

Congrès 2010



association de
planification fiscale
et financière



Congrès 2010

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

Cette publication doit être citée : *Congrès 2010*

Avertissement au lecteur

Ces conférences ont été prononcées en octobre 2010, lors du 35^e congrès annuel de l'APFF.

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

© 2011, 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 2010* comme source de référence.

ISBN 978-2-920098-07-7

Dépôt légal, 3^e trimestre 2011
Bibliothèque nationale du Québec
Bibliothèque nationale du Canada

Table des matières générale

page

Message du président-directeur général	V
Comité du Congrès 2010	VII
Équipe de l'APFF 2010	VIII
Conseil d'administration de l'APFF 2010-2011	IX
Membres corporatifs et leurs délégués principaux 2010	X
Commanditaires 2010	XVIII
Table des auteurs	XXI
Table par titres de conférences et tables rondes	XXXI

MESSAGE DU PRÉSIDENT-DIRECTEUR GÉNÉRAL



Maurice Mongrain

Avocat

Président-directeur général

APFF

Le Congrès 2010 de l'APFF, qui s'est tenu à Montréal sous la coprésidence de M^{me} Jocelyne Gagnon, Adm.A., AVA, M. Fisc., Pl. Fin., directeur de la fiscalité (Québec) chez Le Groupe financier PPI et de M^e Martin Lord, avocat, M. Fisc., TEP, associé, fiscalité chez Robinson Sheppard Shapiro s.e.n.c.r.l. Avocats, 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 800 personnes ont assisté au Congrès 2010.

Nous remercions M^{me} Gagnon et M^e Lord 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 Québec les 5, 6 et 7 octobre prochain pour le 36^e congrès annuel de l'APFF.

Maurice Mongrain
Président-directeur général
APFF

Comité du Congrès 2010

COPRÉSIDENTE

Jocelyne GAGNON, Adm.A., AVA, M. Fisc., Pl. Fin., directeur de la fiscalité (Québec) – Le Groupe financier PPI

COPRÉSIDENT

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

MEMBRES DU COMITÉ

Gilles CHEVALIER, Pl. Fin., président –

Engel, Chevalier – Protection du patrimoine inc.

Yves COALLIER, BAA Fin. Int'l, M. Fisc. – GCI inc.

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

Directrice des services professionnels – APFF

Gil DEMERS, CA, M. Fisc., associé – Demers Beaulne, s.e.n.c.r.l.

Michel DURAND, avocat, D. Fisc., directeur, fiscalité –

RSM Richter Chamberland s.e.n.c.r.l.

Renée GALLANT, CA, M. Fisc., associée principale –

Gallant & Associés s.e.n.c.r.l.

Sylvie GARON, CGA, CMA, M. Fisc., associée –

Mazars Harel Drouin, s.e.n.c.r.l.

Anne-Marie GIRARD-PLOUFFE, Adm.A., Pl. Fin., AVA, TEP, FICVM –

Conseillère en sécurité financière – Option Fortune inc.

Nathalie GOYETTE, avocate, M. Fisc., associée –

Osler, Hoskin & Harcourt s.e.n.c.r.l./s.r.l.

Jean GROLEAU, avocat, associé – Fraser Milner Casgrain 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 – Hardy Normand & Associés, s.e.n.c.r.l.

Charles P. MARQUETTE, avocat –

Borden Ladner Gervais s.r.l., s.e.n.c.r.l.

Hélène MARQUIS, avocate, D. Fisc., Pl. Fin., TEP, conseillère principale

en planification – Financière Sun Life

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.

Paul RYAN, avocat, associé – Ravinsky Ryan Lemoine s.e.n.c.r.l.

Jean-François THUOT, CGA, M. Fisc., associé, fiscalité –
Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l.

Équipe de l'APFF – 2010

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

Susie LÉVEILLÉ – Directrice, développement des affaires

Nicole PARENT – Directrice, finances et comptabilité

Véronique AUBIN

Normand CHARPENTIER

Mimi DERHY

Serge LAHAIE

Nathalie LÉVESQUE

Diane MARTIN

Isabelle TALEYSSAT

Marie-Andrée THÉORÊT

Ont participé à la préparation des textes en vue de la publication du livre
Congrès 2010

Diane GAGNON

Diane MARTIN

Isabelle TALEYSSAT

Marie-Andrée THÉORÊT

Conseil d'administration de l'APFF – 2010-2011

M^{me} Anne-Marie GIRARD-PLOUFFE, Adm.A., Pl. Fin., AVA, TEP,
FICVM

Présidente du conseil d'administration
Option Fortune, cabinet de services financiers

M. Maurice FRÉCHETTE, CGA
Vice-président du conseil d'administration
Power Corporation du Canada

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

M^e Hélène MARQUIS, avocate, D. Fisc., Pl. Fin., TEP
Secrétaire du conseil d'administration
Gestion privée de patrimoine CIBC

M^{me} Renée GALLANT, FCA, M. Fisc.
Présidente sortante du conseil d'administration
Gallant & Associés CA s.e.n.c.r.l.

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

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

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

M^e André L'ESPÉRANCE, LL. L.
Richardson GMP

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

M^e Alain MÉNARD, avocat, BA, MBA
Cain Lamarre Casgrain Wells s.e.n.c.

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

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

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

Membres corporatifs et leurs délégués principaux – 2010

AGENCE DU REVENU DU CANADA

ASSOCIATION CANADIENNE DES COMPAGNIES D'ASSURANCES DE PERSONNES INC.

M. Yves Millette

Vice-président principal aux affaires québécoises

AXA ASSURANCES INC.

M. Jean Turcotte

Directeur, Planification financière et successorale

BANQUE LAURENTIENNE DU CANADA

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

Vice-président, Fiscalité

BANQUE NATIONALE GESTION PRIVÉE 1859

M^c André L'Espérance, LL. L.

Président

BARREAU DU QUÉBEC

M^c Claude Provencher, avocat, LL. B., MBA

Directeur général

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

M. Sylvain Guindon, CA, Pl. Fin.

Associé

BELL CANADA

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

Directeur, Fiscalité corporative

BMO SOCIÉTÉ D'ASSURANCE-VIE

M. Daniel Walsh, ASA

Vice-président régional, Est du Canada

BOILY HANDFIELD, CA

M. Fernand Boily, CA

Associé

**BRASSARD GOULET YARGEAU, SERVICES FINANCIERS
INTÉGRÉS**

M. Éric Brassard, CA, Pl. Fin.
Président

CANADIEN NATIONAL

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

CARSWELL, UNE SOCIÉTÉ THOMSON REUTERS

M^e Mélanie Dansereau-Cahill, avocate
Directrice des publications – Fiscalité et Comptabilité

CHAMBRE DE LA SÉCURITÉ FINANCIÈRE

M. Luc Labelle, M. Sc.
Président et chef de la direction

CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC

M^e Jean Lambert, notaire
Président

CIRQUE DU SOLEIL

M. Raymond Cadieux, CGA
Conseiller principal en fiscalité corporative

CLOUTIER & BRISEBOIS, CA

M. Pierre-Yves Daoust, BAA, CGA
Fiscaliste

COMPAGNIE D'ASSURANCE CANADA-VIE

M. Phil Marsillo, AVA, Pl. Fin.
Vice-président principal, Distribution individuelle

DE GRANDPRÉ CHAIT S.E.N.C.R.L.

M^e Claude Désy, M. Fisc., FCA, avocat
Associé

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

M. Gil Demers, CA, M. Fisc.
Associé, Service de la fiscalité

DESJARDINS SÉCURITÉ FINANCIÈRE – MONTRÉAL

M. Jean-Guy Grenier, BAA, CMC, Pl. Fin.
Conseiller principal en développement des affaires

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

M^{me} Huguette Raymond, CGA, D. Fisc.
Associée

ENGEL, CHEVALIER – PROTECTION DU PATRIMOINE

M. Gilles Chevalier, Pl. Fin.

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

M^{me} Danielle Laramée, CA
Associée
Directeur de la fiscalité pour l'Est du Canada

FÉDÉRATION DES CAISSES DESJARDINS DU QUÉBEC

M. Roger Champagne, CGA, Pl. Fin.
Vice-président Fiscalité, MCD

FINANCIÈRE MANUVIE

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

FINANCIÈRE SUN LIFE

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

M^e Hélène Marquis, avocate, D. Fisc., Pl. Fin., TEP
Conseillère principale en planification
Solutions en assurance personnes aisées

FISC-CAP SERVICES CONSEILS INC.

M. André Cyr, B. Comm.
Président

FGL INC.

M. Marc Girard, CGA
Associé en fiscalité

FONDATION DU GRAND MONTRÉAL

M^{me} Marina Boulos-Winton
Présidente-directrice générale

FORCE FINANCIÈRE EXCEL

M. James McMahon, Pl. Fin.
Président-directeur général

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

M^c Jean Groleau, avocat
Associé

GALLANT & ASSOCIÉS CA S.E.N.C.R.L.

M^{me} Renée Gallant, CA, M. Fisc.
Associée

GAZ MÉTRO

M^{me} Marie-Claude Gratton, CA
Conseillère senior, Gestion fiscale

GESTION PLACEMENTS DESJARDINS

M. Jean Brunelle, Adm.A.
Vice-président, Gestion privée

GESTION PRIVÉE DE PATRIMOINE CIBC

M. Alain Folco, MBA, FCSI, Adm.A., Pl. Fin.
Vice-président associé

GROUPE ALTUS

M. Robert Dorion, ing., MBA, É.A., AACI
Vice-président exécutif, Évaluation foncière des recherches

GROUPE CLOUTIER INC.

M. Gilles Cloutier
Président

GROUPE DYNAVISON INC.

M. Romain Gagnon, ing.
Président et conseiller principal en recherche et technologie

GROUPE FINANCIER MULTI COURTAGE INC.

M. Guy Duhaime, AVC, Pl. Fin.
Président et chef de la direction

GROUPE FINANCIER STRATÈGE

M. Gabriel Couture
Conseiller en sécurité financière

GROUPE GESTION PRIVÉE SCOTIA

M. Jean-Paul Choucha
Chef et directeur général

GROUPE RS & DE INC.

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

HARDY NORMAND & ASSOCIÉS S.E.N.C., CA

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

HEC MONTRÉAL

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

**INDUSTRIELLE ALLIANCE, ASSURANCE ET
SERVICES FINANCIERS**

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

INSTITUT QUÉBÉCOIS DE PLANIFICATION FINANCIÈRE

M. Martin Dupras, A.S.A., Pl. Fin., D. Fisc.
Président

INTACT CORPORATION FINANCIÈRE

M. Yves Poulin, CMA
Vice-président, Fiscalité

INVESTISSEMENT QUÉBEC

M. Denis Valois, économiste
Directeur des mesures fiscales

INVESTISSEMENTS MANUVIE

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

JARRY BAZINET AVOCATS & CONSEILLERS D'AFFAIRES INC.

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

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

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

LA CAPITALE ASSURANCES MFQ INC.

M^{me} Guylaine Ouellet, CA
Gestion financière

LA COOP FÉDÉRÉE

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

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

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

LAVERY

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

LE GROUPE CSL INC.

CANADA STEAMSHIP LINES INC.

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

**LOMBARD ODIER DARIER HENTSCH (CANADA), SOCIÉTÉ
EN COMMANDITE**

M. Michel Di Grégorio
Président

MCLEAN BUDDEN LTÉE

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

MORNEAU SOBECO

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

OPTION FORTUNE INC.

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

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

M. François Renaud, CMA
Président-directeur général

**ORDRE DES COMPTABLES GÉNÉRAUX
ACCREDITÉS DU QUÉBEC**

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

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

M^e François Auger, avocat, CA
Associé

PINCHEVSKY & CO CONSEILLERS EN RS & DE

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

POWER CORPORATION DU CANADA

M. Maurice Fréchette, CGA
Directeur de la fiscalité

PPI QUÉBEC INC.

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

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

M. Jean-François Clément, ing.
Président

PUBLICATIONS CCH LTÉE

M. Michel Masse
Vice-président

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

M. Jean Gauthier, CA, M. Fisc.
Associé

RÉSO GESTION CORPORATIVE INC.

M^e Charles Denis, avocat
Administrateur

RIO TINTO CANADA

M. Christian Robin
Directeur, Crédits d'impôt

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

M^c Diane Tsonos, BA, LL. B.
Associée

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

M. Dominic Vendetti, CA
Associé
Leader de la fiscalité, Québec Centre
Services aux sociétés privées

SERVICES DE GESTION DU PATRIMOINE RBC

M^{me} Paule Gauthier, CA, LL.M. fisc., TEP
Vice-présidente, Service en planifications,
clientèle fortunée

T.E. MIRADOR

M. Yves Leroux
Vice-président

TRANSAMÉRICA VIE CANADA

M^c Serge Lessard, avocat, Pl. Fin., FLMI
Spécialiste, Planification fiscale et successorale

TRUST BANQUE NATIONALE

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

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

DIVISION DES DONS MAJEURS ET PLANIFIÉS

M^{me} Chantal Thomas, MBA
Directrice

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

M^{me} Nancy Nerone, LL.M. fisc.
Directrice du service de la fiscalité

Nous tenons à remercier sincèrement tous nos commanditaires qui ont contribué par leur participation financière à la réussite de ce 35^e congrès annuel.

