1.1) L.I.R. peuvent être utilisées dans certaines situations par la société mère à titre de déduction dans le calcul de son revenu imposable en vertu de l'alinéa 111(1)a) L.I.R. à l'égard d'un montant qui est inclus dans le calcul de son revenu d'une source donnée dans le cadre du paragraphe 80(13) L.I.R.

Le préambule du paragraphe 80(13) L.I.R. inclut une fiction légale concernant la source à laquelle se rattache un montant qui doit être inclus dans le calcul du revenu d'un contribuable en vertu du paragraphe 80(13) L.I.R. Ce préambule mentionne :

> « En cas de règlement, à un moment donné d'une année d'imposition, d'une dette commerciale émise par un débiteur, le résultat du calcul suivant est à ajouter dans le calcul du revenu du débiteur pour l'année provenant de la source relativement à laquelle la dette a été émise : […] »

Par exemple, lorsqu'une dette a été émise pour financer l'acquisition d'un bien amortissable qui a été acquis afin de gagner du revenu dans le cadre d'une entreprise donnée, la source serait l'entreprise donnée. La source, aux fins de l'application des sous-alinéas 88(1.1)e)(i) et 88(1.1)e)(ii) L.I.R., pourrait selon les circonstances, être une entreprise qui était exploitée par une filiale, qui a été transférée à sa société mère dans le cadre de la liquidation de la filiale et qui est maintenant exploitée par la société mère.

Par contre, les restrictions prévues à l'alinéa 88(1.1)e) L.I.R. sont applicables pour l'utilisation par une société mère des pertes autres que des pertes en capital de sa filiale lorsqu'il y a eu une acquisition du contrôle de la filiale. Aucun montant ne serait déductible au titre d'une perte autre qu'une perte en capital subie par la filiale pour une année d'imposition se terminant avant le moment de l'acquisition de contrôle, dans le calcul du revenu imposable de la société mère lorsque la condition prévue au sous-alinéa 88(1.1)e)(i) L.I.R. a cessé d'être satisfaite (par exemple, si l'entreprise de la filiale n'est plus exploitée par la société mère).

Il nous semble que la fiction légale qui est prévue au paragraphe 80(13) L.I.R. concernant la source à laquelle se rattache un montant qui doit être inclus dans le calcul du revenu en vertu du paragraphe 80(13) L.I.R. n'est pas en soi assez large pour permettre l'utilisation par la société mère d'une perte autre qu'une perte en capital de la filiale qui est assujettie aux

restrictions prévues à l'alinéa 88(1.1)e) L.I.R. lorsque l'entreprise de la filiale a cessé d'être exploitée.

Il nous semble qu'il y a un problème en ce qui concerne l'application de l'interaction de l'alinéa 88(1.1)b) L.I.R. et du paragraphe 111(5) L.I.R. lorsqu'il y a eu une acquisition du contrôle de la filiale qui précède la liquidation de la filiale. Il n'est pas clair que la condition prévue à l'alinéa 88(1.1)b) L.I.R. serait satisfaite lorsque l'entreprise de la filiale est transférée à la société mère avant le début de la première année d'imposition qui commence après le début de la liquidation, et ce, en raison des conditions prévues aux sous-alinéas 111(5)a)(i) et 111(5)a)(ii) L.I.R. applicables à la filiale. Néanmoins, l'ARC accepte qu'il y ait un transfert des pertes autres que des pertes en capital de la filiale à la société mère lorsqu'immédiatement avant le transfert de l'entreprise à la société mère, l'entreprise était encore exploitée par la filiale en vue de tirer un profit ou dans une attente raisonnable de profit.

Fusions au sens prévu au paragraphe 87(1) L.I.R.

Lorsqu'une société mère et sa filiale sont fusionnées dans le cadre d'une fusion au sens prévu au paragraphe 87(1) L.I.R., les pertes autres que des pertes en capital, les pertes agricoles, les pertes agricoles restreintes et les pertes en capital nettes de la filiale pourraient, selon les circonstances, être incluses dans les SPA de la nouvelle société issue de la fusion.

Le paragraphe 87(2.1) L.I.R. prévoit notamment qu'aux fins de déterminer pour une année d'imposition la perte autre qu'une perte en capital, la perte en capital nette, la perte agricole restreinte et la perte agricole de la nouvelle société issue d'une fusion, la nouvelle société est réputée être la même société que chaque société remplacée et en être la continuation.

Le paragraphe 87(2.1) L.I.R. fait en sorte que lors de la fusion d'une société mère et de sa filiale, les pertes de la filiale deviennent des pertes de la nouvelle société issue de la fusion. La définition de SPA prévue au paragraphe 80(1) L.I.R. peut alors être applicable pour la nouvelle société à l'égard de ses pertes autres que des pertes en capital, ses pertes agricoles, ses pertes agricoles restreintes et ses pertes en capital nettes qui proviennent de la filiale.

Le SPA d'un débiteur quant à une dette commerciale et à une perte pour une année d'imposition donnée est d'abord calculé selon certaines hypothèses qui sont décrites aux alinéas a) à c) de la définition de SPA. À cet

égard, l'alinéa c) prévoit que l'alinéa 111(4)a) L.I.R. et le paragraphe 111(5) L.I.R. ne s'appliquent pas (c'est-à-dire sans les restrictions portant sur l'acquisition du contrôle d'une société).

Toutefois, lorsque le débiteur est une société dont le contrôle a été acquis à un moment antérieur au moment du règlement de la dette par une personne ou un groupe de personnes et que l'année d'imposition de la perte s'est terminée avant le moment de l'acquisition de contrôle, le SPA au moment donné quant à la dette et à la perte en question pour l'année d'imposition est réputé nul, sauf si la dette est une dette qui est décrite aux alinéas d) et e) de la définition de SPA. L'alinéa d) de la définition de SPA inclut une dette qui a été émise par le débiteur avant l'acquisition de contrôle et non en prévision de cette acquisition.

Par conséquent, dans la situation présentée ci-dessus, le SPA de la nouvelle société issue de la fusion quant à une dette commerciale et à une perte pour une année d'imposition donnée qui s'est terminée avant le moment de l'acquisition de contrôle serait nul, si la dette (autre qu'une dette visée par l'alinéa e) de la définition de SPA) a été émise après une acquisition de contrôle, par une société remplacée ou par la nouvelle société issue de la fusion.

7. HONORAIRES D'ÉVALUATION D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE DANS LE CADRE D'UN TRANSFERT DE LA POLICE PAR UN ACTIONNAIRE À SA SOCIÉTÉ

Un particulier est titulaire d'une police d'assurance vie qui est une police exonérée aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Lors du transfert de cette police d'assurance vie à la société dont il est l'unique actionnaire, il est très important de déterminer la JVM de la police d'assurance vie au moment du transfert. À cette fin, il est recommandé de retenir les services d'un actuaire, à titre d'exemple, pour déterminer avec le plus de précision possible la JVM de ladite police de façon à ce qu'aucune des deux parties à la transaction ne soit lésée et qu'il n'en découle pas de conséquences fiscales indésirables.

Questions à l'ARC

1) L'ARC considère-t-elle comme raisonnable, dans une telle situation, que les honoraires d'évaluation de la police d'assurance soient supportés à 50-50 entre le cédant et l'acquéreur de ladite police?

2) L'ARC peut-elle nous spécifier le traitement fiscal desdits honoraires, tant pour le cédant que pour l'acquéreur?

Réponse de l'ARC

Réponse de l'ARC à la question 1)

Le caractère raisonnable de la répartition des frais d'évaluation d'une police d'assurance vie entre l'actionnaire et la société est une question de fait qui ne peut être résolue qu'après avoir considéré tous les faits pertinents. L'ARC n'a pas d'exigences spécifiques à cet égard.

Réponse de l'ARC à la question 2)

Les dispositions du paragraphe 148(7) L.I.R. s'appliquent lorsqu'un intérêt d'un titulaire dans une police d'assurance vie fait l'objet d'une disposition par voie de don, par une distribution effectuée par une société ou par le seul effet de la loi, en faveur d'une personne, ou d'une autre manière, en faveur d'une personne avec laquelle le titulaire de la police avait un lien de dépendance. Dans ces circonstances, le titulaire de la police est réputé dès lors acquérir le droit de recevoir un produit de disposition égal à la valeur de l'intérêt au moment de la disposition, et la personne qui acquiert l'intérêt à la suite de la disposition est réputée l'acquérir à un coût égal à cette valeur.

Le terme « valeur » est défini au paragraphe 148(9) L.I.R. et s'applique aux fins de l'article 148 L.I.R. Selon ce paragraphe, la valeur à un moment donné d'un intérêt dans une police d'assurance vie est :

a) lorsque l'intérêt comprend un intérêt dans la valeur de rachat de la police, la somme y afférente que le titulaire de l'intérêt aurait le droit de recevoir si la police était rachetée à ce moment;

b) dans les autres cas, nulle.

En vertu du paragraphe 148(1) L.I.R., le titulaire de la police doit inclure l'excédent éventuel du produit de disposition de son intérêt dans la police, soit, dans le cas présent, la valeur de son intérêt dans la police, sur le CBR, pour lui, de cet intérêt immédiatement avant la disposition. Les dépenses que le titulaire de la police engage ou effectue en vue de réaliser la disposition n'entrent pas dans ce calcul.

Selon le paragraphe 148(7) L.I.R., le coût pour la société de son intérêt dans la police sera égal à la valeur déterminée selon le paragraphe 148(9)

L.I.R. Ce montant sera inclus à l'élément A de la définition de « coût de base rajusté » au paragraphe 148(9) L.I.R. Aucun ajustement n'est prévu au calcul du CBR à ce paragraphe pour tenir compte des frais que la société a engagés ou effectués pour obtenir une évaluation de la JVM de la police.

8. RETRAITS DE REÉR, RETENUES D'IMPÔT À LA SOURCE, RÈGLE D'ATTRIBUTION ET SÉPARATION DES CONJOINTS

Une décision rendue en janvier 2010 par la Cour du Québec, division des petites créances, a mis en lumière une problématique particulière concernant des retraits effectués d'un régime enregistré d'épargne-retraite (« REÉR ») au profit de l'époux ou conjoint de fait lorsque la règle d'attribution s'applique et que les conjoints se séparent plus tard dans l'année civile du retrait.

Ainsi, dans la décision *Charrier* c. *Québec*[12], le particulier avait cotisé au REÉR de sa conjointe en 2005 pour une somme de 5 970 $ qu'il a déduite pour l'année d'imposition 2005. Durant l'été 2006, une somme de 5 805 $ fut retirée du REÉR. L'institution financière a effectué les retenues à la source applicables et a remis le solde à la conjointe du contribuable. Plus tard dans l'année 2006, les conjoints se sont séparés. En vertu de la règle d'attribution applicable (la règle du 3 × 31 décembre) prévue au paragraphe 146(8.3) L.I.R., le cotisant a dû s'imposer sur le montant du retrait car les conjoints ne vivaient pas séparément lors du retrait. Toutefois, c'est son ex-conjointe qui a « bénéficié » des impôts retenus à la source. En effet, les règles de retenues à la source dans les dispositions législatives québécoises ne contiennent aucune règle d'attribution et il semble que le même principe s'applique dans la législation fédérale. Cet aspect est donc omis dans les législations.

Dans la décision spécifiée plus haut, la Cour du Québec a tranché en faveur du cotisant. Cette décision semble avoir été rendue sur des principes d'équité plutôt que d'avoir été rendue selon une analyse des dispositions législatives. Une telle décision rendue par la division des petites créances ne fait cependant pas jurisprudence et ne peut pas être étendue à l'application de la loi fiscale. Par ailleurs, il pourrait être bénéfique de poser cette question afin de minimiser les risques de conflits dans une telle situation.

---

[12] 2010 EXP-2783.

Question au ministère des Finances du Canada

Le ministère des Finances du Canada pourrait-il se pencher sur la question et, possiblement, apporter des modifications à la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour y remédier?

Réponse du ministère des Finances du Canada

Lorsqu'un montant est versé du REÉR du conjoint et que, par l'application du paragraphe 146(8.3) L.I.R., ce montant est attribué à l'époux qui n'est pas le rentier du REÉR, le montant d'impôt retenu sur les prestations REÉR est crédité à l'époux qui est le rentier du REÉR.

Dans les situations impliquant un contribuable vivant un échec du mariage au cours d'une année d'imposition où le contribuable doit également inclure un montant dans le calcul de son revenu en vertu du paragraphe 148(3) L.I.R., comme dans la situation exposée ci-dessus, la Direction de la politique de l'impôt examinera si, sur le plan de la politique fiscale, la retenue à la source effectuée sur les prestations versées du REÉR au conjoint devrait être créditée au contribuable.

Question à l'ARC

L'ARC peut-elle confirmer si le traitement fiscal des retenues d'impôt à la source, expliqué plus haut, reflète bien les dispositions fiscales fédérales?

Réponse de l'ARC

Le paragraphe 146(8) L.I.R. précise que le total des montants qu'un contribuable a reçus au cours d'une année d'imposition, à titre de prestation dans le cadre d'un REÉR, doit être inclus dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition. Cependant, lorsqu'un régime en est un au profit de l'époux ou du conjoint de fait, certaines circonstances peuvent faire en sorte que le contribuable qui a versé les primes au régime doive lui aussi inclure la totalité ou une partie du montant retiré dans le calcul de son revenu. En effet, le paragraphe 146(8.3) L.I.R. précise que lorsqu'un retrait est effectué d'un REÉR au profit de l'époux ou conjoint de fait, alors que les époux ou conjoints de fait ne vivaient pas séparément pour cause d'échec du mariage ou de l'union de fait, le contribuable qui a versé des primes au REÉR de son époux ou conjoint de fait devra inclure le montant retiré dans le calcul de son revenu jusqu'à concurrence du montant qu'il a cotisé au cours de l'année ou de l'une des deux années précédentes. Lorsque le paragraphe 146(8.3) L.I.R. s'applique, le paragraphe 146(8.6) L.I.R. permet au rentier de demander une

déduction correspondante afin d'éviter que deux personnes aient à inclure un même montant dans le calcul de leur revenu.

L'alinéa 153(1)j) L.I.R. prévoit que toute personne qui verse un paiement provenant d'un REÉR doit en déduire ou retenir la somme fixée selon les modalités règlementaires et doit remettre cette somme au Receveur général au titre de l'impôt du bénéficiaire. Dans la situation décrite, les retenues sont donc effectuées à même le paiement de la somme forfaitaire et indiquées au bénéfice de la personne qui reçoit la somme, soit le rentier du REÉR. Aucune disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne permet de faire un lien entre la retenue à la source effectuée sur le paiement remis au rentier et la règle d'attribution du paragraphe 146(8.3) L.I.R.

9. AVANTAGE IMPOSABLE RELATIF AU CHANGEMENT DE BÉNÉFICIAIRE D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE

Une société est titulaire d'une police d'assurance vie sur la vie de M. A, l'un des deux actionnaires de la société. Le bénéficiaire de la police d'assurance vie est la filiale de cette société. La police d'assurance vie a une valeur de rachat substantielle.

La société désire changer le bénéficiaire de la police et désigner l'actionnaire non assuré, M. B, à titre de bénéficiaire de la police.

Un changement de bénéficiaire ne constitue pas une disposition en vertu du paragraphe 148(9) L.I.R. Cependant, il y aura un avantage imposable pour M. B en vertu des dispositions du paragraphe 15(1) L.I.R.

Le 29 juin 2004[13], 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 détient un contrat d'assurance vie sur la tête de M. X, actionnaire unique, et elle paie les primes. La société ne déduit pas les primes. L'épouse de M. X est nommée bénéficiaire de la police. M. X décède. Le liquidateur demande si la valeur de l'avantage conféré à l'actionnaire correspond au montant des primes payées par la société ou à la prestation de décès versée par l'assureur.

L'ARC a confirmé que l'avantage à l'actionnaire était le montant de toutes les primes payées par la société et que la valeur de l'avantage visé au

[13] *Window on Canadian Tax*, Don Mills, Ont., CCH Canadian, feuilles mobiles, interprétation technique 2004-008190117, 29 juin 2004.

paragraphe 15(1) L.I.R. ne devrait pas comprendre la prestation versée à l'épouse.

La question qui se pose dans la situation d'aujourd'hui est de savoir si votre position serait la même sachant que l'espérance de vie de M. A n'est plus que de quelques mois au moment du changement de bénéficiaire.

Réponse de l'ARC

La question de déterminer si, aux termes du paragraphe 15(1) L.I.R., une société donnée a conféré un avantage à un actionnaire en est généralement une de fait.

En général, l'ARC considère que le paragraphe 15(1) L.I.R. est applicable lorsqu'une opération ou une série d'opérations entraîne un appauvrissement d'une société et un avantage économique pour un de ses actionnaires. Dans la situation susmentionnée, nous sommes d'avis que la société a conféré un avantage à un actionnaire. Toutefois, nous ne connaissons pas tous les faits pour être en mesure de déterminer si l'avantage est conféré à l'actionnaire A ou à l'actionnaire B.

Pour ce qui est de déterminer la valeur de l'avantage, la Cour d'appel fédérale nous indique l'approche analytique à suivre dans l'affaire *Youngman* c. *La Reine* :

> « In order to assess the value of a benefit, for the purposes of paragraph 15(1)(c), it is first necessary to determine what that benefit is or, in other words, what the company did for its shareholder; second, it is necessary to find what price the shareholder would have had to pay, in similar circumstances, to get the same benefit from a company of which he was not a shareholder[14]. »

La détermination de la valeur d'un avantage en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R. est une question qui ne peut être résolue qu'après une analyse complète des faits entourant une situation particulière.

Toutefois, afin d'établir la valeur de l'avantage dans la situation décrite, l'ARC tiendrait compte de tous les faits pertinents entourant la situation particulière. Notamment, selon les circonstances, l'ARC pourrait considérer le montant des primes qui seraient payables si l'actionnaire A contractait une nouvelle police d'assurance sur sa vie au moment du changement de

[14] 90 D.T.C. 6322 (C.A.F.).

bénéficiaire, la JVM de la police d'assurance vie ou la somme totale que l'assureur versera en vertu de la police.

10. INTERACTION ENTRE LES RÈGLES D'ACOMPTES PROVISIONNELS ET DISPOSITION RÉPUTÉE DES IMMOBILISATIONS AU DÉCÈS

L'article 156 L.I.R. prévoit les situations où un particulier doit verser des acomptes provisionnels. L'article 156.1 L.I.R. énonce les modalités d'exemption des règles d'acomptes provisionnels.

Supposons la situation suivante :

- Un particulier œuvrant à titre de travailleur autonome depuis plusieurs années prend sa retraite en décembre 2010.

- Le particulier a toujours effectué des acomptes provisionnels par le passé puisque son impôt net à payer dépassait toujours le plafond des acomptes provisionnels qui lui était applicable durant ces années.

Pour l'année d'imposition 2011, le particulier prévoit que son impôt net à payer ne dépassera pas le plafond des acomptes provisionnels qui lui est applicable pour l'année, car ses revenus ne sont composés que de la pension de sécurité de la vieillesse (« PSV ») et de prestations du Régime de pensions du Canada (« RPC ») et du Régime de rentes du Québec (« RRQ »).

Le 16 décembre 2011, le particulier décède subitement. Lors de son décès, les seuls revenus du particulier durant l'année étaient la PSV et des prestations du RPC/RRQ. Son impôt net à payer ne dépassait donc pas, à ce moment, le plafond des acomptes provisionnels qui lui était applicable pour l'année.

Par contre, le décès entraîne l'application des dispositions du paragraphe 70(5) L.I.R. Le particulier est ainsi réputé avoir disposé, immédiatement avant son décès, de chacune de ses immobilisations et d'avoir reçu de leur disposition un produit égal à leur JVM immédiatement avant son décès. Ce faisant, le particulier peut se retrouver avec un gain en capital substantiel.

Le gain en capital réalisé à la suite de la disposition réputée des immobilisations du particulier peut donc créer une hausse de l'impôt net à payer, causant ainsi un dépassement du plafond des acomptes provisionnels qui était applicable pour l'année.

Selon notre interprétation actuelle de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le particulier en question aurait donc dû payer des acomptes provisionnels et se verra donc imposer des intérêts et pénalités.

Nous croyons que ce traitement fiscal ne reflète pas l'intention du législateur et la politique fiscale relatives aux acomptes provisionnels.

Question au ministère des Finances du Canada

Quelle est la politique fiscale relative aux acomptes provisionnels, et comment s'applique-t-elle dans cette situation?

Réponse du ministère des Finances du Canada

Les règles concernant les acomptes provisionnels de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ont été mises en place afin que les personnes ayant un revenu n'étant pas assujetti aux règles de retenues à la source versent un montant raisonnable d'impôt durant l'année sous forme d'acomptes, selon une estimation raisonnable de leur impôt à payer pour l'année. Le gouvernement fédéral doit prélever l'impôt sur le revenu périodiquement afin de financer ses programmes tout au long de l'année.

Les particuliers doivent généralement verser des acomptes provisionnels lorsque le total de l'impôt sur le revenu fédéral et provincial pour une année (en soustrayant les montants retenus à la source) dépasse 3 000 $ pour l'année courante et pour l'une ou l'autre des deux années précédentes. De façon générale, les particuliers doivent verser leurs acomptes provisionnels pour une année d'imposition sur une base trimestrielle selon l'une ou l'autre des options suivantes :

- La méthode de l'année courante, selon laquelle le particulier doit estimer le montant de l'impôt à payer pour l'année. Le particulier doit alors estimer son revenu pour l'année afin de calculer ses acomptes provisionnels. Cette méthode vise les contribuables qui estiment que leur impôt à payer pour l'année sera inférieur à leur impôt de l'année précédente.

- La méthode de l'année précédente, selon laquelle le particulier doit verser des acomptes provisionnels déterminés à partir de l'impôt payable pour l'année précédente.

- La méthode sans calcul, selon laquelle les acomptes provisionnels sont déterminés à partir de l'impôt payé pour chacune des deux années précédentes.

Les règles d'acomptes provisionnels sont d'application générale, et ne peuvent prendre en considération la situation de chaque contribuable qui pourrait entraîner un impôt à payer pour l'année supérieur au montant initialement estimé. Lorsqu'un particulier a choisi la méthode de l'année courante, et que le montant des acomptes provisionnels versés s'avère inférieur à l'impôt à payer du particulier pour l'année, l'ARC chargera des intérêts en vertu du paragraphe 161(2) L.I.R., et pourrait aussi imposer une pénalité en vertu de l'article 163.1 L.I.R. Conformément au paragraphe 161(4.01) L.I.R., l'ARC ne chargera pas d'intérêts et n'appliquera pas de pénalité lorsque le particulier verse des acomptes provisionnels selon la méthode de l'année précédente ou la méthode sans calcul.

Dans la situation présentée, le revenu du particulier pour l'année pourrait être supérieur au revenu initialement estimé en raison de l'application du paragraphe 70(5) L.I.R. et du gain en capital qui est présumé avoir été reçu par le particulier avant son décès.

Selon le paragraphe 156.1(3) L.I.R., lorsqu'un particulier assujetti aux règles d'acomptes provisionnels est décédé durant l'année, les acomptes provisionnels venant à échéance à la date du décès ou après n'ont pas à être versés. Aussi, un particulier pourrait demander au ministre du Revenu national un allégement pour les intérêts et pour la pénalité autrement applicables concernant les acomptes provisionnels. Plus particulièrement, en vertu du paragraphe 220(3.1) L.I.R., le ministre du Revenu national peut renoncer à tout ou partie d'un montant de pénalité ou d'intérêts payable par ailleurs par un contribuable pour une année d'imposition, sous réserve des critères énoncés à ce paragraphe.

11. ASSURANCE VIE COLLECTIVE ET COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL

Plusieurs individus exercent maintenant leur profession par le biais d'une société professionnelle incorporée. Plusieurs d'entre eux détiennent un certificat d'assurance vie temporaire collective à titre d'adhérent, dont le preneur et titulaire du contrat-cadre est une association professionnelle dont l'adhérent est membre. Certains désirent transférer le certificat d'assurance à leur société afin que cette dernière en paie les primes et reçoive le produit d'assurance au décès de l'assuré.

Questions à l'ARC

1) Est-ce que le produit de l'assurance vie qui serait versé à la société à la suite du décès de l'assuré pourrait être ajouté dans le calcul du CDC en vertu du sous-alinéa d)(ii) de la définition de « compte de dividendes en capital » qui est prévue au paragraphe 89(1) L.I.R.?

2) La réponse serait-elle la même si, en raison de la loi, le certificat d'assurance devait continuer d'être émis au nom de l'individu assuré et si la société était désignée à titre de bénéficiaire du produit de l'assurance et payait les primes d'assurance?

3) Si le certificat continuait d'être émis au nom de l'individu membre de l'association professionnelle, mais que la société payait les primes et était désignée à titre de bénéficiaire du produit d'assurance, est-ce que l'ARC considérerait alors qu'un avantage devrait être inclus dans le calcul du revenu de l'assuré/actionnaire en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R.? Si oui, quel serait le montant de l'avantage?

Réponse de l'ARC

La détermination des conséquences fiscales des opérations mentionnées ci-dessus, qui constituent apparemment des opérations projetées, ne peut être faite qu'après un examen de tous les faits pertinents (y compris les dispositions des contrats) à chaque situation. Il est à noter que les faits pertinents pourraient évidemment être différents selon les situations.

De plus, l'ARC a comme pratique de ne pas émettre d'opinion concernant des opérations projetées autrement que par voie de décisions anticipées. Nous pouvons toutefois vous offrir les commentaires généraux suivants qui pourraient cependant, dans certaines circonstances, ne pas s'appliquer à une situation particulière.

Selon la question, il semble que certains particuliers qui sont membres d'une profession et adhérents à un contrat-cadre d'assurance collective sur la vie désireraient transférer à une société par actions leurs droits (à titre d'adhérent) dans le contrat. Avant que l'ARC fasse des commentaires à cet égard, il faudrait d'abord démontrer à l'ARC que cela est possible en pratique selon les dispositions de la législation pertinente (possiblement le *Code civil du Québec*, la *Loi sur les assurances*[15] du Québec et le

[15] L.R.Q., c. A-32 et mod.

Règlement d'application de la Loi sur les assurances[16]) et du contrat-cadre pertinent.

Lorsqu'une société par actions est bénéficiaire d'une police d'assurance vie temporaire collective (dont la société n'était pas bénéficiaire au plus tard le 28 juin 1982) et reçoit un produit de la police d'assurance en raison du décès d'un adhérent qui a désigné la société à titre de bénéficiaire en vertu du contrat-cadre de la police, le produit peut habituellement être ajouté dans le calcul du CDC de la société en vertu du sous-alinéa d)(ii) de la définition de « compte de dividendes en capital » qui est prévue au paragraphe 89(1) L.I.R.

L'application du paragraphe 15(1) L.I.R. est une question de fait et chaque situation doit être examinée individuellement. Il est possible que les opérations décrites dans la question soient réalisées seulement pour des raisons autres que des raisons d'affaires ou, autrement dit, pour des raisons personnelles (incluant la réduction du fardeau fiscal des particuliers). Il est possible que le paragraphe 15(1) L.I.R. soit applicable, selon les faits.

12. SOCIÉTÉ DE PERSONNES D'INVESTISSEMENT ET ARTICLE 103 L.I.R.

En vertu du paragraphe 103(1.1) L.I.R., lorsque plusieurs associés d'une société de personnes ayant un lien de dépendance entre eux conviennent de partager le revenu ou la perte de la société de personnes et que la part du revenu ou de la perte revenant à l'un de ces associés n'est pas raisonnable dans les circonstances compte tenu du capital qu'il a investi dans la société de personnes ou du travail qu'il a accompli pour elle, cette part est réputée, indépendamment de toute convention, être le montant qui est raisonnable dans les circonstances.

Supposons la situation suivante, un parent fait un don d'argent à ses enfants majeurs et les enfants majeurs conviennent tous d'investir en commun ces sommes dans une société de personnes familiale. Le revenu est réparti et alloué à chacun des associés au prorata des sommes investies par chacun des associés dans la société même si elles proviennent au départ d'un don du parent.

---

16 R.R.Q., 1981, c. A-32, r.1.

Un tel investissement en commun effectué pour tous les membres de la famille n'attirera pas les règles d'attribution puisqu'il s'agit de don d'argent et d'enfants majeurs.

Question à l'ARC

Pouvez-vous nous indiquer si le paragraphe 103(1.1) L.I.R. s'applique dans les circonstances décrites ci-dessus lorsqu'une société de personnes est utilisée?

Réponse de l'ARC

Nous prenons comme hypothèse que la société de personnes n'est pas une société de personnes en commandite et que le parent n'est pas un associé de la société de personnes. Nous tenons également pour acquis que la société de personnes n'est pas encore en existence, qu'elle n'a pas de biens et que seuls les enfants majeurs en sont les associés.

Lorsqu'une société de personnes est utilisée, la répartition du revenu de la société de personnes doit reconnaître la contribution en capital, de même que la contribution non pécuniaire de chaque associé. Dans le cas contraire, les paragraphes 103(1) ou 103(1.1) L.I.R. pourraient s'appliquer pour modifier la répartition du revenu de la société de personnes, de sa perte ou d'autres attributs de la société de personnes, prévue dans le contrat de société de personnes.

La détermination d'une répartition raisonnable du revenu d'une société de personnes parmi des associés ayant un lien de dépendance aux fins du paragraphe 103(1.1) L.I.R. est une question de fait qui dépend de l'ensemble des circonstances de chaque cas.

Ainsi, il nous apparaît que, dans votre exemple, le paragraphe 103(1.1) L.I.R. pourrait s'appliquer, même si le contrat de société de personnes prévoit un partage au prorata des sommes investies par chacun des associés.

Compte tenu des faits limités de votre exemple, il n'est pas possible de déterminer si d'autres dispositions législatives sont applicables.

13. DÉCÈS D'UN PARTICULIER ET VERSEMENT D'UN MONTANT FORFAITAIRE AU TITRE D'UN RÉGIME DE PENSION AGRÉÉ À LA SUCCESSION EN FAVEUR D'UNE PERSONNE MINEURE HANDICAPÉE

Un contribuable est décédé en 2011 sans épouse ou conjointe de fait, mais avec un testament. Il était membre d'un régime de pension agréé (« RPA »). Aucune désignation de bénéficiaire valide n'avait été effectuée pour le RPA en cas de décès.

Le testament du contribuable prévoit le legs de tous ses biens en faveur de sa fille mineure à charge, handicapée et âgée de six ans, à titre de seule légataire universelle.

Puisque la fille du contribuable est mineure, le testament du contribuable prévoit que tous les biens légués devront être conservés dans la succession jusqu'à ce que sa fille atteigne l'âge de 25 ans, avec droit d'empiètement sur le capital et sur le revenu par le liquidateur, à sa discrétion, pour le maintien de sa fille mineure.

En 2011, le RPA du défunt prévoit verser à la succession un montant forfaitaire de 140 000 $ au titre d'un RPA.

En vertu de l'alinéa 60l) L.I.R., la fille du défunt peut déduire de son revenu le plein montant forfaitaire reçu du RPA, s'il y a contribution de ce montant à un REÉR.

Questions à l'ARC

1) Si le montant de 140 000 $ du RPA reçu par la succession est payé à la fille, l'ARC peut-elle confirmer que le paragraphe 104(13) L.I.R. s'appliquera?

2) Est-ce que l'ARC peut nous confirmer que le choix du paragraphe 104(27) L.I.R. fera en sorte que le revenu tiré par la fille conservera son statut de revenu de pension aux fins de la déduction du montant d'un RPA prévue à l'alinéa 60l) L.I.R.?

3) Est-ce que le plein montant de 140 000 $ à recevoir par la fille à titre d'un montant forfaitaire d'un RPA pourra être transféré directement à un REÉR sans retenue d'impôt à la source?

4) Supposons qu'une retenue à la source de 35 % est requise sur ledit montant pour une somme de 49 000 $ (35 % × 140 000 $) :

4.1) La fille pourra-t-elle contribuer à un REÉR pour un montant de 140 000 $ et le déduire en vertu de l'alinéa 60l) L.I.R. si la succession lui avance, à titre de capital, le montant de la retenue?

4.2) La retenue d'impôt à la source de 49 000 $ pourra-t-elle être attribuée au montant forfaitaire de 140 000 $ reçu par la fille?

Réponse de l'ARC

L'ARC ne peut pas confirmer le traitement fiscal d'une situation particulière autrement que dans le cadre d'une demande de décision anticipée en matière d'impôt sur le revenu lorsque tous les faits et les documents pertinents lui sont fournis. Les commentaires qui suivent pourraient donc ne pas s'appliquer à une situation précise.

Réponse de l'ARC à la question 1)

Lorsqu'une succession (considérée comme une fiducie aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*) reçoit une somme au titre d'une prestation de retraite ou de pension, elle doit inclure cette somme dans le calcul de son revenu en vertu du sous-alinéa 56(1)a)(i) L.I.R. L'alinéa 104(13)a) L.I.R. prévoit qu'un bénéficiaire d'une fiducie qui n'est pas visée à l'alinéa a) de la définition de « fiducie » au paragraphe 108(1) L.I.R. doit inclure dans le calcul de son revenu pour l'année la partie du revenu de la fiducie qui lui est devenue payable au cours de l'année de la fiducie. Le paragraphe 104(24) L.I.R. précise les circonstances où un montant est devenu payable au cours d'une année. De plus, il nous apparaît que l'application du paragraphe 104(18) L.I.R. devrait être considérée.

Réponse de l'ARC à la question 2)

Sauf si une disposition expresse de la *Loi de l'impôt sur le revenu* permet de conserver la nature d'un revenu, l'alinéa 108(5)a) L.I.R. prévoit que les montants inclus dans le revenu d'un bénéficiaire d'une fiducie en vertu du paragraphe 104(13) L.I.R. sont réputés être du revenu tiré d'un bien qui constitue une participation dans la fiducie et non un revenu tiré d'une autre source.

Le paragraphe 104(27) L.I.R. permet le transfert, à un bénéficiaire d'une fiducie testamentaire résidant au Canada, des caractéristiques de certaines prestations de retraite reçues par la fiducie et qu'il est raisonnable de considérer comme faisant partie du montant qui a été inclus dans le calcul du revenu du bénéficiaire par l'application du paragraphe 104(13) L.I.R.

À cet effet, le montant inclus dans le calcul du revenu du bénéficiaire de la fiducie en vertu du paragraphe 104(13) L.I.R. doit provenir d'une distribution du revenu de la fiducie. Lorsque la fiducie procède à une distribution de capital, le paragraphe 104(13) L.I.R. ne s'applique pas à cette distribution. Ainsi, lorsque la fiducie avance une somme à titre de capital à un bénéficiaire, le paragraphe 104(13) L.I.R. n'est pas applicable à cette avance et, par le fait même, les exigences du paragraphe 104(27) L.I.R. ne sont pas respectées. Afin de déterminer quel type de distribution a fait une fiducie, une analyse complète des faits et des dispositions du testament est nécessaire.

En vertu du sous-alinéa 104(27)c)(i) L.I.R., lorsqu'une fiducie testamentaire reçoit une prestation d'un RPA, la part du bénéficiaire de la fiducie sur la prestation (à l'exception de toute fraction de celle-ci qui se rapporte à un surplus actuariel) est réputée, pour l'application de l'alinéa 60l) L.I.R., être un montant provenant d'un RPA qui est inclus dans le calcul du revenu du bénéficiaire pour une année donnée à titre de paiement visé à la division 60l)(v)(B.01) L.I.R. si les conditions suivantes sont respectées :

- La fiducie testamentaire a résidé au Canada tout au long de son année d'imposition.

- Ladite fiducie a indiqué, dans sa déclaration de revenus produite pour l'année en vertu de la partie I L.I.R., la part du bénéficiaire, égale à la fraction de la prestation, qu'elle n'a attribuée à aucun autre de ses bénéficiaires.

- Il est raisonnable de considérer la part du bénéficiaire comme faisant partie du montant qui, par application du paragraphe 104(13) L.I.R., a été inclus dans le calcul du revenu du bénéficiaire pour une année d'imposition donnée.

- La prestation est un montant unique au sens du paragraphe 147.1(1) L.I.R.