Commanditaires – 2010

Commanditaire officiel	CCH, une société Wolters Kluwer
Banquet de la présidente	Banque Nationale du Canada Power Corporation du Canada
Salon Internet et panneaux des résumés d'horaire	Financière Manuvie
Déjeuner des congressistes du 7 octobre	Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.
Écrans indicatifs de l'horaire des conférences	Heenan Blaikie s.r.l.
Location des salles de conférences et de l'audiovisuel	Fédération des caisses Desjardins du Québec
Pochettes pour badges d'identification	Financière Sun Life
Cocktail du mercredi soir	PricewaterhouseCoopers s.r.l.
Cafés exotiques et digestifs	RBC Dominion valeurs mobilières
Centres de table, banquet de la présidente	Option Fortune inc.
Pauses santé du 6 octobre	CCH, une société Wolters Kluwer
Pauses santé du 7 octobre	Engel Chevalier – Protection du patrimoine
Pauses santé du 8 octobre	Carswell, une société Thomson Reuters

Exposants

Carswell, une société Thomson Reuters
Logiciel Fiscal VL inc.
Technologie Odotrack
Marque d'Or, une société Thomson Reuters
Publications CCH
Revenu Québec

Tables réservées au banquet

Barsalou Lawson Avocats
Publications CCH, une société Wolters Kluwer

Table des auteurs

BARBIN, François

Table ronde RS & DE 43:1-40

BEAUCHEMIN, Lucie

*Programme de vérification des dossiers fiscaux
de fiducies par l'Agence du revenu du Canada :
comment documenter les informations requises*..... 32:1-48

BERGERON, Johanne L.

Panel sur l'administration fiscale 29:1-18

BERREDJEM, Belkacem

*L'imposition des sociétés de personnes et la pertinence
de leur utilisation dans le contexte actuel et par le passé* 16:1-30

BILODEAU, Serge

*La majoration (bump) de l'alinéa 88(1)d) de la
Loi de l'impôt sur le revenu dans un contexte de
fiducie de revenu, de société de personnes et de
société étrangère affiliée* 20:1-36

BORDELEAU, François

Table ronde sur la fiscalité fédérale..... 52:1-102

BOURGEOIS, Pierre

*Concept de résidence des sociétés –
Éléments fondamentaux et nouveautés* 8:1-60

BRASSARD, Éric

Salaire-dividende : une nouvelle approche..... 11:1-32

CARBONNEAU, Guy

*Avantages imposables et non imposables lors de
bénéfices consentis aux employés*..... 26:1-36

CARON, Marie-Claude

*Fiche technique – Éléments importants à considérer dans le
cadre de la revue d'une déclaration de revenus de société*..... 15:1-14

CERNICA, Carolina

Impôts au décès et ramifications internationales 38:1-44

CHABOT, Guy

Table ronde sur la fiscalité provinciale 51:1-72

CHEVALIER, Gilles

21 ans après le gel... quelles leçons peut-on en tirer? 34:1-40

CLOUTIER, Nicolas X.

Quand la prescription est plus tardive que l'on croit (texte non remis)

COALLIER, Yves

Table ronde sur la fiscalité internationale 10:1-28

Impôts au décès et ramifications internationales 38:1-44

CONTANT, Jenny

*L'imposition des sociétés de personnes et la pertinence
de leur utilisation dans le contexte actuel et par le passé* 16:1-30

DAVID, Éric

*Comment donner de la valeur ajoutée à votre régime
d'avantages sociaux : solutions intégrées* 13:1-20

DAVIDSON, Céline

Table ronde sur la fiscalité provinciale 51:1-72

DAVIDSON, Normand

Panel sur les planifications fiscales abusives 3:1-26

DESCHAMPS, Marc-Antoine

*La société de personnes et les associés/personnes morales :
généralités et problématiques d'assurance vie* 36:1-20

DESJARDINS, Benoît

Panel sur les planifications fiscales abusives 3:1-26

DESLONGCHAMPS, Carl

Table ronde RS & DE 43:1-40

DORSAINT, Mélissa

*La majoration (bump) de l'alinéa 88(1)d) de la
Loi de l'impôt sur le revenu dans un contexte de
fiducie de revenu, de société de personnes et de
société étrangère affiliée* 20:1-36

DUONG, Robert

Table ronde sur la fiscalité internationale (sans texte)

*Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières
et des instruments financiers* 50:1-42

DUPRAS, Anne-Marie

*Panel sur la mise à jour des obligations fiscales
des non-résidents avec des représentants de l'Agence
du revenu du Canada et de Revenu Québec* 25:1-74

DUPRAS, Martin

La retraite, où en sommes-nous? 14:1-32

DURAND, Michel

Pot-pourri fiscal (texte non remis)

FALARDEAU, Virginie

*Responsabilité des administrateurs et des tiers –
Mise à jour* 44:1-52

FLEURY, Pierre

Pot-pourri fiscal 41:1-114

FORTIER, Liliane

*Le paragraphe 74.4(2) L.I.R. et les pièges à éviter
dans le cadre de réorganisations* 4:1-26

FORTIN, Alexandra

Mise à jour sur les sociétés associées 6:1-22

GAGNON, Charles C.

Règles afférentes aux fiducies non résidentes 33:1-46

GAGNON, Jocelyne

*Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières
et des instruments financiers* 50:1-42

GAGNON, Laurie-Anne

*Panel sur la mise à jour des obligations fiscales
des non-résidents avec des représentants de l'Agence
du revenu du Canada et de Revenu Québec* 25:1-74

GALARNEAU, Danny

*Les différentes étapes d'un litige fiscal :
de la vérification jusqu'aux tribunaux* 18:1-18

GALLANT, Renée

Table ronde RS & DE 43:1-40

GARON, Sylvie

Mise à jour sur les sociétés rattachées 7:1-34

GAUDREAU, Bernard

*Les différentes étapes d'un litige fiscal :
de la vérification jusqu'aux tribunaux* 18:1-18

GAUTHIER, Paule

*Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières
et des instruments financiers* 50:1-42

GENTILE, Martin

Jurisprudence fiscale et administrative récente 27:1-54

GIRARD-PLOUFFE, Anne-Marie

21 ans après le gel... quelles leçons peut-on en tirer? 34:1-40

GIROUX, François

21 ans après le gel... quelles leçons peut-on en tirer? 34:1-40

GOSSELIN, Daniel

Table ronde sur la fiscalité provinciale 51:1-72

GOUIN, Isabelle

La nouvelle convention entre actionnaires conférence annulée

GOULET, Guy

*Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières
et des instruments financiers* 50:1-42

GOYETTE, Nathalie

Table ronde sur la fiscalité internationale (sans texte)

GROLEAU, Jean

Panel sur l'administration fiscale 29:1-18

HAMEL, Diane

Pot-pourri en produits financiers 37:1-22

JANELLE, Maryse

Participation de l'Ontario et de la

Colombie-Britannique à la taxe de vente harmonisée –

Trois mois plus tard : a-t-on réussi une harmonie? 47:1-38

JAVELAS, Martine

Table ronde RS & DE 43:1-40

JOLIN, Marc

Interrelation entre les fiducies entre vifs et la

planification testamentaire, et livre de fiducie 40:1-50

KHÉMIR, Habib

Table ronde RS & DE 43:1-40

LABBÉ, Lucie L.

Table ronde sur la fiscalité provinciale 51:1-72

LACHANCE, Hugues

Réorganisation de sociétés de personnes (texte non remis)

LACOMBE, Luc

Conséquences insoupçonnées lorsqu'on procède

à une réorganisation 23:1-48

LACROIX, Denis

Jurisprudence récente sur la règle

générale antiévitement 28:1-42

LAMONTAGNE, Marc-André

Administration d'une fiducie (par une société

de fiducie).....31:1-34

LANIEL, Robert

La fiscalité des produits de placements 49:1-52

LARIN, Gilles N.

Table ronde sur la fiscalité internationale 10:1-28

LEBLANC, Stéphane

Table ronde sur la fiscalité fédérale.....52:1-102

LEFEBVRE, Wilfrid

Jurisprudence fiscale et administrative récente 27:1-54

LEGAULT, Nicolas

Nouveautés à surveiller en fiscalité internationale 9:1-32

LEMAY, Marcel

Table ronde sur la fiscalité fédérale..... 52:1-102

LEMIEUX, Jacques

La nouvelle Loi sur les sociétés par actions du Québec (texte non remis)

LESSARD, Serge

Options de retrait des CRI, FRV et REÉR immobilisés..... 48:1-30

LORANGER, Julie

*Impact des régimes matrimoniaux dans
les réorganisations de sociétés*..... 24:1-44

MARCEAU, Yvan

Table ronde RS & DE 43:1-40

MARQUIS, Hélène

Les fiducies de bien-être et de soins de santé..... 12:1-24

MARQUIS, Hélène

Table ronde RS & DE 43:1-40

MARTEL, Luc

*Incidences fiscales de la nouvelle
Loi sur les sociétés par actions du Québec*..... 2:1-36

MARTINET, Benoit

*Perte subie lors de la disposition d'un intérêt
dans une société de personnes* 5:1-26

MEIGHEN, Christian

Panel sur les planifications fiscales abusives 3:1-26

MÉNARD, Alain

Jurisprudence fiscale et administrative récente 27:1-54

MÉNARD, Valérie

*Les produits d'assurance utiles aux
sociétés privées et leurs actionnaires* 17:1-16

MONGRAIN, Maurice

Table ronde sur la fiscalité internationale 10:1-28

MORAIS, Claude

Administration d'une fiducie (par une société de fiducie)..... 31:1-34

MORIN, François L.

Résidence des fiducies – Aspects pratiques et développements (affaire Garron)..... 30:1-24

MORIN, Philippe-Antoine

Nouveautés à surveiller en fiscalité internationale..... 9:1-32

NADEAU, Cinthia

Fiche technique – Éléments importants à considérer dans le cadre de la revue d'une déclaration de revenus de société..... 15:1-14

NOLAN, Bernard

Panel sur les planifications fiscales abusives..... 3:1-26

NOLAN, Philip

Les cotisations établies après l'expiration de la période normale de nouvelle cotisation..... 45:1-42

PAISIBLE, Michel

Panel sur la mise à jour des obligations fiscales des non-résidents avec des représentants de l'Agence du revenu du Canada et de Revenu Québec..... 25:1-74

PARISEAU, Luc

Table ronde sur la fiscalité fédérale..... 52:1-102

PEATE, Owen-John

Table ronde RS & DE..... 43:1-40

PELLAND, Ginette

Table ronde sur la fiscalité provinciale..... 51:1-72

PRÉVOST, Gisèle

Programme de vérification des dossiers fiscaux de fiducies par l'Agence du revenu du Canada : comment documenter les informations requises..... 32:1-48

PROVENCHER, Christian

Table ronde RS & DE..... 43:1-40

PRUD'HOMME, Stéphane

Table ronde sur la fiscalité fédérale..... 52:1-102

RENAUD, Caroline

Pot-pourri fiscal..... 41:1-114

RHÉAUME, Caroline

*Que cachent les nouvelles mesures fiscales
applicables aux options d'achat d'actions
d'employés de sociétés publiques?*..... 35:1-22

RIVERIN, William

*Concept de résidence des sociétés –
Éléments fondamentaux et nouveautés*..... 8:1-60

ROCHE, Sandra

*Panel sur la mise à jour des obligations fiscales
des non-résidents avec des représentants de l'Agence
du revenu du Canada et de Revenu Québec*..... 25:1-74

ROSS, Alain

Table ronde sur la fiscalité provinciale 51:1-72

ROULIER, Yannick

Table ronde sur la fiscalité fédérale..... 52:1-102

ROY, Linda

Table ronde RS & DE 43:1-40

ROY, Louise J.

*Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières
et des instruments financiers* 50:1-42

ROY, René

Table ronde sur la fiscalité provinciale 51:1-72

RYAN, Paul

Panel sur l'administration fiscale 29:1-18

TASSÉ, Louis

Jurisprudence fiscale et administrative récente..... 27:1-54

THIVIERGE, Manon

*Les écueils du nouvel article 56.4 L.I.R.
sur les clauses restrictives*..... 19:1-32

THUOT, Jean-François
*Les tracking shares, un outil méconnu
et fort utile* 22:1-44

TURCOTTE, Jules
Table ronde sur la fiscalité provinciale 51:1-72

ZEMAITIS, Pierre
Jurisprudence fiscale et administrative récente 27:1-54

Table par titres de conférences et tables rondes

1.	La nouvelle <i>Loi sur les sociétés par actions</i> du Québec <i>Jacques Lemieux</i> (texte non remis)	
2.	Incidences fiscales de la nouvelle <i>Loi sur les sociétés par actions</i> du Québec <i>Luc Martel</i> 2:1-36	
3.	Panel sur les planifications fiscales abusives <i>Benoît Desjardins, Christian Meighen</i> <i>Normand Davidson et Bernard Nolan</i> 3:1-26	
4.	Le paragraphe 74.4(2) L.I.R. et les pièges à éviter dans le cadre de réorganisations <i>Liliane Fortier</i> 4:1-26	
5.	Perte subie lors de la disposition d'un intérêt dans une société de personnes <i>Benoît Martinet</i> 5:1-26	
6.	Mise à jour sur les sociétés associées <i>Alexandra Fortin</i> 6:1-22	
7.	Mise à jour sur les sociétés rattachées <i>Sylvie Garon</i> 7:1-34	
8.	Concept de résidence des sociétés – Éléments fondamentaux et nouveautés <i>Pierre Bourgeois et William Riverin</i> 8:1-60	
9.	Nouveautés à surveiller en fiscalité internationale <i>Nicolas Legault et Philippe-Antoine Morin</i> 9:1-32	
10.	Table ronde sur la fiscalité internationale <i>Yves Coallier, Maurice Mongrain,</i> <i>Gilles N. Larin, Nathalie Goyette et Robert Duong</i> 10:1-28	
11.	Salaires-dividende : une nouvelle approche <i>Éric Brassard</i> 11:1-32	

12. Les fiducies de bien-être et de soins de santé	
<i>Hélène Marquis</i>	12:1-24
13. Comment donner de la valeur ajoutée à votre régime d'avantages sociaux : solutions intégrées	
<i>Éric David</i>	13:1-20
14. La retraite, où en sommes-nous?	
<i>Martin Dupras</i>	14:1-32
15. Fiche technique – Éléments importants à considérer dans le cadre de la revue d'une déclaration de revenus de société	
<i>Marie-Claude Caron et Cinthia Nadeau</i>	15:1-14
16. L'imposition des sociétés de personnes et la pertinence de leur utilisation dans le contexte actuel et par le passé	
<i>Jenny Contant et Belkacem Berredjem</i>	16:1-30
17. Les produits d'assurance utiles aux sociétés privées et leurs actionnaires	
<i>Valérie Ménard</i>	17:1-16
18. Les différentes étapes d'un litige fiscal : de la vérification jusqu'aux tribunaux	
<i>Bernard Gaudreau et Danny Galarneau</i>	18:1-18
19. Les écueils du nouvel article 56.4 L.I.R. sur les clauses restrictives	
<i>Manon Thivierge</i>	19:1-32
20. La majoration (<i>bump</i>) de l'alinéa 88(1)d de la <i>Loi de l'impôt sur le revenu</i> dans un contexte de fiducie de revenu, de société de personnes et de société étrangère affiliée	
<i>Serge Bilodeau et Mélissa Dorsaint</i>	20:1-36
21. Réorganisation de sociétés de personnes	
<i>Hugues Lachance</i>	(texte non remis)
22. Les <i>tracking shares</i>, un outil méconnu et fort utile	
<i>Jean-François Thuot</i>	22:1-44

23. Conséquences insoupçonnées lorsqu'on procède à une réorganisation	
<i>Luc Lacombe</i>	23:1-48
24. Impact des régimes matrimoniaux dans les réorganisations de sociétés	
<i>Julie Loranger</i>	24:1-44
25. Panel sur la mise à jour des obligations fiscales des non-résidents avec des représentants de l'Agence du revenu du Canada et de Revenu Québec	
<i>Anne-Marie Dupras, Laurie-Anne Gagnon, Michel Paisible et Sandra Roche</i>	25:1-74
26. Avantages imposables et non imposables lors de bénéfices consentis aux employés	
<i>Guy Carbonneau</i>	26:1-36
27. Jurisprudence fiscale et administrative récente	
<i>Alain Ménard, Wilfrid Lefebvre, Louis Tassé, Pierre Zemaitis et Martin Gentile</i>	27:1-54
28. Jurisprudence récente sur la règle générale antiévitement	
<i>Denis Lacroix</i>	28:1-42
29. Panel sur l'administration fiscale	
<i>Johanne L. Bergeron, Paul Ryan et Jean Groleau</i>	29:1-18
30. Résidence des fiducies – Aspects pratiques et développements (affaire <i>Garron</i>)	
<i>François L. Morin</i>	30:1-24
31. Administration d'une fiducie (par une société de fiducie)	
<i>Marc-André Lamontagne et Claude Morais</i>	31:1-34
32. Programme de vérification des dossiers fiscaux de fiducies par l'Agence du revenu du Canada : comment documenter les informations requises	
<i>Lucie Beauchemin et Gisèle Prévost</i>	32:1-48

33. Règles afférentes aux fiducies non résidentes	
<i>Charles C. Gagnon</i>	33:1-46
34. 21 ans après le gel... quelles leçons peut-on en tirer?	
<i>François Giroux, Anne-Marie Girard-Plouffe et Gilles Chevalier</i>	34:1-40
35. Que cachent les nouvelles mesures fiscales applicables aux options d'achat d'actions d'employés de sociétés publiques?	
<i>Caroline Rhéaume</i>	35:1-22
36. La société de personnes et les associés/personnes morales : généralités et problématiques d'assurance vie	
<i>Marc-Antoine Deschamps</i>	36:1-20
37. Pot-pourri en produits financiers	
<i>Diane Hamel</i>	37:1-22
38. Impôts au décès et ramifications internationales	
<i>Yves Coallier et Carolina Cernica</i>	38:1-44
39. La nouvelle convention entre actionnaires	
<i>Isabelle Gouin</i>	conférence annulée
40. Interrelation entre les fiducies entre vifs et la planification testamentaire, et livre de fiducie	
<i>Marc Jolin</i>	40:1-50
41. Pot-pourri fiscal	
<i>Pierre Fleury, Michel Durand (texte non remis) et Caroline Renaud</i>	41:1-114
43. Table ronde RS & DE	
<i>Renée Gallant, François Barbin, Martine Javelas, Carl Deslongchamps, Christian Provencher, Yvan Marceau, Hélène Marquis, Habib Khémir, Owen-John Peate et Linda Roy</i>	43:1-40

44. Responsabilité des administrateurs et des tiers – Mise à jour	
<i>Virginie Falardeau</i>	44:1-52
45. Les cotisations établies après l'expiration de la période normale de nouvelle cotisation	
<i>Philip Nolan</i>	45:1-42
46. Quand la prescription est plus tardive que l'on croit	
<i>Nicolas X. Cloutier</i>	(texte non remis)
47. Participation de l'Ontario et de la Colombie-Britannique à la taxe de vente harmonisée – Trois mois plus tard : a-ton réussi une harmonie?	
<i>Maryse Janelle</i>	47:1-38
48. Options de retrait des CRI, FRV et REÉR immobilisés	
<i>Serge Lessard</i>	48:1-30
49. La fiscalité des produits de placements	
<i>Robert Laniel</i>	49:1-52
50. Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers	
<i>Jocelyne Gagnon, Paule Gauthier, Robert Duong, Louise J. Roy et Guy Goulet</i>	50:1-42
51. Table ronde sur la fiscalité provinciale	
<i>Guy Chabot, Daniel Gosselin, René Roy, Jules Turcotte, Alain Ross, Céline Davidson, Lucie L. Labbé et Ginette Pelland</i>	51:1-72
52. Table ronde sur la fiscalité fédérale	
<i>Marcel Lema, Stéphane Leblanc, Luc Pariseau, François Bordeleau, Stéphane Prud'Homme et Yannick Roulier</i>	52:1-102

**LA NOUVELLE *LOI SUR LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS*
DU QUÉBEC**



Jacques Lemieux
Avocat, associé
Ogilvy Renault s.e.n.c.r.l., s.r.l.

TEXTE NON REMIS

**INCIDENCES FISCALES DE LA NOUVELLE
*LOI SUR LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS DU QUÉBEC***



Luc Martel

Avocat, M. Fisc., Associé

Martel, Cantin Avocats

Professeur associé à l'Université de Sherbrooke

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	2:3
1. DIVIDENDE EN ACTIONS	2:4
1.1. <i>LOI CANADIENNE SUR LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS</i>	2:6
1.2. <i>LOI SUR LES COMPAGNIES</i>	2:7
1.3. <i>LOI SUR LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS DU QUÉBEC</i>	2:8
2. FRACTIONS D' ACTIONS	2:10
3. CATÉGORIES D' ACTIONS	2:11
4. ACTIONS IMPAYÉES	2:13
5. COMPTE DE CAPITAL-ACTIONS ÉMIS ET PAYÉ	2:16
6. « INCESTE CORPORATIF »	2:18

7.	ÉMISSION D' ACTIONS LORS DE L' ORGANISATION	2:20
8.	FIXATION D' UNE HEURE AUX STATUTS	2:22
9.	CORRECTION DES STATUTS PAR UN REPRÉSENTANT	2:25
10.	ALIÉNATION DES BIENS	2:26
11.	DROIT AU RACHAT DES ACTIONS	2:29
12.	CODIFICATION DE LA CLAUSE DE « RESTRICTION SUR LES SORTIES DE FONDS »	2:31
13.	RECOURS EN RECTIFICATION?	2:32
	CONCLUSION	2:36

INTRODUCTION

Dans le cadre de la réforme de la *Loi sur les compagnies*¹ du Québec, et afin de mettre à niveau cette loi par rapport à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*², une équipe compétente et productive de légistes et de fonctionnaires, assistée de notre grand spécialiste québécois du droit corporatif, M^e Paul Martel, a rédigé le Projet de loi 63, intitulé *Loi sur les sociétés par actions*, lequel projet de loi a été déposé à l'Assemblée nationale le 7 octobre 2009, adopté en troisième lecture le 1^{er} décembre 2009 et finalement sanctionné le 4 décembre pour devenir le chapitre 52 des lois de 2009. Il est prévu que cette nouvelle *Loi sur les sociétés par actions* (« L.S.A. ») entre en vigueur au début de 2011, si ce n'est déjà fait d'ici la fin de 2010.

Les modifications importantes apportées par la *Loi sur les sociétés par actions* ayant déjà fait l'objet d'une conférence³, notre but sera de mettre l'accent sur les dispositions particulières de la *Loi sur les sociétés par actions* ayant une incidence fiscale dans les planifications courantes.

Il faut féliciter toutes les personnes qui ont contribué à l'élaboration et à la rédaction de la *Loi sur les sociétés par actions* pour avoir si bien répondu aux besoins des fiscalistes et leur avoir accordé des accommodements plus que raisonnables, soit en conservant des particularités du régime québécois en vertu de la *Loi sur les compagnies*, malgré la tentation de calquer le modèle fédéral de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, soit en adoptant des mesures intéressantes existant dans le modèle fédéral, dans celui d'autres provinces du Canada ou dans celui d'autres juridictions (tel le *Model Business Corporation Act*⁴ suivi par plusieurs États des États-Unis), ou encore en créant de toutes pièces des dispositions avantageuses pour le petit monde des fiscalistes pratiquant au Québec.

Voyons les principaux accommodements que la *Loi sur les sociétés par actions* a ainsi conférés aux fiscalistes.

¹ L.R.Q., c. C-38 (« L.C. »).

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

³ Jacques LEMIEUX, « La nouvelle *Loi sur les sociétés par actions* du Québec », conférence donnée au Congrès 2010 de l'Association de planification fiscale et financière.

⁴ COMMITTEE ON CORPORATE LAWS, Section of Business Law, American Bar Association (« M.B.C.A. »).

1. DIVIDENDE EN ACTIONS

Pour certaines planifications fiscales, tels le gel successoral ou encore la purification d'une compagnie⁵, il est pratique de pouvoir déclarer un dividende payable non pas en argent, mais en actions ayant un petit capital versé et une valeur de rachat élevée. C'est le genre d'actions que les fiscalistes appellent « actions hautes-basses » ou, en anglais, *high and low shares*.

L'idée, en utilisant ce genre d'actions, est de pouvoir déclarer un dividende d'une valeur importante à l'actionnaire d'une compagnie, sans pour autant l'obliger à reconnaître un montant imposable élevé quant à ce dividende, dans sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition au cours de laquelle il le reçoit.

La *Loi de l'impôt sur le revenu*⁶ précise que, lorsqu'un dividende est payé sous forme d'actions, le « montant » du dividende dont il faut tenir compte dans la déclaration de revenus est le « montant correspondant à l'augmentation découlant du dividende, du capital versé de la compagnie qui a versé le dividende »⁷.

Puisque la *Loi de l'impôt sur le revenu* considère que le « montant » d'un dividende versé en actions se limite au montant du capital versé sur ces actions, il devient important de s'assurer que la loi sur les sociétés applicable à la compagnie déclarant le dividende permette de verser au compte capital versé d'une action émise en paiement d'un dividende un montant moindre que sa valeur de rachat⁸.