- Le montant unique a été versé à la fiducie par suite du décès de l'auteur de celle-ci.

- Le bénéficiaire était, immédiatement avant le décès de l'auteur de la fiducie, l'enfant ou le petit-enfant de celui-ci et financièrement à sa charge en raison d'une déficience mentale ou physique.

Réponse de l'ARC à la question 3)

En vertu de l'alinéa 153(1)b) L.I.R., toute personne qui verse, au cours d'une année d'imposition, des prestations de retraite ou de pension doit effectuer la retenue d'impôt selon les modalités règlementaires. Le paragraphe 103(4) R.I.R. prévoit les taux de retenue applicables lorsqu'un paiement est versé sous forme d'une « somme forfaitaire » par un « employeur » à un « employé ». À ces fins, selon le paragraphe 100(1) R.I.R., « employeur » désigne toute personne qui verse une « rémunération », « employé » désigne toute personne qui reçoit une « rémunération » et « rémunération » comprend tout paiement qui est une prestation de retraite ou de pension. Selon l'alinéa 103(6)a) R.I.R., un paiement visé au sous-alinéa 40(1)a)(i) ou 40(1)a)(iii) ou à l'alinéa 40(1)c) des *Règles concernant l'application de l'impôt sur le revenu*[17] constitue un « paiement d'une somme forfaitaire » aux fins du paragraphe 103(4) R.I.R. Un paiement unique effectué dans le cadre d'une caisse ou d'un régime de pension de retraite ou de pension lors du décès d'un employé ou ancien employé est un paiement visé par le sous-alinéa 40(1)a)(i) R.A.I.R. Nous sommes par conséquent d'avis que l'administrateur d'un RPA doit effectuer la retenue d'impôt selon les modalités du paragraphe 103(4) R.I.R. lorsqu'il verse directement au REÉR d'un enfant mineur qui est un héritier de la succession d'un participant un paiement unique au titre d'une prestation de retraite ou de pension par suite du décès du participant.

Réponse de l'ARC à la question 4)

Selon l'alinéa 60l) L.I.R., lorsqu'un contribuable est l'enfant ou le petit-enfant d'un particulier décédé qui était financièrement à la charge de celui-ci en raison d'une déficience mentale ou physique, et qu'il reçoit un paiement dans le cadre d'un RPA par suite du décès, il peut déduire dans le calcul de son revenu un montant qu'il verse à titre de prime en vertu d'un REÉR dont il est le rentier. Le montant qu'il peut déduire ne doit pas dépasser la somme de différents montants dont l'un d'eux est le paiement que le contribuable a reçu dans le cadre d'un RPA par suite du décès d'un particulier et qui a été ajouté dans le calcul de son revenu pour l'année. Si aucun autre montant mentionné au sous-alinéa 60l)(v) L.I.R. n'est ajouté dans le calcul du revenu du contribuable, nous sommes d'avis que le montant maximal qui peut être déduit en vertu de l'alinéa 60l) L.I.R. correspond à la portion du paiement que le contribuable a reçue dans le cadre d'un RPA, par suite du décès d'un particulier, et qui est ajoutée dans le

[17] L.R.C. 1985, ch. 2 (5e suppl.) et mod. (« R.A.I.R. »).

calcul de son revenu pour l'année. À cet effet, la présomption de l'alinéa 104(27)c) L.I.R. s'applique afin de déterminer quel est le paiement visé à la division 60l)(v)(B.01) L.I.R. Comme mentionné précédemment, le montant déterminé à l'alinéa 104(27)c) L.I.R. nécessite une analyse des faits et des dispositions du testament.

Aucune disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne permet, à notre connaissance, de répartir ou d'attribuer des retenues d'impôt entre une fiducie et ses bénéficiaires. Lorsque la succession remplira le Formulaire T3RET, « Déclaration de renseignements et de revenus des fiducies », l'impôt retenu sera pris en compte pour déterminer le solde dû par la succession ou le remboursement auquel elle a droit. À cet égard, nous vous référons au paragraphe intitulé « Lignes C, D et 86 – Impôt total retenu » du guide T4013, « T3 – Guide des fiducies 2010 », où il est indiqué ce qui suit : « Ne répartissez pas au profit des bénéficiaires l'impôt qui a été retenu[18]. »

14. BUDGET DU 6 JUIN 2011 : PORTÉE DE LA DÉFINITION « AVANTAGE » ET OPÉRATIONS DE *SWAP*

Le Budget fédéral du 22 mars 2011, qui a été déposé à nouveau le 6 juin 2011 et a été adopté, propose d'instaurer pour les REÉR et les FERR de nouvelles règles antiévitement similaires à celles applicables actuellement pour les comptes d'épargne libre d'impôt (« CÉLI »).

Le 16 août 2011, le ministère des Finances du Canada a publié des propositions législatives visant à mettre en œuvre les mesures fiscales du Budget de 2011, dont les mesures relatives aux REÉR et aux FERR.

Selon les propositions législatives, la définition « avantage » au paragraphe 207.01(1) L.I.R. prévoit entre autres qu'il s'agit de :

> « […] toute hausse de la juste valeur marchande (JVM) totale des biens détenus dans le cadre du régime qu'il est raisonnable de considérer, compte tenu des circonstances, comme étant attribuable, directement ou indirectement, à une opération de swap […] ».

En raison de sa portée, cette définition peut s'avérer difficile à appliquer tant dans le cadre des CÉLI que dans le cadre des REÉR. Cependant, une interprétation technique récente de l'ARC mentionne :

---

[18] AGENCE DU REVENU DU CANADA, guide T4013, « T3 – Guide des fiducies 2010 », 18 février 2011.

> « […] A swap transaction, which is defined as any transfer of property (other than a contribution or distribution) between the TFSA and the TFSA holder or non-arm's length person, is expressly included in the list of transactions that are treated as an advantage under these rules.
>
> More specifically, an advantage is defined to include any increase in the total FMV of property held in connection with a TFSA that can reasonably be considered to be attributable, directly or indirectly, to a swap transaction. The fact that the initial swap transaction may have occurred at FMV is not relevant. This is because the words "directly or indirectly" in the advantage definition encompass, not only the increase in the FMV of the TFSA resulting from the swap transaction (if any), but also all future increases in FMV that are reasonably attributable to the initial swap transaction. Thus, for example, any dividends, interest or other amounts paid on the swapped security, any appreciation in value on the swapped security or on any substituted property (whether realized or not), and any income earned on income, would be subject to the advantage tax. As the advantage tax is required to be remitted annually, it would be necessary to determine the total increases in FMV annually[19]. »

Question au ministère des Finances du Canada

Ces mesures ont-elles pour but d'interdire toutes les opérations de *swap* et toutes les opérations de substitutions entre les comptes CÉLI, REÉR ou FERR et les comptes non enregistrés d'un même titulaire ou rentier?

Réponse du ministère des Finances

Oui, sous réserve de l'exception prévue pour tenir compte des transferts entre deux REÉR d'un même contribuable et des autres exceptions détaillées dans l'Avis de motion de voies et moyens déposé à la Chambre des communes le 3 octobre 2011[20] en vue de mettre en œuvre des mesures du Budget fédéral de 2011. Les mesures contenues dans cet Avis de motion de voies et moyens ont été incluses dans le Projet de loi C-13 (*Loi sur le soutien de la croissance de l'économie et de l'emploi*) dont la date de sanction est le 15 décembre 2011.

Les règles interdisant les opérations de *swap* visent à empêcher la valeur des placements d'être transférée vers un régime enregistré ou le retrait de

---

[19] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2011-0413291E5 (E), 2 août 2011.

[20] CANADA, ministère des Finances, *Avis de motion de voies et moyens portant exécution de certaines dispositions du budget de 2011 mis à jour le 6 juin 2011 et mettant en œuvre d'autres mesures*, 3 octobre 2011.

leur valeur à l'extérieur d'un tel régime. Les techniques de *swap* s'appuient sur les failles inhérentes à l'évaluation de placements. Plus particulièrement, la valeur retenue aux fins de ces techniques ne reflète pas la valeur réelle du placement transféré. Une différence entre la valeur réelle d'un placement et la valeur d'un placement à un moment donné (ou n'importe quelle autre JVM déclarée) peut exister dans un large éventail de situations. Il n'est pas possible d'établir une distinction entre une situation anodine et une situation impliquant une manipulation de la valeur des placements d'une manière qui soit facile à appliquer par l'ARC.

Le gouvernement est conscient que les règles portant sur les opérations de *swap*, bien qu'elles soient en réponse aux planifications et manipulations faites par une minorité de contribuables, touchent plusieurs situations qui ne présentent pas en soi des risques d'abus ou de manipulation. Cependant, l'utilisation d'opérations de *swap* présentait des préoccupations importantes et posait de sérieux enjeux en matière d'équité fiscale dans le cadre d'un régime qui doit s'appliquer autant aux contribuables en général qu'aux investisseurs spécialisés sur le marché financier.

15. BUDGET DU 6 JUIN 2011 : REVENUS GÉNÉRÉS PAR UN PLACEMENT INTERDIT DANS UN REÉR ET IMPÔT DE LA PARTIE I L.I.R.

Le Budget fédéral du 22 mars 2011, qui a été déposé à nouveau le 6 juin 2011 et a été adopté, propose d'instaurer pour les REÉR et les FERR de nouvelles règles antiévitement similaires à celles applicables actuellement pour les CÉLI.

Selon les documents budgétaires, nous comprenons que les revenus générés par un placement interdit seront considérés comme un « avantage », comme pour les CÉLI présentement. De plus, toute hausse de valeur (réalisée ou non) après le 22 mars 2011 sera également considérée comme un « avantage »[21].

L'imposition prévue sur un avantage est égale à la JVM du bénéfice, donc 100 % des revenus ou du gain couru ou 42,9 % s'il s'agit d'un « bénéfice transitoire provenant d'un placement interdit » et qu'un choix est fait selon un formulaire prescrit. Cependant, dans le cas des REÉR, ces revenus qui auront été versés au REÉR seront imposables comme un retrait du REÉR dans les mains du rentier, contrairement aux CÉLI. Un revenu sera

[21] *Id.*, art. 21.

donc assujetti à une double imposition qui pourrait entraîner un total d'impôt sur le revenu supérieur à 100 % (et qui pourrait atteindre 148,22 % pour un résident du Québec si le choix n'est pas effectué).

Première question au ministère des Finances du Canada

Le ministère des Finances du Canada pourrait-il se pencher sur la possibilité d'accorder une déduction au rentier pour compenser l'imposition payée à titre d'« avantage » lorsque le montant est retiré du REÉR?

Réponse du ministère des Finances du Canada

Le ministère des Finances du Canada avait publié, le 16 août 2011, des propositions législatives concernant les mesures du Budget fédéral de 2011 relativement aux REÉR et aux FERR. Ces propositions législatives ont fait l'objet de modifications qui ont été d'abord incluses dans l'Avis de motion de voies et moyens déposé à la Chambre des communes le 3 octobre 2011. Les mesures contenues dans cet Avis de motion de voies et moyens ont été incluses dans le Projet de loi C-13 (*Loi sur le soutien de la croissance de l'économie et de l'emploi*) dont la date de sanction est le 15 décembre 2011.

Deux de ces modifications concernent les REÉR et les FERR en lien avec la partie XI.01 L.I.R.

Selon la modification à la définition de « prestation » du paragraphe 146(1) L.I.R., un montant qui est imposable en vertu de la partie XI.01 L.I.R. relativement à un REÉR ne sera pas imposable en vertu de la partie I L.I.R.

Aussi, selon la modification au paragraphe 146.3(5) L.I.R., un montant qui est imposable en vertu de la partie XI.01 L.I.R. relativement à un FERR ne sera pas imposable en vertu de la partie I L.I.R.

Par ailleurs, les règles portant sur le « bénéfice transitoire provenant d'un placement interdit » annoncées initialement le 16 août 2011 ont été modifiées. Selon ces propositions initiales, un bénéfice transitoire provenant d'un placement interdit aurait été assujetti à un impôt spécial de 42,9 % en vertu de la partie XI.01 L.I.R. si un choix avait été fait à cet égard. En vertu des modifications, un tel bénéfice est imposable en vertu de la partie I L.I.R. si le contribuable fait un choix à cet égard.

Deuxième question au ministère des Finances du Canada

Pourquoi le ministère des Finances a-t-il décidé d'appliquer un impôt à titre d'« avantage » aux revenus ou aux gains générés par ces placements, au lieu de retenir des mesures similaires à celles applicables aux revenus d'entreprise dans les REÉR, FERR et CÉLI? C'est-à-dire que ces revenus ne seraient pas exempts d'impôt dans la fiducie CÉLI, REÉR ou FERR, mais seraient imposables dans la fiducie CÉLI, REÉR ou FEER et soumis aux mêmes règles d'imposition que les fiducies entre vifs.

Réponse du ministère des Finances du Canada

L'impôt de la partie XI.01 L.I.R. vise à dissuader les contribuables de réaliser des opérations d'évitement fiscal « agressives ». Recourir simplement à l'imposition de la partie I L.I.R. ne ferait que remettre le contribuable dans sa situation initiale. Dans ce dernier cas, certains contribuables pourraient alors prétendre que de telles opérations sont acceptables, sachant que le seul risque auquel ils s'exposent est l'impôt sur le revenu qu'ils auraient autrement eu à payer.

16. BUDGET DU 6 JUIN 2011 : RÈGLES TRANSITOIRES ET RETRAITS DES PLACEMENTS INTERDITS DU REÉR OU DU FERR

Le Budget fédéral du 22 mars 2011, qui a été déposé à nouveau le 6 juin 2011 et a été adopté, propose d'instaurer pour les REÉR et les FERR de nouvelles règles antiévitement similaires à celles applicables actuellement pour les CÉLI.

Le Budget de 2011 proposait d'instaurer, pour les REÉR, un concept de « placement interdit » proche des règles sur les placements interdits des CÉLI. Un impôt spécial équivalant à 50 % de la JVM du placement sera appliqué au rentier d'un REÉR à l'acquisition d'un placement interdit par le REÉR (ou au moment où un placement devient interdit, selon le cas).

Selon notre compréhension, un client peut se prévaloir d'une période de transition (prenant fin le 31 décembre 2012) et qui exempte l'application de l'impôt de 50 % sur les placements détenus avant le budget et devenus placements interdits le 22 mars 2011. Cette période permet également l'utilisation d'opérations de *swap* pour retirer la position de son REÉR.

Afin de sortir un placement interdit du REÉR avant la fin de la période de transition, plusieurs contribuables font face soit à un manque de

liquidités, soit à l'impossibilité de vendre les actions en raison de l'absence d'un marché ou de restrictions rattachées aux actions.

D'autre part, surtout pour les sociétés privées, les fiduciaires font face à certaines difficultés, dont les suivantes :

- identification des comptes clients qui détiennent ses placements interdits ou non admissibles;
- obtention d'une JVM;
- évaluation de la valeur d'une société;
- manque de liquidités du client.

Question au ministère des Finances du Canada

Dans quelle mesure le ministère des Finances a-t-il pris ces facteurs en considération?

Réponse du ministère des Finances du Canada

Le 16 août 2011, le ministère des Finances du Canada a publié des propositions législatives visant à mettre en œuvre les mesures fiscales du Budget de 2011, dont les mesures relatives aux REÉR et aux FERR. Plusieurs intervenants ont exprimé des préoccupations similaires durant la période de consultation publique ayant suivi la publication de ces propositions.

Pour répondre à ces préoccupations, plusieurs allégements ont été proposés concernant les règles transitoires. Ces allégements ont été inclus dans l'Avis de motion de voies et moyens déposé à la Chambre des communes le 3 octobre 2011. Les mesures contenues dans cet Avis de motion de voies et moyens ont été incluses dans le Projet de loi C-13 (*Loi sur le soutien de la croissance de l'économie et de l'emploi*) dont la date de sanction est le 15 décembre 2011. Les allégements suivants ont notamment été apportés :

- La période transitoire concernant les bénéfices transitoires provenant d'un placement interdit passera de 5 ans à 10 ans.

- Un mécanisme a été instauré afin de permettre de réduire un « bénéfice transitoire provenant d'un placement interdit » par le montant des pertes en capital réalisées dans la même année.

- L'impôt spécial de 42,9 % de la partie XI.01 L.I.R. sur les bénéfices transitoires provenant d'un placement interdit, qui avait été initialement annoncé, a été remplacé par une inclusion du montant de ces bénéfices dans le calcul du revenu de la partie I L.I.R. Cela permettra aux contribuables d'appliquer des pertes, déductions ou crédits d'impôt à l'encontre de leur impôt sur le revenu à payer.

- L'octroi de la possibilité d'avoir recours jusqu'à la fin de la période transitoire de 10 ans à des opérations de *swap* afin de retirer un bien qui pourrait donner lieu à un impôt de la partie XI.01 L.I.R., comme un placement interdit.

17. SEUIL DE DÉCLARATION DE BIENS À L'ÉTRANGER

Le seuil de déclaration de biens à l'étranger est de 100 000 $ depuis 1999 en vertu de l'article 233.3 L.I.R.

Question au ministère des Finances du Canada

Sur le plan de la politique fiscale, ce seuil pourrait-il être assujetti à un mécanisme d'indexation pour refléter la hausse des prix à la consommation?

Réponse du ministère des Finances du Canada

La politique fiscale sous-jacente aux règles de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, incluant les règles applicables selon des limites pécuniaires, fait continuellement l'objet de révisions, et vos observations seront prises en considération. Cependant, nous n'avons pas connaissance d'aucune observation voulant qu'un seuil de déclaration établi selon un coût total de biens étrangers supérieur à 100 000 $ ne soit pas approprié. Nous n'avons pas non plus connaissance d'aucune observation établissant un lien entre ce seuil, qui porte sur le coût d'investissements étrangers, et le coût du panier de biens et services au Canada.

TABLE RONDE SUR LA FISCALITÉ PROVINCIALE



Coordonnateur
Jules Turcotte
Avocat, M. Fisc., associé
BCF s.e.n.c.r.l.



Guy Chabot
FCA
Associé, fiscalité
Mallette s.e.n.c.r.l.



Jean-Pierre Poulin
CA, associé
Raymond Chabot
Grant Thornton
s.e.n.c.r.l.



Céline Davidson
CA, M. Fisc.
Direction principale
des lois sur les impôts
Revenu Québec



Lucie L. Labbé
Avocate
Direction principale
des lois sur les impôts
Revenu Québec

Ginette Pelland
Avocate, CGA, M. Fisc.
Direction principale
des lois sur les impôts
Revenu Québec

TABLE DES MATIÈRES

1. **RÉMUNÉRATION DES MÉDECINS INCORPORÉS** 47:5

2. **DÉPENSES ADMISSIBLES POUR UN MÉDECIN (OU UN AUTRE PROFESSIONNEL) QUI S'INCORPORE** 47:5

3. **DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS LORS D'UN RACHAT D'ACTIONS ET LES NOUVEAUX PRINCIPES COMPTABLES CANADIENS POUR LES ENTREPRISES À CAPITAL FERMÉ** 47:7

4. **DÉCISION *TAP CONSULTANT INC.* C. *SMRQ*** 47:10

5. **SALAIRES OU SOUS-TRAITANTS NON PAYÉS DANS UNE PÉRIODE DE 180 JOURS (CRÉDIT RS & DE)** 47:11

6. **CRÉATION DE GAIN EN CAPITAL CORPORATIF POUR VERSEMENT DE DIVIDENDES À L'ACTIONNAIRE** 47:13

7. **UTILISATION DE L'ARTICLE 308.1 L.I. POUR CONVERTIR UN DIVIDENDE EN GAIN EN CAPITAL** 47:15

8. **CERTIFICAT DE DÉCHARGE DANS LE CADRE D'UNE LIQUIDATION** 47:17

9. **CERTIFICAT DE DÉCHARGE DANS LE CADRE D'UNE VENTE D'ACTIFS** 47:19

10. **DATE DE PRODUCTION DES DÉCLARATIONS ET FORMULAIRES AUX FINS DE LA *LOI SUR LES IMPÔTS*** 47:21

11. **PNEUS ACHETÉS ET VÉHICULES DE LOCATION** 47:22

12. **CATÉGORIES D'ACTIONS COMPORTANT LES MÊMES DROITS ET RESTRICTIONS** 47:24

13. **RÈGLES ENTOURANT LA PRÉSENTATION TARDIVE DES DEMANDES D'ENCOURAGEMENT FISCAL** 47:26

14. **DEMANDE DE REDRESSEMENT D'UNE DÉCLARATION DE REVENUS DE SUCCESSION** 47:29

15. **APPLICATION DU PLAFOND AUX FRAIS DE REPRÉSENTATION DÉDUCTIBLES** 47:30

16. **OBLIGATION DE COMMUNICATION DE L'INFORMATION – CHOIX LIÉ AUX OPTIONS D'ACHAT DE TITRES** 47:33

17. ÉCHANGE D'ACTIONS EN VERTU DE L'ARTICLE 301 OU DE L'ARTICLE 518 L.I. 47:35

18. NOTION D'ÉTABLISSEMENT STABLE 47:37

19. VERSEMENT D'UNE RISTOURNE AUX MEMBRES D'UNE COOPÉRATIVE 47:40

20. SUBVENTIONS VERSÉES AUX RESPONSABLES DE SERVICES DE GARDE EN MILIEU FAMILIAL 47:42

21. PLAFOND DES AFFAIRES DES GRANDES SOCIÉTÉS ET CHOIX DU PARAGRAPHE 256(2) L.I.R. 47:43

22. RETENUES À LA SOURCE – EMPLOYÉ SE PRÉSENTANT À DIFFÉRENTS ÉTABLISSEMENTS DE L'EMPLOYEUR 47:45

23. OBLIGATION DE PRODUCTION DES DÉCLARATIONS DES SOCIÉTÉS DE PERSONNES (TP-600) 47:47

24. DIFFUSION DE LA DOCUMENTATION FISCALE PAR REVENU QUÉBEC 47:50

25. NOTION D'ÉTABLISSEMENT DE RESTAURATION AUX FINS DES MODULES D'ENREGISTREMENT DES VENTES 47:51

26. AVIS DE COTISATION 47:55

27. INDEXATION DES TARIFS DES DÉCISIONS ANTICIPÉES ET DES CONSULTATIONS TARIFIÉES 47:57

1. RÉMUNÉRATION DES MÉDECINS INCORPORÉS

La rémunération des médecins incorporés doit-elle nécessairement inclure un salaire?

Réponse

Nous ne connaissons pas le contexte dans lequel cette question nous est posée et, par conséquent, nous ne formulerons qu'un commentaire général se limitant à cette question et ne visant aucune situation particulière.

Nous ne concevons pas qu'un médecin choisissant d'exercer ses activités professionnelles au sein d'une société par actions, conformément aux règlements pris par son ordre, puisse avoir d'autre statut que ceux d'actionnaire et d'employé aux fins de la *Loi sur les impôts*[1] à l'égard des activités qu'il exerce au sein de cette société.

Dans ce contexte, le médecin peut recevoir de la société soit un dividende, soit une rémunération provenant de sa charge ou de son emploi, soit les deux. Le traitement fiscal du dividende et de la rémunération sera alors déterminé conformément aux règles prévues par la *Loi sur les impôts*.

Par ailleurs, si le médecin recevait un avantage à titre d'actionnaire sous une forme autre qu'un dividende, l'article 111 L.I. pourrait s'appliquer relativement à cet avantage. Dans ce cas, la valeur de l'avantage devrait être incluse dans le calcul du revenu du médecin, et la société ne pourrait bénéficier d'une déduction à l'égard de cet avantage.

2. DÉPENSES ADMISSIBLES POUR UN MÉDECIN (OU UN AUTRE PROFESSIONNEL) QUI S'INCORPORE

À la suite des modifications apportées au *Code des professions*[2], plusieurs ordres professionnels donnent maintenant le droit à leurs membres de procéder à l'incorporation de leur pratique professionnelle. Comme tout exploitant d'une entreprise incorporée, le professionnel est alors libre de déterminer la meilleure façon de se rémunérer en salaire ou en dividende. La question vise à faire le point sur la position actuelle de Revenu Québec

1 L.R.Q., c. I-3 et mod. (« L.I. »).

2 L.R.Q., c. C-26.

concernant les conséquences, le cas échéant, découlant de ce choix par le professionnel.

1) Ainsi, dans un contexte où le professionnel tire la grande partie de sa rémunération sous forme d'un salaire, est-ce que Revenu Québec peut confirmer le traitement fiscal relatif à la déduction de la dépense pour la société employeur du professionnel, ainsi que pour le traitement de l'avantage imposable pour celui-ci, à l'égard des dépenses suivantes :

   - assurance responsabilité professionnelle,
   - dépenses de congrès,
   - dépenses de formation,
   - bureau à domicile,
   - cotisations professionnelles,
   - autres cotisations (frais d'adhésion à certaines organisations professionnelles qui ne sont pas obligatoires pour maintenir un statut professionnel),
   - allocations versées selon le kilométrage parcouru à des fins d'affaires par le professionnel,
   - primes d'assurance vie, d'assurance invalidité, d'assurance salaire ou régime privé d'assurance maladie, dans le contexte où le professionnel est la seule personne couverte par ces assurances;

2) Dans un contexte où la rémunération du professionnel proviendrait exclusivement de dividendes, est-ce que la réponse de Revenu Québec à l'égard de la déduction de la dépense par la société ou à l'égard du traitement de l'avantage imposable serait différente pour l'une ou l'autre des dépenses mentionnées ci-dessus?

Réponse

Nous n'entendons pas commenter chacune des dépenses énumérées dans la question, car la déductibilité d'une dépense est une question mixte de fait et de droit et, par ailleurs, la question porte essentiellement sur les

conséquences du choix par un professionnel d'incorporer sa pratique professionnelle en conformité avec les règlements de son ordre.

À cet égard, il ne nous apparaît pas, à titre de principe général, que ce choix entraîne un traitement fiscal différent de celui applicable à tout autre particulier qui incorpore son entreprise. Ainsi, les dépenses désormais assumées par la société seront déductibles par celle-ci en fonction des paramètres fixés par la *Loi sur les impôts* et son interprétation par les tribunaux, lesquels détermineront également les situations dans lesquelles un avantage imposable devra être inclus dans le calcul du revenu de l'employé.

Cette observation vaut également dans le cas d'un professionnel rémunéré exclusivement sous forme de dividendes. En d'autres mots, les dépenses assumées par la société dans ce cas n'en seraient pas moins déductibles selon les paramètres fixés par la *Loi sur les impôts* et son interprétation par les tribunaux, lesquels détermineront également les situations dans lesquelles un avantage imposable sera à inclure dans le calcul du revenu de l'employé (auquel cas on ne pourrait plus parler d'une rémunération versée exclusivement sous forme de dividendes).

Par ailleurs, si le professionnel recevait un avantage à titre d'actionnaire sous une forme autre qu'un dividende, l'article 111 L.I. pourrait s'appliquer relativement à cet avantage, de sorte que la valeur de l'avantage serait alors incluse dans le calcul du revenu du médecin tandis que la société ne pourrait bénéficier d'une déduction à l'égard de cet avantage. La question de savoir si un professionnel reçoit un avantage au titre de son emploi ou en sa qualité d'actionnaire est une question de fait.

3. DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS LORS D'UN RACHAT D'ACTIONS ET LES NOUVEAUX PRINCIPES COMPTABLES CANADIENS POUR LES ENTREPRISES À CAPITAL FERMÉ

Le *Bulletin d'interprétation* IT-533[3] prévoit que les frais d'intérêts sur l'argent emprunté pour racheter des actions ou rembourser le capital peuvent 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 capital (capital contribué ou 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).

---

[3] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-533, « Déductibilité de l'intérêt et questions connexes », 31 octobre 2003.

En vertu des nouveaux principes comptables canadiens pour les entreprises à capital fermé, le chapitre 1500 du *Manuel de l'ICCA*[4] prévoit l'application initiale des nouvelles normes et exige notamment d'imputer les rajustements de transition aux bénéfices non répartis (« BNR »).

Exemple

Une société détient un terrain comptabilisé au coût historique de 2 M$ selon les normes actuelles. Lors de sa transition aux normes comptables pour les entreprises à capital fermé (« NCECF »), une société peut décider d'évaluer son terrain à sa juste valeur à la date de transition. La juste valeur du terrain est de 4,5 M$. Si la société fait le choix d'évaluer son terrain à sa juste valeur, le coût comptable du terrain de même que les BNR seront augmentés de 2,5 M$. La société devra également comptabiliser un passif d'impôt futur et réduire d'autant ses BNR.

Aux fins de la déductibilité des intérêts sur un emprunt effectué pour racheter des actions, la société devra-t-elle utiliser le montant des BNR tel qu'il est indiqué dans ses états financiers présentés conformément aux nouveaux principes comptables canadiens pour les entreprises à capital fermé?

Réponse

Dans le cadre de la table ronde de l'an dernier, nous avons confirmé notre adhésion aux principes énoncés dans les bulletins *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n^{os} 41 et 42 de l'Agence du revenu du Canada (« ARC »)[5] concernant la conversion des principes comptables généralement reconnus (PCGR) aux nouvelles normes internationales d'information financière (NIIF) et à l'incidence de celles-ci sur la détermination du revenu imposable. Par ailleurs, dans le contexte de la déductibilité des intérêts, Revenu Québec a déjà confirmé qu'il partageait la position véhiculée dans le *Bulletin d'interprétation* IT-533, sous réserve des particularités législatives applicables au Québec[6].

---

4 INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *Manuel de l'ICCA*, vol. I, Toronto, ICCA.

5 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n^{o} 41, 23 décembre 2009 et n^{o} 42, 31 mai 2010.

6 Voir « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2010*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2011, pp. 51:1-72, question 1.8., aux pages 51:25-28.

De façon sommaire, les nouvelles NCECF prévoient, relativement à la comptabilisation des immobilisations corporelles, qu'elles doivent être comptabilisées au coût[7]. Cependant, comme il a été mentionné dans la question, dans le cadre de l'application initiale des nouvelles NCECF, il est prévu qu'il soit possible de décider d'évaluer une immobilisation corporelle à sa juste valeur marchande (« JVM ») et d'utiliser cette valeur en tant que coût réputé à la date de transition à ces nouvelles normes[8]. La décision d'évaluer les immobilisations corporelles à leur juste valeur entraîne en contrepartie la comptabilisation d'un rajustement aux capitaux propres de l'entité. Or, l'impact d'un tel choix est, lorsqu'il y aura reconnaissance d'une plus-value, qu'il en résultera une augmentation des surplus de la société (que ce soit par la création d'un poste particulier de surplus ou par l'augmentation des BNR).

Dans le contexte de la déductibilité des intérêts et plus particulièrement du concept véhiculé au paragraphe 23 du *Bulletin d'interprétation* IT-533 qui consiste à « combler le vide » laissé par le retrait de capital de l'entreprise, les bénéfices accumulés considérés dans le capital de la société sont ceux généralement obtenus dans le cadre des activités courantes de l'exploitation de l'entreprise[9].

---

7 INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, précité, note 4, chap. 3061, « Postes particuliers – Immobilisations corporelles », par. .04.

8 *Id*., chap. 1500, « Comptabilité générale – Application initiale des normes », par. .12.

9 Dans AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 3, par. 23, on prévoit notamment ceci :

> « 23. Les frais d'intérêt sur 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 capital (capital contribué ou 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).
>
> […]
>
> Les bénéfices accumulés sont généralement les bénéfices non répartis de la société, calculés sur une base non consolidée, alors que les placements sont enregistrés au coût.
>
> […]
>
> Les bénéfices accumulés reflètent généralement les opérations qui surviennent dans le cours normal des activités d'une entreprise entre des parties ayant un lien de dépendance. L'impact sur les bénéfices accumulés

(à suivre…)

Or, notre compréhension des nouvelles NCECF est qu'en faisant le choix de comptabiliser les immobilisations corporelles à leur juste valeur, cela permettra de reconnaître un surplus non matérialisé qui n'aurait pas été comptabilisé autrement dans le cours normal des opérations de l'entreprise.

Par conséquent, dans la situation où la société emprunterait pour lui permettre de racheter ses actions, nous sommes d'avis que le capital qui est remplacé et qui sert à « combler le vide » laissé par le retrait du capital ne pourrait inclure le surplus généré par la comptabilisation d'une plus-value non matérialisée. Les intérêts sur un tel montant d'emprunt ne peuvent respecter le critère d'utilisation directe, ni celui de la fin, et ils ne seraient pas déductibles.

4. DÉCISION *TAP CONSULTANT INC.* C. *SMRQ*[10]

Le 7 juin 2011, dans l'affaire *TAP Consultant inc*., la Cour du Québec a rendu une décision favorable à la contribuable dans un jugement considéré comme crucial pour l'industrie des travailleurs autonomes incorporés oeuvrant en technologies de l'information au Québec.

Dans cette décision, le juge a conclu que TAP Consultant inc. n'exploitait pas une entreprise de services personnels, mais bel et bien une entreprise admissible.

Le 12 juillet 2011, l'Association québécoise des informaticiennes et informaticiens indépendants (« AQIII ») a publié un communiqué dans lequel elle indiquait qu'elle venait de recevoir la confirmation que Revenu Québec ne porterait pas en appel la décision rendue en juin 2011 par la Cour du Québec.

Est-ce que Revenu Québec peut commenter sa position actuelle dans le dossier des informaticiens incorporés à la suite de cette décision de la Cour du Québec et par suite de sa décision de ne pas porter la cause en appel?

(…suite)

> des autres transactions entre parties ayant un lien de dépendance doit être examiné en tenant compte des faits particuliers des transactions.
>
> Le principal concept dans ce contexte reste celui qui consiste à "combler le vide" laissé par le retrait de capital de l'entreprise. »

[10] 2011 QCCQ 6626 (« *TAP Consultant inc*. »).

Réponse

Revenu Québec n'a pas porté en appel le jugement rendu par la Cour du Québec dans la cause *TAP Consultant inc*. Revenu Québec accepte les conclusions du juge dans cette affaire. Pour les autres dossiers en litige (appel ou opposition à la Cour du Québec) et concernant la même question, Revenu Québec examinera, de concert avec les contribuables et leurs représentants, si les faits relatifs à ces dossiers permettent de leur appliquer les mêmes conclusions. De plus, Revenu Québec a décrété un moratoire[11] concernant les cotisations de dossiers du même type qui étaient en cours de vérification afin de procéder à une analyse plus exhaustive de la situation.

Par ailleurs, Revenu Québec a accepté de participer à un groupe de travail avec l'AQIII et la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante portant sur la problématique entourant la détermination de statut.

5. SALAIRES OU SOUS-TRAITANTS NON PAYÉS DANS UNE PÉRIODE DE 180 JOURS (CRÉDIT RS & DE)

Lorsque les salaires ou les sous-traitants ne sont pas payés dans une période de 180 jours, Revenu Québec refuse le crédit de recherche scientifique et développement expérimental (« RS & DE »), et ce, même dans l'année du paiement.

a) L'article 1029.7 L.I. mentionne que les salaires que le contribuable a versés à ses employés d'un établissement situé au Québec à l'égard de ces recherches et de ce développement effectués dans l'année sont admissibles au crédit. Puisque l'article 482 L.I. prévoit que les salaires sont une dépense faite dans l'année du paiement lorsqu'ils sont payés plus de 180 jours après la fin d'année, ce salaire devrait donc être admissible au crédit RS & DE dans l'année du paiement. Pouvez-vous expliquer votre position selon laquelle le salaire ne sera jamais admissible s'il n'est pas payé dans un délai de 180 jours suivant la fin d'année?

b) Toujours en vertu de l'article 1029.7 L.I., la partie de la contrepartie que le contribuable a versée dans le cadre du contrat, à l'égard de ces recherches et de ce développement effectués pour son compte dans

[11] Revenu Québec verra, en collaboration avec les contribuables impliqués, à protéger ses droits dans les situations ou des années d'imposition qui pourraient par ailleurs se prescrire pendant ces travaux.

l'année sont admissibles au crédit RS & DE. Revenu Québec a également comme position de refuser le crédit RS & DE lorsque le paiement n'est pas fait dans les 180 jours suivant la fin d'année d'imposition. Pourtant aucun article de la *Loi sur les impôts* ne refuse cette dépense, donc si le paiement est fait dans les 18 mois, le crédit pourrait être demandé. Pouvez-vous expliquer en vertu de quel article de loi cette position est prise?