⁵ Le présent texte, sauf quelques exceptions, utilise encore le mot **compagnie** pour désigner une société par actions par pure obstination personnelle de ma part; pour moi (suis-je le seul?), le mot « société », en soi, porte à confusion, puisqu'il peut s'agir d'une société par actions ou d'une société de personnes, cette dernière pouvant être une société en nom collectif, une société en nom collectif à responsabilité limitée ou encore une société en commandite, ce qui nous oblige à préciser chaque fois que l'on utilise le mot société, de quel genre de société il s'agit, alors que le mot compagnie exprime clairement le concept dont il s'agit.

⁶ L.R.C. (1985), 5^e supp., ch. 1 et mod. (« L.I.R. »). Aux fins du présent texte, il est présumé que les dispositions de la *Loi sur les impôts* du Québec sont au même effet que celles de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

⁷ Par. 248(1) « montant » L.I.R.

⁸ Pour plus de précisions sur ce que constitue un dividende en actions, voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-88R2, « Dividendes en (à suivre...) »

Pour bien comprendre l'enjeu dont il est question lors de la déclaration d'un dividende en actions, considérons l'exemple suivant : une compagnie a accumulé des liquidités excédentaires à ses besoins courants et désire se « purifier » en sortant ces liquidités excédentaires. – Présumons, de plus, que la compagnie en question n'a pas d'autre moyen de se purifier que de verser les liquidités excédentaires en bonis ou en dividendes. Supposons enfin que les liquidités excédentaires dont on parle se chiffrent à 500 000 \$. – L'actionnaire de la compagnie ne sera sûrement pas favorable à l'idée de recevoir un boni de 500 000 \$ imposable à moitié à peu près, ou un dividende imposable à plus du tiers du montant, s'il n'a pas un besoin immédiat de ces fonds.

La planification suggérée est alors de verser un dividende en actions, rachetables à 500 000 \$, mais ayant un capital versé minime, soit 50 \$ par exemple. L'actionnaire n'aura alors à s'imposer que sur un montant en dividende de 50 \$ pour l'année d'imposition au cours de laquelle ce dividende lui est versé. La différence entre 500 000 \$ et 50 \$ ne sera imposable entre ses mains qu'au fur et à mesure que la compagnie lui rachètera les actions émises en dividende.

C'est bien de verser un dividende en actions, mais cela n'a toujours pas permis à la compagnie de sortir ses liquidités excédentaires. Il faut donc poursuivre l'exemple. L'actionnaire qui a reçu le dividende en actions vend celles-ci à une compagnie de portefeuille en procédant à un « roulement » fiscal⁹. Une fois les actions de dividende achetées par la compagnie de portefeuille, celle-ci en demandera le rachat à la compagnie. La compagnie versera les 500 000 \$ de liquidités excédentaires à la compagnie de portefeuille en paiement du rachat des actions de dividende. Aux fins fiscales, ce rachat sera considéré comme un dividende versé par la compagnie à la compagnie de portefeuille pour toute la partie du 500 000 \$ de rachat qui excède le capital versé de 50 \$ sur les actions rachetées.

(...suite)

actions », 31 mai 1991. On peut également voir dans « Table ronde de Revenu Canada », *1990 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1991, pp. 50:1 à 50:68, question 49 « Détermination du montant d'un dividende », aux pages 50:60 et 50:61 en français.

⁹ Par. 85(1) L.I.R. et son équivalent provincial : l'actionnaire choisira une « somme convenue » de 50 \$ et recevra une contrepartie en actions rachetables pour un montant de 500 000 \$.

Heureusement, dans un contexte de purification, ce dividende inter-compagnies n'entraîne habituellement aucune conséquence fiscale¹⁰.

Il est donc important que la loi sur les sociétés applicable permette au montant versé au compte capital des actions données en paiement du dividende en actions d'être maintenu à un montant minime, bien que ces actions aient une valeur de rachat importante.

1.1. LOI CANADIENNE SUR LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

En vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, seules des actions sans valeur nominale sont permises¹¹. En principe, la compagnie qui émet des actions doit verser au « compte de capital versé »¹², le montant total de l'apport reçu en contrepartie des actions qu'elle émet. Ainsi, si la compagnie déclare un dividende de 500 000 \$, elle devrait normalement inscrire au compte capital versé un montant de 500 000 \$.

Heureusement, la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* prévoit que, lorsqu'une compagnie verse un dividende sous forme d'actions entièrement libérées, le « montant déclaré en numéraire des dividendes versés par la société sous forme d'actions est porté au compte capital déclaré pertinent »¹³. Les praticiens interprètent ce texte comme signifiant que la compagnie peut porter au compte de capital versé des actions émises en dividende le montant qu'elle souhaite reconnaître en argent (en l'occurrence 50 \$, dans notre exemple), plutôt que le montant total de la valeur de rachat des actions émises.

¹⁰ Le dividende étant versé entre compagnies canadiennes imposables, aucun impôt de la partie I n'est exigible (par. 112(1) L.I.R.); la compagnie et la compagnie de portefeuille étant toutes deux contrôlées par le même actionnaire, elles seront rattachées et aucun impôt de la partie IV ne sera exigible (par. 186(2) et 186(4) L.I.R.); aucune personne non liée n'étant impliquée dans cette planification, le paragraphe 55(2) L.I.R. ne trouvera pas application et le dividende présumé ne risquera pas d'être reconverti en gain en capital, en tout ou en partie.

¹¹ Par. 24(1) L.C.S.A.

¹² Nous utiliserons dans le présent texte l'expression « compte de capital versé » tant pour une compagnie constituée selon la *Loi sur les compagnies* du Québec ou la *Loi sur les sociétés par actions* que conformément à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, alors qu'en réalité l'expression exacte est, en vertu de la *Loi sur les compagnies* du Québec ou *Loi sur les sociétés par actions* le « compte de capital-actions émis et payé » (art. 123.48 L.C. et art. 68 L.S.A.), et pour la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, le « compte capital déclaré » (art. 26 L.C.S.A.).

¹³ Par. 43(2) L.C.S.A.

Cette interprétation est encore plus fondée quand on compare ce texte à celui qui le précédait jusqu'en 1979, et qui requérait que la « valeur du dividende » soit ajoutée au compte capital déclaré de la société plutôt que le « montant déclaré en numéraire » de ce dividende. La modification avait pour but de permettre à une société de respecter les critères de solvabilité, en déclarant un dividende d'un montant inférieur à celui de la juste valeur marchande (« JVM ») des actions émises en paiement de ce dividende¹⁴.

En permettant que le compte de capital versé de la compagnie reflète uniquement le « montant déclaré » en numéraire du dividende, plutôt que la pleine « valeur du dividende », le législateur ouvrait la porte à la déclaration d'un dividende en actions ayant un bas capital versé et une valeur de rachat supérieure.

1.2. LOI SUR LES COMPAGNIES

La *Loi sur les compagnies* prévoit l'obligation de verser au compte de capital versé des actions émises le plein montant reçu en contrepartie de ces actions¹⁵, sans jouir cependant d'une disposition d'exception dans le cas d'actions émises en dividende comme le prévoit la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*.

Heureusement, à l'inverse de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, la *Loi sur les compagnies* permet l'émission d'actions avec valeur nominale et il est alors prévu que la compagnie porte au compte de capital versé le montant que représente la valeur nominale plutôt que la valeur de rachat de ces actions. C'est pourquoi il est maintenant courant dans les constitutions en société régies par la *Loi sur les compagnies* de prévoir une catégorie d'actions ayant une valeur nominale minimale (par exemple, 0,01 \$ par action) et une valeur de rachat plus élevée (par exemple, 100 \$ par action).

Dans le cas d'une constitution en société en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* où les actions avec valeur nominale n'existent pas, la catégorie réservée à un tel dividende en actions prévoira une valeur de rachat fixe (par exemple 100 \$ par action), mais avec la possibilité d'inscrire

¹⁴ Colin SMITH, « Actions rachetables à prime/L.S.A.O. », dans *Faits saillants en fiscalité canadienne*, vol. 10, n° 12, Association canadienne d'études fiscales, 27 décembre 2002, pp. 92-93.

¹⁵ Art. 123.48 L.C.

au compte de capital versé un montant moindre que celui de la valeur de rachat.

Dans notre exemple de purification de liquidités excédentaires de 500 000 \$, le dividende en actions dans le cas d'une constitution de la compagnie selon la *Loi sur les compagnies* avec une catégorie comme celle indiquée ci-dessus (soit des actions d'une valeur nominale de 0,01 \$ chacune et rachetables à 100 \$ par action), le dividende à déclarer par le conseil d'administration ou, le cas échéant, l'administrateur unique de la compagnie, serait un dividende de 50 \$ payable par l'émission de 5 000 actions privilégiées d'une valeur nominale de 0,01 \$ (pour un total de 50 \$ à porter au compte de capital versé), rachetables pour un montant de 100 \$ chacune (pour un total de 500 000 \$).

1.3. LOI SUR LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS DU QUÉBEC

Qu'en est-il maintenant de la nouvelle *Loi sur les sociétés par actions* du Québec quant aux dividendes en actions?

Le concept de valeur nominale ayant été retenu, malgré une certaine hésitation de la part des rédacteurs de la nouvelle loi, les actions « hautes-basses » demeurent faciles à implanter dans un capital-actions autorisé d'une compagnie incorporée en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions*. Les rédacteurs de cette dernière loi ont « jonglé » avec l'idée d'abolir les actions avec valeur nominale par souci d'uniformisation avec les législations des autres juridictions. Heureusement, ils ont résisté à cette impulsion :

- d'une part, parce que malgré leur souci d'harmoniser le régime québécois à celui édicté par la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* et par diverses autres lois, ils ont quand même tenu à conserver certaines spécificités, telles les actions avec valeur nominale, permettant au régime québécois de se démarquer – sans compter que certains ont souligné que ce genre d'actions constituait un atout intéressant sur le plan fiscal¹⁶;
- d'autre part, et surtout, parce que l'abrogation des actions avec valeur nominale aurait nécessité de modifier les statuts de toutes les compagnies constituées conformément à *Loi sur les compagnies* comportant de telles actions, ce que le registraire des entreprises voulait à tout prix éviter, se

¹⁶ Voir Paul MARTEL, *Loi sur les sociétés par actions (Québec) – Réforme en profondeur de la Loi sur les compagnies*, Montréal, Éditions Wilson et Lafleur Martel ltée, 2010, p. 19, art. 43.

souvenant du chaos entraîné par le *Règlement 45-106 sur les dispenses de prospectus et d'inscription*¹⁷ de la *Loi sur les valeurs mobilières*¹⁸ du Québec et de l'avalanche de demandes de modifications de statuts qui s'était ensuivie.

Cela explique pourquoi la transition entre une compagnie constituée selon la partie IA de la *Loi sur les compagnies* et une compagnie régie par la *Loi sur les sociétés par actions* s'effectuera automatiquement, sans qu'il soit nécessaire d'en demander la continuation¹⁹, contrairement à ce qui s'était passé en 1980, lors de l'ajout de la partie IA à la *Loi sur les compagnies* : les compagnies de la partie I devaient alors demander leur continuation en partie IA. Seules les rares compagnies de la partie I encore subsistantes devront transmettre au registraire des entreprises des statuts de continuation. Toute compagnie constituée en société selon la partie I qui n'aura pas obtenu sa continuation en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions* dans les cinq ans suivant l'entrée en vigueur de cette loi sera automatiquement dissoute à l'expiration de ce délai²⁰.

Non contente d'avoir conservé les actions avec valeur nominale, au grand plaisir des fiscalistes, la *Loi sur les sociétés par actions* va plus loin et adopte des mesures similaires à celles de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* en ce qui concerne les dividendes payés en actions sans valeur nominale. Elle profite aussi de l'occasion pour rendre encore plus limpide la possibilité de ne porter au compte capital versé qu'une partie du montant d'un dividende payé en actions.

Ainsi, le second alinéa de l'article 103 L.S.A. indique clairement 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 toute ou partie de la valeur de ces actions ».

En conclusion, retenons que, sitôt qu'entrera en vigueur la *Loi sur les sociétés par actions*, les fiscalistes bénéficieront de la possibilité, pour une société régie par cette loi, de payer les dividendes en actions, tant en actions avec valeur nominale que sans valeur nominale.

¹⁷ A.M. 2005-20, 2005 G.O. 2, 4907.

¹⁸ L.R.Q., c. V-1.1.

¹⁹ Art. 716 L.S.A.

²⁰ Art. 715 L.S.A.

2. FRACTIONS D' ACTIONS

Selon la *Loi sur les compagnies*, le capital-actions d'une compagnie est divisible en unités, les actions, celles-ci n'étant pas elles-mêmes divisibles, puisque ce sont des unités de base. Non seulement l'émission de fractions d'actions n'est autorisée nulle part dans la *Loi sur les compagnies*, mais plusieurs dispositions prohibent implicitement une telle émission²¹.

Pour sa part, la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* ne fait aucune difficulté à reconnaître l'existence de fractions d'actions, et permet même de délivrer des certificats pour de telles fractions d'actions²².

Or, les fractions d'actions facilitent certaines planifications fiscales. Prenons l'exemple d'une compagnie qui souhaite sortir un élément d'actif de son bilan pour l'envoyer dans une autre compagnie. L'élément d'actif en question est une immobilisation ayant un prix de base rajusté et une JVM de 200 000 \$. Une des façons de faire pour réaliser l'extraction d'un tel élément d'actif est de faire en sorte que l'actionnaire²³ vende à l'autre compagnie récipiendaire de l'élément d'actif suffisamment d'actions ordinaires qu'il détient à cette autre compagnie pour représenter une valeur équivalente à celle de l'élément d'actif en question, soit 200 000 \$.

Si 10 actions ordinaires sont émises et en circulation et qu'elles ont une JVM de 800 000 \$, l'actionnaire devrait vendre le quart de ses actions, soit deux actions et demie (10/4), pour représenter une valeur de 200 000 \$. Nous pouvons supposer que cette opération s'effectuera avec « roulement » pour reporter tout impôt immédiat.

Une fois que les deux actions ordinaires et demie de la compagnie détenant l'immobilisation recherchée seront détenues par la compagnie récipiendaire, ces deux actions ordinaires et demie feront l'objet d'un achat

²¹ Maurice et Paul MARTEL, *La compagnie au Québec : Les aspects juridiques*, vol. 1, éd. feuilles mobiles, Montréal, Wilson & Lafleur/Martel ltée, 2010, par. 14-80. De plus, sitôt qu'une compagnie crée de telles fractions d'actions, dans le cadre d'une refonte de ses actions ou autrement, la loi favorise l'achat des fractions d'actions ainsi créées : voir par. 55 3) et art. 123.55 L.C.

²² Par. 49(15) L.C.S.A.

²³ Pour simplifier l'exemple, nous considérerons qu'il s'agit d'un actionnaire unique et qu'il détient uniquement des actions ordinaires dans le capital-actions de la compagnie.

de gré à gré entre les compagnies, et le prix d'achat sera payé par la cession de l'immobilisation recherchée d'une compagnie à l'autre²⁴.

Jusqu'à nouvel ordre, si la compagnie visée par cette planification était de juridiction québécoise, il aurait fallu, préalablement à cette planification, subdiviser les 10 actions ordinaires émises et en circulation en 100 ou 1 000 actions ordinaires en effectuant les procédures appropriées, de manière à éviter la vente d'une fraction d'action.

Une telle subdivision préalable ne sera plus nécessaire grâce à la reconnaissance des fractions d'actions selon la nouvelle *Loi sur les sociétés par actions*. À ce sujet, le modèle de la loi de la Colombie-Britannique²⁵ a été retenu plutôt que celui de la loi fédérale²⁶.

L'article 51 L.S.A. prévoit, au deuxième alinéa, qu'« une personne qui détient une fraction d'action a, à l'égard de cette fraction d'action, les droits²⁷ d'un actionnaire dans une proportion correspondant à la fraction qu'elle détient ».

Comme le mentionne M^e Paul Martel dans son ouvrage :

« [...] la société peut donc, notamment, émettre des fractions d'actions, inscrire le transfert de fractions d'actions, ou créer des fractions d'actions en effectuant la refonte d'actions conformément à l'article 90 L.S.A. Elle peut aussi acquérir des fractions d'actions de son propre capital (article 85 L.S.A.). On peut présumer que le détenteur d'une fraction d'action peut se faire remettre un certificat pour cette fraction d'action, car elle constitue le "nombre d'actions qu'il détient" au sens de l'article 63, alinéa 1 L.S.A.²⁸ »

3. CATÉGORIES D' ACTIONS

En principe, tant en vertu de la *Loi sur les compagnies* qu'en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions*, les actionnaires détenant des actions d'une

²⁴ Présumons que cet achat de gré à gré s'effectue sans impôt de la partie I, ni de la partie IV, et sans déclencher l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. : voir la note 6.

²⁵ *Business Corporations Act*, (SBC 2002), c. 57, art. 69(2) (« B.C.B.C.A. »).

²⁶ Art. 49(7) L.C.S.A.

²⁷ Qu'il s'agisse du droit à un dividende, du droit à voter, etc.

²⁸ P. MARTEL, *op. cit.*, note 16, p. 22, art. 51.

même catégorie ont entre eux des droits égaux²⁹. Également, « sauf disposition contraire des statuts, les actionnaires détenant des actions d'une catégorie [...] ont des droits égaux à ceux des actionnaires détenant des actions d'autres catégories [...] »³⁰.

Il arrive souvent dans les planifications fiscales que l'on souhaite pouvoir émettre des actions de catégories différentes à différents actionnaires, sans courir le risque que toutes les catégories émises ne soient réputées en constituer une seule, afin d'éviter, entre autres, qu'il ne se calcule une moyenne des montants portés aux comptes de capital versé pour ces actions.

Par exemple, si les deux actionnaires fondateurs d'une compagnie souhaitent intéresser un nouvel actionnaire en lui émettant des actions du capital-actions de la compagnie pour un prix d'émission supérieur à celui versé initialement par eux, il s'effectuera une moyenne du montant payé par le nouveau venu avec celui payé par les actionnaires fondateurs, privant le nouveau venu d'une partie du montant payé pour ces actions en faveur des autres actionnaires.

Ainsi, si les deux actionnaires fondateurs ont souscrit à l'origine à 100 actions chacun pour 1 \$ par action, et qu'ils envisagent d'émettre au nouveau venu 100 nouvelles actions émises, pour 100 000 \$, il y aura alors 300 actions se partageant un montant de 100 200 \$ porté au compte de capital versé pour ces actions, soit une moyenne de 334 \$ par action émise. Bien que le nouveau venu ait déboursé 100 000 \$ pour son tiers des actions en circulation, il n'aura droit qu'à 33 400 \$ de capital versé, soit le tiers du capital versé total. Ce qui fait qu'advenant l'achat éventuel de ses 100 actions par la compagnie, au lieu de pouvoir retirer les premiers 100 000 \$ de son prix d'achat libre d'impôt (en guise de remboursement de son capital versé), seuls les premiers 33 400 \$ pourront lui être remis libres d'impôt, l'excédent devenant un dividende réputé³¹.

Le nouveau venu aurait alors raison de demander à pouvoir souscrire dans une catégorie d'actions différente de celle des actionnaires fondateurs

²⁹ Principe consacré par la doctrine et la jurisprudence, dont l'arrêt *Bowater Canadian Ltd. c. R. L. Crain Inc.*, (1987) 62 O.R. (2nd) 752 (C.A.), et maintenant clairement énoncé à l'alinéa 1 de l'article 49 L.S.A.

³⁰ Art. 49 (2^e al.) L.S.A.

³¹ Par. 84(3) L.I.R.

de manière à éviter une telle dilution de son capital versé. Par contre, le nouveau venu voudra que cette nouvelle catégorie comporte des droits égaux à ceux de la catégorie détenue par les actionnaires fondateurs.

Désormais, il est expressément prévu dans la *Loi sur les sociétés par actions* que « les statuts peuvent prévoir que plusieurs catégories d'actions [...] comportent les mêmes droits et restrictions »³², ce qui permettra la création de comptes distincts de capital versé³³.

Également, cette nouvelle précision dans la loi facilitera la mise en place d'un capital-actions autorisé comportant plusieurs catégories d'actions, à dividende discrétionnaire par exemple, sans que l'on ait à s'efforcer de créer une distinction, si minime soit-elle, entre ces différentes catégories pour éviter qu'elles ne soient réputées en constituer une seule.

4. ACTIONS IMPAYÉES

Contrairement à la presque totalité des lois sur les sociétés applicables dans les autres provinces et à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, la législation québécoise permet que des actions soient émises sans avoir été payées, en tout ou en partie, lors de leur émission.

Sous le régime fédéral, pour ne parler que de celui-là, « les actions ne peuvent être émises avant d'avoir été entièrement libérées soit en numéraire, soit en biens ou en services rendus dont la juste valeur ne peut être inférieure à la somme d'argent que la société recevrait si la libération devait se faire en numéraire »³⁴.

Les rédacteurs de la *Loi sur les sociétés par actions* ont bien fait de conserver cette particularité de la *Loi sur les compagnies*. La possibilité d'émettre des actions sans qu'elles soient entièrement libérées est très utile en fiscalité, et tout particulièrement dans les planifications fiscales de gel successoral, impliquant une fiducie entre vifs.

Il est fréquent, lorsqu'un entrepreneur (l'« auteur du gel ») désire geler sa participation dans une compagnie privée au bénéfice des membres de sa famille, d'utiliser une fiducie familiale entre vifs, discrétionnaire et, le cas

³² Art. 49 (3^e al.) L.S.A.

³³ P. MARTEL, *op. cit.*, note 16, p. 158, voir les « plus-plus » fiscalité.

³⁴ Par. 25(3) L.C.S.A.

échéant, réversible³⁵. Cette fiducie souscrira les nouvelles actions participantes émises dans le cadre du gel, après que l'auteur du gel aura échangé les siennes en actions privilégiées spéciales de gel. Il est très important que les fonds utilisés par la fiducie pour souscrire aux nouvelles actions participantes ne proviennent pas de l'auteur du gel, ni de préférence du constituant de la fiducie, afin d'éviter l'application de diverses règles d'attribution prévues par la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Il reste que la fiducie doit obtenir suffisamment de fonds pour pouvoir, d'une part, souscrire les nouvelles actions participantes et, d'autre part, supporter ses frais divers. Puisqu'il est préférable de proscrire tout transfert de fonds à la fiducie de la part de l'auteur du gel ou du constituant de la fiducie, comment faire?

Différentes techniques sont utilisées, dont :

- obtenir de l'institution financière auprès de laquelle la fiducie ouvrira son compte bancaire l'usage d'une marge ou d'un découvert d'un montant suffisant pour combler ces besoins;
- obtenir d'un ami proche ou d'un parent (non assujéti au déclenchement de règles d'attribution) qu'il fasse un prêt à la fiducie de la somme nécessaire pour combler ces besoins;
- ou, et c'est là que cela devient intéressant aux fins du présent texte, dans le cas d'une compagnie de juridiction québécoise, émettre les actions participantes à la fiducie sans que celle-ci les paye immédiatement, laissant au conseil d'administration de la compagnie le soin, si nécessaire, d'exiger, par voie d'appel de versements, toute somme impayée sur les actions souscrites.

En pratique, sitôt que la compagnie a généré quelques profits et dans les mois qui suivent cette souscription par la fiducie, un dividende est déclaré et versé à cette dernière qui, après avoir acquitté son impôt sur ce dividende, paie le prix de souscription des actions qu'elle a souscrites.

³⁵ Par « réversible », il faut entendre une fiducie dont les biens peuvent revenir à l'auteur du gel, renversant ainsi toute intention initiale de partage avec d'autres membres de la famille.

Le texte de l'article 53 L.S.A. indique clairement, à son premier alinéa, que « les actions de la société peuvent être émises, qu'elles soient entièrement payées ou non ».

Les articles 75 à 80 L.S.A. traitent des actions impayées. Sans entrer dans les détails, retenons qu'à moins que les modalités de paiement des actions ne soient établies par contrat, le conseil d'administration peut exiger des actionnaires, par voie d'appel de versements, la totalité ou une partie des sommes impayées sur les actions qu'ils ont souscrites ou qu'ils détiennent en suivant, le cas échéant, les modalités prévues par le règlement intérieur de la société³⁶.

M^e Paul Martel rappelle que l'appel de versement (et la confiscation d'actions en plus de l'interdiction de vote qui le sanctionnent) suit les actions, et ne s'attache pas à la personne du souscripteur initial. Les mots « ou qu'ils détiennent » au premier alinéa de l'article 75 L.S.A. visent en effet d'autres détenteurs que le souscripteur³⁷.

Les fiducies étant de plus en plus dans le collimateur des autorités fiscales, il est important de bien documenter chacune des étapes de la création d'une fiducie entre vifs et, tout particulièrement, la façon dont la fiducie a acquis les actions qu'elle peut détenir dans la compagnie privée ayant fait l'objet d'un gel de succession. Ainsi, une résolution des fiduciaires devrait être rédigée afin de confirmer la souscription par la fiducie à des actions participantes dans la compagnie visée par le gel de succession et, le cas échéant, le fait que le paiement de ces actions n'ait pas été effectué et soit soumis à un appel de versement de la part de la compagnie.

Plus tard, lorsque la fiducie aura reçu son premier dividende de la compagnie, une résolution des fiduciaires devra constater le paiement des actions ainsi souscrites, que ce paiement soit effectué volontairement par la fiducie ou fasse suite à la réception d'un avis d'appel de versement de la part de la compagnie. Auquel cas, il sera également de mise pour l'administrateur unique de la compagnie ou son conseil d'administration d'adopter une résolution prévoyant cet appel de versement et indiquant le montant du versement exigé ainsi que le délai pour régler ce montant. Un avis de l'appel de versement est préparé et inséré dans le livre de la fiducie, en annexe de la résolution des fiduciaires afférente au paiement des actions.