Réponses

a) L'article 1029.7 L.I. mentionne notamment que les salaires versés par un contribuable, à des employés d'un établissement situé au Québec, à l'égard de travaux de RS & DE effectués dans l'année sont admissibles au crédit d'impôt sur les salaires. Par contre, l'article 482 L.I. prévoit que les salaires impayés le 180e jour suivant la fin de l'année d'imposition où la dépense a été faite sont réputés ne pas être une dépense faite dans cette année, mais être une dépense faite dans l'année au cours de laquelle ils sont payés. Ainsi, les salaires versés après le 180e jour suivant la fin de l'année où la dépense a été effectuée ne peuvent donner ouverture au crédit d'impôt sur les salaires de RS & DE puisque les travaux de RS & DE n'ont pas été effectués dans cette année.

b) Lors du Discours sur le budget du 12 mai 1994, le ministre des Finances du Québec annonçait, afin de corriger des situations difficiles et de permettre à un contribuable de déterminer facilement le montant du crédit d'impôt auquel il a droit, lorsqu'il a conclu un contrat de RS & DE avec un cocontractant avec qui il n'a pas de lien de dépendance, qu'un nouveau mécanisme plus simple serait mis en place aux fins du crédit d'impôt sur les salaires de RS & DE et ce crédit s'établirait sur la moitié du montant total du contrat conclu pour la réalisation de la RS & DE versé dans l'année. Cette mesure se trouve notamment au paragraphe c) de l'article 1029.7 L.I.

   Bien que l'article 482 L.I. ne s'applique pas à un montant versé en vertu du paragraphe c) de l'article 1029.7 L.I., puisqu'il ne s'agit pas d'un salaire, Revenu Québec a, par le passé, dans ce contexte, maintenu l'application du délai de 180 jours puisque le crédit visé se situait toujours à l'intérieur du crédit d'impôt sur les salaires.

À cet effet, Revenu Québec a repris cette position lors d'une table ronde à un colloque de 2007 de l'APFF portant sur la RS & DE[12]. Nous avons examiné cette problématique à nouveau.

Nous sommes maintenant d'avis que nous ne pouvons maintenir la position exposée ci-dessus concernant le paragraphe c) de l'article 1029.7 L.I. Nous modifions donc notre interprétation à cet égard pour que dorénavant le crédit soit accordé à l'égard de l'année au cours de laquelle les travaux sont effectués, sans égard au moment où le montant est versé, tout en respectant le délai de 18 mois prévu pour la production de la demande du crédit.

6. CRÉATION DE GAIN EN CAPITAL CORPORATIF POUR VERSEMENT DE DIVIDENDES À L'ACTIONNAIRE

Compte tenu des taux d'imposition au Québec, il est plus intéressant pour un particulier de réaliser du gain en capital plutôt que de recevoir des dividendes. De plus, compte tenu de l'intégration du régime fiscal canadien et québécois, il est plus avantageux pour un particulier qu'une société réalise un gain en capital et lui verse un dividende imposable et non imposable à même les fonds restants que de payer purement et simplement un dividende au particulier.

Situation

- Société A désire verser un dividende de 90 000 $ à son actionnaire.

- Société A est résidente du Québec.

- Société A détient des actions d'une filiale d'une valeur de 150 000 $. Ces actions ont un coût de 50 000 $.

- Société A effectue un roulement interne sur les actions qu'elle détient dans la filiale et réalise un gain de 100 000 $ sur lequel elle paie des impôts d'environ 23 000 $.

---

[12] Dans *Colloque – Le grand rendez-vous de la RS & DE avec les autorités fiscales, fédérale et québécoises*, 164, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007.

– Dans la même année, Société A utilise ses liquidités et verse un dividende imposable de 40 000 $ à son actionnaire ainsi qu'un dividende de 50 000 $ provenant du compte de dividendes en capital (« CDC »).

– Société A récupère l'impôt en main remboursable d'environ 13 000 $ qu'elle a payé sur la vente des actions.

– L'actionnaire paie environ 14 500 $ d'impôt sur le dividende qu'il a reçu.

a) Quelle est la position de Revenu Québec en regard d'une société qui, sans motif commercial, crée du gain en capital, par voie de roulement interne ou de transactions intersociétés dans le but de générer un CDC et un solde d'impôt en main remboursable positif afin de permettre le versement d'un dividende à un actionnaire et ainsi réduire le taux d'imposition sur les sommes versées à l'actionnaire? Avez-vous pour politique d'appliquer l'article 1079.10 L.I. à ce genre de transaction?

b) Est-ce que la réponse serait différente si Société A avait des pertes autres que des pertes en capital pouvant être appliquées pour annuler le gain en capital?

Réponses

a) Il faut d'abord souligner que l'énoncé de la présente question ne décrit que sommairement une situation donnée hypothétique. En l'absence d'une analyse de tous les faits et circonstances se rapportant à une situation particulière donnée, il apparaît donc impossible de se prononcer de manière définitive sur l'application potentielle de l'article 1079.10 L.I. dans la situation donnée. Nous pouvons tout de même formuler les commentaires généraux suivants.

Premièrement, selon les faits soumis, il y aurait lieu d'analyser l'application possible de certaines dispositions spécifiques, notamment l'article 111 L.I. En effet, dans le cas soumis, la création du gain en capital pour la société n'a aucun motif commercial et ce gain engendre un impôt pour la société. Ainsi, au plan conceptuel, cet impôt remplace l'impôt auquel l'actionnaire aurait normalement été soumis, d'où l'avantage potentiel accordé à l'actionnaire.

Ensuite, nous pourrions conclure que l'opération entreprise, soit le roulement interne sur les actions de la filiale de la Société A, n'a aucun objet véritable autre que l'obtention d'un avantage fiscal pour l'actionnaire. Cet avantage fiscal découle du versement d'un dividende à

même le CDC permettant ainsi à l'actionnaire de recevoir un dividende sans incidence fiscale. Ainsi, relativement à des situations similaires, nous examinerions sérieusement l'application potentielle de l'article 1079.10 L.I., à titre de base de cotisation principale ou secondaire, afin de déterminer s'il y a abus dans l'application des dispositions de la *Loi sur les impôts* lue dans son ensemble au sens de l'article 1079.12 L.I.

b) Dans les circonstances où Société A avait des pertes autres que des pertes en capital pouvant être appliquées pour annuler le gain en capital, nous sommes d'avis qu'un avantage fiscal pour la société découlerait de la série d'opérations. Toutefois, nous ne considérerions pas abusif pour la société d'utiliser des pertes autres que des pertes en capital à l'encontre de son gain en capital réalisé à l'égard du roulement interne sur les actions de sa filiale lorsque les pertes sont sur le point d'être expirées.

7. UTILISATION DE L'ARTICLE 308.1 L.I. POUR CONVERTIR UN DIVIDENDE EN GAIN EN CAPITAL

Situation

- A, B, C et D, quatre frères et sœurs, sont actionnaires d'une société exploitante (« Opco »).

- D est un actionnaire passif et ne détient que des actions privilégiées d'Opco pour lesquelles une entente prévoit le rachat d'un montant fixe d'actions chaque année.

- Le rachat entraîne la réalisation d'un dividende imposable en vertu de l'article 506 L.I. pour D.

- Dans le cadre d'une réorganisation de la société, chacun des quatre frères et sœurs transfère ses actions à une nouvelle société de gestion (« Gestco ») créée pour chacun des frères et sœurs.

- Le transfert se fait en franchise d'impôt par voie d'un roulement fiscal en vertu des règles prévues à l'article 518 L.I.

- À la suite de ces transferts, D continuera de se faire racheter ses actions d'Opco. Toutefois, les rachats seront réalisés entre Opco et Gestco D et les dividendes réputés réalisés en vertu de l'article 506 L.I. seront déductibles selon l'article 738 L.I.

– En présumant que le paragraphe 308.1 L.I. s'applique à la transaction de rachat, Gesco D sera réputée réaliser un gain en capital et devra payer des impôts sur ce gain. Toutefois, la société pourra verser un dividende imposable en vertu de l'article 497 L.I. ainsi qu'un dividende non imposable en vertu de l'article 502 L.I. à même le CDC à D. Ce faisant, le taux d'impôt effectif pour l'actionnaire sera moindre que s'il s'était fait racheter ses actions directement par Opco.

– Il n'y a aucun revenu protégé dans Opco.

a) Est-ce que Revenu Québec considère que cette transaction devrait être assujettie à la règle générale antiévitement (« RGAÉ »)?

b) Est-ce que la réponse à la question précédente serait la même si le transfert est fait à une nouvelle société de gestion toujours en vertu d'un roulement selon l'article 518 L.I., mais que le seul objectif de l'actionnaire est de convertir un dividende en gain en capital par l'application de l'article 308.1 L.I.?

Réponses

a) Il faut d'abord souligner que l'énoncé de la présente question ne décrit que sommairement une situation donnée hypothétique. En l'absence d'une analyse de tous les faits et circonstances se rapportant à une situation particulière donnée, il apparaît donc impossible de se prononcer de manière définitive sur l'application potentielle de l'article 1079.10 L.I. dans la situation donnée. Nous pouvons tout de même formuler les commentaires généraux suivants.

Dans les circonstances, il y aurait lieu de déterminer les objets pour lesquels cette réorganisation a été effectuée. À cet égard, la Cour d'appel fédérale[13] a mentionné que bien qu'une série d'opérations puisse être effectuée principalement pour des objets non fiscaux, la RGAÉ peut quand même s'appliquer lorsque l'objet principal d'une ou de plusieurs opérations faisant partie de cette série d'opérations est l'obtention d'un avantage fiscal.

Ainsi, s'il est démontré que les opérations effectuées, soit la création de la société de D, suivie du roulement de ces actions privilégiées et du rachat subséquent de ces actions avaient comme objet principal de

[13] Sur ce point, voir l'arrêt *La Reine* c. *MacKay et autres*, 2008 D.T.C. 6238 (C.A.F.).

procurer un avantage fiscal à D en lui versant un dividende sans incidence fiscale à même le CDC de la société, nous serions d'avis qu'un avantage fiscal découle de la série d'opérations.

De plus, les dispositions de l'article 308.1 L.I. ont été utilisées au niveau de la société afin de réaliser la série d'opérations visant à verser un dividende à D sans incidence fiscale. Or, considérant que l'objet de l'article 308.1 L.I. est d'empêcher le dépouillement des gains en capital, Revenu Québec examinerait sérieusement l'application potentielle de l'article 1079.10 L.I. relativement à des situations similaires afin de déterminer s'il y a abus dans l'application des dispositions de la *Loi sur les impôts* lue dans son ensemble au sens de l'article 1079.12 L.I.

b) Relativement à votre deuxième question, notre réponse ne serait pas différente dans les circonstances considérant les commentaires de la Cour d'appel fédérale.

8. CERTIFICAT DE DÉCHARGE DANS LE CADRE D'UNE LIQUIDATION

Dans le cadre de la liquidation d'une société, les administrateurs de celle-ci doivent obtenir un certificat de décharge conformément à l'article 14 de la *Loi sur l'administration fiscale*[14] avant de distribuer les biens de la société ou leur produit de l'aliénation aux actionnaires de la société sans quoi les administrateurs de la société sont responsables des dettes fiscales de la société au moment de la distribution.

Nous comprenons que Revenu Québec exige, préalablement à la délivrance du certificat de décharge, que la société produise la déclaration de revenus de la société pour l'année d'imposition durant laquelle les biens de la société ont été vendus ou distribués.

Dans le cas où la société distribuera des biens en nature à ses actionnaires sur la liquidation (par exemple, une distribution de valeurs mobilières), l'impôt résultant de la distribution des biens ne sera connu qu'au moment de la distribution et dépendra de la valeur de ces biens au moment de cette distribution. Or, les biens ne peuvent être distribués par les administrateurs tant que le certificat de décharge n'a pas été délivré.

---

[14] L.R.Q., c. A-6.002 (« L.A.F. ») (qui portait auparavant le titre suivant : *Loi sur le ministère du Revenu* (L.R.Q., c. M-31)).

Afin d'arrêter la valeur des biens distribués et le rendement que ceux-ci pourraient générer et afin ainsi de fixer le montant d'impôt dû sur la distribution des biens et permettre à la société de produire sa dernière déclaration de revenus avant la dissolution, est-ce que Revenu Québec accepterait que les biens de la société soient légalement transférés aux actionnaires aux termes d'une convention de liquidation prévoyant que leur remise sera reportée jusqu'au moment où les certificats de décharge auront été obtenus et que ceux-ci seront détenus par la société dans l'intervalle à titre de mandataire pour le compte des actionnaires avec plein pouvoir de les utiliser pour le paiement des dettes fiscales de la société?

Réponse

En vertu du deuxième alinéa de l'article 424 L.I. reproduit ci-après, le moment auquel une société est réputée avoir aliéné un bien attribué à un actionnaire lors de sa liquidation n'est pas le moment de cette distribution, mais plutôt immédiatement avant la liquidation :

> « Lorsque, dans une année d'imposition d'une société, un bien est attribué de quelque manière que ce soit à un actionnaire ou au profit de celui-ci lors de la liquidation de la société, les règles suivantes s'appliquent :
>
> a) la société est réputée, aux fins de calculer son revenu pour l'année, avoir aliéné ce bien immédiatement avant la liquidation pour un produit de l'aliénation égal à sa juste valeur marchande à ce moment; [...]. » (Notre soulignement)

Ainsi, dès lors qu'une société sait qu'elle attribuera un bien à un actionnaire dans le cadre de sa liquidation, elle est en mesure de déterminer le moment de l'aliénation réputée de ce bien (immédiatement avant la liquidation), donc de calculer son impôt payable et de s'en acquitter avant toute attribution dudit bien à l'actionnaire. Bref, la situation à cet égard ne nous apparaît pas problématique, du moins en ce qui a trait à la détermination du montant d'impôt payable, et le recours à une convention particulière telle que celle décrite dans la question ne nous apparaît pas nécessaire.

Par ailleurs, dans le contexte que vous nous soumettez, et dans la mesure où, en fonction des faits propres au dossier, les administrateurs de la société sont les personnes visées par l'article 14 L.A.F., ceux-ci doivent, avant de procéder à la distribution des biens de la société aux actionnaires, informer le ministre de celle-ci et obtenir le certificat pertinent autorisant la distribution de ces biens.

Il faut voir que dans tous les cas d'application de l'article 14 L.A.F., la responsabilité de la personne visée à cet article prend naissance à la date de la distribution des biens du débiteur fiscal. Or, dans un contexte de liquidation d'une société, c'est au moment du transfert de propriété des biens de la société à ses actionnaires qu'il y a distribution de biens au sens de l'article 14 L.A.F. En effet, même si une convention prévoit que la remise physique de ces biens aux actionnaires est reportée, il n'en demeure pas moins que ces biens ne font plus partie du patrimoine de la société depuis la date convenue pour leur transfert de propriété en faveur des actionnaires. Ainsi, à compter de cette date, les actionnaires seraient, en principe, en droit de les vendre ou de les grever d'une sûreté, de telle sorte que le ministre du Revenu ne serait plus en mesure d'agir utilement à leur égard pour protéger ses droits.

Par conséquent, malgré l'existence d'une telle convention, afin de se conformer aux dispositions de l'article 14 L.A.F., les administrateurs doivent, avant la date du transfert de propriété des biens aux actionnaires, demander et obtenir du ministre le certificat autorisant cette distribution de biens, et ce, même si à cette date, la société en a toujours la détention physique.

Ceci dit, nous constatons que malgré l'absence de problématique concernant la détermination du montant d'impôt payable dans ce contexte, il reste que cet impôt ne sera effectivement payable qu'à la suite de l'attribution des biens aux actionnaires, cette attribution étant l'élément déclencheur de l'aliénation réputée et donc de l'existence d'un impôt. Dans ce contexte, afin de pallier le problème d'appariement, une sûreté pourrait être offerte au ministre du Revenu pour garantir le paiement de l'impôt, conformément à ce qui est prévu au troisième alinéa de l'article 14 L.A.F.

9. CERTIFICAT DE DÉCHARGE DANS LE CADRE D'UNE VENTE D'ACTIFS

Revenu Québec indique ce qui suit dans le *Bulletin d'interprétation* LMR. 14-1/R2 :

> « [...] tous les administrateurs d'une société qui sont visés par le [...] paragraphe 3 de ce bulletin doivent se conformer aux exigences de l'article 14 de la LMR lorsqu'ils vendent les biens de cette société et le Ministère peut, en cas de défaut, les cotiser à ce titre[15]. »

---

[15] REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* LMR. 14-1/R2, « Distribution de biens – Principes généraux », 31 janvier 2005, par. 20.

Revenu Québec ajoute au même paragraphe que « [r]ègle générale, ce sont donc les **administrateurs de la société** qui doivent, préalablement à la vente d'actifs, obtenir le certificat de distribution prévu à cet article » (notre soulignement).

Sur la base de la jurisprudence, une vente d'actifs suivie d'une répartition du produit de l'aliénation peut, dans certains cas, être considérée comme une distribution visée par l'article 14 L.A.F. Cependant, selon la jurisprudence, c'est le fait de remettre le produit de la vente aux créanciers de la société qui constitue la distribution et non la vente des actifs en elle-même.

a) Revenu Québec peut-il préciser les cas dans lesquels un certificat de décharge est requis dans un contexte de vente d'actifs?

b) Revenu Québec peut-il confirmer que les administrateurs, dans un tel cas, doivent obtenir un certificat de décharge avant le paiement des créanciers de la société et non avant la vente des actifs? Obliger les administrateurs à obtenir un certificat de décharge avant la vente pourrait compromettre plusieurs ventes d'actifs compte tenu des délais pour obtenir un certificat de décharge.

Réponses

a) Comme le prévoit le *Bulletin d'interprétation* LMR. 14-1/R2, ce sont généralement les administrateurs de la société qui doivent se conformer aux exigences de l'article 14 L.A.F. lorsqu'il y a vente des actifs de cette société et qu'ils procèdent à la distribution de ses biens. Il nous apparaît toutefois difficile de dresser une liste de cas précis d'application de cette disposition dans un tel contexte puisque chaque cas peut s'avérer être un cas d'espèce qui doit être apprécié en fonction des faits particuliers ainsi qu'en regard des prescriptions fixées par l'article 14 L.A.F.

   Ceci dit, s'il appert, dans un cas particulier, que des administrateurs d'une société ont consenti, acquiescé ou participé à la vente des actifs de celle-ci et que le prix de vente est distribué à un ou plusieurs créanciers de cette société, ce sont ces administrateurs qui sont visés par les exigences de l'article 14 L.A.F. et qui doivent obtenir du ministre du Revenu le certificat autorisant cette distribution.

b) Afin d'éviter d'encourir la responsabilité prévue à l'article 14 L.A.F., ces administrateurs devront, avant de procéder à la distribution de prix de vente, c'est-à-dire concrètement, avant de payer les créanciers de la

société avec le produit de cette vente, avoir obtenu du ministre le certificat autorisant cette distribution.

10. DATE DE PRODUCTION DES DÉCLARATIONS ET FORMULAIRES AUX FINS DE LA *LOI SUR LES IMPÔTS*

L'article 1000 L.I. prévoit qu'une « déclaration fiscale contenant les renseignements prescrits doit être transmise au ministre, au moyen du formulaire prescrit », dans les délais qui y sont prescrits.

L'article 1029.6.0.1.2 L.I. prévoit, quant à lui, qu'un contribuable ne peut avoir droit aux crédits d'impôt prévus à l'une des sections II à II.6.1.5 L.I. que s'il « présente au ministre le formulaire prescrit contenant tous les renseignements prescrits » ainsi que tout document y afférent au plus tard 12 mois après la date d'échéance de production qui lui est applicable pour l'année donnée.

La *Loi sur les impôts* prévoit plusieurs obligations de production de déclarations fiscales et de formulaires. Or, on constate que le libellé de ces dispositions n'est pas uniforme et qu'aucune règle n'est précisée quant à la production par la poste de tels documents.

Le paragraphe 248(7) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[16] prévoit ce qui suit :

> « Pour l'application de la présente loi :
>
> a) tout envoi en première classe ou l'équivalent, sauf une somme remise ou payée qui est visée à l'alinéa b), est réputé reçu par le destinataire le jour de sa mise à la poste;
>
> b) la somme déduite ou retenue, ou payable par une société, qui est remise ou payée conformément à la présente loi où à son règlement est réputée remise ou payée le jour de sa réception par le receveur général. »

Au Québec, l'article 27.1 L.A.F. prévoit ce qui suit à l'égard des paiements :

> « Tout montant ou effet de commerce remis au ministre dans le but d'effectuer un paiement prévu par une loi fiscale ou un règlement adopté en vertu d'une telle loi est présumé avoir été reçu par le ministre à la date estampillée par un

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

> fonctionnaire de l'Agence sur le formulaire relatif à ce paiement. De même, tout montant ou effet de commerce remis à une institution financière dans le but d'effectuer un paiement prévu par une loi fiscale ou un règlement adopté en vertu d'une telle loi est présumé avoir été reçu par le ministre à la date de cette remise. »

Or, aucune disposition ne précise à quel moment une déclaration ou un formulaire envoyé par la poste est considéré comme ayant été « transmis » ou « présenté » au ministre aux fins de la *Loi sur les impôts*. La pratique courante à cet égard est de considérer le cachet de la poste comme étant la date à retenir à cette fin. Or, il semble que certains représentants de Revenu Québec soutiennent que c'est plutôt la date de réception des documents par Revenu Québec qui doit être prise en considération.

En l'absence de disposition législative claire, Revenu Québec pourrait-il confirmer qu'une déclaration fiscale ou tout autre formulaire produit en vertu de la *Loi sur les impôts* est en général considéré comme ayant été transmis, présenté ou produit à la date du cachet de la poste? Dans le cas contraire, Revenu Québec peut-il expliquer sa politique quant à la date réputée de production de tels documents?

Réponse

Il n'existe aucune disposition législative qui établit expressément la date de l'envoi d'une déclaration fiscale par Revenu Québec. Cependant, il est généralement bien établi en droit que cette obligation est considérée comme remplie dès la mise à la poste du document en cause et que, de ce fait, le cachet de la poste fait foi du respect du délai imparti. Cette position s'applique également aux formulaires prescrits qui doivent être présentés, transmis ou produits à Revenu Québec.

11. PNEUS ACHETÉS ET VÉHICULES DE LOCATION

Un nombre croissant de comptables en pratique nous ont révélé le fait que lors de certaines vérifications fiscales d'employés (à commission ou non) et de travailleurs autonomes, des représentants de Revenu Québec avaient capitalisé les dépenses d'achat de pneus effectuées par les particuliers. Des avis de cotisation en ont ainsi résulté. Or, quand il s'agit d'employés (à commission ou non) et qu'il s'agit d'automobiles louées, le résultat fiscal s'avère tout à fait inapproprié. En effet, aucune dépense d'amortissement ne peut être demandée par l'employé à l'égard de l'achat de pneus car l'article 64 L.I. (l'équivalent québécois de l'alinéa 8(1)j) L.I.R.) ne permet une telle dépense pour un employé qu'à l'égard de l'achat d'un « véhicule à moteur » (et non pas de « matériel automobile »). Si le véhicule

est loué (ce qui est une situation fréquente), il n'y a pas d'achat de « véhicule à moteur ». De plus, même si l'automobile a été achetée, il est fort possible que les pneus additionnels aient été acquis longtemps après l'achat de l'automobile (par exemple, pour remplacer les pneus usés ou pour la saison d'hiver). Si la position utilisée par certains représentants de Revenu Québec s'avérait exacte, cela signifierait que la dépense pour l'achat de pneus deviendrait donc une dépense non déductible pour les particuliers ayant le statut d'employé (tandis que pour les travailleurs autonomes, il s'agirait probablement d'actifs de catégorie 10 à titre de « matériel automobile »). De plus, la TPS et la TVQ ne seraient alors pas récupérables pour de tels employés. Tout cela apparaît procurer un résultat totalement inadéquat tant du point de vue pratique qu'en ce qui concerne la politique fiscale sous-jacente.

S'agit-il effectivement de la position des autorités fiscales québécoises de capitaliser une telle dépense et si tel est le cas, n'y aurait-il pas lieu d'adopter une pratique administrative plus conforme à la réalité économique rattachée à une telle dépense?

Réponse

La *Loi sur les impôts* permet, à certaines conditions, à un contribuable de déduire certaines dépenses à l'égard d'un véhicule moteur qu'il acquiert ou loue pour voyager dans l'exercice de sa charge, de son emploi ou pour exploiter une entreprise.

L'amortissement du coût en capital fait partie de ces dépenses.

Un véhicule moteur est toujours vendu avec des pneus, les « pneus d'origine ». Le coût des pneus d'origine d'un véhicule moteur est inclus dans le coût en capital du véhicule moteur sur lequel s'applique le pourcentage d'amortissement.

Le vendeur peut aussi inclure dans le prix de vente du véhicule moteur le coût des quatre pneus d'hiver. Celui-ci est alors inclus dans le coût en capital du véhicule moteur.

Par ailleurs, dans le calcul de son revenu de charge, d'emploi, d'entreprise ou de biens, un contribuable peut déduire une dépense liée au fonctionnement d'un véhicule moteur qu'il utilise dans l'accomplissement de sa charge ou son emploi ou pour gagner un revenu d'entreprise ou de biens.

Constitue une telle dépense le coût d'acquisition des pneus d'hiver lorsqu'il n'est pas inclus dans le coût en capital du véhicule moteur ainsi que le coût de remplacement de ses pneus usés par des pneus neufs de qualité et de valeur similaires.

12. CATÉGORIES D'ACTIONS COMPORTANT LES MÊMES DROITS ET RESTRICTIONS

Des lois sur les sociétés prévoient la possibilité que plusieurs catégories (ou plusieurs séries d'actions d'une même catégorie) comportent les mêmes droits et restrictions (par exemple, l'article 49 de la *Loi sur les sociétés par actions*[17] du Québec). Ces lois traitent ces catégories (ou séries) d'actions comme étant des actions de catégories distinctes, et ce, même si deux catégories (ou séries) ont des droits et restrictions identiques.

Dans ce contexte, quelle est la position de Revenu Québec lorsque deux catégories d'actions (catégorie A et catégorie B) d'une même société ont les mêmes droits et restrictions :

a) quant à la notion d'« aliénation », dans le cas d'échange d'actions de catégorie A contre des actions de catégorie B, au sens de la *Loi sur les impôts* (en particulier aux fins des articles 301, 504, 517.1, 518, 541 et 1097) (étant des biens distincts)?

b) quant à la notion de « capital versé » d'une action : le détenteur aura-t-il un capital versé distinct pour les actions de catégorie A et pour les actions de catégorie B?

c) quant à la notion de « prix de base rajusté » : le détenteur aura-t-il un prix de base rajusté (« PBR ») distinct pour les actions de catégorie A et pour les actions de catégorie B?

Réponses

a) En ce qui a trait à la notion d'aliénation dans le cas d'échange d'actions, les actions constituent des biens distincts, ainsi il y a aliénation lors de l'échange.

---

[17] L.Q. 2009, c. 52.

b) Conformément à l'article 570R1 du *Règlement sur les impôts*[18], l'expression capital versé à l'égard d'une action, d'une catégorie d'actions ou de toutes les actions du capital-actions d'une société, à un moment donné, désigne un montant égal à celui qui est calculé à ce titre à l'égard de cette action, de cette catégorie d'actions ou de toutes ces actions, selon le cas, au même moment et aux mêmes fins en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Ainsi, nous faisons nôtre la position énoncée par l'ARC à la question 20 de la Table ronde sur la fiscalité fédérale[19] au Congrès 2010 de l'APFF selon laquelle le capital versé de chacune des catégories doit être calculé séparément.

c) Nous faisons nôtre également la position de l'ARC, énoncée à la même occasion, relativement au calcul du PBR :

> « Aux fins du calcul du PBR et du paragraphe 47(1) L.I.R., l'ARC considérerait des actions de catégories différentes ayant exactement les mêmes droits et restrictions comme étant des biens identiques même si elles font partie de catégories d'actions différentes. Ainsi, un contribuable qui détiendrait de tels biens identiques de deux catégories différentes devrait établir le PBR de chacune des actions, conformément au paragraphe 47(1) L.I.R., en tenant compte du coût total des actions appartenant à l'ensemble des catégories ayant exactement les mêmes droits et restrictions et du nombre total d'actions de ces catégories.
>
> La question serait donc de savoir si, selon les faits et circonstances d'une situation particulière donnée, les actions de catégories différentes ont exactement les mêmes droits et restrictions. Parmi les droits qu'il faudrait considérer lors de l'établissement des différences, il y a le droit au capital émis et payé à l'égard d'une action d'une catégorie par rapport à celui à l'égard d'une autre catégorie[20]. »

---

18 R.R.Q., 1981, c. I-3, r.1 et mod. (« R.I. »).

19 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2010*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2011, pp. 52:1-102, question 20., aux pages 52:50-51.

20 *Id*., 52:51.

13. RÈGLES ENTOURANT LA PRÉSENTATION TARDIVE DES DEMANDES D'ENCOURAGEMENT FISCAL

Situation n^{o} 1

Bon nombre de crédits d'impôt offerts par le gouvernement du Québec nécessitent l'obtention préalable de documents d'un organisme sectoriel, telles des attestations visant les employés. La législation prévoit des règles strictes quant à la production de ces documents auprès de Revenu Québec, de sorte que ceux-ci doivent obligatoirement être produits au plus tard dans les 18 mois suivant la fin de l'exercice de la société auquel la demande se rapporte. Le délai de 18 mois sera toutefois prorogé dans l'un ou l'autre des cas suivants :

- si le contribuable a produit ses demandes auprès de l'organisme sectoriel avant le 15^{e} mois suivant sa fin d'année **et** que les documents lui ont été délivrés après les 18 mois suivant sa fin d'année;

- si le contribuable a produit ses demandes auprès de l'organisme sectoriel entre le 15^{e} mois et le 18^{e} mois suivant sa fin d'année **et** que les documents lui ont été délivrés après les 18 mois suivant sa fin d'année, **dans la mesure où** il peut démontrer qu'il satisfait aux critères de l'article 36 L.A.F. (sommairement, ces critères exigent qu'il démontre que le retard a été occasionné par des circonstances exceptionnelles).

Notre expérience au cours des dernières années nous a démontré que les exceptions mentionnées ci-dessous sont appliquées de manière très stricte par Revenu Québec, de sorte que certains contribuables qui ont atteint les objectifs poursuivis par la politique fiscale qui sous-tend certaines mesures incitatives en sont injustement privés. Tel est le cas, par exemple, d'un contribuable qui aurait reçu les documents de l'organisme sectoriel avant l'échéance du 15^{e} ou du 18^{e} mois, mais qui aurait omis de les transmettre à Revenu Québec avant les 18 mois suivant la fin de son exercice financier. Non seulement celui-ci a-t-il rempli les divers critères d'admissibilité au crédit, mais il a déboursé les frais exigés par l'organisme sectoriel pour l'obtention des documents. Or, selon les règles actuelles, la conséquence de son oubli, pour ne pas avoir agi d'intermédiaire entre deux entités gouvernementales, est, malheureusement, la perte totale des sommes attendues.

1) Le ministère des Finances ou Revenu Québec prévoient-ils, dans de telles situations, mettre en place des règles spéciales qui permettraient au

contribuable de voir son délai prorogé s'il parvient simplement à démontrer sa bonne foi?

2) Afin que les conséquences d'un manquement soient davantage proportionnelles à la gravité de l'erreur du contribuable et aux inconvénients subis par Revenu Québec, le ministère des Finances pourrait-il envisager la mise en place d'un système de pénalités pour retard de production qui remplacerait le système actuel qui entraîne le refus total d'une demande?

Réponse

Les mesures annoncées à l'occasion du Discours sur le budget 2006-2007 relativement à la présentation tardive des demandes d'encouragement fiscal ont eu pour effet de retirer toute discrétion à Revenu Québec dans la situation n° 1. Le Projet de loi n° 5[21] a introduit les nouvelles dispositions qui donnent suite à ces mesures.

Ainsi, lorsqu'un contribuable reçoit les documents de l'organisme sectoriel avant l'échéance du délai de 12 mois de la date d'échéance de production qui lui est applicable et qu'il ne produit pas, auprès de Revenu Québec, sa demande de crédit d'impôt à l'intérieur de ce délai, Revenu Québec ne peut donner suite à une demande de prorogation de délai, sauf lorsque les conditions prévues au nouvel article 36.0.1 L.A.F. sont remplies. Revenu Québec conserve toutefois son pouvoir discrétionnaire de proroger le délai de 12 mois lorsque le retard pour produire un document est dû au fait que le contribuable a obtenu ce document de l'organisme responsable de la délivrance du document après le 15e jour précédant l'expiration du délai de 12 mois, et qu'il a déposé sa demande auprès de cet organisme après l'expiration du 9e mois suivant la date d'échéance de production de sa déclaration de revenus mais avant l'expiration du 12e mois suivant cette date d'échéance de production.

Mentionnons également qu'une prorogation de plein droit est prévue au deuxième alinéa de l'article 1029.6.0.1.2 L.I. lorsque les conditions prévues au deuxième alinéa de cet article sont remplies. Ainsi, cette prorogation automatique survient lorsque le retard pour produire un document est dû au fait que le contribuable a obtenu ce document de l'organisme responsable de la délivrance du document après le 15e jour précédant l'expiration du délai de 12 mois, et qu'il a déposé sa demande auprès de cet organisme avant

[21] 2011, c. 6.

l'expiration du 9e mois suivant la date d'échéance de production de sa déclaration de revenus.

Le délai de 12 mois prévu au premier alinéa de l'article 1029.6.0.1.2 L.I. est donc devenu un délai de rigueur, sous réserve des deux exceptions mentionnées ci-dessus.

À cet égard, le ministère des Finances confirme que ce résultat est conforme à la politique fiscale et aucun changement aux règles applicables n'est prévu.

Situation no 2

En ce qui concerne les mêmes mesures fiscales que celles décrites à la situation no 1, Revenu Québec exige que le formulaire prescrit lui soit acheminé avant le 18e mois suivant la fin de l'exercice financier du contribuable, même si les documents attendus de l'organisme sectoriel n'ont pas été reçus ou que le contribuable, de bonne foi, croit ne pas les avoir reçus. Or, ce n'est qu'après la réception des documents émanant de l'organisme sectoriel que le contribuable est en mesure de calculer de manière exacte le montant de sa demande. Autrement dit, lui exiger de produire un formulaire à l'avance encourage les demandes spéculatives. De telles demandes ne sont pas sans alourdir le processus de cotisation après de Revenu Québec puisque ses agents devront également analyser, ultérieurement, la demande définitive.

Revenu Québec prévoit-il harmoniser la règle visant les délais de production des formulaires prescrits avec celles entourant la production des documents des organismes sectoriels?

Réponse

Revenu Québec ne demande pas aux sociétés de produire une demande de crédit d'impôt avant la fin des 18 mois lorsqu'elles n'ont pas reçu leurs attestations. Ces demandes seraient incomplètes et devraient être refusées.

Si un crédit d'impôt nécessitant une attestation est demandé après l'échéance des 18 mois, le vérificateur procédera de la façon suivante :

1) À quelle date l'attestation a-t-elle été délivrée?

- Si l'attestation a été délivrée avant le 15e jour précédant l'échéance des 18 mois, alors le crédit sera refusé.

- Si l'attestation a été délivrée après le 15e jour précédant l'échéance des 18 mois, l'analyse se poursuivra de la façon décrite à la rubrique 2 ci-dessous.

2) À quelle date la société a-t-elle soumis sa demande d'attestation auprès de l'organisme sectoriel?

- Si la société a soumis sa demande d'attestation auprès de l'organisme sectoriel avant l'expiration du 15e mois suivant la fin de son exercice financier, alors la demande de crédit sera analysée.