³⁶ Art. 75 (1^{er} al.) L.S.A.

³⁷ P. MARTEL, *op. cit.*, note 16, p. 28, art. 75.

5. COMPTE DE CAPITAL-ACTIONS ÉMIS ET PAYÉ

Les principes énoncés selon la *Loi sur les compagnies*³⁸ sont repris presque intégralement par la *Loi sur les sociétés par actions*³⁹. Brièvement :

- a) la compagnie tient un compte de capital-actions émis et payé, lequel compte est subdivisé par catégories ou, le cas échéant, séries d'actions⁴⁰;
- b) dans le cas d'actions avec valeur nominale, la compagnie verse à ce compte le montant que représente la valeur nominale⁴¹;
- c) dans le cas d'actions sans valeur nominale, la compagnie verse à ce compte les sommes reçues en contrepartie des actions qu'elle émet⁴²;
- d) le compte de capital-actions émis et payé est modifié chaque fois que la compagnie acquiert des actions de son capital-actions émis ou qu'elle réduit ou augmente le montant de son capital-actions émis et payé⁴³;
- e) une compagnie réduit son compte de capital-actions émis et payé lorsqu'elle acquiert une partie de ses actions (ou, avec la nouvelle loi, ses fractions d'actions) :
 - dans le cas d'actions avec valeur nominale, du montant de la valeur nominale,
 - dans le cas d'actions sans valeur nominale, du produit obtenu en multipliant le montant moyen reçu par action à ce compte lors de l'émission des actions par le nombre d'actions (ou de fractions d'actions) acquises⁴⁴.

³⁸ Art. 123.47 à 123.51 L.C.

³⁹ Art. 68 à 73 L.S.A.

⁴⁰ Art. 123.47 L.C. et art. 68 L.S.A.

⁴¹ Art. 123.48 L.C. et art. 69 L.S.A.

⁴² *Id.*

⁴³ Art. 123.50 L.C. et art. 71 L.S.A.

⁴⁴ Art. 123.51 L.C. et art. 72 L.S.A.

Ce qu'il y a de nouveau dans la *Loi sur les sociétés par actions* par rapport à la *Loi sur les compagnies* en ce qui concerne le compte de capital-actions émis et payé se résume à ce qui suit :

- a) les modifications à apporter au compte de capital-actions émis et payé lors d'une conversion ou un échange d'actions, qui ne faisaient l'objet d'aucune disposition spécifique dans la *Loi sur les compagnies*, sont dorénavant expressément explicitées dans la loi, à l'instar du modèle fédéral⁴⁵;
- b) nonobstant le principe selon lequel la compagnie qui émet des actions sans valeur nominale doit verser au compte de capital-actions émis et payé les sommes reçues en contrepartie de l'émission de ces actions, une quatrième exception est ajoutée à celles déjà prévues dans le cas d'opérations avec lien de dépendance ou en cas de fusion : ainsi, il sera dorénavant possible, comme l'autorise la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* depuis 2001, de verser moins que la totalité des sommes reçues en contrepartie de l'émission d'actions sans valeur nominale lorsque cette émission d'actions s'effectuera en échange des biens d'une personne avec laquelle elle n'a pas de lien de dépendance, si cette personne, la compagnie et tous les actionnaires de la catégorie ou série en cause y consentent⁴⁶.

L'ajout de cette nouvelle possibilité d'inscrire au compte capital-actions émis et payé d'une compagnie une partie seulement de la valeur de la contrepartie reçue lors de l'émission d'actions sans valeur nominale facilitera les opérations, avec « roulement » aux fins fiscales, entre une compagnie québécoise et un actionnaire n'ayant pas de lien de dépendance avec celle-ci.

⁴⁵ Contrairement à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* qui, aux paragraphes 39(4), 39(5) et 39(9), décrit les rectifications qui doivent être apportées au compte capital déclaré de la société lors d'un échange d'actions, la *Loi sur les compagnies* du Québec ne renfermait aucune disposition traitant expressément des rectifications au compte capital-actions émis et payé lors d'un tel échange d'actions : voir M. et P. MARTEL, *op. cit.*, note 21, par. 18-160. Dorénavant, les articles 73 et 74 L.S.A. expliquent clairement les rectifications à apporter au compte capital-actions émis et payé lors d'une conversion ou d'un échange d'actions.

⁴⁶ Notons que ce consentement n'est même pas requis si l'émission n'entraîne pas une diminution du montant obtenu en divisant la valeur du compte de capital-actions émis et payé afférent à la catégorie d'actions émises par le nombre d'actions émises de cette catégorie : nouveau paragraphe 2 de l'article 70 L.S.A., inspiré du sous-alinéa 26(3)a)(iii) L.C.S.A. et du *Business Corporations Act* (Ontario), R.S.O. 1990, c. B.16, par. 24(3.1).

Il ne sera plus nécessaire de prévoir expressément une catégorie d'actions privilégiées de roulement, avec une valeur nominale, dans le capital-actions autorisé d'une compagnie de juridiction québécoise en vue d'une opération avec roulement concernant une personne sans lien de dépendance avec la compagnie.

6. « INCESTE CORPORATIF »

La *Loi sur les sociétés par actions* a innové dans le domaine de l'inceste. L'inceste dont il est fait mention ici est l'« inceste corporatif », c'est-à-dire le fait pour une compagnie de détenir les actions de sa personne morale mère ou de permettre que les actions de cette dernière soient acquises par une ou plusieurs de ses filiales⁴⁷.

L'innovation en question est de permettre que pendant une durée de 30 jours il soit possible à une compagnie assujettie à la *Loi sur les sociétés par actions* de détenir des actions de sa compagnie mère et, dans le cas d'une compagnie mère, de permettre que ses propres actions soient détenues par une ou plusieurs de ses filiales⁴⁸.

Plusieurs planifications fiscales profiteront de cette innovation. Pensons, par exemple, à la situation d'une compagnie filiale qui souhaite transférer un immeuble commercial à sa compagnie mère. Ces deux compagnies doivent transférer à la JVM de l'immeuble commercial étant donné qu'elles ont entre elles un lien de dépendance⁴⁹. Supposons maintenant que cette disposition à la JVM entraîne pour le vendeur un gain en capital ou une récupération d'amortissement, les parties à l'opération voudront certainement un transfert « avec roulement »⁵⁰. Or, pour qu'il y ait roulement, il faut qu'il y ait émission d'au moins une action du capital-actions de l'acquéreur émise en faveur du vendeur. Dans le cas présent, l'acquéreur étant la compagnie mère du vendeur, cela signifie que la compagnie mère permet qu'une ou des

⁴⁷ Le mot « filiale » englobe maintenant les sous-filiales : voir la définition de « filiale » à l'article 2 L.S.A. Voir aussi P. MARTEL, *op. cit.*, note 16, p. 31, art. 86 et 87; à cet égard, l'auteur rappelle qu'« une disposition transitoire prévoit que les sous-filiales qui détiennent des actions de la personne morale mère (ce qui était légal jusqu'alors) à l'entrée en vigueur de la L.S.A. ont cinq ans pour s'en départir (art. 720) ».

⁴⁸ Art. 86 L.S.A. Cette innovation est inspirée de l'Alberta : *Business Corporations Act* (Alberta), R.S.A. 2000, c. B-9, par. 32(2.1) et suiv.

⁴⁹ Par. 69(1), al. 251(1)a) et s.-al. 251(2)b)(i) L.I.R.

⁵⁰ Par. 85(1) L.I.R.

actions de son propre capital-actions soient détenues par sa compagnie filiale⁵¹.

Il était possible d'éviter l'application de cette disposition d'émission ou de détention « incestueuse » en faisant en sorte que, lors de l'opération, la compagnie venderesse ait cessé d'être la filiale de la compagnie acheteuse. Pour ce faire, il suffisait pour un actionnaire de la compagnie mère de souscrire à suffisamment d'actions avec droit de vote (sans droit de participation) de la compagnie filiale pour que la compagnie mère ne contrôle plus la compagnie filiale, mettant ainsi en veilleuse la notion d'inceste corporatif.

Il devenait alors possible et légal pour la compagnie acheteuse (la mère) d'émettre des actions de son capital-actions à la compagnie venderesse (sa filiale) sans qu'il s'agisse d'une détention prohibée.

Par contre, en privant la compagnie mère de son contrôle (à plus de 90 % des votes) de la compagnie filiale, on privait le transfert de l'immeuble commercial de l'exonération permise des droits sur les mutations entre deux compagnies étroitement liées, du fait que l'une détient plus de 90 % des actions ayant plein droit de vote dans l'autre⁵².

Heureusement, le concept de compagnie étroitement liée a été étendu à la détention, non seulement d'actions comportant plein droit de vote, mais également d'actions donnant droit à une JVM importante d'une compagnie dans l'autre.

Le pourcentage retenu en termes de votes ou de JVM est de 90 % et plus.

Ainsi, même si des actions avec droit de vote de la compagnie filiale étaient émises pour 100 \$ environ à un actionnaire de la compagnie mère, cela ne privait pas pour autant la compagnie mère de sa détention des actions participantes représentant plus de 90 % de la JVM des actions émises et en circulation de la compagnie filiale.

L'opération pouvait alors s'effectuer, d'une part, en respectant l'émission d'actions de roulement de la compagnie mère à sa filiale sans que

⁵¹ Art. 123.43 L.C. et par. 30(1) L.C.S.A.

⁵² *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*, L.R.Q., c. D-15.1, par. 19d).

cette émission provoque un « inceste », et d'autre part, sans empêcher les compagnies parties à l'opération d'être considérées comme « étroitement liées » aux fins de l'exonération des droits sur les mutations.

Avec la nouvelle mesure d'une période de grâce de 30 jours de détention prohibée « permise », il deviendra possible d'effectuer une telle opération sans plus de détour. D'autant plus qu'il fallait, après un tel transfert de l'immeuble commercial, faire disparaître les actions avec droit de vote (sans droit de participation) émises à l'actionnaire de la compagnie mère, ce qui en soi pouvait devenir un sujet épineux.

Pendant la période d'une telle détention prohibée « permise », la compagnie filiale qui détient les actions de sa personne morale mère ne peut exercer les droits de vote qui y sont afférents⁵³.

De plus, à compter de l'expiration de la période de 30 jours, la détention par la compagnie des actions dans sa personne morale mère, si elle se poursuit toujours, devient frappée de nullité⁵⁴.

7. ÉMISSION D' ACTIONS LORS DE L' ORGANISATION

Il est fréquent, en planification fiscale, de constituer une compagnie en vue de procéder à l'acquisition de biens appartenant à un contribuable. Il peut s'agir d'éléments d'actif d'une entreprise exploitée par ce contribuable ou d'actions d'une autre compagnie détenue par ce dernier. Par exemple, un entrepreneur exploitant une entreprise non constituée en compagnie désire la transférer à une compagnie afin d'être en mesure de vendre, non pas les éléments d'actif constituant son entreprise (immobilisations, achalandage, etc.), mais plutôt les actions de la compagnie à laquelle il aura transféré ses éléments d'actif, de manière à pouvoir réaliser un gain en capital sur disposition d'actions et de bénéficier de sa déduction pour gains en capital de 750 000 \$.

Pour que les actions de la nouvelle compagnie qui sont émises à l'entrepreneur puissent être admissibles à la déduction pour gains en capital, elles doivent lui être émises en contrepartie de la totalité, ou presque, des

⁵³ Art. 86 (2^e al.) L.S.A.

⁵⁴ Art. 86 (3^e al.) L.S.A. : P. MARTEL, *op. cit.*, note 21, p. 32, art. 86 et 87 L.S.A. *in fine*.

éléments d'actif utilisés dans une entreprise exploitée activement par cet entrepreneur⁵⁵.

Il est donc préférable d'éviter d'émettre des actions du capital-actions de la nouvelle compagnie lors de l'organisation de celle-ci, à la suite de sa constitution. Des actions émises contre paiement lors d'une organisation ne sont pas des actions émises dans le cadre d'une opération dans laquelle l'entrepreneur a disposé de biens en faveur de la compagnie.

Or, contrairement à la constitution d'une compagnie constituée conformément à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* qui n'exige pas, lors de la réunion d'organisation de la compagnie, que des actions soient émises à ce moment⁵⁶, les administrateurs d'une compagnie constituée en vertu de la *Loi sur les compagnies* doivent, au cours de la réunion d'organisation de la compagnie, émettre au moins une action de celle-ci⁵⁷.

Évidemment, les praticiens ont quelques astuces pour éviter cette situation, comme requérir la constitution de la compagnie à une date le plus près possible du moment où le contribuable est prêt à traiter avec elle (plutôt que des mois à l'avance), ou pour procéder à l'ajournement de la réunion d'organisation de la compagnie après la mise en place des structures nécessaires à son opération (soit, entre autres, l'établissement des règlements généraux, la nomination des dirigeants et l'adoption des mesures relatives aux affaires de banque) mais avant l'émission de ces actions⁵⁸.

Toujours est-il qu'à l'instar de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, il ne sera pas nécessaire en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions* d'émettre des actions lors de la réunion d'organisation que doit tenir le conseil d'administration après la constitution de la compagnie⁵⁹. De

⁵⁵ Div. 110.6(14)f)(ii)(A) L.I.R.

⁵⁶ Par. 104(1) L.C.S.A. Étant donné que la première assemblée des actionnaires n'est pas requise dès l'organisation, il n'est pas nécessaire d'émettre des actions immédiatement. Cependant, il ne faudra pas attendre plus de 18 mois pour émettre des actions, étant donné que les administrateurs doivent convoquer une assemblée annuelle des actionnaires dans les 18 mois suivant la création de la compagnie (al. 133(1)a) L.C.S.A.).

⁵⁷ Art. 123.17 L.C.

⁵⁸ Pour en savoir plus sur l'ajournement d'une réunion du conseil d'administration, voir M. et P. MARTEL, *op. cit.*, note 21, par. 29-48.

⁵⁹ Art. 11 L.S.A.

même, comme la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, la *Loi sur les sociétés par actions* prévoit qu'une assemblée annuelle des actionnaires doit être tenue dans les 18 mois suivant la constitution de la compagnie. Par la suite, l'assemblée annuelle des actionnaires devra se tenir dans les 15 mois suivant l'assemblée annuelle précédente⁶⁰.

Dorénavant, il sera possible pour les compagnies constituées en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions*, comme cela se fait selon la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, de régler toute l'organisation de la compagnie au cours d'une première réunion du conseil d'administration (habituellement formé du ou des administrateurs initiaux, c'est-à-dire celui ou ceux nommés dans la liste d'administrateurs déposée avec les statuts de constitution), sans qu'il soit nécessaire de tenir une assemblée des actionnaires et une réunion des administrateurs permanents⁶¹.

Cela ne veut pas dire qu'il faille attendre les 18 mois prévus à la loi avant d'émettre des actions dans une compagnie nouvellement constituée. Il deviendrait problématique, au fur et à mesure que des bénéfices seraient générés dans cette compagnie, d'émettre des actions participantes pour une valeur nominale. Les autorités fiscales pourraient alors soulever l'effet produit par l'affaire *Kieboom c. MRN* (effet *Kieboom*)⁶².

En pouvant ainsi reporter l'émission initiale d'actions de quelques mois si nécessaire (pourvu que ce soit moins de 18 mois, il sera possible d'attendre le moment propice pour émettre les premières actions de la compagnie, préférablement dans l'exemple précédent, au moment de la cession à la compagnie des éléments d'actif de l'entreprise que le contribuable veut constituer en compagnie.

8. FIXATION D'UNE HEURE AUX STATUTS

Parmi les améliorations techniques apportées à la *Loi sur les sociétés par actions* par rapport à la *Loi sur les compagnies*, pour le grand bonheur

⁶⁰ Art. 163 L.S.A.

⁶¹ Précité, note 56; également P. MARTEL, *op. cit.*, note 16, par. 28-11 à 28-13.

⁶² [1992] 3 C.F. 488 (C.A.F.); dans cette affaire, des actions ont été émises pour une valeur moindre que leur JVM et le tribunal a jugé que le contribuable qui a autorisé ces émissions a transféré une valeur économique au souscripteur des actions ainsi émises à une valeur moindre que leur JVM. Une telle détermination par la Cour a donné ouverture à l'application de l'alinéa 69(1)b) L.I.R. ainsi qu'aux règles d'attribution des paragraphes 74.1(1), 74.1(2) et 74.2(1) L.I.R.

des fiscalistes, mentionnons la possibilité de fixer une heure, en plus d'une date, pour l'entrée en vigueur des statuts, qu'il s'agisse :

- a) des statuts de constitution : « la société est constituée à la date et, le cas échéant, à l'heure figurant sur le certificat de constitution délivré par le registraire des entreprises »⁶³;
- b) des statuts de modification : « les modifications aux statuts ont effet à compter de la date et, le cas échéant, de l'heure figurant sur le certificat de modification délivré par le registraire des entreprises »⁶⁴;
- c) des statuts de fusion : « le certificat de fusion, délivré par le registraire des entreprises [...], atteste de la fusion des sociétés à la date et, le cas échéant, à l'heure figurant sur ce certificat »⁶⁵.

Mentionnons de plus que la *Loi sur les sociétés par actions*, dans son nouveau chapitre XVI traitant de « réorganisation et arrangement », prévoit la possibilité pour une compagnie de demander au tribunal d'approuver un arrangement qu'elle propose, lorsqu'elle souhaite réaliser une opération qu'elle peut difficilement atteindre, soit parce que les dispositions de la loi sont insuffisantes, soit parce que leur application est difficilement réalisable ou trop onéreuse (en termes monétaires ou d'efforts)⁶⁶. Tout arrangement approuvé par le tribunal est confirmé par des statuts d'arrangement, lesquels prennent effet à compter de la date et, le cas échéant, de l'heure figurant sur le certificat d'arrangement délivré par le registraire des entreprises après que les statuts lui eurent été transmis⁶⁷. Cette possibilité ne fera probablement pas partie de la pratique courante des fiscalistes.

L'arrangement soumis à l'approbation du tribunal peut porter sur plusieurs objets, dont la modification des statuts, la fusion de la compagnie avec une autre, le fractionnement des activités de la compagnie, l'aliénation de biens de la compagnie, la dissolution de la compagnie, la modification de ses activités ou de ses affaires internes, etc.⁶⁸

⁶³ Art. 10 L.S.A.

⁶⁴ Art. 245 L.S.A.

⁶⁵ Art. 286 L.S.A.

⁶⁶ P. MARTEL, *op. cit.*, note 16, p. 134, art. 414 à 420.

⁶⁷ Art. 417 à 420 L.S.A.

⁶⁸ Art. 415 L.S.A.

Les fiscalistes apprécieront la possibilité, dans la même journée, de réaliser diverses opérations à des heures fixes dans le cadre d'une planification nécessitant une série d'opérations prenant effet dans un ordre chronologique.

Pensons à l'acquisition d'actions, à 10 h par une compagnie constituée à 9 h suivie de la fusion de ces deux compagnies à 11 h.

Nous avons tous vécu des situations où les différentes étapes d'une planification se prolongent d'heure en heure, ou même de demi-heure en demi-heure tout le long d'une journée donnée.

Cette possibilité de fixer une heure précise à l'obtention de statuts complètera les autres moyens dont disposent les fiscalistes pour éviter, entre autres, la multiplicité des années d'imposition d'une compagnie faisant l'objet d'une planification. Parmi ces mesures, rappelons celles-ci :

- a) l'acquisition de contrôle d'une compagnie à un moment donné entraînera, immédiatement avant ce moment, la fin de l'année d'imposition en cours de la compagnie et le début d'une nouvelle année d'imposition commençant à ce moment⁶⁹; c'est pourquoi les parties choisiront préférablement de conclure l'entente le premier jour suivant la fin d'une année d'imposition régulière de la compagnie visée par l'acquisition de contrôle;
- b) un délai de grâce de sept jours est accordé afin d'éviter une nouvelle année d'imposition réputée par suite d'une acquisition de contrôle au cours de cette période de sept jours suivant la fin d'une année d'imposition régulière, à condition cependant que la compagnie fasse un choix en ce sens dans la déclaration de revenus qu'elle produit pour cette année⁷⁰;
- c) la compagnie issue de la fusion d'autres compagnies est réputée être une nouvelle compagnie dont la première année d'imposition est réputée avoir commencé au moment de la fusion, tandis que l'année d'imposition

⁶⁹ Al. 249(4)a) et 249(4)b) L.I.R.

⁷⁰ Al. 249(4)c) L.I.R. : la compagnie peut ainsi prolonger son année d'imposition habituelle jusqu'à un maximum de sept jours.

de chacune des compagnies remplacées est réputée s'être terminée immédiatement avant la fusion⁷¹;

- d) le contrôle d'une compagnie qui est acquis à un moment donné est réputé l'être au début du jour où tombe ce moment ou, si la compagnie en fait le choix, au moment de ce jour où le contrôle est effectivement acquis; le choix se fait dans la déclaration de revenus de la compagnie produite pour l'année d'imposition se terminant immédiatement avant l'acquisition de contrôle⁷².

Bref, la législation fiscale permettait déjà une certaine latitude en ce qui a trait au moment, au cours d'une journée, où le contrôle d'une compagnie est effectivement acquis.

Il sera maintenant possible, dans le cas où des compagnies de juridiction québécoise constituées en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions* sont utilisées, de conjuguer l'heure de l'obtention de statuts de constitution, de modification, de fusion ou, plus rarement, d'arrangement, avec celle d'une acquisition de contrôle ou de toute autre opération convenue entre les parties, et survenant à la même date.

9. CORRECTION DES STATUTS PAR UN REPRÉSENTANT

Un autre cadeau accordé au praticien en droit fiscal par la *Loi sur les sociétés par actions* est la possibilité pour celui-ci de demander une correction à des statuts qu'il a transmis au registraire des entreprises, lorsque ces statuts comportent une erreur manifeste, et ce, sans requérir l'autorisation du conseil d'administration ni celle des actionnaires de la compagnie visée par ces statuts.

Comme aucun professionnel n'est à l'abri d'une erreur dans la rédaction de statuts de constitution, de modification ou de fusion, voilà que la loi lui permet de corriger une erreur sans nécessairement requérir l'approbation préalable de son client.

Encore faut-il cependant que la correction demandée vise une erreur manifeste contenue au certificat se rapportant aux statuts déposés⁷³.

⁷¹ Al. 87(2)a) L.I.R.

⁷² Par. 256(9) L.I.R.

⁷³ Art. 257 et suiv. L.S.A.

Comme le mentionne Paul Martel⁷⁴, cette innovation inspirée du modèle fédéral⁷⁵ permettra au professionnel de corriger une erreur manifeste « ni vu, ni connu ».

Une demande de correction doit refléter l'intention d'origine et être présentée au registraire des entreprises dans les 60 jours suivant la délivrance du certificat qui se rapporte aux statuts comportant l'erreur⁷⁶.

Sont joints à la demande de correction :

- les statuts corrigés;
- les certificats qui comportent une erreur, le cas échéant;
- tout document faisant état de l'intention d'origine ou, à défaut, une déclaration attestant que la correction reflète cette intention;
- les droits prescrits par règlement⁷⁷.

10. ALIÉNATION DES BIENS

Dans la plupart des planifications successorales, la préoccupation de l'auteur d'un gel de succession est de ne pas perdre le contrôle de la compagnie visée par le gel, tant que l'auteur du gel ne se sent pas prêt à se défaire de ce contrôle.

La conservation du contrôle par l'auteur du gel ne pose généralement pas de problème. Il suffit d'émettre à l'auteur du gel des actions privilégiées avec droit de vote, sans droit de participation, en nombre suffisant pour qu'il ait plus de votes que tous les autres actionnaires ensemble.

En détenant le contrôle de la compagnie visée par le gel, l'auteur du gel conserve le pouvoir de nommer le ou les administrateurs de celle-ci et, le cas échéant, de se nommer administrateur unique de la compagnie.

⁷⁴ P. MARTEL, *op. cit.*, note 16, pp. 92 et 93; art. 257, 258, 259 et 260 L.S.A.

⁷⁵ Al. 265(3)a) et 265(3)b) L.C.S.A.

⁷⁶ Art. 258 L.S.A.

⁷⁷ Vraisemblablement 155 \$. Voir *Loi sur la publicité légale des entreprises*, L.Q. 2010 c. 7, Projet de loi 87 sanctionné le 19 mai 2010, annexe II; P. MARTEL, *op. cit.*, note 16, p. 93 et art. 259 et 260 L.S.A.

Il était de mise toutefois de rappeler à l'auteur du gel que, même s'il conservait le pouvoir décisionnel au sein de la compagnie, cela ne lui donnait pas le droit de vendre les actions détenues par les bénéficiaires du gel advenant qu'il en vienne à la conclusion qu'il est préférable de vendre la compagnie à des tiers plutôt que de la laisser entre les mains des bénéficiaires du gel.

Pour remédier à ce problème, différentes avenues s'offrent aux fiscalistes élaborant la planification successorale :

- a) la signature d'une convention entre actionnaires comprenant, entre autres, une clause d'entraînement (*piggy back*), prévoyant l'obligation pour les bénéficiaires du gel de vendre leurs actions de la compagnie au tiers acquéreur pressenti par l'auteur du gel, advenant que ce dernier décide de lui vendre les siennes;
- b) la souscription des actions devant appartenir aux bénéficiaires du gel par une fiducie plutôt que par ceux-ci personnellement; il est alors plus facile de prévoir une vente par les fiduciaires des actions détenues en fiducie advenant certaines circonstances prédéterminées.