- Si la société a soumis sa demande d'attestation auprès de l'organisme sectoriel après l'expiration du 15e mois mais avant l'expiration du 18e mois, alors le contribuable devra fournir à Revenu Québec les raisons pour lesquelles la demande d'attestation a été faite tardivement auprès de l'organisme sectoriel. Le *Bulletin d'interprétation* LMR. 36-1[22] énonce les critères généraux sur lesquels Revenu Québec se base pour accorder ou non une prorogation de délai.

- Si la société soumet sa demande d'attestation auprès de l'organisme sectoriel après l'expiration du 18e mois, alors la demande de crédit sera refusée.

14. DEMANDE DE REDRESSEMENT D'UNE DÉCLARATION DE REVENUS DE SUCCESSION

Lors de la table ronde sur la fiscalité provinciale du Congrès 2010 de l'APFF, Revenu Québec, à la question 3.3.[23], a fait savoir que la succession d'un contribuable décédé peut demander la déduction d'un montant remboursé par la succession pour le compte d'un contribuable décédé au titre de montants inclus dans le calcul du revenu du contribuable pour une année antérieure.

Une succession qui n'a pas demandé cette déduction dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition où la déclaration de revenus a déjà

---

22 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* LMR. 36-1, « Prorogation de délais », 31 mars 2004.

23 « Table ronde sur la fiscalité provinciale », précité, note 6, 51:58-60.

été produite peut-elle modifier cette déclaration pour demander cette déduction?

Réponse

Un contribuable qui veut bénéficier de la position énoncée lors du Congrès 2010 pour des années antérieures pourra demander des redressements en application du dossier équité.

Ainsi, dans la mesure où la demande de modification entraîne une diminution du solde dû, le ministre pourra rembourser la succession si cette demande est relative à une année d'imposition se terminant au cours de l'une des 10 années civiles précédant l'année civile de la demande et qu'elle respecte les critères du dossier équité énoncés dans le *Bulletin d'interprétation* IMP. 1051-2/R1[24].

15. APPLICATION DU PLAFOND AUX FRAIS DE REPRÉSENTATION DÉDUCTIBLES

Avant le 12 juin 2003, un contribuable pouvait déduire, dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition, un montant égal à 50 % du montant des frais de représentation engagés au cours de cette année. Certains frais de représentation sont soustraits de l'application de cette limite de 50 %, tels que les dépenses relatives au coût d'un abonnement à des événements culturels spécifiques qui ont lieu au Québec.

Dans le cadre du Budget 2003-2004 présenté le 12 juin 2003[25], le ministère des Finances a annoncé la mise en place d'un plafond aux frais de représentation déductibles. La législation fiscale a été modifiée de façon que les frais de représentation déductibles soient plafonnés à un montant égal à 1 % du chiffre d'affaires du contribuable pour une année. Le 30 mars 2004, lors de la présentation du Budget 2004-2005[26], le ministère des Finances a annoncé un assouplissement à ce plafond, plafond qui est désormais modulé en fonction du chiffre d'affaires annuel. Ainsi, lorsque le chiffre d'affaires

---

[24] REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 1051-2/R1, « Dossier Équité – Remboursement demandé après le 31 décembre 2004 », 31 mars 2008.

[25] QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2003-2004, Discours sur le budget et Renseignements additionnels sur les mesures fiscales*, 12 juin 2003.

[26] QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2004-2005, Discours sur le budget et Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 30 mars 2004.

est de 32 500 $ ou moins, le plafond est de 2 % du chiffre d'affaires. Dans le cas où le chiffre d'affaires se situe entre 32 500 $ et 52 000 $, le plafond est de 650 $. Finalement, lorsque le chiffre d'affaires est supérieur à 52 000 $, le plafond est de 1,25 % du chiffre d'affaires.

Certaines exceptions à cette mesure ont été prévues par le ministère des Finances lors de l'annonce initiale le 12 juin 2003. L'une d'elles concernait les déplacements habituels. Dans les *Renseignements additionnels sur les mesures fiscales*, le Ministère a précisé ce qui suit :

> « […] le plafond de 1 % ne s'appliquera pas à l'égard de frais de nourriture et de boissons engagés par un contribuable, dans le cadre d'activités se rapportant à son entreprise, à un endroit situé à 40 kilomètres ou plus de son lieu d'affaires, dans la mesure où de telles activités sont habituellement effectuées dans un endroit ainsi éloigné de son lieu d'affaires[27]. »

Cette mesure est prévue à l'article 175.6. L.I. et l'exception précédemment mentionnée y est libellée ainsi :

> « Toutefois, un montant auquel l'article 421.1 s'applique pour une année d'imposition ne doit pas être inclus dans le calcul de l'ensemble visé au premier alinéa, relativement à une entreprise du contribuable, lorsqu'il constitue un montant à l'égard de la nourriture ou de boissons consommées à un endroit éloigné d'au moins 40 kilomètres d'un lieu d'affaires du contribuable par une personne qui y travaille habituellement ou qui y est ordinairement attachée et qu'il s'agit d'un montant payé ou à payer dans le cadre des activités liées à cette entreprise qui sont effectuées par cette personne à un endroit situé à plus de 40 kilomètres de ce lieu d'affaires. »

Le terme « habituellement » signifie généralement « de coutume » ou « ordinairement » plutôt que « continuellement » (voir, à titre d'exemple, le paragraphe 32 du *Bulletin d'interprétation* IT-522R[28] où l'ARC exprime son point de vue sur le mot « habituellement »). Dans l'affaire *Imray* c. *Canada*[29], la Cour fédérale a même reconnu que l'expression « de manière habituelle » s'appliquait à des professeurs qui devaient annuellement assister de façon systématique à un congrès, et ce, aux fins de la déduction des dépenses d'automobile. En pratique, la portée exacte de la mesure

---

27 QUÉBEC, ministère des Finances, précité, note 25, p. 114.

28 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-522R, « Frais afférents à un véhicule moteur, frais de déplacement et frais de vendeurs engagés ou effectués par les employés », 29 mars 1996, par. 32.

29 98 D.T.C. 6580 (C.F.).

d'assouplissement annoncée en 2003 à l'égard de tels déplacements sur les frais de boissons et de repas est toutefois encore imprécise. À titre d'exemple seulement, il est fréquent qu'un comptable ait quelques clients à des endroits relativement éloignés de son lieu d'affaires, qu'il aille rencontrer de tels clients dans leur localité à trois ou quatre reprises par année et qu'il engage alors des frais de boissons et de repas.

À la lumière de l'exemple susmentionné, est-il possible pour Revenu Québec de préciser le sens qu'il accorde aux expressions « qui y travaille habituellement » et « qui y est ordinairement attachée » telles qu'elles sont libellées à l'article 175.61 L.I. aux fins de cet assouplissement visant les frais de représentation?

Réponse

L'exception à l'imposition d'un plafond aux frais de représentation déductibles qui vise les déplacements habituels, annoncée dans les *Renseignements additionnels sur les mesures fiscales* du Budget 2003-2004 du 12 juin 2003, était présentée dans son contexte. Nous reproduisons ici l'entièreté du texte de l'annonce budgétaire relatif à cette exception :

> « Déplacements habituels
>
> Certaines sphères de la vie économique, le transport par exemple, entraînent, pour les contribuables y œuvrant, des frais de représentation plus importants en raison des déplacements continuels que leur nature même exige. Or, le plafond de 1 % pénaliserait lourdement de tels contribuables.
>
> En conséquence, le plafond de 1 % ne s'appliquera pas à l'égard des frais de nourriture et de boissons engagés par un contribuable, dans le cadre d'activités se rapportant à son entreprise, à un endroit situé à 40 kilomètres ou plus de son lieu d'affaires, dans la mesure où de telles activités sont habituellement effectuées dans un endroit ainsi éloigné de son lieu d'affaires. »

On observe qu'il y est dégagé le constat voulant que s'ils ne sont pas soustraits à l'application du plafond de 1 %, les contribuables dont des activités se rapportant à leur entreprise sont habituellement effectuées dans un endroit éloigné de 40 kilomètres ou plus de leur lieu d'affaires en seraient « lourdement pénalisés ».

Dans ce contexte, pour ne pas dénaturer le motif d'intervention du ministre des Finances, il doit être d'emblée convenu que le sens à donner aux mots « habituellement » et « ordinairement » employés à l'article 175.6.1 L.I. ne peut autoriser la levée du plafond de 1 % pour, par exemple, un

déplacement annuel récurrent d'une durée de deux jours ou, comme soumis pour discussion, pour la rencontre à trois ou quatre reprises par année de clients par un professionnel dans un endroit éloigné de son lieu d'affaires.

Ainsi, pour être conforme à la volonté budgétaire, Revenu Québec donne à ces mots le sens de « la plupart du temps » ou de « en règle générale ». Comme le fait ressortir la jurisprudence, il doit être retenu parmi l'étendue des sens possibles que peuvent revêtir ces mots celui qui fait apparaître le plus justement les visées législatives. Il s'agit ici de reconnaître des types d'activités, d'entreprises, qui ont pour profil inhérent à leurs opérations de devoir mener celles-ci avec régularité en des endroits éloignés de leur lieu d'affaires, engageant, en raison de ce motif, des frais de représentation plus importants. Une fréquence élevée de déplacements est donc un trait concluant à cet égard.

16. OBLIGATION DE COMMUNICATION DE L'INFORMATION – CHOIX LIÉ AUX OPTIONS D'ACHAT DE TITRES

Le nouveau paragraphe 110(1.1) L.I.R. énonce les conditions visant à permettre à un employé qui reçoit un bien autre que des actions du capital-actions de son employeur en contrepartie de ses options d'achat d'actions, de demander la déduction de 50 % prévue à l'alinéa 110(1)d) L.I.R. À défaut de satisfaire à l'ensemble des critères prévus au nouveau paragraphe 110(1.1) L.I.R., le contribuable ne pourra pas se prévaloir de ladite déduction. Le Québec s'est harmonisé à cette mesure dans le cadre du Budget 2010-2011 du 30 mars 2010[30].

Le paragraphe 110(1.1) L.I.R. fait référence à un formulaire prescrit, soit le feuillet T4, « État de la rémunération payée », considérant la case 86 – Choix liés aux options d'achat de titres. Or, la dernière condition prévue à l'alinéa 110(1.1)d) L.I.R. requiert que le contribuable transmette le formulaire prescrit à l'ARC avec sa déclaration de revenus pour l'année concernée.

Dans les circonstances décrites ci-dessus, comment Revenu Québec compte-t-il interpréter la condition de transmettre le formulaire prescrit dans le cas des contribuables qui produisent leur déclaration par voie électronique et qui, par conséquent, ne transmettent pas la copie de leurs feuillets à Revenu Québec à moins d'en recevoir la demande?

---

[30] QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2010-2011, Discours sur le budget et Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 30 mars 2010.

Réponse

Dans la situation où l'employé reçoit un bien autre que des actions du capital-actions de son employeur en contrepartie de ses options d'achat d'actions, l'employé pourra demander la déduction pour options d'achat de titres qui est de 25 % au Québec, si les conditions prévues au paragraphe 110(1.1) L.I.R. sont remplies, incluant celle de transmettre le formulaire prescrit.

Nous avons obtenu des précisions selon lesquelles un choix effectué en vertu du paragraphe 110(1.1) L.I.R. lie le choix aux fins de la législation du Québec. Ainsi, un employeur qui effectue le choix prévu au paragraphe 110(1.1) L.I.R. sera considéré comme ayant fait le choix au Québec. Le particulier qui s'est vu accorder des options par son employeur et qui les encaisse pour une contrepartie autre qu'en actions ne pourra bénéficier de la déduction pour option d'achat de titres que si son employeur fait le choix, pour l'application des dispositions fédérales, de renoncer à la déduction à laquelle il a droit. Un tel choix ne peut être fait uniquement au Québec.

L'employé doit transmettre une copie du formulaire prescrit avec sa déclaration de revenus pour l'année au cours de laquelle la déduction pour option d'achat d'actions est demandée.

Le choix fédéral s'effectue par le biais du feuillet T4, « État de la rémunération payée », à la case 86 – Choix lié aux options d'achat de titres. Au Québec, le formulaire prescrit est le Relevé 1, « Revenus d'emploi et revenus divers », et la case L-8 – Choix lié aux options d'achat de titres, indique que ce choix a été effectué au fédéral, ce qui veut dire que l'employé doit transmettre une copie de son Relevé 1 à Revenu Québec.

En ce qui concerne l'employé qui produit sa déclaration de revenus par voie électronique, nous considérons qu'il ne devrait pas être empêché de la produire par cette voie du fait qu'il demande la déduction pour options d'achat d'actions sans avoir acquis de titres, dans l'optique où l'employeur a fait un choix valide en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Revenu Québec se réserve toutefois le droit de demander au particulier de lui transmettre une copie du Relevé 1 ou du feuillet T4 par la suite comme c'est le cas pour d'autres pièces justificatives.

17. ÉCHANGE D'ACTIONS EN VERTU DE L'ARTICLE 301 OU DE L'ARTICLE 518 L.I.

Lors d'un échange d'actions, il est possible d'effectuer l'échange en utilisant les dispositions prévues à l'article 301 L.I. ou celles contenues à l'article 518 L.I. L'un des avantages de l'utilisation de l'article 301 L.I. est le fait qu'il n'y a pas de formulaire à produire. Toutefois, en vertu de cet article, aucune aliénation ne survient contrairement à l'article 518 L.I. Certains auteurs mentionnent qu'une autre différence entre les articles 301 et 518 L.I. est que ce dernier permet de faire courir la prescription en regard de la JVM ou de l'avantage conféré visé à l'article 526 L.I.

Situation

- Contribuable A transfère un bien à la société ABC dont le coût indiqué est de 100 $ et la JVM est de 1 000 $;

- Un choix est fait en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. (art. 518 L.I.) afin que le transfert soit fait au coût indiqué du bien, soit 100 $;

- En échange, le contribuable ne reçoit que des actions ordinaires de la société ABC dont la JVM est de 1 000 $.

a) Est-ce que Revenu Québec peut nous confirmer qu'un roulement visé à l'article 518 L.I. permet d'obtenir de faire courir la prescription sur la JVM utilisée dans le transfert dans la mesure où un effort raisonnable est fait pour déterminer la JVM?

b) Est-ce que la réponse de Revenu Québec serait différente si dans l'échange un avantage était conféré à Contribuable A?

Réponses

a) Tout d'abord, l'article 1010 L.I. prévoit une période normale de cotisation de trois ans, à compter de la première cotisation pour une année d'imposition donnée, à l'intérieur de laquelle Revenu Québec peut procéder à une vérification et délivrer un avis de nouvelle cotisation, et ce, que le Contribuable A utilise les dispositions de l'article 301 ou 518 L.I. à l'égard de ses opérations.

   Par ailleurs, en règle générale, le pouvoir du ministre d'établir une nouvelle cotisation en dehors des délais de prescription précisés à l'article 1010 L.I. se limite aux cas de fausse représentation des faits par

incurie ou par omission volontaire ou fraude (sous-paragraphe i du sous-paragraphe b du paragraphe 2 de l'article 1010 L.I.).

L'expression « fausse représentation » fait donc référence à une présentation incorrecte des faits qui peut consister en une omission de déclarer. Cette fausse représentation de l'article 1010 L.I. est faite soit par incurie, soit par omission volontaire.

La jurisprudence définit l'incurie comme étant un manque de soins, d'organisation. Elle se réfère donc à une carence ou à une nonchalance dans l'accomplissement des obligations fiscales. Cependant, elle ne comprend pas des choses qu'une personne d'une sagesse et d'une prudence normales aurait pu faire. L'omission volontaire consiste en une omission faite de façon téméraire sans que la personne qui la fait se soucie que cette omission soit exacte ou erronée ou au moins sans qu'elle ait une croyance honnête en son exactitude. Cette omission témoigne d'une négligence plus grave que l'incurie sans qu'il s'agisse cependant de fraude.

D'autres critères peuvent être examinés pour déterminer s'il y a incurie ou non. Par exemple, l'importance des montants non déclarés relativement aux sommes déclarées par le contribuable, l'expérience et les connaissances fiscales du contribuable ou de la personne qui a rempli la déclaration fiscale. Ainsi, la question de savoir si un contribuable a fait une fausse représentation des faits par incurie ou par omission volontaire ne peut être résolue qu'à la lumière de l'examen de tous les faits pertinents.

Or, lorsqu'un effort raisonnable est fait pour déterminer la JVM, par exemple lorsque le contribuable a fait appel à un évaluateur indépendant avant l'échange des actions, et ce, afin de s'assurer de la bonne valeur de ses titres ou a utilisé une méthode d'évaluation conforme à la politique énoncée dans la *Circulaire d'information* 89-3[31] de l'ARC habituellement utilisée pour l'application de la *Loi sur les impôts*[32], nous croyons qu'il serait difficile d'alléguer un manque de soin ou d'organisation de la part du contribuable. À notre avis, le

---

[31] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 89-3, « Exposé des principes sur l'évaluation de biens mobiliers », 25 août 1989.

[32] Voir entre autres les documents suivants : REVENU QUÉBEC, lettres d'interprétation 95-010831, 12 octobre 1995 et 00-010288, 17 juillet 2001.

sous-paragraphe i du sous-paragraphe b du paragraphe 2 de l'article 1010 L.I. pourrait difficilement être applicable en l'espèce.

b) La réponse ne serait pas différente si dans l'échange un avantage était conféré au Contribuable A dans la mesure où un effort raisonnable est fait pour déterminer la JVM des actions au moment de l'échange.

18. NOTION D'ÉTABLISSEMENT STABLE

La notion d'établissement applicable aux sociétés de transport et la formule de répartition des affaires qui leur est réservée comportent certaines incertitudes lorsque ces entreprises font du transport interprovincial. En principe, le régime de base consiste à répartir l'impôt sur le revenu selon une formule à double volet : le prorata des salaires dans chaque province et le prorata du kilométrage parcouru dans chaque province, et ce, en fonction d'où l'entreprise possède un « établissement ».

Il existe une règle générale qui vise à créer un établissement dans le cas où une société utilise une quantité importante de machines ou de matériel à un endroit particulier dans une province. Cette règle est difficile à interpréter.

En tenant pour acquis que la société n'a pas de bureau d'affaires dans une province, au Québec par exemple, ni d'immatriculation d'entreprise dans cette province (au Québec par exemple), quelle serait la position de Revenu Québec dans les situations ci-dessous.

Question 1

Le fait que les camions ne feraient que traverser la province (de l'Ontario vers les Maritimes par exemple) peut-il créer un établissement?

Réponse

La version en vigueur du *Bulletin d'interprétation* IMP. 12-1/R3[33] comporte des éléments de réponse aux questions soulevées. Il aborde d'ailleurs certaines problématiques propres aux sociétés de transport notamment en ses paragraphes 12 et 25 et fait notamment état des positions de Revenu Québec sur ce qui constitue une quantité importante de machines ou de matériel.

---

[33] REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 12-1/R3, « Établissement d'un contribuable », 31 août 2005.

Le simple fait de traverser une province, pris isolément, ne confère pas un établissement. Voir d'ailleurs la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *La Reine (Man.)* c. *Air Canada*[34] et la position de Revenu Québec exposée au dernier alinéa du paragraphe 25 du *Bulletin d'interprétation* IMP. 12-1/R3 précité.

Question 2

Le fait que les camions ne fassent que du chargement de matériel appartenant aux clients à un endroit régulier dans une province pour les livrer dans une autre province crée-t-il un établissement dans la province où il y a eu chargement?

Réponse

Il est difficile au départ de donner une réponse définitive à cette question compte tenu de la multitude de notions d'établissement que comportent notamment les articles 12, 13 ou 15 L.I. Cependant, Revenu Québec est tout de même prêt à offrir les commentaires ci-dessous.

Le fait de transporter au Québec, d'y charger ou d'y décharger des marchandises emporte que le transporteur fait des affaires ici. Cependant, le fait de faire des affaires au Québec n'emporte pas, à lui seul, d'établissement au Québec si le transporteur ne dispose pas lui-même d'un lieu fixe au Québec au sens du premier alinéa de l'article 12 L.I. par exemple, ou encore s'il ne dispose pas lui-même d'un agent mandataire ou employé au Québec ayant l'autorité générale de contracter au sens du premier alinéa de l'article 13 L.I. par exemple, ou encore si le transporteur n'est pas considéré comme utilisant lui-même ici une quantité importante de machines et de matériel à un moment donné au sens de l'article 15 L.I.

Question 3

Le fait que les camions fassent du chargement principalement dans une province et de la livraison régulière hors province, mais aussi quelques déchargements irréguliers dans la province crée-t-il un établissement dans la province où il y aurait eu des déchargements irréguliers? Y a-t-il un nombre critique ou un pourcentage critique?

---

[34] [1980] CanLII 16 (C.S.C.).

Réponse

Voir la réponse à la question 2.

Question 4

Le fait qu'une société utiliserait des *brokers* dans une province (des camionneurs propriétaires de leurs camions) pour l'aider au Québec par exemple, peut-il créer un établissement dans la province où elle a facturé les livraisons de ces *brokers*?

Réponse

Voir la réponse à la question 2 pour une partie de la réponse. En complément de cette réponse, il faut aussi mettre en perspective que, prise isolément, l'utilisation par un donneur d'ouvrage de sous-traitants dans une province donnée n'emporte pas que ce donneur d'ouvrage y a de ce fait un établissement. Ce sont plutôt les sous-traitants faisant des affaires dans cette province qui sont susceptibles d'y avoir un établissement, aux mêmes conditions que celles évoquées à la réponse à la question 2.

Question 5

Si la société a un établissement dans une province donnée, le fait qu'elle aurait régulièrement recours à des *brokers* a-t-il pour effet qu'elle doive augmenter le prorata de répartition du revenu imposable dans une province en haussant le chiffre du numérateur pour les kilométrages parcourus au Québec de ceux parcourus par ses *brokers* (c'est-à-dire en faisant l'addition du kilométrage de ses camions et ceux de tous ses *brokers*)?

Réponse

Conformément à la formule de répartition consacrée à l'article 771R37 R.I. et en particulier à son paragraphe a), seul le kilométrage effectué par les véhicules dont elle est elle-même propriétaire ou locataire impacte la formule de répartition.

Or, le fait de recourir à des sous-traitants, donc de retenir les services de sous-traitants qui voient à fournir tant la machinerie ou le matériel que les services de leur opérateur (en l'occurrence le conducteur), fait généralement

naître un contrat d'entreprise (article 1525 du *Code civil du Québec*[35]) plutôt qu'un contrat de location (art. 1851 C.c.Q.), de sorte que le kilométrage des sous-traitants n'a pas d'impact sur la répartition des affaires de la société de transport donneuse d'ouvrage puisqu'elle n'est ni propriétaire ni locataire des camions en question.

Question 6

Quelle notion d'établissement a priorité dans la province si la notion d'établissement d'une province diverge de celle du règlement fédéral ou de celle d'une autre province?

Réponse

Les notions d'établissement s'appliquent pour chaque ordre de gouvernement les ayant édictées et pour leur propre fiscalité. Il n'existe aucune règle de préséance ayant cours en la matière.

19. VERSEMENT D'UNE RISTOURNE AUX MEMBRES D'UNE COOPÉRATIVE

COOP est constituée en vertu de la *Loi sur les coopératives*[36].

OPCO, constituée en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions*[37], est une société privée sous contrôle canadien (« SPCC ») dont la totalité des actions (avec droit de vote et droit de participation) en circulation sont détenues par COOP. OPCO n'est pas membre de COOP.

Les membres de COOP ne font pas affaire avec OPCO.

1) Est-ce que le dividende reçu par COOP d'OPCO sera déductible en vertu de l'article 738 L.I.?

2) Est-ce que le « revenu du contribuable » inclus dans la définition de « revenu du contribuable attribuable aux affaires faites avec les membres » de l'article 793 L.I. inclut les revenus de dividende reçus par COOP d'OPCO?

---

35 L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »).

36 L.R.Q., c. 67-2.

37 L.Q. 2009, c. 52.

3) Est-ce que le « revenu du contribuable » inclus dans la définition de « revenu du contribuable attribuable aux affaires faites avec les membres » de l'article 793 L.I. inclut les honoraires de gestion facturés par COOP à OPCO?

4) Est-ce que le « revenu du contribuable » inclus dans la définition de « revenu du contribuable attribuable aux affaires faites avec les membres » de l'article 793 L.I. inclut le gain en capital réalisé par COOP à la suite de la vente des actions qu'elle détient dans OPCO?

Réponses

1) Considérant que COOP est une société et que le dividende provient d'OPCO, une société que COOP contrôle et qui réside au Canada, COOP peut déduire le dividende reçu d'OPCO en vertu de l'article 738 L.I.

2) 3) 4) Les articles 792 et 793 L.I. servent à déterminer le montant qu'un contribuable peut déduire à titre de ristournes aux fins du calcul de son revenu. À cet égard, conformément à l'article 793 L.I., le revenu du contribuable attribuable aux affaires faites avec ses membres se calcule, aux fins de l'article 792 L.I., en établissant la partie du revenu du contribuable, avant toute déduction pour ristournes, représentée par la proportion de la valeur des affaires faites dans l'année avec les membres par rapport à celles faites avec tous les clients.

Ces affaires comprennent la valeur des marchandises ou produits que le contribuable a acquis durant l'année de ses clients ou mis sur le marché pour le compte de ses clients ou vendus à ces derniers ou des services qu'il leur a rendus. Ainsi, « la partie du revenu du contribuable, avant toute déduction permise pour ristournes » comprend la partie du revenu net de toutes provenances de la COOP déterminée conformément à l'article 28 L.I., avant toute déduction en vertu de l'article 786 L.I. Donc, les revenus de dividendes reçus d'OPCO, les honoraires de gestion facturés par OPCO et le gain en capital imposable réalisé à la suite de la vente des actions d'OPCO sont inclus dans la partie du revenu du contribuable, avant toute déduction permise pour ristournes (« partie du revenu »).

Par la suite, il faut multiplier cette partie du revenu par la proportion de la valeur des affaires faites dans l'année avec les membres par rapport à la valeur des affaires faites avec tous les clients. À cet égard, les revenus de dividendes reçus d'OPCO, les honoraires de

gestion facturés par OPCO et le gain en capital imposable réalisé à la suite de la vente des actions d'OPCO ne font pas partie de la valeur des affaires faites avec les membres et avec tous les clients, car ces revenus ne proviennent pas des affaires faites avec la COOP.

20. SUBVENTIONS VERSÉES AUX RESPONSABLES DE SERVICES DE GARDE EN MILIEU FAMILIAL

Un forum sur Internet dédié aux responsables de services de garde en milieu familial (« RSG ») et autres intervenants du milieu familial propage l'idée que les subventions gouvernementales versées aux RSG pour la fourniture de services de garde ne sont pas imposables, contrairement à ce qui est mentionné dans la brochure IN-189, *Les garderies en milieu familial*, publiée par Revenu Québec. Qu'en est-il exactement?

Réponse

Revenu Québec considère que ces subventions versées par le ministère de la Famille et des Aînés aux RSG, par l'intermédiaire des bureaux coordonnateurs, constituent pour les RSG des revenus imposables qui doivent être inclus dans le calcul de leur revenu d'entreprise tiré de l'exploitation de leurs garderies en milieu familial.

En effet, selon la jurisprudence fiscale, une subvention visant à aider au fonctionnement d'une entreprise est reçue au titre de recettes et doit, à ce titre, être incluse dans le calcul du revenu du contribuable tiré de cette entreprise. En outre, le paragraphe 87w) L.I. prévoit expressément qu'un contribuable doit inclure dans le calcul de son revenu provenant, pour une année d'imposition, d'une entreprise ou de biens, tout montant donné qu'il reçoit dans l'année, dans le cadre de l'exploitation de cette entreprise ou de ce bien d'un gouvernement ou d'une personne agissant pour le compte d'un gouvernement, lorsqu'on peut raisonnablement considérer que le montant donné est reçu notamment à titre incitatif, que ce soit sous forme de prime, de subvention ou sous toute autre forme.

Le paragraphe 87w) L.I. prévoit que certains montants prescrits échappent à son application. À cet égard, l'article 87R5 R.I. énumère les montants prescrits, mais aucun d'entre eux ne concerne les subventions versées aux RSG.

En terminant, il convient de souligner que ces subventions sont imposables indépendamment du fait qu'un relevé fiscal ait été établi ou non à leur égard.

21. PLAFOND DES AFFAIRES DES GRANDES SOCIÉTÉS ET CHOIX DU PARAGRAPHE 256(2) L.I.R.

La société A (« Aco ») est associée à la société C (« Cco »). La société B (« Bco ») est associée à Cco. Aco et Bco ne seraient pas associées si ce n'était du paragraphe 256(2) L.I.R.

Aco, Bco et Cco sont des SPCC dont la fin d'exercice est le 31 décembre 2010.

Cco effectue annuellement le choix du paragraphe 256(2) L.I.R. de ne pas être associée à Aco et Bco. Le *Bulletin d'information* 2006-6[38], publié par le ministère des Finances du Québec en décembre 2006, stipule que le même choix est réputé effectué pour l'application de l'impôt québécois.

Le capital versé de chacune des sociétés aux fins de l'article 771.2.1.8 L.I. pour l'année d'imposition terminée le 31 décembre 2009 est le suivant :

- Aco : 10 000 000 $;
- Bco : 13 000 000 $;
- Cco : 30 000 000 $.

En vertu de l'article 771.2.1.8 L.I., la réduction du plafond des affaires est déterminée selon la formule suivante :

$$A^{39} \times [(B^{40} - 10\,000\,000\,\$) / 5\,000\,000\,\$]$$

Notre compréhension est qu'à la suite du choix du paragraphe 256(2) L.I.R., Aco n'est associée à aucune société au cours de l'année donnée et de

---

38 QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2006-6, « Ajustements à diverses mesures fiscales et harmonisation à la législation fédérale », 20 décembre 2006.

39 A : le plafond des affaires pour l'année concernée, soit 500 000 $ pour 2010.

40 B : le capital versé déterminé selon l'article 771.2.1.9 L.I. pour son année d'imposition précédente (ou au début de son exercice s'il s'agit de son premier exercice financier); lorsque la société est associée à d'autres sociétés, au total du capital versé de toutes les sociétés associées pour leur dernière année d'imposition terminée dans l'année civile précédente (ou au capital versé établi au début de son exercice financier si l'une d'elles en est à son premier exercice financier).

l'année d'imposition précédente pour l'application de l'article 771.2.1.8 L.I., et que l'élément B de la formule ci-dessus devrait correspondre à 10 000 000 $. Son plafond des affaires pour l'année d'imposition 2010 serait de 500 000 $.

Bco n'est associée à aucune société au cours de l'année donnée et de l'année d'imposition précédente pour l'application de l'article 771.2.1.8 L.I., et l'élément B de la formule ci-dessus devrait correspondre à 13 000 000 $. Son plafond des affaires pour l'année d'imposition 2010 serait de 200 000 $ (500 000 $ - (500 000 $ × (13 000 000 $ - 10 000 000 $) / 5 000 000 $)).

Pour Cco, le plafond des affaires est nul étant donné le choix du paragraphe 256(2) L.I.R.

1) Est-ce que les plafonds des affaires calculés ci-dessus sont corrects?

2) Si les plafonds calculés ci-dessus ne sont pas exacts, est-ce que vous pouvez indiquer quel devrait être le plafond des affaires réduit pour chacune des sociétés et le détail de vos calculs?

Réponse

Le deuxième alinéa de l'article 771.2.1.3 L.I. prévoit que lorsque deux sociétés sont réputées, en vertu de l'article 21.21 L.I.[41], être associées entre elles à un moment donné en raison du fait qu'elles sont associées à une même société, appelée « troisième société », et que cette troisième société fait un choix valide en vertu du paragraphe 256(2) L.I.R. relativement à son année d'imposition qui comprend ce moment donné, cette troisième société est alors réputée ne pas être associée à l'une ou l'autre de ces deux sociétés dans son année d'imposition et son plafond des affaires est égal à zéro.

Dans le contexte que vous avez présenté, compte tenu du choix du paragraphe 256(2) L.I.R. par Cco, l'application de l'article 771.2.1.8 L.I. fait en sorte que les sociétés Aco et Bco ont respectivement un plafond des affaires pour l'année d'imposition 2010 de 500 000 $ et de 200 000 $.

---

[41] L'article 21.21 L.I. prévoit ceci :

> « Deux sociétés qui sont associées, ou réputées associées en vertu du présent article, à une même société à un moment quelconque et qui, en l'absence du présent article, ne seraient pas associées entre elles à ce moment, sont réputées, pour l'application de la présente partie, associées entre elles à ce moment. »

22. RETENUES À LA SOURCE – EMPLOYÉ SE PRÉSENTANT À DIFFÉRENTS ÉTABLISSEMENTS DE L'EMPLOYEUR

Il arrive fréquemment que des employés d'une entreprise ayant un établissement au Québec, au sens des articles 12 à 16.1.3 L.I., doivent être déplacés temporairement, ou par périodes espacées, dans d'autres provinces ou territoires au Canada. Le salaire de ces employés peut être versé par l'établissement au Québec, par l'établissement situé dans une autre province ou territoire lorsqu'il en existe un, ou encore par les deux établissements pour un travail au même endroit. Des retenues à la source (« RAS ») d'impôt doivent être effectuées sur les salaires en question. De plus, des cotisations d'employé (Régime de rentes du Québec (« RRQ ») et Régime québécois d'assurance parentale (« RQAP »)) et d'employeur (RRQ, RQAP, Fonds des services de santé (« FSS »), Commission des normes du travail (« CNT ») et Fonds de développement et de reconnaissance des compétences de la main-d'oeuvre (« FDRCMO »)) peuvent être requises.

Question 1

Quelles sont les règles applicables aux RAS d'impôt dans les cas suivants :

a) Pour un employeur qui a un établissement au Québec et un établissement en Ontario, si l'employé est résident du Québec et qu'il se présente au travail six mois à l'établissement du Québec et six mois à l'établissement de l'Ontario?

b) Pour un employeur qui a un établissement au Québec et un établissement en Ontario, si l'employé est résident du Québec et qu'il se présente au travail six mois à l'établissement du Québec et six mois en Ontario, mais dans une ville de l'Ontario où l'entreprise n'a pas d'établissement?

c) Pour un employeur qui a un établissement au Québec et aucun établissement en Ontario, si l'employé est résident du Québec et qu'il se présente au travail six mois à l'établissement du Québec et six mois en Ontario?

d) Pour un employeur qui a un établissement au Québec et un établissement en Ontario, si l'employé est résident de l'Ontario et qu'il se présente au travail six mois à l'établissement du Québec et six mois à l'établissement de l'Ontario, mais qu'il est payé par l'établissement de l'Ontario?

e) Pour un employeur qui a un établissement au Québec et un établissement en Ontario, si l'employé est résident du Québec et qu'il travaille six mois à l'établissement du Québec et est payé par cet établissement et six mois en Alberta dans une province où l'entreprise n'a pas d'établissement, et qu'il est payé par l'établissement du Québec?

Réponses

a) L'employeur devra effectuer les RAS d'impôt de la province où est situé l'établissement où l'employé se présente au travail. Ainsi, les RAS seront effectuées en fonction de la table d'imposition ontarienne pendant six mois et en fonction de la table d'imposition du Québec pendant le reste de l'année. Cette position découle de l'application de l'article 1015 L.I. et du premier alinéa du paragraphe 3 du *Bulletin d'interprétation* IMP. 1015-1/R1[42].

b) Pendant les six mois de l'année où l'employé se présente à un établissement de son employeur situé au Québec, les retenues seront effectuées selon la table d'imposition du Québec. Pendant les six mois où l'employé ne se présente à aucun établissement de son employeur, les retenues seront effectuées selon la table d'imposition du Québec si l'employé est payé d'un établissement de son employeur situé au Québec. Cette position découle de l'application de l'article 1015 L.I. et du second alinéa du paragraphe 3 du *Bulletin d'interprétation* IMP. 1015-1/R1.

c) Même réponse qu'à l'élément b) ci-dessus.

d) Pendant les six mois de l'année où l'employé se présente à un établissement de son employeur situé au Québec, les retenues seront effectuées selon la table d'imposition du Québec. Pendant les six mois où l'employé se présente à l'établissement de son employeur situé en Ontario, les retenues seront effectuées selon la table d'imposition de l'Ontario. Cette position découle de l'application de l'article 1015 L.I. et du premier alinéa du paragraphe 3 du *Bulletin d'interprétation* IMP. 1015-1/R1.

e) Pendant les six mois de l'année où l'employé se présente à un établissement de son employeur situé au Québec, les retenues seront

---

[42] REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 1015-1/R1, « Déduction à la source à l'égard d'un traitement, salaire ou commission », 31 juillet 1990.

effectuées selon la table d'imposition du Québec. Pendant les six mois où l'employé ne se présente à aucun établissement de son employeur, les retenues seront également effectuées selon la table d'imposition du Québec puisque l'employé est payé d'un établissement de son employeur situé au Québec. Cette position découle de l'application de l'article 1015 L.I. et du second alinéa du paragraphe 3 du *Bulletin d'interprétation* IMP. 1015-1/R1.

Question 2

Est-ce que les règles applicables aux diverses cotisations d'employé et d'employeur sont, de façon générale, les mêmes que celles relatives aux RAS d'impôt ou est-ce que des distinctions existent?

Réponse

Pour autant que les sommes versées à l'employé soient assujetties aux cotisations d'employé et d'employeur, les règles applicables aux cotisations d'employé (RRQ et RQAP) et aux cotisations d'employeur (RRQ, RQAP, FSS, CNT et FDRCMO) sont généralement les mêmes que celles applicables aux RAS d'impôt.

Question 3

Si un employeur effectue incorrectement les RAS d'un employé, peut-il récupérer ce qu'il a versé en trop auprès de Revenu Québec?

Réponse

Lorsqu'un employeur effectue incorrectement les RAS sur le salaire d'un employé, seul ce dernier peut récupérer les montants versés en trop, et ce, en produisant sa déclaration de revenus pour l'année.

23. OBLIGATION DE PRODUCTION DES DÉCLARATIONS DES SOCIÉTÉS DE PERSONNES (TP-600)

L'ARC a annoncé une révision de ses exigences en matière de production des déclarations de renseignements pour les sociétés de personnes dont les exercices financiers prennent fin après le 31 décembre 2010.

Ainsi, pour de tels exercices, une société de personnes qui exploite une entreprise au Canada ou une société de personnes canadienne, qui exerce des

opérations ou qui a des placements au Canada ou à l'étranger, sera tenue de produire une déclaration de renseignements (T5013) pour chaque exercice de la société de personnes :

1) si, à la fin de l'exercice :

   - la valeur absolue combinée des recettes et des dépenses de la société de personnes est supérieure à 2 M$ ou si la société de personnes compte plus de 5 M$ en actifs;

   ou

2) si, à un moment quelconque de l'exercice :

   - la société de personnes est multiple (elle compte parmi ses associés une autre société de personnes ou est elle-même une associée d'une autre société de personnes),

   - la société de personnes compte parmi ses associés une société ou une fiducie,

   - la société de personnes a acquis les actions accréditives d'une société exploitant une entreprise principale qui a engagé des frais de ressources canadiennes et a renoncé à ces frais en faveur de la société de personnes.

Compte tenu des modifications apportées par l'ARC, Revenu Québec a-t-il révisé ses propres exigences en matière de production de la déclaration de renseignements d'une société de personnes (TP-600)?

Réponse

En vertu de l'article 1086R78 R.I., une société de personnes doit produire une déclaration de renseignements pour tout exercice financier au cours duquel l'une de ces situations se présente.

La société de personnes exploite :

- une entreprise au Québec;

- une entreprise au Canada, mais hors du Québec, et l'un de ses membres était soit un particulier ou une fiducie qui réside au Québec, soit une société qui a un établissement au Québec.

La société de personnes est une société de personnes canadiennes (tous ses membres résidaient au Canada) ou une entité intermédiaire de placement déterminée (« EIPD ») et l'un de ses membres est soit un particulier ou une fiducie qui réside au Québec, soit une société qui a un établissement au Québec.

Cependant, Revenu Québec, par position administrative, dispensait une société de personnes de produire la déclaration de renseignements si tout au long de son exercice, elle avait au maximum cinq membres dont aucun n'était lui-même une société de personnes.

Considérant la nouvelle position de l'ARC évoquée dans la question, Revenu Québec a aussi modifié sa position administrative à l'égard de la production de la déclaration de renseignements de société de personnes pour les exercices financiers terminés après le 31 décembre 2010. Ainsi, Revenu Québec a intégré les nouvelles exigences formulées par l'ARC à toutes celles déjà existantes à Revenu Québec**.** Plus précisément, l'obligation de produire une déclaration de renseignements sera fondée sur la structure de la société, incluant le nombre d'associés qu'elle compte et sur les critères de seuils financiers établis par l'ARC.

Par conséquent, pour les exercices terminés après le 31 décembre 2010, une déclaration de renseignements (TP-600) devrait être produite pour tout exercice financier au cours duquel l'une des situations ci-dessous se présente.

La société exploitait :

- une entreprise au Québec;

- une entreprise au Canada, mais hors du Québec, et l'un de ses membres était soit un particulier ou une fiducie qui résidait au Québec, soit une société qui avait un établissement au Québec.

La société de personnes est une société de personnes canadiennes (tous ses membres résidaient au Canada) ou une EIPD et l'un d'eux était soit un particulier ou une fiducie qui résidait au Québec, soit une société qui avait un établissement au Québec.

En raison de son investissement dans des actions accréditives, des frais d'exploration ou de mise en valeur ont fait l'objet d'une renonciation en sa faveur ou des montants d'aide lui ont été attribués (montants et frais qu'elle doit à son tour attribuer à ses membres).

Par contre, selon la nouvelle politique administrative de Revenu Québec, la société de personnes sera dispensée de produire une déclaration de renseignements pour un exercice financier donné si elle remplit les deux conditions suivantes :

1) si, à la fin de l'exercice :

   - la valeur absolue combinée des recettes et des dépenses de la société de personnes est inférieure à 2 M$, et

   - la société de personnes compte moins de 5 M$ en actifs;

2) si, tout au long de son exercice :

   - elle avait au maximum cinq membres, dont aucun n'était lui-même une société de personnes, une fiducie ou une société,

   - elle n'était pas une société de personnes multiple (une société de personnes est membre ou est elle-même une associée d'une autre société de personnes),

   - elle n'a pas de frais d'exploration ou de mise en valeur qui ont fait l'objet d'une renonciation en sa faveur ou n'a pas de montants d'aide qui lui ont été attribués, en raison de son investissement dans des actions accréditives, et

   - elle n'est pas une EIPD ayant un établissement au Québec.

Le guide de la déclaration de renseignements des sociétés de personnes, version 2010, reflète ces modifications.

24. DIFFUSION DE LA DOCUMENTATION FISCALE PAR REVENU QUÉBEC

En 2008, une réglementation a été adoptée par le gouvernement en ce qui concerne la diffusion de l'information produite par ses ministères et organismes. À la suite de l'entrée en vigueur de cette réglementation, des

changements ont-ils été apportés par Revenu Québec en regard de la diffusion de la documentation fiscale?

Réponse

Dans la foulée de l'adoption du *Règlement sur la diffusion de l'information et sur la protection des renseignements personnels*[43], qui requiert notamment que les organismes publics diffusent sur Internet toute la documentation qu'ils produisent, et à la suite des demandes formulées par la clientèle, dont celles de l'APFF, afin d'obtenir l'accès à cette documentation, Revenu Québec rend disponible gratuitement sur son site Internet depuis le 1er février 2011, via un lien vers celui des Publications du Québec, la documentation suivante :

- la codification administrative des lois et des règlements fiscaux ainsi que des lois et des règlements connexes;
- les bulletins d'interprétation;
- les notes explicatives et techniques accompagnant les projets de loi;
- les lettres d'interprétation qui ont fait l'objet d'une publication.

Ainsi, cette bibliothèque virtuelle sur la fiscalité est dorénavant plus facilement accessible et constitue un outil additionnel au service de vos besoins. Par ailleurs, Revenu Québec continue d'enrichir le contenu de cette bibliothèque virtuelle de façon continuelle et s'assure de sa mise à jour régulière.

25. NOTION D'ÉTABLISSEMENT DE RESTAURATION AUX FINS DES MODULES D'ENREGISTREMENT DES VENTES

De nouvelles dispositions de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*[44] prévoient l'utilisation obligatoire d'un module d'enregistrement des ventes (MEV) pour les entreprises du secteur de la restauration qui entre en vigueur pour la plupart des établissements à compter du 1er novembre 2011.

---

43 R.R.Q., c. A-2.1, r. 2.

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

À cet effet, l'article 350.52 L.T.V.Q. prévoit que l'exploitant d'un « établissement de restauration » qui est un inscrit doit, au moyen d'un appareil prescrit, tenir un registre dans lequel sont contenus les renseignements prévus et établir la facture. La notion d'« établissement de restauration » est définie à l'article 350.50 L.T.V.Q. comme comprenant les lieux aménagés pour offrir des repas moyennant contrepartie et ceux où une entreprise de traiteur est exploitée. Certains types d'entreprises de restauration sont exclus, dont les cafétérias d'entreprise, les cantines mobiles et certaines cantines ou comptoirs d'alimentation. Plus spécifiquement, une exception concerne les « cinémas, théâtres, amphithéâtres, pistes de course, arénas, stades, centres sportifs et autres lieux semblables », du moment que seulement « des repas à consommer exclusivement dans les gradins, les estrades ou l'emplacement réservé aux spectateurs ou aux participants » sont offerts.

Question a)

Est-ce qu'un centre d'équitation, un centre d'activités pour enfants comprenant des modules de jeux, un centre d'entraînement physique, un centre de détente et spa et un terrain de jeux constituent d'« autres lieux semblables »?

Réponse

Vous faites référence au paragraphe 8 de l'expression « établissement de restauration » définie à l'article 350.50 L.T.V.Q. qui prévoit que cette expression ne comprend pas un lieu :

> « [...] où sont offerts, moyennant une contrepartie, des repas à consommer exclusivement dans les gradins, les estrades ou l'emplacement réservé aux spectateurs ou aux participants d'un cinéma, d'un théâtre, d'un amphithéâtre, d'une piste de course, d'un aréna, d'un stade, d'un centre sportif ou d'un autre lieu semblable; [...]. » (Notre soulignement)

Un lieu est notamment un emplacement physique ou un local dans un bâtiment.

Suivant la règle *ejusdem generis*, une liste non limitative ne s'applique toutefois qu'aux choses du même genre. Ainsi l'expression « autre lieu semblable » que l'on retrouve au paragraphe 8 de l'expression « établissement de restauration » énoncée à l'article 350.50 L.T.V.Q. requiert une certaine similitude avec un cinéma, un théâtre, un amphithéâtre, une piste de course, un aréna, un stade ou un centre sportif. Ainsi, un centre d'équitation, un centre d'activités pour enfants comprenant des modules de

jeux (centre d'amusement) et un centre d'entraînement physique pourraient, à la base, être qualifiés d'« autres lieux semblables ».

Par contre, nous sommes d'avis qu'un centre de détente et spa de même qu'un terrain de jeu (parc de quartier) accessible au public ne sont pas du même genre que les endroits mentionnés précédemment. Ils ne peuvent donc être qualifiés d'« autres lieux semblables » aux fins du paragraphe 8. Nous sommes plutôt d'avis qu'ils répondent à la définition de l'expression « établissement de restauration » prévue à l'article 350.50 L.T.V.Q. Ils sont donc visés par les nouvelles mesures.

Question b)

Dans chacun de ces établissements, si les repas peuvent être consommés à tout endroit sur les lieux de l'entreprise, est-ce que l'exception s'applique tout de même?

Réponse

Non.

Le paragraphe 8 de l'expression « établissement de restauration » prévue à l'article 350.50 L.T.V.Q. mentionne que cette expression ne comprend pas un lieu où sont offerts « […] des repas à consommer exclusivement dans les gradins, les estrades ou l'emplacement réservé aux spectateurs ou aux participants […] » (notre soulignement).

Le mot « exclusivement » est interprété comme signifiant 90 % et plus. Le terme « réservé » fait référence à l'emplacement et est défini comme « étant attribué à quelqu'un exclusivement ». Ce paragraphe vise donc un emplacement où l'on consomme des repas, mais qui est attribué à l'usage exclusif des participants d'un centre d'équitation, d'un centre d'activités pour enfants ou d'un centre d'entraînement physique.

Ainsi, les restaurants qui sont ouverts au public (personne autre qu'un participant ou un spectateur) dans les centres sportifs susmentionnés ne remplissent pas les conditions prévues à cette exclusion et sont par conséquent assujettis aux nouvelles mesures.

Question c)

Si les repas peuvent être consommés à tout endroit, sauf à certains endroits exclus ou un périmètre exclu, est-ce que la réponse est la même?

Réponse

Notre réponse serait la même puisque l'exception s'applique lorsque les repas sont **consommés exclusivement dans l'emplacement** réservé aux spectateurs ou aux participants et non l'inverse comme vous nous le soumettez.

Question d)

Est-ce qu'un établissement qui exige un prix d'entrée ou l'achat d'un forfait pour être admis sur les lieux et qui offre sur place un service alimentaire moyennant un tarif à la carte est visé par l'exception?

Réponse

Oui dans la mesure où les repas sont consommés exclusivement dans l'emplacement réservé aux spectateurs ou aux participants.

Question e)

La réponse est-elle la même si les revenus provenant du service alimentaire représentent plus de 10 % des revenus de l'établissement?

Réponse

Il n'y a pas de ratio à faire entre les différentes activités de l'entreprise.

Question f)

Selon la réponse donnée à la question e), quel est le pourcentage maximal, minimal ou le critère applicable pour déterminer si le service alimentaire est visé par l'exception ou non?

Réponse

Il ne s'agit pas d'un pourcentage, mais bien de l'endroit où sont consommés les repas.

Question g)

Comment distinguer un restaurant qui offre des activités ou une aire de jeux d'un centre d'activités qui offre des services de restauration?

Réponse

Il faut regarder le but principal de l'entreprise.

Ainsi le but d'un restaurant qui offre des activités ou une aire de jeux est principalement d'offrir des repas moyennant une contrepartie.

Par contre, un centre d'activités aura généralement pour but premier de divertir, d'amuser par exemple la famille (accès à des jeux gonflables), moyennant un coût d'entrée ou d'inscription, bien qu'il offre également un service de restauration.

Nous vous rappelons que la loi ne considère pas comme un établissement de restauration un lieu aménagé pour offrir habituellement, moyennant une contrepartie, des repas à consommer sur place et qui est intégré au lieu d'une autre entreprise du même exploitant et **dont l'aménagement permet uniquement à moins de 20 personnes de consommer simultanément sur place des repas**.

De plus, un tel lieu ne doit pas vendre des repas à consommer ailleurs que sur place ou offrir un service de traiteur.

26. AVIS DE COTISATION

Depuis plusieurs années, Revenu Québec envoie aux contribuables au début du mois de mai des avis de cotisation indiquant des soldes dus plus une charge d'intérêts tout en étant conscient que les montants reçus de ces contribuables avant la date limite n'étaient pas portés à leur compte à cette date.

De plus, aucun état de compte n'est envoyé ultérieurement au contribuable indiquant l'encaissement à son compte des sommes payées. Dans une situation de mauvaise imputation de l'encaissement du contribuable ou d'une erreur de ce dernier, seul un avis de recouvrement sera ultérieurement établi. Et il semble aussi que la gestion des sommes trop payées par les contribuables soit aussi déficiente.

Revenu Québec peut-il nous expliquer les avantages d'une telle pratique autre qu'inciter les contribuables à adhérer aux services de Clic Revenu?

Est-il possible que Revenu Québec révise sa procédure administrative de façon que nous puissions cesser de perdre du temps à justifier à nos clients

qu'il est normal que Revenu Québec exige le paiement de sommes qu'ils disent ne pas savoir avoir reçues?

Possiblement que quelques jours d'attente avant l'établissement des avis de cotisation nous éviterait du temps improductif à essayer de rejoindre des fonctionnaires débordés sur un réseau surchargé à cette période de l'année.

À tout le moins, à la suite de l'établissement d'un avis de cotisation/relevé de compte fictif, Revenu Québec peut-il établir un état de compte « réel »?

Réponse

Lorsque la déclaration de revenus d'un particulier est produite par voie électronique, Revenu Québec vise à effectuer un remboursement d'impôt et à envoyer les avis de cotisation le plus rapidement possible, et ce, aux termes de l'un de ses engagements pris à sa *Déclaration de services aux citoyens et aux entreprises*[45].

Dans ce cas, Revenu Québec peut envoyer les avis de cotisation avant même qu'il ne puisse comptabiliser les montants reçus. Tenir compte des paiements pourrait avoir comme conséquence de retarder l'envoi de l'avis de cotisation.

À ce jour, la solution retenue consiste à informer le contribuable par le biais d'un message sur son avis de cotisation l'invitant à ne pas tenir compte du solde qui y apparaît si le paiement a déjà été effectué.

Revenu Québec est toutefois conscient des inconvénients pouvant être causés auprès de sa clientèle ou de leurs représentants. C'est pourquoi il s'affaire actuellement à réaliser une amélioration du processus de traitement des avis de cotisation afin que les paiements reçus puissent dorénavant apparaître sur les avis de cotisation relatifs à la déclaration de revenus 2011 et celles des années subséquentes.

Enfin, rappelons qu'au cours des dernières années, les services en ligne de Revenu Québec ont connu une croissance et ils continuent sans cesse d'évoluer. Ainsi, tous les efforts nécessaires seront déployés pour privilégier

---

[45] En ligne : http://www.revenuquebec.ca/documents/fr/publications/in/in-315(2009-11).pdf.

de tels services et faciliter ainsi l'exécution des obligations fiscales par les citoyens.

27. INDEXATION DES TARIFS DES DÉCISIONS ANTICIPÉES ET DES CONSULTATIONS TARIFIÉES

Pourriez-vous expliquer la légère augmentation du taux horaire applicable au traitement des demandes de décisions anticipées, annoncée la dernière version du *Bulletin d'interprétation* ADM. 2[46]?

Réponse

Les honoraires exigibles des usagers des services de décisions anticipées et de consultations tarifées offerts par la Direction générale de la législation, des enquêtes et du registraire des entreprises de Revenu Québec sont soumis à l'indexation de plein droit des tarifs gouvernementaux au 1er janvier de chaque année, prévue à l'article 83.3 de la *Loi sur l'administration financière*[47], ajouté par l'article 51 de la *Loi mettant en œuvre certaines dispositions du discours sur le budget du 30 mars 2010 et visant le retour à l'équilibre budgétaire en 2013-2014 et la réduction de la dette*[48].

Ces honoraires constituent un tarif aux fins de cette indexation puisqu'ils constituent la contrepartie fixée par un règlement du gouvernement du Québec pour une prestation particulière offerte par Revenu Québec dans le cours de ses activités.

L'indexation automatique des tarifs gouvernementaux est entrée en vigueur le 12 juin 2010, soit le jour de la sanction de la loi précitée, avec effet immédiat.

Ainsi, pour chaque heure ou partie d'heure de travail consacrée à l'étude et à la préparation d'une décision anticipée ou d'une consultation tarifée à compter du 1er janvier 2011, les honoraires exigés sont de 101 $ au lieu du taux horaire de 100 $ exigé à l'égard du travail effectué avant cette date. Ces honoraires seront ensuite indexés annuellement le 1er janvier de chaque année civile.

---

46 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* ADM. 2/R8, « Décisions anticipées », 1er avril 2011.

47 L.R.Q., c. A-6.001.

48 L.Q. 2010, c. 20 (Projet de loi no 100).

Cette augmentation fait partie des mesures visant le retour à l'équilibre budgétaire et la réduction de la dette annoncées lors du Discours sur le budget du 30 mars 2010.

La perception de tels honoraires est prévue aux articles 2 et 3 du *Règlement relatif aux honoraires exigibles des usagers du service de décisions anticipées et de consultations écrites de la Direction générale de la législation, des enquêtes et du registraire des entreprises de l'Agence du revenu du Québec*[49].

[49] R.R.Q., c. A-6.01, r. 3.

TABLE RONDE SUR LA FISCALITÉ FÉDÉRALE



Coordonnateur
Marcel Lemay
FCA, associé
Hardy, Normand &
Associés, s.e.n.c.r.l.



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



Gilles Carli
Avocat, M. Fisc.,
associé
Fasken Martineau
DuMoulin s.e.n.c.r.l., s.r.l.



François Bordeleau
Avocat, gestionnaire
Section des fusions
et acquisitions
Direction des décisions
en impôt
Agence du revenu
du Canada



Guy Goulet
CA, M. Fisc.,
gestionnaire
Direction des décisions
en impôt
Agence du revenu
du Canada



Stéphane Prud'Homme
Notaire, M. Fisc.,
gestionnaire
Section des fusions
et acquisitions
Direction des décisions
en impôt
Agence du revenu
du Canada

TABLE DES MATIÈRES

1. CHOIX SELON LE PARAGRAPHE 1101(5B.1) DU *RÈGLEMENT DE L'IMPÔT SUR LE REVENU* 48:5

2. COVOITURAGE 48:7

3. DÉDUCTIBILITÉ DES FRAIS D'EMPRUNT 48:8

4. DIVISION SUBSÉQUENTE D'UN CHOIX DE DIVIDENDE EN CAPITAL 48:10

5. RETENUES À LA SOURCE SUR LES OPTIONS D'ACHAT D'ACTIONS 48:12

5.1. SEUL REVENU POUR L'EMPLOYÉ 48:12
5.2. ÉMISSION NETTE D'ACTIONS 48:13
5.3. RACHAT D'ACTIONS 48:14

6. OPTION D'ACHAT D'ACTIONS 48:14

7. CATÉGORIES D'ACTIONS IDENTIQUES SELON LA NOUVELLE *LOI SUR LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS* (QUÉBEC) 48:16

8. DÉFINITION DU MOT « MOIS » AU PARAGRAPHE 110.6(1) L.I.R. 48:18

9. CHOIX TARDIF DE L'ALINÉA 55(5)F) L.I.R. 48:20

10. SUCCESSION 48:22

11. OPTIONS D'ACHAT D'ACTIONS – ALINÉA 55(3)A) L.I.R. 48:24

12. FIDUCIE DE PROTECTION D'ACTIFS 48:27

13. REMBOURSEMENT POUR DES DÉPENSES D'AUTOMOBILE SUR UN CHANTIER PARTICULIER 48:30

14. DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS DANS LE CADRE DU CONCEPT DU VIDE À COMBLER 48:32

15. HONORAIRES D'ÉVALUATION DES IMMOBILISATIONS POUR LA PRODUCTION D'ÉTATS FINANCIERS SELON LES NCECF OU LES IFRS 48:33

16. APPLICATION DES RÈGLES SUR LA MINIMISATION DES PERTES 48:34

17. APPLICATION DE L'ARTICLE 160 L.I.R. DANS LE CADRE D'UN RACHAT D'ACTIONS 48:37

18. **EPSP ET LA NOTION D'« EMPLOYÉ CONSTITUÉ EN SOCIÉTÉ »** 48:40

19. **LES NÉGOCIANTS EN VENTE ET LES DÉPENSES DE BUREAU À DOMICILE DANS LE CADRE D'UNE EPSP** 48:41

20. **FEUILLETS T4A, COMPTABILITÉ D'EXERCICE *VERSUS* COMPTABILITÉ DE CAISSE ET ÉMISSION D'AVIS DE COTISATION AUTOMATIQUES PAR L'ARC** 48:47

21. **MODALITÉS D'APPLICATION D'UNE CLAUSE DE RAJUSTEMENT DE PRIX** 48:50

22. **INTERACTION ENTRE L'ARTICLE 84.1 L.I.R. ET LE PARAGRAPHE 85(2.1) L.I.R.** 48:51

23. **UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES DOIT-ELLE EXPLOITER UNE ENTREPRISE?** 48:52

24. **LA CONVERSION DES ACTIONS À LA LUMIÈRE DE LA NOUVELLE *LOI SUR LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS* DU QUÉBEC** 48:54

25. **CRITÈRES DÉTERMINANT LE STATUT DE RÉSIDENCE D'UNE FIDUCIE** 48:55

26. **COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL À LA SUITE DE L'APPLICATION DU PARAGRAPHE 55(2) L.I.R.** 48:57

27. **FRAIS D'ÉMISSION** 48:59

28. **FIDUCIE PRÉSUMÉE** 48:60

1. CHOIX SELON LE PARAGRAPHE 1101(5B.1) DU *RÈGLEMENT DE L'IMPÔT SUR LE REVENU*[1]

Une société de personnes (« SP ») a fait l'acquisition d'un bâtiment non résidentiel admissible qui peut bénéficier du taux d'amortissement majoré de 6 %.

Les sociétés A inc. et B inc. détiennent chacune une participation de 50 % dans SP.

La suite chronologique des événements est la suivante :

1) Le 31 décembre 2010, fin d'exercice des sociétés A inc. et B inc.

2) Le 31 janvier 2011, fin d'exercice de SP au cours duquel SP a acquis un bâtiment non résidentiel admissible.

3) Le 30 juin 2011, production du Formulaire T5013[2] de SP sans le choix du paragraphe 1101(5b.1) R.I.R. pour son année terminée le 31 janvier 2011.

4) Le 31 décembre 2011, fin d'exercice des sociétés A inc. et B inc. et inclusion du revenu de SP du 31 janvier 2011.

5) Le 29 juin 2012, production des déclarations de revenus des sociétés A inc. et B inc.

Selon le paragraphe 1101(5b.1) R.I.R., il est indiqué que le contribuable doit faire le choix en joignant une lettre dans la déclaration de revenus présentée conformément à l'article 150 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[3], c'est-à-dire que si le contribuable est une société, le choix doit être fait dans les six mois suivant la fin d'exercice. Le choix ne peut pas être effectué tardivement.

---

1 C.R.C., 1978, ch. 945 et mod. (« R.I.R. »).

2 AGENCE DU REVENU DU CANADA, Formulaire T5013, « État des revenus d'une société de personnes », 11 janvier 2011.

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

En 2010, l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») a publié l'interprétation technique 2010-0379751E5[4], dans laquelle elle précisait qu'elle accepterait que le choix prévu au paragraphe 1101(5b.1) R.I.R. soit produit par une société de personnes directement.

Selon la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le terme « contribuable » n'inclut généralement pas les sociétés de personnes. Bien que certaines exceptions existent à cet effet, elles sont clairement définies dans les articles pertinents de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Ainsi, dans le cas présenté dans l'interprétation, nous comprenons que l'ARC aurait accepté que le choix soit effectué par SP directement, même si à la lecture du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, ce choix ne nous semble pas possible. Les sociétés A inc. et B inc., toutes deux des contribuables au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, pourraient de leur côté faire le choix et l'inclure avec leurs déclarations de revenus du 31 décembre 2011 comprenant l'inclusion du revenu de SP au 31 janvier 2011. De ce fait, en supposant que les déclarations de revenus de A inc. et de B inc. soient produites dans les délais, le choix serait par le fait même considéré comme valide.

Questions à l'ARC

A) Est-ce que les sociétés A inc. et B inc., membres de la société de personnes SP, peuvent exercer le choix prévu au paragraphe 1101(5b.1) R.I.R. relativement à des immobilisations acquises par la société de personnes lors de la production de leurs déclarations de revenus (dans l'éventualité où SP n'aurait pas fait le choix).

B) Si oui, est-ce que chaque société membre doit faire le choix distinctement?

Réponse de l'ARC

Aux termes du paragraphe 1101(5b.1) R.I.R., un contribuable peut faire le choix d'inclure dans une catégorie distincte tout bâtiment qui est un « bâtiment non résidentiel admissible » au sens du paragraphe 1104(2) R.I.R. Un contribuable qui se prévaut du choix doit le faire à l'égard de chaque bâtiment non résidentiel admissible dans une lettre jointe à la déclaration de

[4] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2010-0379751E5, 9 novembre 2010.

revenus qu'il présente au ministre conformément à l'article 150 L.I.R. pour l'année d'imposition dans laquelle ce bâtiment est acquis.

Toutefois, lorsqu'une société de personnes acquiert un bâtiment non résidentiel admissible, la déduction pour amortissement (« DPA ») supplémentaire, prévue aux alinéas 1100(1)a.1) et 1100(1)a.2) R.I.R., doit être demandée au niveau de la société de personnes. En effet, aux termes du paragraphe 96(1) L.I.R., le revenu d'une société de personnes est calculé comme si celle-ci était une personne et son revenu ou sa perte est ensuite attribué à ses associés aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Ainsi, selon l'ARC, il n'est pas possible de permettre à un associé d'une société de personnes de demander directement la DPA relativement à un bâtiment non résidentiel admissible, car cela irait à l'encontre des règles portant sur le calcul du revenu d'une société de personnes aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Une fois que le revenu net a été calculé par la société de personnes, en tenant compte notamment de la DPA, le revenu net ou la perte nette est attribué aux associés selon les proportions établies dans la convention conclue par les associés et régissant le fonctionnement de la société de personnes. Toutefois, le paragraphe 103(1) L.I.R. peut s'appliquer si l'ARC considère que l'attribution du revenu ou de la perte n'est pas raisonnable (malgré ce qui peut être stipulé dans la convention de partage).

Compte tenu de ce qui précède, lorsqu'une société de personnes produit le Formulaire T5013 pour son exercice, elle doit joindre une lettre indiquant le choix prévu au paragraphe 1101(5b.1) R.I.R. Lorsque toutes les conditions du paragraphe 1101(5b.1) R.I.R. sont respectées, nous confirmons que le choix effectué par un associé d'une société de personnes est réputé avoir été effectué par chacun des associés de cette même société de personnes.

2. COVOITURAGE

Dans le cadre d'un programme de réduction de ses gaz à effet de serre, une société a mis en place un programme de covoiturage pour ses employés. Ce programme s'applique autant pour les déplacements d'affaires que pour ceux entre la maison et le travail.

Ainsi, un employé qui emmène un autre employé à leur lieu de travail se fait rembourser 50 % des coûts de son essence sur présentation de factures et attestation de l'autre employé. Dans le cas où un employé emmène deux autres employés ou plus, cet employé se fait rembourser 100 % des

coûts de son essence (encore une fois supportés par les factures d'essence et attestation des employés se faisant transporter).

Questions à l'ARC

A) Est-ce que le remboursement d'essence pourrait être considéré comme non imposable pour l'employé qui utilise son véhicule?

B) Si la réponse à la question précédente est négative, comment l'avantage imposable doit-il être calculé pour l'individu qui utilise son véhicule et pour les individus ayant bénéficié du transport (en ce qui a trait aux deux situations citées ci-dessus)?

Réponse de l'ARC

De façon générale, le montant d'un remboursement de frais reçu par un employé pour l'usage d'un véhicule à moteur dans l'accomplissement des fonctions de sa charge ou de son emploi ne constitue pas un revenu pour l'employé, à moins que le montant ne soit versé pour payer les frais personnels de l'employé. À cet effet, nous sommes d'avis que les frais de déplacement engagés par un employé pour se déplacer entre sa résidence et l'établissement de l'employeur auquel il se présente pour travailler sont des frais personnels de l'employé.

Dans la situation que vous nous avez présentée, la partie du montant du remboursement qui se rapporte à des frais personnels d'employés constituera un avantage imposable pour ces employés en vertu de l'alinéa 6(1)a) L.I.R. Normalement, le montant de l'avantage imposable devrait être inclus dans le revenu de l'employé qui a reçu le remboursement. Cependant, l'ARC accepte que le montant de cet avantage imposable soit réparti raisonnablement entre l'employé qui utilise son automobile et les employés ayant bénéficié du transport. Dans chaque situation, l'employeur et les employés devraient s'entendre entre eux afin d'effectuer une répartition raisonnable.

3. DÉDUCTIBILITÉ DES FRAIS D'EMPRUNT

Contexte

Un groupe de sociétés procède à une restructuration de son financement. Société A, Société B et Société C détiennent une participation dans la société de personnes ABC. Dans le cadre de la restructuration du financement du groupe, Société A emprunte de l'argent auprès d'une institution financière et

doit payer des frais d'emprunt. Société A utilise l'argent emprunté pour faire une contribution de capital à la société de personnes ABC. Celle-ci utilise ce montant pour rembourser une dette envers une autre institution financière. Cette dette avait été contractée par la société de personnes ABC en vue de tirer un revenu d'une entreprise. Société A facture de nouveau les frais d'emprunt à la société de personnes ABC.

Le sous-alinéa 20(1)e)(ii.2) L.I.R. permet, entre autres, de déduire sur cinq ans les frais d'emprunt engagés dans le cadre de la restructuration d'une créance ou de sa prise en charge par le contribuable pourvu que les autres conditions soient respectées.

Questions

A) Est-ce que la société de personnes ABC peut déduire sur cinq ans en vertu du sous-alinéa 20(1)e)(ii.2) L.I.R. les frais d'emprunt que lui a facturés Société A?

B) Est-ce que Société A peut déduire pleinement les frais refacturés à l'encontre du revenu provenant de cette nouvelle facturation, ayant ainsi un effet nul sur son revenu imposable?

Réponse de l'ARC

Les faits disponibles sont insuffisants et ne permettent pas à l'ARC de déterminer quel serait le traitement fiscal approprié dans la situation décrite ci-dessus.

Il est possible que les opérations ne constituent pas une restructuration de la dette de la société de personnes ABC, de sorte que le sous-alinéa 20(1)e)(ii.2) L.I.R. ne serait pas applicable. De plus, il y aurait lieu d'examiner si les frais facturés par Société A constituent vraiment une dépense pour la société de personnes ABC et si elle est raisonnable dans les circonstances.

Selon les faits, il est possible que l'alinéa 20(1)e) L.I.R. soit applicable à l'égard des frais d'emprunt engagés par Société A. Toutefois, les frais d'emprunt ne seraient pas déductibles en vertu de l'alinéa 20(1)e) L.I.R. si le montant reçu par Société A de la société de personnes ABC était inclus dans le calcul du revenu de Société A en vertu de l'alinéa 12(1)x) L.I.R. sans l'application du paragraphe 12(2.2) L.I.R., et que Société A faisait le choix prévu au paragraphe 12(2.2) L.I.R. à l'égard des frais d'emprunt.

4. DIVISION SUBSÉQUENTE D'UN CHOIX DE DIVIDENDE EN CAPITAL

Le conseil d'administration d'une société déclare un dividende (« Dividende en capital initial ») devant être payé à même le compte de dividendes en capital (« CDC ») à ses trois actionnaires, M^mes^ A et B ainsi que M. C. La résolution, préparée en bonne et due forme, est datée du 31 octobre 2011 et indique que le Dividende en capital initial sera payé le 30 novembre suivant et qu'aucune partie dudit dividende ne sera payable avant cette date.

Entre le 31 octobre 2011 et le 30 novembre 2011, la société subit une perte en capital importante réduisant le solde du CDC. Ainsi, le montant du Dividende en capital initial excède maintenant le montant du CDC rajusté en raison de la perte en capital subie.

Par conséquent, et en accord avec la loi des sociétés, avant la fin du mois de novembre 2011, le conseil d'administration modifie le montant du Dividende en capital initial (« Dividende en capital modifié ») pour qu'il corresponde au solde du CDC immédiatement avant qu'il devienne payable. Le montant du Dividende en capital initial est donc scindé en deux dividendes, un premier du montant du Dividende en capital modifié et un second d'un montant correspondant à l'excédent du Dividende en capital initial sur le montant du Dividende en capital modifié. Le paiement est effectué aux actionnaires le 30 novembre 2011.

Questions à l'ARC

Dans la situation décrite ci-dessus :

A) En posant l'hypothèse que le Formulaire de choix T2054[5] est produit par la société après la modification du Dividende en capital initial et avant le 30 novembre 2011, est-ce que l'ARC accepterait que le Dividende en capital initial soit scindé en deux dividendes à la suite de la résolution rajustée par le conseil d'administration?

B) En posant l'hypothèse que le Formulaire T2054 est produit par la société avant la modification du Dividende en capital initial et que l'ARC est avisé du changement avant le 30 novembre 2011, est-ce que l'ARC accepterait un choix modifié?

---

[5] AGENCE DU REVENU DU CANADA, Formulaire T2054, « Choix concernant un dividende en capital selon le paragraphe 83(2) », 13 mai 2011.

Réponse de l'ARC

Dans les deux situations données à l'égard de la question, nous sommes d'avis que le Formulaire T2054 doit être préparé sur la base de la résolution du conseil d'administration adoptée le 31 octobre 2011, peu importe que le Formulaire T2054 soit produit avant ou après l'adoption par le conseil d'administration d'une deuxième résolution visant à scinder le dividende en deux. En effet, nous sommes d'avis qu'après avoir validement déclaré un dividende, le conseil d'administration ne peut le modifier.

Par conséquent, dans les deux situations soumises, techniquement, le paragraphe184(2) L.I.R. serait applicable au moment où le dividende devient payable et où le Formulaire T2054 doit être produit, c'est-à-dire le 30 novembre 2011.

Cependant, dans les deux situations soumises, la société devrait informer le plus tôt possible le Bureau des services fiscaux (« BSF ») de l'ARC qui la dessert, du fait que le montant total de dividende en capital payable par elle excède le montant de son CDC, que l'excédent (« Dividende excédentaire ») est visé au paragraphe 184(2) L.I.R., et qu'elle désire que les effets du choix prévu au paragraphe 184(3) L.I.R. soient applicables.

En informant sans tarder l'ARC qu'elle veut se prévaloir du choix prévu au paragraphe 184(3) L.I.R., la société pourrait éviter une cotisation de l'impôt de la partie III L.I.R. autrement applicable et réaliser son objectif de remettre à ses actionnaires un dividende en capital correspondant au montant corrigé du CDC et un dividende imposable correspondant au Dividende excédentaire.

En effet, dans les situations décrites dans la question, l'ARC pourrait appliquer la pratique administrative (« Méthode abrégée ») suivant laquelle l'ARC n'émet pas à la société une cotisation de l'impôt de la partie III L.I.R. et émet uniquement aux actionnaires de la société des nouvelles cotisations pour inclure, dans le calcul du revenu de chacun d'eux, sa part du Dividende excédentaire.

Afin de se prévaloir de la Méthode abrégée, la société doit transmettre une lettre au BSF qui la dessert contenant, entre autres, les informations suivantes :

- une déclaration de la société indiquant qu'elle demande à l'ARC d'appliquer la Méthode abrégée pour régler l'excédent, visé au

paragraphe 184(2) L.I.R., à l'égard du choix qu'elle a fait en vertu du paragraphe 83(2) L.I.R.;

- la date du paiement du dividende;

- l'identité de chaque actionnaire ayant reçu ou devant recevoir une partie du dividende;

- la part respective de chaque actionnaire du Dividende excédentaire imposable, c'est-à-dire du dividende distinct imposable établi conformément au calcul prescrit à l'alinéa 184(3)c) L.I.R.; et

- une confirmation que chaque actionnaire est d'accord que soit incluse dans le calcul de son revenu sa part du Dividende excédentaire imposable, c'est-à-dire sa part du dividende distinct imposable établi conformément au calcul prescrit à l'alinéa 184(3)c) L.I.R.

5. RETENUES À LA SOURCE SUR LES OPTIONS D'ACHAT D'ACTIONS

Le paragraphe 153(1.01) L.I.R. est entré en vigueur le 1er janvier 2011. Les avantages imposables reliés à l'exercice d'options d'achat d'actions doivent être assujettis aux retenues à la source (« RAS ») malgré les positions administratives prises par l'ARC dans le passé.

Cette nouvelle législation a mené à plusieurs questionnements dans la mise en pratique de celle-ci.

5.1. SEUL REVENU POUR L'EMPLOYÉ

Le seul revenu de l'employé dans une année civile serait relié à l'exercice d'options d'achat d'actions. De plus, l'employé a décidé de conserver les actions acquises dans le cadre de l'exercice de ses options. Il n'y a aucun mécanisme en place dans le programme d'option d'achat d'actions pour les RAS à effectuer.

Question à l'ARC

Dans ce contexte, quelles sont les méthodes raisonnables selon l'ARC pour effectuer les RAS?

Réponse de l'ARC

Nous procédons actuellement à une analyse de cette question. Par conséquent, bien que nous soyons conscients que, dans de telles situations, l'employeur doit trouver une solution pour s'assurer de respecter son obligation de retenir et de verser les RAS, il est prématuré de nous prononcer sur des situations spécifiques tant que notre analyse n'aura pas été terminée.

5.2. ÉMISSION NETTE D'ACTIONS

Afin d'effectuer ces retenues, certains employeurs considèrent émettre à leurs employés un nombre d'actions moindre pour tenir compte des RAS à effectuer. L'employeur utilisera ses propres fonds pour payer les RAS à l'ARC.

Pour ce faire, les ententes d'options d'achat d'actions devront être modifiées afin de donner ce droit à l'employeur. Ce droit serait limité à des fins de RAS seulement.

Questions à l'ARC

A) Dans le cas où l'employeur émet un nombre d'actions net faisant en sorte que l'employé reçoit une valeur en actions équivalant à la valeur au marché des titres, moins le prix d'exercice, moins les retenues d'impôt, est-ce que l'employé a droit à sa déduction en vertu de l'alinéa 110(1)d) L.I.R., et si oui, à quel montant?

B) Dans le cas où l'employé paye le prix d'exercice des options et que l'employeur émet un nombre d'actions net faisant en sorte que l'employé reçoit une valeur en actions équivalant à la valeur au marché des titres moins les retenues d'impôt, est-ce que l'employé a droit à sa déduction en vertu de l'alinéa 110(1)d) L.I.R., et si oui, à quel montant?

On demande de présumer que l'ensemble des conditions est respecté pour l'obtention de la déduction en vertu de l'alinéa 110(1)d) L.I.R.

Réponse de l'ARC

Tel qu'il est mentionné en réponse à la question précédente, nous ne sommes actuellement pas en mesure de répondre à ces questions tant que notre analyse n'aura pas été terminée.

5.3. RACHAT D'ACTIONS

Afin d'effectuer ces retenues, certains employeurs considèrent procéder au rachat immédiat de certaines actions, à la suite de l'exercice des options, pour un produit de disposition couvrant les retenues devant être faites.

Pour ce faire, les ententes d'options d'achat d'actions devront être modifiées afin de donner le droit à l'employeur de racheter les actions en partie. Ce droit serait limité à des fins de RAS seulement.

Question à l'ARC

Est-ce que l'octroi d'un droit de rachat à l'intention de l'employeur ferait en sorte que les actions deviendraient non prescrites selon la définition mentionnée au sous-alinéa 6204(1)a)(iv) R.I.R. et à l'alinéa 6204(1)b) R.I.R. et que, par conséquent, l'employé perdrait sa déduction de 50 % de l'avantage imposable relié à l'exercice des options d'achat d'actions dans le calcul de son revenu imposable en vertu de l'alinéa 110(1)d) L.I.R.?

Réponse de l'ARC

Nous sommes d'avis qu'une action émise en vertu d'un régime d'option d'achat d'actions qui octroie à l'employeur un droit de rachat des actions émises en vertu de ce régime ne serait pas une action prescrite en vertu du sous-alinéa 6204(1)a)(iv) et de l'alinéa 6204(1)b) R.I.R.

6. OPTION D'ACHAT D'ACTIONS

Une société publique a mis en place un système avec un courtier en valeurs mobilières afin de faciliter l'exercice des options d'achat d'actions par ses employés. Les employés doivent aviser le courtier de leur intention d'exercer les options et du même coup de monnayer leurs actions.

Lorsque l'avis est donné par un employé, le courtier procède à une transaction de vente à découvert (*short sale*) de titres de la société pour le nombre d'actions requis. Le courtier remet par la suite les fonds à la société qui procède alors à l'émission des actions en faveur du courtier. Le courtier couvre alors la position à découvert avec les actions reçues de la société.

Prenons l'exemple qui suit :

- l'employé se fait octroyer 5 000 options à un prix d'exercice de 15 $ par action;

- le 1er décembre, il avise le courtier de son intention d'exercer ses options et de monnayer ses actions;

- le même jour, le courtier procède à une vente à découvert de 5 000 actions de la société alors que la valeur du marché est de 20 $ par action;

- le 5 décembre, après le règlement de la transaction et après avoir reçu les fonds, le courtier remet 100 000 $ à la société;

- le même jour, la société procède à l'émission des actions alors que la valeur du marché est de 20,75 $ par action;

- l'employé reçoit 25 000 $ ((20 $ - 15 $) × 5 000 options) moins les RAS. La société conserve le prix d'exercice de 75 000 $ (15 $ par option);

- l'employeur calcule un avantage imposable de 28 750 $ pour l'exercice d'options d'achat d'actions, soit la valeur marchande des actions émises 20,75 $, moins le prix d'exercice des options conformément à l'alinéa 7(1)b) L.I.R. En effet, les actions de la société ont été acquises le 5 décembre alors que la valeur du marché était de 20,75 $ par action.

Questions à l'ARC

A) Est-ce que l'ARC est en accord avec le calcul de l'avantage imposable fait par l'employeur?

B) Si oui, est-ce que l'employé peut prendre une perte en capital de 0,75 $ par action, soit 3 750 $, puisqu'il n'a reçu que 20 $ par action, alors que son PBR, compte tenu de l'avantage à l'article 7 L.I.R., est de 20,75 $?

Réponse de l'ARC

Selon l'alinéa 7(1)a) L.I.R., un employé qui a acquis des actions est réputé avoir reçu, en raison de son emploi, pour l'année d'imposition au cours de laquelle survient l'acquisition, un avantage égal à l'excédent de la juste valeur marchande (« JVM ») des actions au moment de leur acquisition sur le total de la somme payée ou payable par l'employé pour acquérir les actions et de la somme qu'il a payée pour acquérir le droit d'acquérir les

actions. Comme l'indique le guide de l'employeur T4130[6], les actions ou les parts sont généralement considérées comme étant acquises quand la propriété des actions a été transférée à l'employé ou au courtier, et qu'elles ont été payées. À cette fin, l'analyse des contrats et des ententes est nécessaire afin de déterminer à quel moment ce transfert a eu lieu.

L'alinéa 7(1)b) L.I.R. s'applique à un employé qui a transféré des droits prévus par une convention, afférents à des titres, à une personne avec qui il n'avait pas de lien de dépendance, ou qui en a par ailleurs disposé en faveur de cette personne. L'avantage que l'employé est réputé avoir reçu, en raison de son emploi au cours de l'année d'imposition, est égal à l'excédent éventuel de la valeur de la contrepartie de la disposition sur la somme qu'il a payée pour acquérir ces droits.

La situation que vous nous avez soumise ne nous permet pas de définir clairement les relations juridiques entre les différents intervenants et, par le fait même, les conséquences fiscales reliées à cette série d'opérations. Une analyse détaillée de tous les contrats et les ententes est nécessaire afin de déterminer si l'employé a acquis des titres en vertu de la convention et est visé par l'alinéa 7(1)a) L.I.R. ou s'il a plutôt transféré ses droits prévus par la convention et est alors visé par l'alinéa 7(1)b) L.I.R. L'ARC est toutefois disposée à examiner cette question dans le cadre d'une demande de décisions anticipées en matière d'impôt sur le revenu où tous les renseignements et documents pertinents nous sont fournis.

7. CATÉGORIES D'ACTIONS IDENTIQUES SELON LA NOUVELLE *LOI SUR LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS*[7] (QUÉBEC)

Lors du Congrès 2010 de l'Association de planification fiscale et financière (« APFF »), une question[8] concernant le calcul du prix de base rajusté (« PBR ») de catégories différentes fut posée à l'ARC dans le cadre de la Table ronde sur la fiscalité fédérale. La réponse de l'ARC faisait, entre autres, la mention suivante relativement à la notion de bien identique :

---

6 AGENCE DU REVENU DU CANADA, guide T4130, « Guide de l'employeur – Avantages et allocations imposables », 31 mars 2011.

7 L.Q. 2009, c. 52 (« L.S.A. »).

8 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2010*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2011, pp. 52:1-102, question 20. b), aux pages 52:50-51.

> « […] La question serait donc de savoir si, selon les faits et circonstances d'une situation particulière donnée, les actions de catégories différentes ont exactement les mêmes droits et restrictions. Parmi les droits qu'il faudrait considérer lors de l'établissement des différences, il y a le droit au capital émis et payé à l'égard d'une action d'une catégorie par rapport à celui à l'égard d'une autre catégorie[9]. » (Notre soulignement)

Pouvez-vous éclaircir le passage souligné ci-dessus?

Est-ce que les actions de catégorie A et celles de catégorie B sont des biens identiques aux fins du calcul du PBR selon le paragraphe 47(1) L.I.R. dans l'exemple suivant :

- Les actions des catégories A et B du capital-actions d'une société constituée selon la *Loi sur les sociétés par actions* du Québec ont les droits suivants :
  - droit au capital émis et payé;
  - droit de participation;
  - droit de vote;
  - droit au reliquat des biens en cas de liquidation.
- Cent actions de catégorie A sont émises et en circulation. Le compte de capital émis et payé et le capital versé (« CV ») des actions de catégorie A est de 100 000 $.
- Cent actions de catégorie B sont émises et en circulation. Le compte de capital émis et payé et le CV des actions de catégorie B est de 100 $.

Réponse de l'ARC

Étant donné que, selon les données de l'exemple, le capital émis et payé de chacune des catégories d'actions du capital-actions de la société donnée est égal au CV desdites catégories, la réponse de l'ARC fait uniquement référence au capital émis et payé.

---

9 *Id*., 52:51.

L'ARC est d'avis que le capital émis et payé attribuable à une catégorie d'actions émises et en circulation du capital-actions d'une société constitue un attribut de cette catégorie. Lorsque le nombre d'actions émises d'une catégorie du capital-actions d'une société est égal au nombre d'actions émises d'une autre catégorie du capital-actions de la société et que les deux catégories d'actions émises et en circulation du capital-actions d'une société comportent un capital émis et payé différent, les actions émises et en circulation de l'une des catégories comportent des attributs différents des actions émises et en circulation de l'autre catégorie et ne sont pas identiques.

Dans l'exemple soumis, l'ARC ne considérerait pas une action de catégorie A du capital-actions de la société comme étant identique à une action de catégorie B du capital-actions de la même société donnée, aux fins du calcul du PBR et du paragraphe 47(1) L.I.R. En effet, le capital émis et payé par action de catégorie A du capital-actions de la société donnée s'établirait à 1 000 $, tandis que le capital émis et payé par action de catégorie B du capital-actions de la société donnée s'établirait à 1 $.

8. DÉFINITION DU MOT « MOIS » AU PARAGRAPHE 110.6(1) L.I.R.

Considérons la situation suivante : M. X est résident du Canada. Le 5 février 2009, M. X fait l'acquisition auprès d'une personne non liée, M^{me} A, de la totalité des actions du capital-actions de la société Opérante A, soit 100 actions ordinaires pour une contrepartie de 250 000 $.

Opérante A est une société privée sous contrôle canadien (« SPCC ») et, tout au long de la période qui débute le 5 février 2009, elle est une société exploitant une petite entreprise (« SEPE »).

Le 5 février 2011, M. X dispose de ses 100 actions ordinaires du capital-actions d'Opérante A en faveur de M. Y, une personne non liée, pour une contrepartie égale à leur JVM, soit 1 M$.

M. X souhaite se prévaloir de la déduction pour gains en capital (« DGC ») prévue au paragraphe 110.6(2.1) L.I.R. applicable à l'encontre des gains en capital imposables réalisés lors de la disposition d'actions admissibles de petite entreprise (« AAPE »).

M. X possède un solde de DGC inutilisé de 750 000 $. La déduction permise dans le calcul de son revenu imposable ne serait pas réduite par le plafond annuel des gains pour l'année ou par le plafond des gains cumulatifs à la fin de l'année.

Questions à l'ARC

L'alinéa b) de la définition d'« actions admissibles de petite entreprise », prévue au paragraphe 110.6(1) L.I.R. édicte que l'action est une action du capital-actions d'une société qui, « tout au long de la période de 24 mois qui précède le moment donné, n'est la propriété de nul autre que le particulier, ou une personne ou société de personnes qui lui est liée ».

Les règles applicables lorsqu'un délai est exprimé en mois sont prévues à l'article 28 de la *Loi concernant l'interprétation des lois et des règlements*[10] :

> « Si le délai est exprimé en nombre de mois précédant ou suivant un jour déterminé, les règles suivantes s'appliquent :
>
> a) le nombre de mois se calcule, dans un sens ou dans l'autre, exclusion faite du mois où tombe le jour déterminé;
>
> b) le jour déterminé ne compte pas;
>
> c) le jour qui, dans le dernier mois obtenu selon l'alinéa a), porte le même quantième que le jour déterminé compte; à défaut de quantième identique, c'est le dernier jour de ce mois qui compte. »

Également, l'article 35 de la *Loi d'interprétation* définit le mot « mois » comme un mois de l'année civile.

A) Eu égard à la *Loi d'interprétation*, est-ce que la période de 24 mois se calcule selon les mois de « calendrier », le point de départ du calcul étant le premier du mois et la fin étant le dernier jour du mois ou est-ce que la période de 24 mois pourrait commencer à n'importe quelle date dans le mois de sorte que la période du 5 février au 4 mars constituerait également un mois?

B) Est-ce que l'ARC peut confirmer, selon les faits soumis, la première date à laquelle M. X pourrait disposer de ses actions tout en se prévalant de la DGC prévue au paragraphe 110.6(2.1) L.I.R. applicable à l'encontre des gains en capital imposables réalisés lors de la disposition d'AAPE?

---

[10] L.R.C. 1985, ch. I-21 (« *Loi d'interprétation* »).

Réponse de l'ARC

En l'espèce, le « moment donné » aux fins de la détermination de la période de 24 mois prévue à l'alinéa b) de la définition d'AAPE au paragraphe 110.6(1) L.I.R. serait le 5 février 2011. À cet égard, la période de 24 mois précédant le 5 février 2011, tout au long de laquelle l'action n'est la propriété de nul autre que le particulier, débuterait généralement le 4 février 2011 et se terminerait le 5 février 2009.

Comme le 5 février 2009, une personne non liée à M. X (M^me^ A) possédait les actions, il nous apparaît que l'exigence concernant la période de 24 mois de détention des actions ne serait pas respectée en l'espèce.

9. CHOIX TARDIF DE L'ALINÉA 55(5)F) L.I.R.

Dans les affaires *Administration Gilles Leclair Inc.* c. *La Reine*[11] et *Nassau Walnut Investments Inc.* c. *La Reine*[12], les juges ont permis aux contribuables de produire tardivement le choix en vertu de l'alinéa 55(5)f) L.I.R. en assujettissant toutefois le choix tardif à une pénalité.

Or, rien dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne permet de faire un tel choix tardivement. Ni le paragraphe 220(3.2) L.I.R. ni l'article 600 R.I.R. ne font état de l'alinéa 55(5)f) L.I.R. Par conséquent, sur une base strictement législative, il n'est pas possible de faire un choix tardif.

Question à l'ARC

Est-ce que l'ARC serait prête à accepter un choix selon l'alinéa 55(5)f) L.I.R. tardivement à la lumière de la jurisprudence?

Réponse de l'ARC

Dans votre question, il est mentionné que rien dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne permet de faire tardivement un choix en vertu de l'alinéa 55(5)f) L.I.R. et que, par conséquent, sur une base strictement législative (c'est-à-dire une interprétation littérale de la *Loi de l'impôt sur le revenu*), il n'est pas possible de faire un choix tardif.

---

11 [1997] 3 C.T.C. 3053 (C.C.I.), 97 D.T.C. 880.

12 [1997] 2 C.F. 279 (C.A.), 97 D.T.C. 5051 (« *Nassau Walnut* »).

Cette position est exactement celle que le ministre du Revenu national préconisait dans l'affaire *Nassau Walnut* et qui a été rejetée par la Cour d'appel fédérale, entre autres, pour les raisons suivantes :

- Tout d'abord, la Cour d'appel fédérale a souligné que les tribunaux avaient depuis longtemps adopté une approche contextuelle et téléologique dans l'interprétation des lois plutôt qu'une approche littérale[13].

- De plus, après avoir considéré le but du paragraphe 55(2) L.I.R. et de l'alinéa 55(5)f) L.I.R., la Cour d'appel fédérale a mentionné que l'alinéa 55(5)f) L.I.R. ne constituait pas un choix. Selon la Cour d'appel fédérale à certains égards, la désignation requise en vertu de l'alinéa 55(5)f) L.I.R. n'est pas différente, par exemple, de la déduction permise au paragraphe 112(1) L.I.R. à l'égard de dividendes imposables. La seule différence significative entre les deux dispositions est qu'aucun calcul n'est requis en ce qui concerne la déduction permise au paragraphe 112(1) L.I.R. alors que la déduction prévue à l'alinéa 55(5)f) L.I.R. implique un calcul du revenu protégé en main avant qu'une déduction puisse être faite[14].

- La Cour d'appel fédérale est également venue à la conclusion que dans l'affaire *Nassau Walnut*, la société en cause était obligée de faire une désignation au moment où elle avait produit sa déclaration de revenus pour l'année pertinente[15].

Compte tenu du jugement rendu par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Nassau Walnut*, la pratique administrative de longue date de l'ARC est de n'appliquer le paragraphe 55(2) L.I.R. qu'à l'égard de l'excédent du dividende imposable sur le revenu protégé en main lorsqu'une cotisation est émise.

La pratique administrative de l'ARC est en accord avec l'objet de l'alinéa 55(5)f) L.I.R., tel qu'il est décrit par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Nassau Walnut*, à savoir : « […] d'empêcher la conversion, par l'application du paragraphe 55(2) L.I.R., de la totalité d'un dividende en gain

---

13 *Id*., 5057.

14 *Id*., 5058.

15 *Id*., 5052.

en capital imposable lorsqu'une partie de ce dividende peut être attribuable au revenu sauf […][16]. »

D'ailleurs, les tribunaux ont, à maintes reprises, insisté sur le fait que le revenu protégé en main d'une société ne doit pas faire l'objet d'une double imposition[17].

Par ailleurs, dans une situation où une société refuserait de déduire d'un dividende imposable soumis à l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. la partie de ce dividende imposable attribuable à du revenu protégé en main, par exemple, dans le but de convertir le revenu protégé en main en gain en capital, dans le cadre d'un stratagème de dépouillement de surplus, nous sommes d'avis que le paragraphe 245(2) L.I.R. pourrait être invoqué.

En effet, nous sommes d'avis que, dans une situation donnée, il y a évitement fiscal abusif lorsque le paragraphe 55(2) L.I.R. est utilisé pour dépouiller les surplus d'une société. À cet égard, nous croyons que les commentaires de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *La Reine* c. *Hypothèques Trustco Canada* sont pertinents :

> « 45. Cette analyse aboutit à une conclusion d'évitement fiscal abusif dans le cas où le contribuable se fonde sur des dispositions particulières de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour obtenir un résultat que ces dispositions visent à empêcher. Ainsi, il y a évitement fiscal abusif lorsqu'une opération va à l'encontre de la raison d'être des dispositions invoquées. […][18]. »

10. SUCCESSION

Faits

Considérons la situation suivante :

M. X est résident du Québec. Le 5 février 2010, M. X décède.

---

16 *Id.*, 5059.

17 À cet égard et à titre d'exemples, nous vous référons aux arrêts suivants : *La Reine* c. *Kruco Inc.*, 2003 CAF 284, 2003 D.T.C. 5506, par. 32; *Lamont Management Ltd.* c. *La Reine*, [2000] 3 C.F. 508 (C.A.), 2000 D.T.C. 6256, par. 4 et *La Reine* c. *Brelco Drilling Ltd.*, [1999] 4 C.F. 35 (C.A.), 99 D.T.C. 5253, par. 13.

18 2005 D.T.C. 5547 (C.S.C.), par. 45.

Son testament prévoit la remise de ses biens en parts égales à ses deux enfants mineurs âgés de 10 ans et 15 ans. M. A, frère de M. X, est nommé liquidateur de la succession de M. X (« Succession X »).

Le testament de M. X ne prévoit pas la création de fiducie testamentaire.

En date du 30 juin 2011, toutes les dettes de Succession X ont été payées et toutes les tâches du liquidateur ont été accomplies en bonne et due forme. Le seul actif de Succession X est une somme d'argent de 400 000 $, laquelle devrait être répartie en parts égales selon les termes du testament de M. X entre ses deux enfants.

M. A, le liquidateur, attendra jusqu'à l'année 2025 avant de procéder à la remise de l'argent aux bénéficiaires et à la liquidation de Succession X.

Entre le moment de l'ouverture de Succession X, le 5 février 2010, et la date de liquidation de Succession X, le 4 février 2025, le Formulaire T3[19] sera produit dans les délais et le solde d'impôt sera acquitté, s'il y a lieu.

Analyse

Selon l'article 613 du *Code civil du Québec*[20], la succession d'une personne s'ouvre par son décès.

Les paragraphes 104(1) et 108(1) L.I.R. prévoient qu'une fiducie testamentaire comprend une succession.

En effet, lorsqu'une personne décède, la succession de la personne décédée est considérée comme une fiducie le temps de régler les affaires de la personne décédée et de distribuer les biens aux bénéficiaires.

Questions à l'ARC

A) Est-ce que l'ARC trouve que le délai pour procéder à la liquidation est raisonnable compte tenu des faits soumis? Si la réponse à la question précédente est négative, quelle date de liquidation l'ARC trouverait-elle alors raisonnable?

---

[19] AGENCE DU REVENU DU CANADA, Formulaire T3RET, « Déclaration de renseignements et de revenus des fiducies – T3 », 2 décembre 2010.

[20] L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »).

B) Est-ce que la réponse à la question A) serait la même si le particulier était décédé sans avoir rédigé de testament avec pour seuls héritiers ses deux enfants?

C) Est-ce que les réponses aux questions A) et B) seraient les mêmes si les héritiers étaient majeurs au moment du décès de M. X?

Réponses de l'ARC

A) La question de savoir si le délai pour procéder à la liquidation d'une succession est raisonnable est une question mixte de fait et de droit qui nécessite l'analyse complète de tous les faits dans une situation donnée. Généralement, une succession existe tant qu'elle n'est pas réglée.

En l'espèce, il est possible qu'en date du 30 juin 2011, la succession soit réglée et qu'elle cesse d'exister à cette date. Dans un tel cas, l'imposition se ferait par la suite au niveau des légataires de la succession.

B) Oui.

C) Oui.

11. OPTIONS D'ACHAT D'ACTIONS – ALINÉA 55(3)A) L.I.R.

M. X détenant la totalité des actions émises du capital-actions d'une société exploitante procède à un gel successoral en faveur de ses enfants et d'une société de gestion. Le contrôle de la société exploitante est conservé dans les mains de M. X. Au cours de la même réorganisation, un régime d'options d'achat d'actions est mis sur pied pour les employés clés. Des options sont émises à un employé clé lui permettant d'acheter des actions ordinaires pour 1 $. L'employé n'est pas lié à M. X, soit l'actionnaire contrôlant la société de gestion, la bénéficiaire de dividende aux fins des paragraphes 55(3) et 55(3.01) L.I.R.

À des fins de protection d'actifs, des actions reçues lors du gel successoral sont transférées en faveur de la société de gestion et rachetées par la suite, créant ainsi un dividende intersociétés libre d'impôt. Ce dividende n'est pas couvert en totalité par du revenu protégé en main.

A) Est-ce que l'octroi de l'option d'achat d'actions à l'employé clé est un événement déclencheur à l'alinéa 55(3)a) L.I.R. faisant en sorte que le dividende réputé soit « recaractérisé » en gain en capital visé au paragraphe 55(2) L.I.R.?

B) Dans le cas où la réponse en A) est négative, est-ce que le moment de l'exercice de l'option déclencherait l'application de l'alinéa 55(3)a) L.I.R.?

C) Est-ce que la réponse serait la même si le régime d'option d'achat d'actions était sur pied avant le gel successoral?

Réponse de l'ARC à la question 11 A)

Conformément à l'alinéa 49(1)b) L.I.R., l'octroi d'une option donnée par une société pour l'acquisition d'actions de son capital-actions ne constitue pas une disposition de bien aux fins de la sous-section C de la section B de la partie I L.I.R. Par conséquent, dans la présente situation, les sous-alinéas 55(3)a)(i), 55(3)a)(iii) et 55(3)a)(iv) L.I.R. ne s'appliqueraient pas lors de l'octroi de l'option.

Cependant, il faut examiner si les sous-alinéas 55(3)a)(ii) et 55(3)a)(v) L.I.R. peuvent s'appliquer à l'octroi de l'option d'achat d'actions et, de manière plus précise, il faut se questionner si, au moment de l'octroi de l'option, il y a une augmentation sensible de la participation directe dans une société ou dans le payeur de dividendes, selon le cas.

Le terme « participation » n'est pas défini dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Selon la position de l'ARC en vigueur depuis de nombreuses années relativement au terme « participation » utilisé à l'alinéa 55(3)a) L.I.R., avoir une participation dans une société a un sens large et n'est pas limité à la détention d'actions dans cette société. Il s'agit plutôt de la détention d'une participation économique dans la société. Par exemple, le terme « participation » pourrait comprendre certains genres de dettes. Pour déterminer si une personne détient une participation économique, il faut examiner l'ensemble des droits, privilèges, conditions et restrictions rattachées à l'instrument financier ou au titre que la personne détient.

Pour répondre à votre question, il faut donc savoir si l'octroi d'options d'achat d'actions constitue une augmentation de la participation dans une société et plus précisément si une option d'achat d'actions constitue une participation, et ce, avant sa levée. Tel qu'il a été mentionné précédemment, aux fins de cette détermination, il faut examiner les droits, privilèges, conditions et restrictions rattachés à cette option d'achat d'actions.

Une option d'achat d'actions comporte souvent des conditions qui font en sorte que la levée de l'option est incertaine et éventuelle. Sous réserve de l'application du paragraphe 245(2) L.I.R., il n'y aurait généralement pas

d'augmentation sensible de la participation dans une société au moment de l'octroi d'une telle option dont la levée est éventuelle en fait et en droit.

Cependant, l'ARC pourrait considérer, dans certains cas, que l'augmentation de la participation dans la société survient lors de l'octroi de l'option d'achat d'actions plutôt que lors de la levée de cette option. Par exemple, cela pourrait survenir dans une situation comme celle que l'on mentionne, où un employé clé recevrait à la place de la réception immédiate d'actions de la société une option d'achat d'actions dont les caractéristiques et le prix de levée sont tels qu'il n'existe pas réellement d'incertitude ni d'éventualité en fait quant à la levée de l'option d'achat d'actions.

Réponse de l'ARC à la question 11 B)

En tenant compte des faits mentionnés dans le cadre des questions et en tenant compte du fait qu'une émission d'actions ne constitue pas une disposition de biens conformément à l'alinéa m) de la définition de « disposition » au paragraphe 248(1) L.I.R., la levée de l'option d'achat d'actions n'entraînerait pas l'application des sous-alinéas 55(3)a)(i), 55(3)a)(iii) et 55(3)a)(iv) L.I.R. Les sous-alinéas 55(3)a)(ii) et 55(3)a)(v) L.I.R. devraient toutefois être considérés.

Lorsque l'ARC conclut qu'il n'y a pas d'augmentation de la participation dans une société au moment de l'octroi d'une option d'achat d'actions dont la levée est éventuelle en fait et en droit, il y aura augmentation de la participation au moment de la levée de l'option.

Afin d'établir si l'alinéa 55(3)a) L.I.R. s'applique à une situation où la levée de l'option d'achat d'actions constitue le moment de l'augmentation de la participation dans une société, il faut déterminer, entre autres, si cette levée s'est produite dans le cadre d'une opération, d'un événement ou d'une série d'opérations ou d'événements dans le cadre duquel le dividende a été reçu. Dans la présente situation, si la levée de l'option d'achat d'actions s'était produite dans le cadre de la même série d'opérations ou d'événements dans le cadre duquel le dividende découlant du rachat des actions de gel a été reçu et si l'augmentation de la participation dans la société était une augmentation sensible, le paragraphe 55(2) L.I.R. s'appliquerait au dividende réputé reçu au moment du rachat des actions de gel.

Dans une situation donnée, il faudra examiner tous les faits pour déterminer si la levée d'une option d'achat d'actions fait partie de la même série d'opérations ou d'événements dans le cadre duquel le dividende découlant du rachat des actions de gel a été reçu, en tenant compte des

termes du paragraphe 248(10) L.I.R. et des critères établis par les tribunaux à cet égard.

Dans une situation comme celle qui nous a été mentionnée, où la société octroie l'option d'achat d'actions à l'employé clé au moment du gel successoral, il nous apparaît qu'il y aurait des arguments pour conclure que l'octroi et la levée de l'option font partie de la même série d'opérations ou d'événements dans le cadre duquel le dividende découlant du rachat des actions de gel a été reçu.

Réponse de l'ARC à la question 11 C)

Les principes énoncés à la question A) quant au moment de l'augmentation de la participation dans la société s'appliqueraient également lorsqu'une société octroie l'option d'achat d'actions avant un gel successoral.

Par ailleurs, l'ARC tiendrait compte des principes généraux énoncés à la question B) pour déterminer si le paragraphe 55(2) L.I.R. s'applique au dividende découlant du rachat des actions de gel. Cependant, étant donné que les faits seraient différents de ceux de la situation prise à titre d'exemple pour répondre à la question B), il est possible que le commentaire indiqué dans cette réponse quant à l'appartenance de l'octroi et de la levée de l'option à la même série d'opérations ou d'événements dans le cadre duquel le dividende découlant du rachat des actions de gel a été reçu ne soit pas applicable, ce qui entraînerait une conclusion différente relativement à l'alinéa 55(3)a) L.I.R.

12. FIDUCIE DE PROTECTION D'ACTIFS

À des fins de protection d'actifs, M. X transfère les actions privilégiées qu'il détient dans Opco en faveur d'une fiducie de protection d'actifs dont il est le seul bénéficiaire.

L'acte de fiducie prévoit notamment qu'immédiatement avant son décès, les actions que détient la fiducie seront distribuées en faveur de M. X.

Le testament de M. X prévoit que les actions privilégiées ainsi distribuées seront léguées à plusieurs fiducies testamentaires au bénéfice de chacun de ses enfants.

Questions à l'ARC

Est-ce que l'ARC considérerait le legs des actions privilégiées provenant du testament de M. X comme ne contaminant pas les fiducies testamentaires aux fins du paragraphe 108(1) L.I.R.?

En d'autres termes, est-ce que l'attribution des actions privilégiées à M. X immédiatement avant son décès, suivi du legs desdites actions à des fiducies testamentaires constitue une façon de procéder acceptable pour l'ARC?

Réponse de l'ARC

En vertu de l'alinéa 104(4)a) L.I.R., toute fiducie est réputée, à la fin de certains jours, avoir disposé de chacun de ses biens (sauf les biens exonérés) qui constituait une immobilisation (sauf un bien exclu ou un bien amortissable), pour un produit égal à la JVM du bien à la fin de ce jour, et avoir acquis le bien de nouveau immédiatement après ce jour pour un montant égal à cette valeur.

En ce qui a trait à une fiducie visée à la division 104(4)a)(ii.1)(A) L.I.R., à moins qu'elle n'ait fait le choix de s'y soustraire en vertu du sous-alinéa 104(4)a)(ii.1) L.I.R., le jour de la disposition réputée de cette fiducie est celui où le contribuable décède.

En vertu de l'alinéa 104(4)a.4) L.I.R., ce jour est également le jour du décès du contribuable, lorsque la fiducie est une fiducie à laquelle un contribuable est un particulier qui a transféré un bien dans les circonstances visées, entre autres, à l'article 73 L.I.R., que le transfert n'a donné lieu à aucun changement de propriété effective de ce bien et qu'aucune personne (sauf le contribuable) ni société de personnes n'a de droit absolu ou conditionnel à titre de bénéficiaire de la fiducie, déterminé par rapport au paragraphe 104(1.1) L.I.R.

Nous sommes d'opinion que ce n'est qu'au moment du décès d'un contribuable que peut survenir une obligation de distribuer ou de remettre les biens d'une fiducie de protection d'actifs à ce dernier, nonobstant toute modalité ou toute condition prévoyant que cette obligation est censée avoir un effet rétroactif. Aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, si les faits le démontrent, les fiduciaires peuvent ensuite être considérés comme détenant les biens en fiducie au bénéfice de M. X. Cependant, jusqu'à ce que les biens de la fiducie aient été effectivement distribués au liquidateur de la succession ou autre représentant légal de M. X, et que des mesures nécessaires à la

liquidation de la fiducie aient été prises, la fiducie de protection d'actifs est généralement considérée comme continuant à exister à des fins fiscales.

Par ailleurs, une fiducie testamentaire, définie au paragraphe 108(1) L.I.R. est une fiducie ou une succession qui a commencé à exister au décès d'un particulier, compte tenu des exceptions énoncées aux alinéas a) à c), ainsi qu'à l'alinéa d) de la législation proposée dans l'ancien Projet de loi C-10[21].

Selon l'alinéa 108(1)a) L.I.R., une fiducie testamentaire ne comprend pas une fiducie établie par une personne autre qu'un particulier décédé. De plus, l'alinéa 108(1)b) L.I.R., applicable à une fiducie établie après le 12 novembre 1981, exclut une fiducie si des biens lui ont été transmis autrement que par un particulier décédé, en raison du décès du particulier.

La réponse à la question quant au statut des fiducies créées pour chacun des enfants selon le testament de M. X ne peut être résolue qu'après un examen des termes et modalités de l'acte constitutif de la fiducie de protection d'actifs, eu égard à la législation pertinente régissant cette fiducie, ainsi que de tous les autres documents et faits pertinents.

Dans la mesure où l'effet juridique de l'ensemble des termes et modalités de la fiducie de protection d'actifs est tel que, par suite du décès de M. X, les biens de cette fiducie sont distribués directement à une fiducie créée en vertu du testament de M. X, la distribution des actions privilégiées à cette fiducie empêcherait celle-ci de se qualifier à titre de « fiducie testamentaire » telle qu'elle est définie au paragraphe 108(1) L.I.R., en raison de l'exclusion prévue à l'alinéa b) de cette définition.

Par contre, il est possible que, par suite du décès de M. X, les biens antérieurement détenus par la fiducie de protection d'actifs fassent partie du patrimoine successoral de M. X. Dans ce cas, la distribution des actions privilégiées à une fiducie créée en vertu du testament de M. X n'empêcherait pas celle-ci d'être une « fiducie testamentaire » au sens du paragraphe 108(1) L.I.R.

---

[21] CANADA, Chambre des communes, *Loi modifiant la* Loi de l'impôt sur le revenu*, notamment en ce qui concerne les entités de placements étrangères et les fiducies non-résidentes ainsi que l'expression bijuridique de certaines expressions de cette loi, et des lois connexes*, Projet de loi C-10 (ancien Projet de loi C-33, version du 29 octobre 2007).

13. REMBOURSEMENT POUR DES DÉPENSES D'AUTOMOBILE SUR UN CHANTIER PARTICULIER

Nous vous soumettons les faits suivants :

- Un employé est envoyé sur un chantier particulier à l'étranger.

- Cet employé doit évidemment habiter un lieu de résidence temporaire.

- Il s'ensuit que ce même employé doit engager des frais de déplacement pour voyager entre le lieu de résidence temporaire et le chantier particulier.

- L'employeur décide donc de rembourser l'employé en question pour ses déplacements entre ce lieu de résidence temporaire et le chantier particulier.

Notre analyse des dernières interprétations techniques[22] nous permet de constater qu'il n'est pas clair si cet employé se voit imposer un avantage imposable pour le montant des remboursements reçus de l'employeur. En effet, nous pouvons constater que la position de l'ARC a changé à deux reprises. Le 29 avril 2004, l'ARC se prononçait sur une situation similaire et mentionnait que ce type de déplacement était de nature personnelle et devait donc être inclus comme avantage imposable. Quelques mois plus tard, le 27 octobre 2004, l'ARC mentionnait que le remboursement du coût du véhicule de location ne devrait pas être inclus selon l'alinéa 6(1)a) L.I.R. Et finalement, en 2008, l'ARC mentionnait que les déplacements entre le lieu temporaire de résidence et le chantier particulier étaient effectivement de nature personnelle et donc qu'un avantage imposable en découlait.

Question à l'ARC

Dans l'optique où l'employé est sur ce chantier à la demande de l'employeur, qu'il est à l'extérieur du principal lieu d'affaires de son employeur, que cet employé doit débourser des sommes supplémentaires pour ses déplacements (comme la location d'un véhicule) car il est à l'étranger et qu'il n'aurait pas eu à débourser de telles sommes s'il avait

---

[22] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2004-0059521E5, 29 avril 2004; 2004-0084201E5, 27 octobre 2004 et 2008-0291081E5, 9 décembre 2008.

travaillé à sa place normale de travail, est-ce que l'ARC considère que le remboursement des frais de déplacement entre la résidence temporaire et le chantier particulier est un avantage imposable à inclure en vertu de l'alinéa 6(1)a) L.I.R.?

Réponse de l'ARC

Le montant d'un remboursement de frais reçu par un employé de son employeur peut donner lieu à un avantage imposable à inclure dans le revenu de l'employé en vertu de l'alinéa 6(1)a) L.I.R. s'il en résulte un avantage économique ou un bénéfice pour l'employé ou encore s'il se rapporte aux frais personnels de ce dernier. À cet égard, nous sommes d'avis que généralement les frais de déplacement engagés par un employé pour se déplacer entre son lieu principal de résidence et l'établissement de l'employeur auquel il se présente pour travailler ou un chantier particulier au sens du paragraphe 6(6) L.I.R. sont des frais personnels de l'employé. De même, les frais de déplacement engagés par un employé pour se déplacer entre un endroit autre que son lieu principal de résidence qui constitue son lieu de résidence temporaire et un chantier particulier sont des frais personnels de l'employé.

Malgré le paragraphe 6(1) L.I.R., l'alinéa 6(6)b) L.I.R. prévoit notamment qu'un employé n'a pas à inclure dans le calcul de son revenu d'emploi certains montants qui lui ont été remboursés à l'égard de frais personnels de déplacement. Tel qu'il est indiqué dans les lettres d'opinion portant les numéros 2004-0059521E5 et 2008-0291081E5, cette exclusion ne s'applique toutefois pas à l'aide au transport que l'employé aurait reçue pour ses déplacements entre le chantier particulier et un endroit autre que son lieu principal de résidence qui constitue son lieu de résidence temporaire.

En l'espèce, il nous apparaît que l'employé aurait à inclure, en vertu de l'alinéa 6(1)a) L.I.R., dans le calcul de son revenu d'emploi tout montant remboursé à l'égard de frais de déplacement entre sa résidence temporaire et le chantier particulier.

Finalement, tel qu'il est indiqué dans la lettre d'opinion portant le numéro 2004-0084201E5, nous sommes d'avis qu'un montant raisonnable de remboursement pour des frais de déplacement engagés par un employé pour voyager dans l'accomplissement des fonctions de son emploi à l'extérieur de la municipalité où est situé l'établissement de son employeur dans lequel l'employé travaille habituellement n'est pas à inclure, en vertu de l'alinéa 6(1)a) L.I.R., dans le calcul de son revenu d'emploi. Il est également à noter que les sous-alinéas 6(1)b)(vii) et 6(1)b)(vii.1) L.I.R.

exemptent les allocations raisonnables pour frais de déplacement reçus dans de telles circonstances. Dans la situation exposée dans cette lettre d'opinion, l'établissement de l'employeur où l'employé travaillait habituellement ne changeait pas. L'employé a effectué simplement un voyage d'affaires dans l'accomplissement des fonctions de son emploi. Par contre, dans les situations exposées dans les documents portant les numéros 2004-0059521E5 et 2008-0291081E5, les employés étaient affectés à un nouvel établissement de leur employeur (chantier particulier) et, par conséquent, les frais de déplacement engagés pour se déplacer entre leur lieu de résidence temporaire et l'établissement de leur employeur où ils travaillaient habituellement (chantier particulier) constituaient des frais personnels pour ceux-ci.

14. DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS DANS LE CADRE DU CONCEPT DU VIDE À COMBLER

Contexte

En décembre 2009, le Conseil des normes comptables (« CNC ») du Canada a publié un nouvel ensemble de normes comptables applicables aux entreprises à capital fermé canadiennes. L'application initiale de ces nouvelles normes[23] permet à une société de réévaluer ses immobilisations corporelles à leur juste valeur à la date de la transition aux normes comptables et d'utiliser cette juste valeur comme étant le coût réputé pour l'entreprise à cette date. Ce faisant, la plus-value réalisée lors de cette opération viendra augmenter le solde d'ouverture des bénéfices non répartis (« BNR ») de la société.

Pour sa part, le concept du vide à combler, exception au critère de l'utilisation directe de l'argent emprunté, permet la déduction des intérêts lorsqu'un emprunt est engagé par une personne en remplacement du capital utilisé à des fins admissibles. Le capital peut être déterminé en additionnant le montant du capital contribué par les actionnaires avec le montant des bénéfices accumulés sur les actions. Dans le *Bulletin d'interprétation* IT-533 de l'ARC, on peut lire ce qui suit : « […] Les bénéfices accumulés sont généralement les bénéfices non répartis de la société, calculés sur une base

[23] INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *Manuel de l'ICCA*, vol. I, Toronto, ICCA, chap. 1500 (« *Manuel de l'ICCA* »).

non consolidée, alors que les placements sont enregistrés au coût […][24]. » (Notre soulignement)

Prenons l'exemple suivant :

Une société à capital fermé effectue la réévaluation de ses immobilisations corporelles en vertu du chapitre 1500 du *Manuel de l'ICCA* en date du 1er janvier 2010. Le solde de ses BNR a été augmenté à la suite de la réévaluation. Durant son exercice 2011, la société contracte un emprunt afin de verser un dividende à ses actionnaires. Le montant de l'emprunt et celui du dividende sont égaux au solde de ses BNR immédiatement après la réévaluation de ses immobilisations corporelles. Le solde des BNR avant l'application du chapitre 1500 du *Manuel de l'ICCA* était composé exclusivement de bénéfices accumulés réalisés dans le cours normal des activités d'une entreprise.

Question

Est-ce que le montant de la réévaluation ayant modifié les BNR de la société dans l'exemple décrit ci-dessus ferait partie des bénéfices accumulés admissibles de la société aux fins de l'exception qui est prévue au paragraphe 23 du *Bulletin d'interprétation* IT-533?

Réponse de l'ARC

Non. D'ailleurs, l'ARC a déjà mentionné plusieurs fois (dans le cadre de lettres d'interprétation technique et en réponse à des questions de table ronde) par le passé que les bénéfices accumulés ne comprennent pas les surplus de réévaluation.

15. HONORAIRES D'ÉVALUATION DES IMMOBILISATIONS POUR LA PRODUCTION D'ÉTATS FINANCIERS SELON LES NCECF OU LES IFRS

Puisque la convergence des normes canadiennes avec les normes internationales a été adoptée au Canada, les principes comptables généralement reconnus du Canada ne peuvent plus être utilisés par les sociétés canadiennes pour les exercices financiers ouverts à compter du 1er janvier 2011. Selon leur situation particulière, elles devront soit utiliser

[24] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-533, « Déductibilité de l'intérêt et questions connexes », 31 octobre 2003, par. 23.

les normes comptables canadiennes pour les entreprises à capital fermé (NCECF), soit les normes internationales d'information financière (IFRS) pour la production de leurs états financiers.

Une des différences majeures des nouvelles normes comptables est le choix de réévaluer les immobilisations. Certaines sociétés effectuant ce choix devront engager des honoraires afin qu'un évaluateur agréé indépendant puisse procéder à ces réévaluations.

Question à l'ARC

Est-ce que ces honoraires engagés pour la réévaluation des immobilisations en vue de produire des états financiers annuels peuvent être déduits à titre de dépenses de nature courante?

Réponse de l'ARC

Nous sommes d'avis qu'en général, les frais raisonnables engagés par un contribuable pour l'évaluation d'une immobilisation en vue de son acquisition ou de sa disposition viennent s'ajouter au PBR de cette immobilisation en vertu de l'alinéa 53(1)n) L.I.R.

Par ailleurs, nous sommes également d'avis que les frais raisonnables engagés pour l'évaluation des immobilisations dans le but de produire des états financiers annuels conformes aux nouvelles normes comptables applicables seraient généralement déductibles à titre de dépenses de nature courante.

16. APPLICATION DES RÈGLES SUR LA MINIMISATION DES PERTES

Considérons les faits suivants :

1) Le 1er janvier 1995, la société Gesco inc. (« Gesco ») a souscrit à 100 actions ordinaires de la société Opco inc. (« Opco ») pour 100 000 $.

2) Au cours des années 1998 à 2000, des dividendes totalisant 500 000 $ sont déclarés et versés sur les actions ordinaires d'Opco. Gesco a déduit ces dividendes dans le calcul de son revenu imposable en vertu du paragraphe 112(1) L.I.R.

3) Le 1er janvier 2003, dans le cadre d'un roulement effectué en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R., Gesco a transféré en faveur d'Opco les 100 actions ordinaires et a obtenu en contrepartie 100 nouvelles actions

ordinaires du capital-actions d'Opco. La somme convenue a été établie à 100 000 $. Le CV et le PBR de ces nouvelles actions sont de 100 000 $ et leur JVM est égale à la JVM des anciennes actions.

4) Gesco n'a reçu aucun dividende sur les 100 actions ordinaires d'Opco depuis qu'elle les a acquises dans le cadre du transfert survenu le 1er janvier 2003.

5) Le 1er août 2007, alors que la société Gesco détenait toujours les 100 actions ordinaires d'Opco, cette dernière a cessé ses activités en raison de son insolvabilité. Opco a toujours été une SEPE au sens du paragraphe 248(1) L.I.R. et de l'article 1 de la *Loi sur les impôts*[25], et ce, jusqu'à la date de cessation des activités survenue le 1er août 2007.

6) La société Gesco a effectué le choix d'être réputée avoir disposé des actions d'Opco au 31 décembre 2007 en vertu du sous-alinéa 50(1)b)(iii) L.I.R. pour un produit de disposition nul. La perte en capital de 100 000 $ alors réalisée par Gesco se qualifie à titre de perte au titre de placement d'entreprise. Ce montant est entièrement attribuable aux actions ordinaires détenues par Gesco dans la société Opco.

En vertu de la règle de minimisation des pertes prévue au paragraphe 112(3) L.I.R., dans le cas d'une société, la perte engendrée par cette dernière sur une action est réduite du total des montants suivants et reçus par la société sur cette action :

- un dividende imposable et déductible en vertu des articles 112 et 115 L.I.R. ou du paragraphe 138(6) L.I.R. dans le calcul du revenu imposable;

- un dividende en capital selon le paragraphe 83(2) L.I.R.; et

- un dividende en capital d'assurance vie.

Conformément au paragraphe 112(7) L.I.R., des règles de continuité existent selon lesquelles les dividendes versés sur une action sont pris en compte, en vue de réduire les pertes, peu importe si les actions ayant donné lieu aux dividendes ont été échangées contre d'autres actions lors de certains roulements, libres d'impôt, prévus aux articles 51, 85.1, 86 ou 87 L.I.R.

---

[25] L.R.Q., c. I-3 et mod.

Question à l'ARC

Puisque aucun dividende n'a été reçu sur les actions ordinaires qui ont été acquises dans le cadre d'un roulement en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R., est-ce que l'ARC peut confirmer que les règles de minimisation des pertes prévues au paragraphe 112(3) L.I.R. ne s'appliqueront pas à ces actions étant donné qu'il n'existe pas de continuité présumée dans les cas de roulements effectués selon le paragraphe 85(1) L.I.R.?

Réponse de l'ARC

L'application du paragraphe 85(1) L.I.R. requiert, entre autres, une disposition d'un bien admissible en faveur d'une société canadienne imposable.

Par le passé, l'ARC a considéré qu'une opération sur une action donnée du capital-actions d'une société ne constitue pas nécessairement une disposition de l'action, lorsque, après l'opération, le contribuable détient une action du capital-actions de la société comportant des droits et restrictions identiques aux droits et restrictions afférents à l'action donnée. Par conséquent, il se pourrait, en vertu des faits et circonstances entourant l'opération décrite au paragraphe 3 de la présente question, que cette opération n'ait pas entraîné une disposition aux fins fiscales des actions ordinaires du capital-actions d'Opco émises en 1995. Dans un tel cas, le paragraphe 85(1) L.I.R. ne se serait jamais appliqué à l'opération. Selon nous, le paragraphe 112(3) L.I.R. s'appliquerait alors afin de réduire la perte subie par Gesco en 2007 sur les actions détenues dans le capital-actions d'Opco du montant des dividendes versés par Opco sur ces actions au cours des années 1998 à 2000.

Cela dit, les règles prévues au paragraphe 112(7) L.I.R. permettent d'assurer une continuité dans les actions reçues par le contribuable dans le cadre de certaines réorganisations de sociétés visées par les articles 51, 85.1, 86 ou 87 L.I.R. En effet, et de manière générale, aux fins des paragraphes 112(3) à 112(3.32) L.I.R., les actions reçues lors de l'une des opérations prévues au paragraphe 112(7) L.I.R. sont réputées être les mêmes actions que les anciennes actions et les dividendes reçus sur les anciennes actions sont réputés avoir été reçus sur les nouvelles actions.

Il est également intéressant de remarquer que, lors d'un roulement d'actions visé par le paragraphe 85(1) L.I.R., la perte en capital latente sur l'action disposée sera généralement réalisée étant donné qu'en vertu de l'alinéa 85(1)c) L.I.R., la somme convenue ne peut pas être supérieure à la

JVM de l'action échangée. La perte en capital ainsi réalisée sera assujettie, le cas échéant, aux règles de minimisation des pertes prévues aux paragraphes 112(3) et suivants L.I.R. En comparaison, lors des roulements prévus aux articles 51, 85.1, 86 ou 87 L.I.R., le PBR des anciennes actions devient généralement le coût des nouvelles actions. Ainsi, aucune perte en capital latente n'est réalisée, le cas échéant, lors de ces opérations de roulement.

Étant donné que l'article 85 L.I.R. n'est pas mentionné au paragraphe 112(7) L.I.R., une action acquise (« nouvelle action ») en échange d'une autre action (« ancienne action ») dans le cadre d'une opération à laquelle l'article 85 L.I.R. s'est appliqué ne serait pas, à sa disposition, réputée être la même action que l'ancienne action pour l'application de l'un des paragraphes 112(3) à 112(3.2) L.I.R. Ainsi, une perte latente sur la nouvelle action qui aurait été générée après l'opération de roulement en vertu de l'article 85 L.I.R. et qui serait subie ou réalisée par une société lors de la disposition de cette nouvelle action ne serait techniquement pas réduite, en vertu du paragraphe 112(3) L.I.R., du montant des dividendes reçus sur l'ancienne action.

Toutefois, un roulement d'actions en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. effectué afin de contourner le paragraphe 112(7) L.I.R. pourrait constituer une opération d'évitement, ce qui amènerait l'ARC à considérer l'application potentielle de la règle générale antiévitement. Cependant, en l'absence d'une analyse de tous les faits et circonstances se rapportant à une situation particulière donnée, il nous est impossible de commenter plus précisément l'application potentielle du paragraphe 245(2) L.I.R.

17. APPLICATION DE L'ARTICLE 160 L.I.R. DANS LE CADRE D'UN RACHAT D'ACTIONS

PME inc. est une société privée. Elle a payé, en 2007, au détenteur des actions ordinaires de catégorie A un dividende de 100 000 $ sous forme d'actions de catégorie C (des actions privilégiées). En 2010, les actions privilégiées C émises ont fait l'objet d'un rachat pour 100 000 $ en faveur de son actionnaire unique, ce qui constituait la JVM desdites actions rachetées.

La décision rendue dans l'affaire *Algoa Trust et autres* c. *La Reine*[26] laisse clairement entendre que le transfert d'un bien ne comprend pas une action émise dans le cadre d'un dividende en actions. D'ailleurs, le passage suivant tiré de la décision *Algoa Trust* ne laisse pas de doute :

---

[26] 93 D.T.C. 405 (C.C.I.) (« *Algoa Trust* »).

> « The payment of a stock dividend is not a transfer of property. The shares authorized in a corporation's articles of incorporation are not assets of the corporation. When a person subscribes for the shares and pays the corporation for the shares, the shares are issued to that person and recorded in the share registry of the corporation. The payment is consideration for the shares. The issue of shares is not a transfer since the corporation has not divested itself of its property: the shares were never owned by the corporation. Assets are transferred for purposes of section 160 only at the time one person is divested of ownership of property and another person is vested in that property. Prior to issue and during issue the shares of a corporation are not property of that corporation.
>
> When a corporation pays a stock dividend to its shareholders it issues shares to those shareholders. A corporation's paid-up capital is increased when it issues shares. The corporation is usually enriched, not impoverished, when shares are issued for consideration; when a corporation issues a stock dividend it is neither enriched nor impoverished. The value of the assets of the corporation are not reduced on the payment of a stock dividend. As a result of the stock dividend there are changes in the corporation's balance sheet; for example, accounts comprising shareholders equity are adjusted to reflect the increase in paid-up capital. These accounts, however, are not assets of the corporation[27]. »

Cette décision est d'ailleurs conforme à l'interprétation stricte de l'ARC sur le sens à donner à l'expression « transfert de biens », notamment en ce qui a trait à la déduction pour dons de bienfaisance (qui sera refusée) lorsqu'une société veut émettre des actions de son capital-actions en faveur d'un organisme de bienfaisance.

Ainsi, comme il n'y a pas eu transfert de biens lors du paiement d'un dividende en actions, la responsabilité de l'actionnaire prévue à l'article 160 L.I.R. ne pourrait donc être invoquée par les autorités fiscales si PME inc. avait une dette fiscale « latente » ou existante. D'autre part, à la suite du rachat des actions privilégiées en 2010, l'article 160 L.I.R. ne pourrait pas non plus être invoqué par les autorités fiscales, car il y aurait eu une contrepartie (à savoir, les actions privilégiées cédées à PME inc. par l'actionnaire) égale à la JVM du bien transféré par la société (soit la somme de 100 000 $ versée lors du rachat).

Question à l'ARC

L'ARC peut-elle confirmer qu'elle partage le point de vue présenté ci-dessus en ce qui concerne la non-application de l'article 160 L.I.R. dans un tel cas?

---

27 *Id.*, par. 51 et 52.

Réponse de l'ARC

La décision *Algoa Trust* établit notamment que le versement d'un dividende au moyen de l'émission d'actions par la société déclarante ne constitue pas un transfert de biens entraînant l'application du paragraphe 160(1) L.I.R. Cette cause ne constitue pas une autorité pouvant être invoquée à l'appui de l'inapplication de ce paragraphe à un dividende en actions suivi d'un rachat de celles-ci, ou au soutien de l'argument que les actions ainsi rachetées constituent une contrepartie donnée pour le bien, soit le produit de rachat des actions, correspondant à la JVM de celui-ci.

Nous sommes d'avis que l'expression « transféré des biens, directement ou indirectement, au moyen d'une fiducie ou de toute autre façon » utilisée au paragraphe 160(1) L.I.R. doit être interprétée largement et permet l'application de la disposition à des situations où de multiples étapes sont effectuées. Dans le cas où les actions d'une société émises en versement d'un dividende déclaré par celle-ci sont subséquemment rachetées, l'existence d'un transfert assujetti au paragraphe 160(1) L.I.R. constitue une question qui requiert l'analyse de l'ensemble des faits propres à une situation particulière.

S'il est déterminé que les transactions donnent lieu à un transfert soumis à l'application du paragraphe 160(1) L.I.R., l'étendue de la responsabilité fiscale solidaire du bénéficiaire du transfert devra, de façon générale, alors être établie en vertu de l'alinéa 160(1)e) L.I.R. Dans ces circonstances, nous sommes d'avis que la détermination de l'existence d'une contrepartie donnée pour un bien et de la JVM de cette contrepartie devrait être effectuée à la lumière des faits particuliers de la situation à l'étude. À propos de la situation soumise, il serait notamment nécessaire de considérer que le droit de l'actionnaire de recevoir paiement au rachat des actions vient du fait que ces actions ont été émises en versement d'un dividende à l'égard d'autres actions. De plus, les motivations des parties concernées seraient pertinentes. À cet égard, la Cour d'appel fédérale souligne en effet que « l'intention de l'auteur et du bénéficiaire du transfert de frustrer l'ARC en tant que créancier peut se révéler pertinente pour l'examen du caractère suffisant ou non de la contrepartie[28]. »

[28] *La Reine* c. *Livingston*, 2008 CAF 89, par. 19.

18. EPSP ET LA NOTION D'« EMPLOYÉ CONSTITUÉ EN SOCIÉTÉ »

À maintes reprises, l'ARC a pris position quant à la déductibilité de certaines dépenses engagées par une société exploitant une « entreprise de prestation de services personnels » (« EPSP »). Entre autres, dans l'interprétation technique 2009-0320491E5[29], on y mentionne que le salaire versé au conjoint d'un « employé constitué en société » (*incorporated employee*) n'est pas déductible dans le calcul du revenu de la société exploitant une EPSP. Dans cette interprétation, le conjoint rendait des services uniquement à l'EPSP.

Toutefois, il n'est pas rare de voir deux conjoints travailler ensemble pour la même société. Par exemple, deux personnes qui sont des conjoints pourraient rendre des services de camionnage pour le compte d'une société exploitant une EPSP à une même tierce société (« services externes »). De plus, chacun veillerait à certaines tâches internes de l'EPSP (« services internes »), par exemple l'entretien et la réparation des camions, la tenue des registres de déplacement et la comptabilité.

La définition d'EPSP au paragraphe 125(7) L.I.R. mentionne qu'un particulier qui fournit des services « pour le compte de la société » est un « employé constitué en société ». En vertu de l'alinéa 18(1)p) L.I.R., le salaire versé à un employé constitué en société est déductible dans le calcul du revenu de l'EPSP.

Questions à l'ARC

Est-il possible pour une EPSP d'avoir plus d'un employé constitué en société? Dans l'exemple mentionné ci-dessus avec les deux conjoints camionneurs, serait-il possible de conclure que les deux particuliers sont des employés constitués en société et qu'en l'occurrence les deux salaires sont déductibles?

Réponse de l'ARC

Une société exploite une EPSP dans la mesure où l'actionnaire déterminé de la société fournit des services pour le compte de la société à une personne ou à une société de personnes. Il doit être raisonnable de conclure que, n'eût été l'existence de la société, l'actionnaire déterminé de la

[29] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2009-0320491E5, 4 août 2009.

société exploitant l'EPSP aurait été un cadre ou un employé de la personne ou de la société de personnes à qui les services sont rendus. La personne qui fournit des services pour le compte de la société exploitant l'EPSP est communément désigné sous l'appellation « employé constitué en société ». Aux fins de la présente, nous présumons que les alinéas c) et d) de la définition d'« entreprise de prestation de services personnels » ne sont pas applicables.

À notre avis, une société pourrait exploiter une EPSP même si elle a plus d'un employé constitué en société, dans la mesure où les conditions suivantes s'appliquent à chacun de ces employés :

- chaque employé constitué en société est un actionnaire déterminé de l'EPSP, telle que cette expression est définie au paragraphe 248(1) L.I.R. Généralement, un actionnaire déterminé d'une société est un actionnaire qui, directement ou indirectement, à un moment de l'année, possède au moins 10 % des actions émises d'une catégorie donnée du capital-actions de la société;

- chaque employé constitué en société fournit des services pour le compte de l'EPSP à une personne ou à une société de personnes;

- n'eût été l'existence de la société exploitant une EPSP, il doit être raisonnable de considérer chaque employé constitué en société comme étant un cadre ou un employé de la personne ou de la société de personnes à qui les services sont rendus.

Ainsi, dans l'exemple précité, une société qui exploite une EPSP pourra déduire les salaires des deux conjoints camionneurs si les deux conjoints camionneurs sont considérés comme étant des employés constitués en société de la société.

19. LES NÉGOCIANTS EN VENTE ET LES DÉPENSES DE BUREAU À DOMICILE DANS LE CADRE D'UNE EPSP

Supposons qu'une société exploitant une EPSP exerce ses activités dans le domaine de la vente de biens ou de la négociation de contrats. Selon le sous-alinéa 18(1)p)(iii) L.I.R., certaines dépenses permises correspondent au montant qui aurait été déductible dans le calcul du revenu d'un employé constitué en société pour une année d'imposition tiré d'une charge ou d'un emploi s'il l'avait dépensé en vertu d'un contrat d'emploi qui l'obligeait à verser le montant en question.

Questions à l'ARC

A) La société exploitant l'EPSP doit-elle recevoir des commissions à l'encontre desquelles les dépenses prévues au sous-alinéa 18(1)p)(iii) L.I.R. seront déductibles ou peut-elle déduire ses dépenses sans avoir reçu de commissions?

B) Les dépenses permises sont-elles les mêmes que celles prévues à l'alinéa 8(1)f) L.I.R. pour un employé à commission, entre autres, les frais juridiques et comptables, la publicité et la promotion, les frais de véhicules à moteur admissibles (y compris la DPA), les aliments, boissons et frais de divertissement, l'hébergement, les frais de stationnement, les fournitures, le salaire d'un adjoint, la location de bureau et les frais de bureau à domicile?

En supposant que l'employé constitué en société travaille principalement à partir de son domicile (dans un domaine autre que la vente de biens ou la négociation de contrats) :

C) Est-il possible pour lui de déduire personnellement, à l'encontre de son revenu d'emploi par ailleurs établi, des dépenses à l'égard de son bureau à domicile en vertu du paragraphe 8(13) L.I.R.? Son domicile constitue le principal lieu d'affaires de la société qui exploite l'EPSP et nous tenons pour acquis que le Formulaire T2200[30] sera dûment rempli par l'employeur, soit la société qui exploite l'EPSP.

D) Qu'en est-il de la déductibilité des dépenses relatives à l'utilisation de son véhicule prévues à l'alinéa 8(1)h.1) L.I.R., dans le cas où il est habituellement tenu de se déplacer pour accomplir son travail, dans le cas où le Formulaire T2200 est dûment rempli et dans le cas où il ne reçoit aucune allocation de la société exploitant l'EPSP à l'égard de l'utilisation de son véhicule à moteur?

Réponse de l'ARC à la question 19 A)

Le sous-alinéa 18(1)p)(iii) L.I.R. prévoit qu'une dépense, dans la mesure où elle est engagée ou effectuée par une société au cours d'une année d'imposition en vue de tirer un revenu d'une EPSP, n'est pas déductible dans le calcul du revenu de cette société à l'exception d'un montant dépensé par la

[30] AGENCE DU REVENU DU CANADA, Formulaire T2200, « Déclaration des conditions de travail », 5 janvier 2011.

société et lié à la vente de biens ou à la négociation de contrats par la société, lorsque le montant aurait été déductible dans le calcul du revenu tiré d'une charge ou d'un emploi de l'employé constitué en société pour une année d'imposition, s'il l'avait dépensé en vertu d'un contrat d'emploi qui l'obligeait à verser ce montant.

En vertu de l'alinéa 8(1)f) L.I.R., un particulier remplissant des fonctions liées à la vente de biens ou à la négociation de contrats pour son employeur peut déduire, dans le calcul de son revenu, les sommes qu'il a dépensées au cours de l'année pour gagner le revenu provenant de son emploi jusqu'à concurrence seulement des commissions ou autres rétributions semblables reçues par lui au cours de l'année.

Nous sommes d'avis qu'une société exploitant une EPSP est assujettie à la même restriction que celle prévue à l'alinéa 8(1)f) L.I.R. pour un employé remplissant des fonctions liées à la vente de biens ou à la négociation de contrats.

En d'autres termes, si au cours d'une année d'imposition une société exploitant une EPSP n'a reçu aucune commission ou autre rétribution semblable dans le cadre de l'exploitation de son entreprise consistant en la vente de biens ou en la négociation de contrats, elle ne peut déduire aucun montant dépensé par elle qui est lié à la vente de biens ou à la négociation de contrats au cours de cette année d'imposition.

Réponse de l'ARC à la question 19 B)

Le sous-alinéa 18(1)p)(iii) L.I.R. permet à une société de déduire tout montant qu'elle a engagé dans une année d'imposition et qui est lié à la vente de biens ou à la négociation de contrats, lorsque le montant aurait été déductible dans le calcul du revenu d'un employé constitué en société pour une année d'imposition tiré d'une charge ou d'un emploi si cet employé l'avait dépensé en vertu d'un contrat d'emploi qui l'obligeait à verser le montant.

Pour un employé constitué en société, les seules déductions permises dans le calcul du revenu tiré d'une charge ou d'un emploi sont celles prévues à l'article 8 L.I.R., compte tenu de la restriction générale énoncée au paragraphe 8(2) L.I.R.

À cet égard, le guide T4044[31] donne des renseignements concernant la déduction des dépenses d'emploi pour les employés à commission et les employés salariés, et plus précisément, des renseignements concernant la déduction des frais juridiques et comptables, les frais d'un véhicule à moteur admissibles, les frais de stationnement, les frais d'hébergement et de repas à l'extérieur de la région métropolitaine, les fournitures, salaire d'un adjoint et location de bureau, les frais de bureau à domicile, les frais de publicité et promotion, les frais de divertissement ainsi que la DPA d'un véhicule à moteur.

Si l'entreprise de la société qui exploite une EPSP consiste en la vente de biens ou en la négociation de contrats et que la société reçoit des commissions ou autres rétributions semblables, le sous-alinéa 18(1)p)(iii) L.I.R. permettrait la déduction d'une dépense liée à la vente de biens ou à la négociation de contrats par la société qui aurait été déductible en vertu de l'alinéa 8(1)f) L.I.R. ainsi qu'un montant au titre de la DPA d'un véhicule à moteur qui aurait été déductible en vertu du sous-alinéa 8(1)j)(ii) L.I.R., compte tenu des paragraphes 8(4), 8(10) et 8(13) L.I.R.

Enfin, dans tous les cas, une société exploitant une EPSP est soumise aux restrictions générales prévues aux articles 18, 67 et 67.1 à 67.6 L.I.R.

Réponse de l'ARC à la question 19 C)

Sous réserve de la présentation de l'attestation de l'employeur prévue au paragraphe 8(10) L.I.R., les sous-alinéas 8(1)i)(ii) et 8(1)i)(iii) L.I.R. permettent à un contribuable de déduire, dans le calcul du revenu qu'il a tiré d'une charge ou d'un emploi pour une année d'imposition donnée, les sommes payées dans l'année au titre du loyer de bureau, du coût des fournitures et du salaire versé à un adjoint ou à un remplaçant, à condition que les exigences suivantes soient respectées :

a) l'employé est tenu, par son contrat d'emploi, de fournir et de payer de telles fournitures;

b) l'employé n'a pas été remboursé et n'a pas droit au remboursement de telles dépenses;

---

[31] AGENCE DU REVENU DU CANADA, guide T4044, « Dépenses d'emploi 2010 – Y compris les formulaires T777, TL2, T2200 et GST370 », 4 novembre 2010.

c) ces dépenses peuvent raisonnablement être considérées comme se rapportant à ce revenu tiré d'une charge ou d'un emploi; et

d) les fournitures, quant à elles, sont consommées directement dans l'accomplissement des fonctions de la charge ou de l'emploi de l'employé.

En vertu du paragraphe 8(13) L.I.R., un particulier ne peut déduire, dans le calcul de son revenu qu'il tire d'une charge ou d'un emploi pour une année d'imposition, les dépenses par ailleurs déductibles en vertu de l'alinéa 8(1)i) L.I.R. pour la partie d'un établissement domestique autonome où il réside que s'il respecte certaines conditions et certaines limites. Pour déduire de telles dépenses, l'espace consacré au travail doit être, selon le cas :

a) le lieu où le particulier accomplit principalement les fonctions de la charge ou de l'emploi;

b) utilisé exclusivement, au cours de la période à laquelle les dépenses se rapportent, aux fins de tirer un revenu de la charge ou de l'emploi, et utilisé pour rencontrer des clients ou d'autres personnes de façon régulière et continue dans le cours normal de l'accomplissement des fonctions de la charge ou de l'emploi.

En vertu du paragraphe 8(2) L.I.R., les dépenses qui ne sont pas admissibles selon l'article 8 L.I.R. ne peuvent pas être déduites dans le calcul du revenu tiré d'une charge ou d'un emploi.

Les dépenses relatives à un espace consacré au travail qui ne peuvent pas être déduites dans une année d'imposition, parce qu'elles entraîneraient ou augmenteraient une perte provenant d'une charge ou d'un emploi, sont réputées, aux termes de l'alinéa 8(13)c) L.I.R., être des dépenses concernant un espace consacré au travail dans l'année d'imposition suivante pour la même charge ou le même emploi.

Finalement, pour avoir droit de déduire les dépenses quant à ses frais à domicile, un employé doit avoir une attestation émise par son employeur produite sur le formulaire prescrit[32] en vertu du paragraphe 8(10) L.I.R.

---

[32] AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 30.

La question de savoir si un employé est admissible à une déduction pour frais de bureau à domicile est une question de fait, qui dépend des circonstances de chaque cas.

Dans la situation donnée, tel qu'il est prévu au *Bulletin d'interprétation* IT-352-R2[33], il se pourrait que l'employé, propriétaire ou locataire de son domicile, puisse déduire une partie raisonnable des dépenses payées par celui-ci pour l'entretien de son domicile en fonction de l'utilisation de l'espace consacré au travail, à titre de « fournitures », en vertu du sous-alinéa 8(1)i)(iii) L.I.R. Ces dépenses peuvent inclure les coûts de chauffage, d'électricité, d'ampoules électriques, de produits de nettoyage et de réparations mineures. Si l'espace de travail fait partie d'un domicile loué par le particulier, une partie raisonnable du loyer est par ailleurs déductible en vertu du sous-alinéa 8(1)i)(ii) L.I.R. Par contre, ledit employé ne pourrait pas demander une DPA à l'égard de son domicile, ni à l'égard de dépenses de taxes, d'assurance ou d'intérêts hypothécaires.

Réponse de l'ARC à la question 19 D)

Selon le *Bulletin d'interprétation* IT-522[34], si les exigences du paragraphe 8(10) L.I.R. sont respectées, un employé peut, en vertu de l'alinéa 8(1)h.1) L.I.R., déduire les frais d'un véhicule à moteur admissibles, pourvu que ceux-ci soient raisonnables dans les circonstances et que toutes les conditions suivantes soient remplies :

a) l'employé est habituellement tenu d'exercer les fonctions de sa charge ou de son emploi ailleurs qu'au lieu d'affaires même de son employeur ou à différents endroits;

b) l'employé est tenu, en vertu de son contrat d'emploi, d'acquitter les frais de déplacement qu'il a engagés dans l'exercice des fonctions de sa charge ou de son emploi; et

---

[33] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-352-R2, « Dépenses d'employé, y compris celles concernant l'espace consacré au travail à domicile », 26 août 1994, par. 5 et 6.

[34] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-522, « Frais afférents à un véhicule à moteur, frais de déplacement et frais de vendeurs engagés ou effectués par les employés », 29 mars 1996, par. 31.

c) l'employé n'a reçu, au titre des frais afférents à un véhicule à moteur, aucune allocation qui, par l'effet de l'alinéa 6(1)b) L.I.R., n'est pas incluse dans le calcul de son revenu.

Par conséquent, dans la situation donnée, l'employé constitué en société pourrait déduire des dépenses relatives à l'utilisation de son véhicule dans le calcul de son revenu d'emploi si toutes les conditions de l'alinéa 8(1)h.1) L.I.R. et du paragraphe 8(10) L.I.R. étaient remplies.

20. FEUILLETS T4A, COMPTABILITÉ D'EXERCICE *VERSUS* COMPTABILITÉ DE CAISSE ET ÉMISSION D'AVIS DE COTISATION AUTOMATIQUES PAR L'ARC

Il est fréquent que des travailleurs autonomes reçoivent des Feuillets T4A d'un payeur à l'égard des sommes versées dans l'année par ledit payeur au travailleur autonome concerné. Imaginons simplement l'exemple suivant. M. A est arpenteur-géomètre et exécute des mandats pour diverses entreprises et aussi pour des municipalités. En février de chaque année, il reçoit des Feuillets T4A à l'égard des sommes qui lui ont été versées dans l'année civile précédente. Les montants indiqués sur les Feuillets T4A peuvent varier substantiellement d'année en année selon les mandats exécutés.

Évidemment, lorsque des montants ont été facturés en novembre ou décembre 2010 par l'arpenteur-géomètre, mais qu'ils ne sont versés que dans l'année civile 2011, les Feuillets T4A ne seront émis par la municipalité ou par l'entreprise payeuse à l'égard de ces montants qu'en février 2012, et ce, pour l'année civile 2011. Or, en vertu des principes de la comptabilité d'exercice, l'arpenteur-géomètre a déjà inclus ces montants (et a aussi remis la taxe sur les produits et services (TPS) et la taxe de vente du Québec (TVQ) applicables) pour son année d'imposition 2010. Le Feuillet T4A de 2011 inclut donc certains revenus à déclarer dans l'année 2010 et d'autres revenus à déclarer dans l'année 2011.

Tel que nous avons pu le constater à plusieurs reprises dans la pratique, des avis de cotisation portant sur des revenus non déclarés sont alors systématiquement envoyés à de tels contribuables (qui viseraient alors l'année 2011 dans notre exemple) à l'égard de revenus non déclarés, si le revenu d'entreprise déclaré pour 2011 est inférieur au total des montants indiqués sur les T4A pour l'année 2011. Aucune lettre de courtoisie ou demande de renseignements n'est préalablement envoyée à de tels contribuables. Il s'ensuit alors de nombreuses démarches administratives et bureaucratiques par les comptables de l'arpenteur-géomètre avec de

nombreuses factures à l'appui pour justifier les écarts entre la comptabilité de caisse des T4A et celle d'exercice que la loi exige.

Questions à l'ARC

A) Dans la même logique que celle visant à réduire la paperasserie administrative des entreprises à laquelle le gouvernement fédéral adhère, n'aurait-il pas lieu de simplement rajouter une ligne au Formulaire T2125[35] où les préparateurs de la déclaration du travailleur autonome pourraient indiquer les montants déjà inclus dans le revenu de l'année précédente en vertu de la comptabilité d'exercice?

B) L'ARC ne devrait-elle pas plutôt envoyer une demande de renseignements au travailleur autonome avant de procéder à l'envoi immédiat d'avis de cotisation erronés?

C) Par pratique administrative, l'ARC exige-t-elle quand même que des Feuillets T4A soient émis par le payeur, peu importe le type de bénéficiaire et les montants des paiements effectués?

Réponse de l'ARC à la question 20 A)

L'ajout d'une ligne à la présentation actuelle de notre formulaire exigerait plus d'analyse.

Nous avons besoin de déterminer si un tel ajout s'avérerait utile et si des informations supplémentaires devraient tout de même être soumises de la part des contribuables afin de nous assurer que le revenu a été déclaré adéquatement.

Réponse de l'ARC à la question 20 B)

Le programme de rapprochement des feuillets permet de vérifier que les feuillets d'informations remplis par un tiers, tel qu'un employeur ou une banque, correspondent aux revenus déclarés par les contribuables. Les payeurs et les institutions financières soumettent à l'ARC une copie des feuillets émis aux contribuables. L'ARC utilise ensuite cette copie pour vérifier les déclarations de revenus ayant déjà été cotisées.

---

[35] AGENCE DU REVENU DU CANADA, Formulaire T2125, « État des résultats des activités d'une entreprise ou d'une profession libérale », 5 janvier 2011.

Toutes les déclarations de revenus font l'objet d'un rapprochement avec les feuillets émis par les tiers. Si un écart s'avère entre le revenu déclaré par le contribuable et celui transmis par le tiers, l'ARC peut communiquer avec le contribuable ou son représentant autorisé par courrier ou téléphone afin d'obtenir des explications.

Si l'ARC détermine qu'un redressement est nécessaire à la suite de cet examen, un nouvel avis de cotisation est envoyé au contribuable.

Lorsque nous sommes dans l'impossibilité de déterminer si le revenu a été correctement déclaré, nous demandons à notre personnel de communiquer avec le contribuable ou son représentant autorisé afin d'obtenir de plus amples informations. Ce dernier soumet alors la documentation pertinente, telle qu'une copie de l'état des revenus et des dépenses d'entreprise ou d'autres informations jugées satisfaisantes. Cependant, si le contribuable ou le représentant autorisé omet de répondre ou ne soumet pas la documentation requise, nous ajouterons le revenu à la déclaration du contribuable.

Si celui-ci ou son représentant autorisé se conforme à la demande d'informations une fois l'avis de nouvelle cotisation émise, les rajustements nécessaires sont effectués.

Si un contribuable juge que le processus exposé ci-dessus n'est pas respecté en ce qui le concerne, il devrait s'adresser directement au directeur adjoint de l'Observation de son centre fiscal.

Réponse de l'ARC à la question 20 C)

Les dispositions fiscales liées à l'obligation de produire un T4A sont rédigées en des termes extrêmement larges et s'appliquent à toute personne, qu'elle soit une société par actions ou un travailleur indépendant, qui verse des honoraires supérieurs à 500 $ à un bénéficiaire, peu importe que ce dernier soit un travailleur indépendant, une société par actions ou une société de personnes. D'ailleurs, aucune disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou du *Règlement de l'impôt sur le revenu* ne restreint l'utilisation du T4A à du revenu d'emploi ou à des avantages reliés à l'emploi. Toutefois, l'ARC n'exige pas l'émission d'un T4A dans les situations énumérées sous

la rubrique « Ne remplissez pas de feuillet T4A dans les cas suivants » du guide RC4157[36].

L'ARC n'exige pas non plus qu'un T4A soit émis dans les circonstances suivantes :

- lorsque le paiement effectué est inférieur à 500 $, dans la mesure où aucun impôt n'est retenu à l'égard du paiement; et

- lorsque des services sont rendus à un particulier, à titre personnel, par un professionnel ou toute autre personne qui exerce un métier, ou dans le cas où les services sont rendus pour la réparation ou l'entretien de la résidence principale d'un particulier.

Cependant, cette pratique administrative pourrait être appelée à changer car, tel qu'il a été indiqué lors du Congrès 2009[37], nous menons une étude sur le sujet.

21. MODALITÉS D'APPLICATION D'UNE CLAUSE DE RAJUSTEMENT DE PRIX

Lors du Congrès 2007 de l'APFF à l'occasion de la Table ronde sur la fiscalité fédérale, l'ARC affirmait ce qui suit : « […] Il nous apparaît que la validité d'une clause de rajustement de prix ne dépend pas de la production d'un choix modifié (sur le Formulaire prescrit T2057) en vertu du paragraphe 85(7.1) L.I.R. […][38]. »

L'ARC ajoutait : « […] La position de l'ARC énoncée au paragraphe 26 de la *Circulaire d'information* 76-19R3 sera révisée à la première occasion, afin de clarifier sa portée[39]. »

---

[36] AGENCE DU REVENU DU CANADA, guide RC4157, « Comment retenir l'impôt sur les revenus de pension ou d'autres sources et établir le feuillet T4A et le Sommaire », 4 novembre 2011, p. 2.

[37] « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2009*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, pp. 49:1-90.

[38] « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 50:1-100, question 21., à la page 50:52.

[39] *Id*.

Comme ladite position de l'ARC énoncée dans la *Circulaire d'information* 76-19R3[40] n'a pas encore été révisée, est-ce que l'ARC peut réaffirmer sa position voulant que la validité d'une clause de rajustement de prix ne dépende pas de la production d'un choix modifié contrairement à ce que peut laisser croire le libellé du paragraphe 26 de la Circulaire donnée?

Réponse de l'ARC

Malgré le fait que le paragraphe 26 de la Circulaire donnée n'a pas encore été modifié, notre position que la validité d'une clause de rajustement de prix ne dépend pas de la production d'un choix modifié (sur le Formulaire prescrit T2057[41]), en vertu du paragraphe 85(7.1) L.I.R., est toujours en vigueur.

22. INTERACTION ENTRE L'ARTICLE 84.1 L.I.R. ET LE PARAGRAPHE 85(2.1) L.I.R.

Les faits

M. A détient 100 actions ordinaires d'une SPCC (« Opco ») acquises auprès d'un tiers. Les 100 actions ordinaires ont un PBR de 100 $ et un CV de 100 000 $. M. A incorpore une nouvelle SPCC (« Gesco ») à laquelle il transfère par voie de roulement ses 100 actions ordinaires d'Opco selon les dispositions prévues au paragraphe 85(1) L.I.R. En contrepartie, Gesco émet 100 actions ordinaires de son capital-actions ayant un PBR de 100 $ et un CV de 100 000 $ à M. A. La somme convenue aux fins du roulement est de 100 $, soit le coût indiqué des 100 actions ordinaires d'Opco.

Question à l'ARC

Dans l'exemple ci-dessus, l'ARC appliquerait-elle le paragraphe 85(2.1) L.I.R. pour réduire de 99 900 $ le CV des actions reçues en contrepartie lors du roulement alors que l'article 84.1 L.I.R s'applique à la transaction et qu'il n'en résulte aucune réduction du CV des actions reçues en contrepartie?

---

[40] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 76-19R3, « Transfert de biens à une société en vertu de l'article 85 », 17 juin 1996, par. 26 (« Circulaire donnée »).

[41] AGENCE DU REVENU DU CANADA, Formulaire T2057, « Choix relatif à la disposition de biens par un contribuable en faveur d'une société canadienne imposable », 23 janvier 2009.

Réponse de l'ARC

Dans un premier temps, nous tenons pour acquis, aux fins du présent texte, que Gesco peut légalement, en vertu de sa loi constitutive, porter 100 000 $ au compte de capital des actions ordinaires de son capital-actions émises à M. A en contrepartie du transfert, par ce dernier, des 100 actions ordinaires du capital-actions d'Opco et que les biens disposés sont des immobilisations pour M. A.

En général, l'application de l'article 84.1 L.I.R. et du paragraphe 85(2.1) L.I.R. nécessite l'examen de tous les faits et circonstances se rapportant à une situation donnée. Étant donné que l'énoncé relatif à la présente question ne comporte que très peu d'information, nous nous limiterons à formuler les commentaires généraux suivants.

Selon le libellé introductif du paragraphe 85(2.1) L.I.R., l'article 84.1 L.I.R. a préséance sur le paragraphe 85(2.1) L.I.R. à l'égard d'une disposition de bien à laquelle l'article 84.1 L.I.R. s'applique. Ainsi, lorsque, dans une situation particulière donnée, les conditions d'application du paragraphe 84.1(1) L.I.R. sont remplies à l'égard de la disposition d'un bien, nous sommes d'avis que le paragraphe 85(2.1) L.I.R. ne peut s'appliquer, peu importe que le montant calculé selon la formule prévue à l'alinéa 84.1(1)a) L.I.R. soit nul. Par conséquent, dans la situation donnée, le paragraphe 85(2.1) L.I.R. ne s'appliquerait pas à la disposition des 100 actions ordinaires du capital-actions d'Opco en faveur de Gesco par M. A.

Il est également à noter que la question soumise vise essentiellement à obtenir l'opinion de l'ARC quant à l'application simultanée ou non de l'article 84.1 L.I.R. et du paragraphe 85(2.1) L.I.R. En conséquence, nos commentaires ne doivent d'aucune façon être interprétés comme signifiant que nous avons examiné les autres conséquences fiscales qui pourraient résulter de la situation donnée, notamment relativement à l'utilisation du CV des 100 actions ordinaires du capital-actions d'Opco par M. A.

23. UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES DOIT-ELLE EXPLOITER UNE ENTREPRISE?

L'article 2186 C.c.Q. définit le contrat de société comme étant :

« […] 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. »

Le *Code civil du Québec*, contrairement à certaines législations des autres provinces canadiennes, n'exige donc pas qu'il y ait exploitation d'une entreprise pour qu'il y ait existence d'une société de personnes.

Questions à l'ARC

A) L'ARC peut-elle confirmer qu'elle considère également qu'une société de personnes créées aux termes du *Code civil du Québec* puisse exister même si cette société de personnes n'exploite pas d'entreprise?

B) Dans la mesure où la société de personnes n'exploite pas d'entreprise, est-ce que l'ARC peut confirmer que le revenu de biens gagné par la société de personnes sera alors imposable uniquement dans la province de résidence de chaque associé, au prorata de sa participation?

Réponse de l'ARC

La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne définit pas le terme « société de personnes » qui est un concept de droit privé. Par conséquent, pour déterminer si une société de personnes existe aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il faut se référer soit au droit civil soit à la common law, selon la juridiction applicable. En effet, l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation* prévoit l'utilisation du droit provincial applicable (soit le droit civil au Québec ou la common law ailleurs au Canada) pour déterminer les relations juridiques aux fins de l'application d'une loi fédérale qui comporte des aspects de droit privé.

En effet, pour qu'il y ait existence d'une société de personnes au Québec, il n'est pas nécessaire qu'il y ait exploitation d'une entreprise. Toutefois, puisque la question portant sur l'existence d'une société de personnes est une question mixte de fait et de droit, il sera nécessaire de considérer tous les faits et documents légaux pertinents afférents à une situation donnée particulière.

En ce qui concerne votre deuxième question, le paragraphe 2601(1) R.I.R. prévoit que lorsqu'un particulier a résidé dans une province précise le dernier jour d'une année d'imposition et n'a tiré aucun revenu, pour l'année, d'une entreprise ayant un établissement stable hors de la province, son revenu gagné pendant l'année d'imposition dans la province est son revenu pour l'année.

Par conséquent, lorsqu'une société de personnes tire un revenu ne provenant pas d'une entreprise durant une année d'imposition, nous sommes d'avis que le paragraphe 2601(1) R.I.R. s'appliquerait et que le revenu calculé en vertu du paragraphe 96(1) L.I.R. devrait être attribué aux associés de la société de personnes conformément à la convention de la société. Ce revenu conserverait sa nature entre les mains des associés et serait imposable dans la province de résidence de chaque associé de la société de personnes.

24. LA CONVERSION DES ACTIONS À LA LUMIÈRE DE LA NOUVELLE *LOI SUR LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS* DU QUÉBEC

L'article 91 L.S.A. permet à une société de convertir les actions d'une catégorie donnée en actions d'une nouvelle catégorie. L'article 91 L.S.A. prévoit que cette conversion s'effectue par simple résolution du conseil d'administration. Aucun dépôt de statuts de modification n'est requis, sauf s'il est nécessaire de modifier le capital autorisé à l'occasion de la conversion. La loi québécoise est par conséquent plus souple que la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*[42] en ce que la conversion des actions émises requiert le dépôt de clauses modificatrices alors que la législation québécoise ne nécessite que l'adoption d'une résolution du conseil.

Question à l'ARC

Est-ce que l'ARC est disposée à reconnaître que la conversion effectuée aux termes de l'article 91 L.S.A. peut être considérée comme un échange d'actions effectué par un actionnaire dans le cadre d'un remaniement du capital au sens de l'article 86 L.I.R.?

Réponse de l'ARC

L'article 91 L.S.A. prévoit que le conseil d'administration peut convertir des actions de toute catégorie ou série en actions de toute autre catégorie ou série. On y précise également que la conversion ne doit ni augmenter ni diminuer le montant payé ou à payer sur les actions émises de la société. En outre, une telle conversion doit être approuvée par résolution spéciale. Pour sa part, l'article 92 L.S.A. prévoit que toute modification au capital-actions autorisé, découlant entre autres d'une conversion, doit faire l'objet de statuts de modification.

---

[42] L.R.C. (1985), ch. C-44 et mod.

Les termes « au cours d'un remaniement du capital d'une société » employés au paragraphe 86(1) L.I.R. ne sont pas définis dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Par conséquent, la question de savoir si un contribuable a disposé d'immobilisations qui consistaient dans la totalité des actions d'une catégorie donnée du capital-actions de la société « au cours d'un remaniement du capital » de cette société reste une question de fait qui ne peut être déterminée qu'après un examen de l'ensemble des faits et circonstances entourant une situation particulière.

De façon générale, l'ARC est d'avis qu'il y aura remaniement du capital aux fins de l'article 86 L.I.R. dans un contexte où les dispositions de la loi constitutive de la société exigent la modification de ses statuts.

Dans un contexte où, aux fins fiscales, il y a une disposition d'action détenue par un contribuable résultant de la conversion permise par l'article 91 L.S.A., nous croyons qu'une telle opération serait normalement visée par le paragraphe 51(1) L.I.R., une disposition de roulement d'application automatique. Nous sommes également d'avis que la conversion prévue à l'article 91 L.S.A. ne devrait pas être considérée comme étant effectuée « au cours d'un remaniement du capital d'une société ». L'article 86 L.I.R. serait donc inapplicable.

Par ailleurs, il est à noter qu'en vertu du paragraphe 51(4) L.I.R., l'article 86 L.I.R. a préséance sur le paragraphe 51(1) L.I.R. Ainsi, une interprétation qui ferait en sorte de permettre l'application de l'article 86 L.I.R. à des opérations permises par l'article 91 L.S.A. restreindrait de façon importante la portée du paragraphe 51(1) L.I.R. Cela ne nous apparaît pas opportun ou souhaitable.

25. CRITÈRES DÉTERMINANT LE STATUT DE RÉSIDENCE D'UNE FIDUCIE

La Cour d'appel fédérale dans l'affaire *St.Michael Trust Corp., en sa qualité de fiduciaire de Fundy Settlement* c. *La Reine*[43] a établi en 2010 que la résidence d'une fiducie ne doit pas nécessairement être déterminée en fonction du lieu de résidence de la majorité des fiduciaires. En certaines circonstances, le critère du lieu où se prennent les décisions (*management and control*) pourrait être le critère déterminant. La Cour suprême du Canada a accordé, le 23 juin dernier, au contribuable la permission d'en appeler.

---

[43] 2010 CAF 309 (« *Garron* »).

Questions à l'ARC

A) L'ARC peut-elle indiquer quels sont les critères qu'elle retient actuellement pour déterminer dans quelle juridiction réside une fiducie?

B) Dans l'hypothèse où l'ARC applique pour le moment un test de résidence de fiducie tiré de la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire Garron, l'ARC peut-elle nous indiquer quel mécanisme a été mis en place pour trancher, le cas échéant, la question de la résidence d'une fiducie si deux provinces canadiennes sont chacune d'avis que les prises de décision (*management and control*) de la fiducie sont prises sur leur territoire? Nous pensons plus particulièrement à la situation où l'ARC est responsable de l'administration fiscale de l'une des provinces concernées.

Réponse de l'ARC à la question 25 A)

La position de longue date de l'ARC est que la détermination de la résidence d'une fiducie doit être effectuée à la lumière de l'ensemble des faits d'une situation particulière. Nous renvoyons à ce propos au *Bulletin d'interprétation* IT-447[44].

Tel qu'il est mentionné dans la question, la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Garron*[45] a été portée en appel à la Cour suprême du Canada et l'autorisation d'en appeler a été accordée le 23 juin 2011. Conformément à l'information disponible à même le site Internet de la Cour suprême du Canada en date de la présente, l'audition de la cause a été établie de façon provisoire au 13 mars 2012. Dans ces circonstances, nous sommes d'avis qu'il est inopportun d'émettre des commentaires à l'égard de la décision rendue par la Cour d'appel fédérale.

Réponse de l'ARC à la question 25 B)

Il n'existe pas de mécanisme spécifique permettant de trancher la question du lieu de résidence d'une fiducie dans un contexte interprovincial. Aux fins du fonctionnement du régime d'imposition canadien d'autocotisation, cette question est une question de fait, et elle n'est pas une question spécifique aux fiducies. Elle est susceptible de se présenter à

---

[44] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-447, « Résidence d'une fiducie ou succession », 30 mai 1980.

[45] Précité, note 43.

l'égard de tout contribuable canadien. Cette question est ainsi généralement susceptible d'être examinée et discutée entre les administrations fiscales et le contribuable lors d'une vérification de ce dernier. Par ailleurs, une cotisation établie sur une position adoptée par une autorité fiscale canadienne à l'égard du lieu de résidence d'un contribuable peut être contestée par celui-ci dans le cadre d'une opposition dûment effectuée selon les prescriptions de la législation applicable.

26. COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL À LA SUITE DE L'APPLICATION DU PARAGRAPHE 55(2) L.I.R.

Une société canadienne (« Holdco ») détient la totalité des actions d'une société exploitante qui réside au Canada (« Opco »). Holdco envisage de vendre la totalité des actions d'Opco à un tiers et, préalablement à la vente, Opco paie alors un dividende à sa société mère. Ce dividende excède le revenu gagné par la société après 1971, de sorte que les présomptions prévues au paragraphe 55(2) L.I.R. s'appliqueront. Le dividende sera réputé ne pas être un dividende reçu par Holdco, et si Holdco n'a pas encore disposé des actions d'Opco, ce dividende sera réputé être un gain en capital réalisé par Holdco pour l'année au cours de laquelle le dividende a été reçu.

Questions à l'ARC

A) Dans l'hypothèse où Holdco souhaite déclarer un dividende à son actionnaire à même le CDC créé à la suite de l'application de la présomption prévue au paragraphe 55(2) L.I.R., à quel moment peut-on considérer que le gain en capital réputé sera crédité au CDC d'Holdco?

B) Est-ce que l'ajout au CDC d'Holdco se fera à la date du paiement du dividende qui excède le revenu gagné?

C) Sera-t-il crédité uniquement à la fin de l'année au cours de laquelle le dividende excédant le revenu gagné a été payé?

D) Est-ce que ce dividende aura un effet sur le calcul du CDC d'Holdco uniquement au cours de l'année suivant celle où le dividende d'Holdco a été payé compte tenu du libellé de l'alinéa 55(2)c) L.I.R.

Réponse de l'ARC

L'interprétation et l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. nécessitent l'examen de tous les faits et circonstances se rapportant à une situation donnée. Étant donné que l'énoncé relatif à la présente question ne comporte

que très peu d'information, nous nous limiterons à formuler les commentaires généraux suivants.

La jurisprudence et la doctrine nous enseignent que le paragraphe 55(2) L.I.R. est une disposition antiévitement qui a pour but de contrecarrer le dépouillement de gains en capital tout en évitant la double imposition de revenus de sociétés. Le paragraphe 55(2) L.I.R., lu en regard de l'alinéa 55(5)f) L.I.R., permet le paiement d'un dividende libre d'impôt entre sociétés afin de diminuer le gain en capital qu'aurait produit une vente fictive d'une action à sa JVM dans la mesure où celui-ci peut être raisonnablement attribué à du revenu gagné ou réalisé après 1971.

Dans un premier temps, nous sommes d'avis que, dans la situation donnée, le dividende imposable reçu par Holdco et la vente par cette dernière des actions du capital-actions d'Opco à un tiers feraient nécessairement partie de la même série d'opérations ou d'événements.

En général, nous sommes d'avis que lorsqu'il est possible de lier divers événements à l'intérieur d'une même série d'opérations ou d'événements, par exemple le paiement d'un dividende imposable à une société sur une action à l'égard duquel elle a droit à une déduction en vertu du paragraphe 112(1) L.I.R. et la disposition de cette action subséquemment par cette société, le dividende, même celui versé dans une année d'imposition antérieure, serait réputé être un produit de disposition de l'action tel que l'édicte l'alinéa 55(2)b) L.I.R.

Par conséquent, dans la situation donnée, le gain en capital résultant de l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. serait, en général, pris en compte dans le calcul du CDC d'Holdco au moment de la disposition, par cette dernière, des actions du capital-actions d'Opco au tiers.

Par ailleurs, dans une situation où ce serait l'alinéa 55(2)c) L.I.R. qui s'appliquerait, plutôt que l'alinéa 55(2)b) L.I.R., nous sommes d'avis que le gain en capital réputé réalisé par la société pour l'année d'imposition au cours de laquelle le dividende aurait été reçu, de la disposition d'une immobilisation, pourrait être distribué par celle-ci à titre de dividende en capital seulement au cours des années d'imposition subséquentes.

Finalement, dans la situation donnée, il semble que le revenu protégé attribuable aux actions disposées soit ignoré pour établir les incidences découlant de l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. Nous sommes d'avis que le revenu protégé en main attribuable à des actions doit toujours être pris en compte par une société pour déterminer un gain en vertu du paragraphe

55(2) L.I.R. Dans le cas contraire, nous sommes d'avis que le paragraphe 245(2) L.I.R. pourrait être applicable.

27. FRAIS D'ÉMISSION

L'alinéa 20(1)e) L.I.R. permet, dans certaines circonstances, à un émetteur de déduire sur une période de cinq ans les frais relatifs à l'émission d'actions, d'unités d'une fiducie d'investissement à participation unitaire (au sens prévu au paragraphe 108(2) L.I.R.), ou de participations dans une société de personnes.

Questions à l'ARC

A) Si un émetteur ne prévoit pas de gagner du revenu de biens, mais qu'il envisage plutôt de ne réaliser que des gains (ou pertes) provenant de la disposition de ses placements, est-ce que les frais d'émission seraient déductibles en vertu du sous-alinéa 20(1)e)(i) L.I.R.?

B) Si un émetteur, telle une fiducie d'investissement à participation unitaire, a effectué un choix en vertu du paragraphe 39(4) L.I.R., de façon que les gains résultant de la disposition de ses placements constituent des gains en capital, ses frais d'émission pourront-ils être déductibles en vertu du sous-alinéa 20(1)e)(i) L.I.R.?

C) Dans l'hypothèse où votre réponse à la question précédente était négative, les frais d'émission seraient-ils déductibles si une portion minimale du produit de l'émission était investie dans un placement générateur de revenus de biens?

D) Votre réponse est-elle qualifiée si le revenu de placement est inférieur aux frais d'émission?

Réponse de l'ARC

Les faits disponibles ne permettent pas à l'ARC de répondre de façon précise aux questions ci-dessus. Par exemple, en ce qui concerne la question A), les faits ne permettent pas de déterminer s'il y a une source de revenus qui est une entreprise.

Le préambule du paragraphe 20(1) L.I.R. énonce que, malgré les alinéas 18(1)a), 18(1)b) et 18(1)h) L.I.R., 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.

Aucun montant ne peut être déductible en vertu du sous-alinéa 20(1)e)(i) L.I.R. s'il n'y a pas une source de revenus qui est une entreprise ou un bien. Le paragraphe 9(3) L.I.R. édicte que, aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le revenu tiré d'un bien exclut le gain en capital réalisé à la disposition de ce bien. Par conséquent, l'augmentation de la valeur d'un bien qui est une immobilisation (au sens de la définition qui est prévue à l'article 54 L.I.R.) ne constitue pas en soi une source de revenus qui est un bien.

Par contre, un bien qui est une immobilisation peut, selon les circonstances, constituer une source de revenus qui est un bien ou être détenu dans le cadre d'une entreprise pour générer du revenu d'entreprise.

Il est à noter que le paragraphe 39(5) L.I.R. prévoit qu'un contribuable (autre qu'une société de placement à capital variable au sens du paragraphe 131(8) L.I.R. ou une fiducie de fonds commun de placement au sens du paragraphe 132(6) L.I.R.) qui est considéré comme un commerçant en valeurs mobilières ne peut faire le choix prévu au paragraphe 39(4) L.I.R. De plus, le choix prévu au paragraphe 39(4) L.I.R. n'est pas applicable à tous les placements, mais seulement à l'égard des « titres canadiens » au sens prévu au paragraphe 39(6) L.I.R.

Si vous avez des préoccupations à l'égard du traitement fiscal des frais d'émission pour une situation particulière, nous vous suggérons de faire une demande d'interprétation technique décrivant la situation donnée et vos préoccupations quant au traitement fiscal.

28. FIDUCIE PRÉSUMÉE

Le paragraphe 227(4) L.I.R. prévoit que toute personne qui déduit ou retient un montant est réputée détenir le montant en fiducie, séparément de ses propres biens. Les biens du contribuable sont alors réputés, en cas de non-versement de ce montant, être détenus en fiducie pour Sa Majesté aux termes du paragraphe 227(4.1) L.I.R. et ne pas faire partie du patrimoine du contribuable.

Lorsqu'un bien est vendu par un contribuable à une tierce personne non liée, la question de l'application de la fiducie présumée et de la « charge flottante » qu'elle crée sur les actifs du vendeur se pose continuellement, particulièrement quant à l'étendue des représentations devant être exigées du vendeur.

Cette fiducie présumée ne touche pas un bien particulier du contribuable, mais elle concerne plutôt l'universalité de ses biens dans la mesure où un montant visé n'a pas encore été versé aux autorités. Le paragraphe 227(4.1) L.I.R. précise également qu'advenant la vente d'un bien, le produit d'aliénation en découlant devrait être payé au Receveur général. Cela laisse sous-entendre, comme l'a indiqué la Cour suprême du Canada dans l'affaire *First Vancouver Finance* c. *MRN*[46], que la fiducie présumée cesse de s'appliquer sur le bien vendu à un tiers, mais qu'elle continue de s'appliquer sur le produit de disposition du bien.

Questions à l'ARC

A) Advenant la vente d'un bien à la JVM à un tiers de bonne foi, que cette vente survienne dans le cours normal de l'entreprise du vendeur ou non, l'ARC peut-elle confirmer que la fiducie présumée ne préviendrait pas la vente d'un bien à un tiers?

B) L'ARC peut-elle confirmer que la fiducie présumée cessera de s'appliquer au bien vendu à un tiers acquéreur de bonne foi et qu'elle s'appliquera alors uniquement au produit de disposition de ce bien?

Réponse de l'ARC

Les droits concédés à Sa Majesté en vertu des paragraphes 227(4) et 227(4.1) L.I.R. établissent une forme de « charge flottante » qui a pour objet de préserver la créance de l'État. De façon générale, une fiducie présumée établie conformément à ces dispositions à l'égard des biens d'un débiteur fiscal cesse de s'appliquer aux biens disposés par celui-ci contre valeur, dans le cadre normal de ses activités d'entreprise, en faveur d'un tiers de bonne foi avec qui il n'a pas de lien de dépendance. Cette position est notamment appuyée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *First Vancouver Finance*.

Il nous apparaît que la vente d'un bien par un débiteur fiscal, tel qu'il est entendu au sens de l'article 1708 C.c.Q., faite pour une contrepartie correspondant à la JVM du bien en faveur d'un tiers sans lien de dépendance n'entraînerait pas d'appauvrissement de la fiducie présumée, mais impliquerait généralement l'application ultérieure de la fiducie au produit de la vente détenu par le débiteur fiscal, malgré le fait que la vente puisse avoir été effectuée hors du cadre normal des activités d'entreprise de celui-ci.

---

[46] 2002 D.T.C. 6998 (« *First Vancouver Finance* »).

Toutefois, la fiducie présumée s'applique aussi aux biens détenus par un créancier garanti au sens du paragraphe 224(1.3) L.I.R. qui, en l'absence d'une garantie au sens du même paragraphe, seraient ceux du débiteur fiscal. À cet égard, il est entendu que l'énoncé du paragraphe précédent ne doit d'aucune manière être interprété de façon à restreindre les modalités d'application du paragraphe 227(4.1) L.I.R. Ainsi, la portée de la fiducie présumée ne peut être restreinte en raison du fait qu'un créancier garanti pourrait dans certaines circonstances être assimilé à un tiers acquéreur.

Toujours plus haut.
Toujours plus loin.
Avec nous.

Nous sommes là pour vous aider à prendre votre envol! Apprenez pourquoi nous sommes la Société qui peut vous aider à progresser. Visitez le site ey.com/ca.

Voyez grand | Croissance



© 2012 Ernst & Young s.r.l./S.E.N.C.R.L. Tous droits réservés.

ERNST & YOUNG
La qualité dans tout ce que nous faisons

Une force reconnue en droit fiscal et droit des affaires

Droit des affaires
Droit du divertissement
Droit du travail et de l'emploi
Droit fiscal
Litige
Propriété intellectuelle



Heenan Blaikie

Heenan Blaikie S.E.N.C.R.L., SRL • Avocats | Agents de brevets et de marques de commerce • Montréal Toronto Vancouver Québec Calgary Sherbrooke Ottawa Trois-Rivières Victoria Paris Singapour • heenanblaikie.com