Dans le cas où une vente des éléments d'actif de la compagnie était envisagée, plutôt qu'une vente des actions de celle-ci, nous pouvions, jusqu'à nouvel ordre, mentionner à l'auteur du gel que, contrairement à une compagnie constituée conformément à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*⁷⁸, la vente de la totalité ou de la quasi-totalité des biens de la compagnie pouvait être décidée par le conseil d'administration sans qu'il soit requis d'obtenir l'approbation des actionnaires. Ainsi, dans le cas d'un gel effectué au sein d'une compagnie de juridiction québécoise, l'auteur de ce gel pouvait se dire qu'en dernier recours, faute de pouvoir s'entendre avec les bénéficiaires du gel, il pourrait toujours vendre les éléments d'actif de la compagnie visée par le gel sans leur approbation.

Avec la *Loi sur les sociétés par actions*, cela ne sera plus possible. Le nouveau chapitre X intitulé « Aliénation affectant la poursuite d'activités substantielles » vient créer une barrière similaire à celle du modèle fédéral à l'aliénation des biens de la compagnie⁷⁹.

⁷⁸ Par. 189(3) L.C.S.A.

⁷⁹ P. MARTEL, *op. cit.*, note 16, pp. 95 à 98, art. 271 à 274 L.S.A., où l'auteur souligne que les nouvelles dispositions du chapitre X, bien qu'inspirées du modèle fédéral (à suivre...)

Au fédéral, « les ventes, locations, ou échanges de la totalité ou la quasi-totalité des biens de la société, qui n'interviennent pas dans le cours normal de ses activités, sont soumis à l'approbation des actionnaires [...] »⁸⁰.

La notion de « quasi-totalité des biens » a toujours causé problème et a donné lieu à l'établissement par les tribunaux d'une dualité de tests :

- a) le test quantitatif : au moins 75 % de la valeur des actifs, d'après l'arrêt québécois⁸¹, *Cogeco Cable Inc. c. CFCE Inc.*, qui ne fait pas nécessairement autorité;
- b) le test qualitatif : réorientation fondamentale qui « touche au cœur » de l'entreprise, opération qui « affecte substantiellement l'existence et l'objet de la société »⁸².

Sans vouloir faire une analyse exhaustive des nouvelles dispositions des articles 271 à 275 L.S.A., nous nous permettons de reprendre sommairement les principales différences notées par Paul Martel entre la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* et la *Loi sur les sociétés par actions* en ce qui a trait à l'aliénation des biens de la compagnie⁸³ :

- la notion de « totalité ou quasi-totalité des biens » est remplacée par celle de la poursuite des « activités substantielles » par la compagnie : au lieu d'examiner les biens aliénés, la loi se concentre sur ceux qui ne le sont pas et pose la question de savoir s'ils suffisent à constituer une « activité substantielle »; cette dernière notion a l'avantage de cumuler statutairement les tests qualitatif et quantitatif déjà connus, car une présomption irréfragable est établie selon laquelle la compagnie poursuit des « activités substantielles » lorsqu'après l'aliénation du bien la compagnie poursuit encore des activités antérieures à l'aliénation, et que ces activités :

(...suite)

(par. 189(3) à 189(9) L.C.S.A.), ont été modifiées à la lumière des modèles américain (art. 12.02(a) M.B.C.A.) et de la Colombie-Britannique (par. 301(6) B.C.B.C.A.).

⁸⁰ Par. 189(3) L.C.S.A.

⁸¹ [1996] R.J.Q. 218 (C.A.).

⁸² P. MARTEL, *op. cit.*, note 16, p. 95.

⁸³ *Id.*, p. 98.

- nécessitaient l'utilisation d'au moins 25 % de la valeur de l'actif de la compagnie à la date de la fin de l'exercice financier précédant l'aliénation et
- ont généré au cours de cet exercice financier au moins 25 % des produits (au sens comptable du terme) ou du bénéfice avant impôt de la compagnie (art. 274 L.S.A.);
- la résolution spéciale requise des actionnaires pour autoriser une telle aliénation des biens de la compagnie, ne requiert pas le vote des détenteurs d'actions sans droit de vote;
- l'aliénation de biens en faveur d'une filiale à 100 % est exempte de l'obtention de cette résolution spéciale des actionnaires (art. 273 L.S.A.);
- l'aliénation de biens ou du contrôle d'une filiale est visée par ce régime (art. 273 L.S.A.).

11. DROIT AU RACHAT DES ACTIONS

En admettant que l'auteur du gel obtienne ainsi l'autorisation des actionnaires pour la vente des éléments d'actif de la compagnie, par résolution spéciale (c'est-à-dire adoptée par au moins les deux tiers des voix exprimées lors d'une assemblée des actionnaires habiles à voter), qu'advient-il des actionnaires qui se seraient opposés à cette aliénation des biens de la compagnie? Dans le cas d'un gel de succession, qu'advierait-il des actions détenues par le ou les enfants qui se seraient opposés à la vente de l'entreprise exploitée par la compagnie visée par le gel?

Encore une fois, c'est un chapitre entièrement nouveau de la *Loi sur les sociétés par actions* qui répond à cette question.

Il s'agit du chapitre XIV intitulé « Droit au rachat d'actions »⁸⁴. Essentiellement, ce chapitre introduit dans notre droit des compagnies québécoises le « droit de dissidence » de l'article 190 L.C.S.A.⁸⁵.

⁸⁴ Art. 372 à 397 L.S.A.

⁸⁵ Pour plus de détails sur ce nouveau chapitre XIV traitant du droit au rachat d'actions, voir P. MARTEL, *op. cit.*, note 16, pp. 121 à 127, art. 372-398 L.S.A.

Ainsi, tout actionnaire ayant voté contre l'adoption d'une résolution spéciale « autorisant une aliénation de biens de la société » serait en droit d'exiger le rachat par la compagnie de la totalité de ses actions, à la condition cependant que « par suite de cette aliénation, la société ne peut poursuivre des activités substantielles »⁸⁶.

Cela voudrait dire que, contrairement à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* où il suffit de s'opposer à l'aliénation de biens par la compagnie (ou même de s'abstenir de se prononcer à ce sujet), pour donner ouverture au droit de dissidence, en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions*, le détenteur d'actions avec droit de vote doit non seulement voter contre la résolution, mais de plus cette aliénation doit être suffisamment importante pour que la compagnie ne puisse plus poursuivre d'activités substantielles par suite de cette aliénation.

Si pour pouvoir exercer le droit au rachat, un actionnaire doit nécessairement voter contre la résolution d'aliénation, qu'en est-il d'un actionnaire dont les actions sont sans droit de vote? La *Loi sur les sociétés par actions* accorde aux détenteurs d'actions sans droit de vote le droit au rachat dans certains cas, dont celui de l'aliénation des biens de la compagnie empêchant cette dernière de poursuivre des activités substantielles⁸⁷.

Afin qu'un actionnaire détenteur d'actions avec ou sans droit de vote sache qu'une résolution, dont l'adoption nécessite une convocation en assemblée des actionnaires, est susceptible d'ouvrir droit au rachat d'actions, il doit être fait mention de cette possibilité dans l'avis de convocation de l'assemblée en question⁸⁸.

L'actionnaire ne détenant pas d'actions avec droit de vote qui a l'intention d'exercer le droit au rachat de ses actions doit en aviser la compagnie au plus tard 48 heures avant l'assemblée convoquée pour adopter la résolution susceptible de donner ouverture au droit au rachat⁸⁹.

⁸⁶ Art. 372, par. 3^o (1^{er} al.) L.S.A.

⁸⁷ Art. 372 (2^e al.) et art. 375 (3^e al.) L.S.A.

⁸⁸ Art. 375 (1^{er} al.) L.S.A. : la mesure visée par la résolution n'est pas invalide au seul motif de l'absence de cette mention dans l'avis de convocation (art. 375 (2^e al.) L.S.A.).

⁸⁹ Art. 376 (2^e al.) L.S.A.

12. CODIFICATION DE LA CLAUSE DE « RESTRICTION SUR LES SORTIES DE FONDS »

Tout bon fiscaliste sait que lorsqu'il doit prévoir des actions privilégiées de gel, de roulement ou de cristallisation, on doit y retrouver une clause protégeant ces actions privilégiées de toute sortie de fonds, en dividende ou en paiement de l'achat ou du rachat d'autres catégories d'actions, qui ferait en sorte que la valeur de réalisation de l'actif net de la compagnie ne soit plus suffisante pour pouvoir acheter ou racheter les actions privilégiées de gel, de roulement ou de cristallisation à leur pleine valeur de rachat.

C'est ce que les fiscalistes appellent la clause de « restriction sur les sorties de fonds ».

Cette clause est en quelque sorte maintenant codifiée en partie dans la *Loi sur les sociétés par actions*, qui prévoit que « la société ne peut faire aucun paiement en vue d'acheter ou de racheter des actions lorsque ce paiement la rendrait incapable, en cas de liquidation, de verser les sommes nécessaires au paiement des actions prioritaires ou concurrentes aux actions ainsi achetées ou rachetées »⁹⁰.

Dans son ouvrage⁹¹, Paul Martel mentionne que cette règle de l'article 96 L.S.A. reprend, en termes simplifiés, celle des articles 123.53 à 123.55 L.C.; comme par le passé, elle vise à protéger le rang de paiement entre les catégories d'actions. Cependant, la règle prévue à l'article 96 L.S.A. est différente de celle des articles 123.53 à 123.55 L.C. en ce que :

- elle ne vise plus seulement les actions « rachetables », mais bien toutes les actions;
- elle peut être écartée par la renonciation des détenteurs d'actions prioritaires ou concurrentes, si aux termes de cette renonciation la compagnie demeure, après le paiement, en mesure de désintéresser les autres détenteurs de ces actions;
- elle ne fait pas appel aux notions de « valeur comptable » ou de « valeur de réalisation » de l'actif⁹².

⁹⁰ Art. 96 L.S.A.

⁹¹ P. MARTEL, *op. cit.*, note 16, pp. 36 et 37, art. 96.

⁹² *Id.*, note 33.

Par contre, l'article 96 L.S.A. ne traite que des sorties de fonds en vue de l'achat ou du rachat d'actions. Il ne parle pas des sorties de fonds en dividende sur les actions. Qui plus est, la *Loi sur les sociétés par actions* n'a pas repris le « test comptable » anciennement jumelé au « test de solvabilité » pour la déclaration et le paiement d'un dividende⁹³. Ainsi, le conseil d'administration n'a même plus à se préoccuper du fait que le versement d'un dividende pourrait faire en sorte que la valeur de l'actif (qu'il s'agisse de la valeur comptable, ou même de la valeur de réalisation) de la compagnie devienne inférieure au total de son passif et de son compte de capital-actions émis et payé. Au plus, doit-il s'assurer que la déclaration ou le paiement du dividende n'empêchera pas la compagnie d'acquitter son passif à échéance⁹⁴.

Il restera donc de mise, plus que jamais, de prévoir une clause de « restriction sur les sorties de fonds » pour protéger les actions privilégiées de gel, de roulement ou de cristallisation contre des dividendes versés aux détenteurs d'actions prenant rang après ces actions privilégiées.

13. RECOURS EN RECTIFICATION?

Il existe, en common law, la possibilité d'obtenir une rectification à une opération comportant une erreur.

Au Québec, la rectification d'erreur doit se plier aux principes et aux règles édictées par le *Code civil du Québec*⁹⁵ en matière d'annulation ou de correction pour cause d'erreur. Seule l'erreur matérielle peut faire l'objet d'une correction, et non pas une erreur portant sur un élément essentiel⁹⁶.

Selon un auteur⁹⁷, par erreur matérielle, il faut comprendre une faute dans le choix des termes employés ou une faute qui a fait dire autre chose

⁹³ Le nouvel article 104 L.S.A. ne comprend pas l'ancien article 123.70, par. 2° L.C.

⁹⁴ Art. 104 L.S.A. : les administrateurs demeurent solidairement tenus de restituer à la compagnie les sommes en cause qu'elle n'a pas recouvrées à la suite du versement d'un dividende qu'ils ont autorisé en violation de l'article 104 L.S.A. : par. 156 4) L.S.A.

⁹⁵ L.Q. 1991, c. 64.

⁹⁶ Pour plus de détails sur cette question, voir Marc DUVAL, « Mise à jour concernant l'annulation pour cause d'erreur et la rectification au Québec », (2010), vol. 30, n° 1 *Revue de planification fiscale et financière* 37-76.

⁹⁷ Nicolas VERMEYS, « Le poids des virgules – Étude sur l'impact des erreurs matérielles en droit des contrats », (2006), vol. 66 *R. du B.* 291-332, à la page 297; (à suivre...)

aux termes que ce qu'on a voulu exprimer; en un mot, c'est un lapsus qui comprend non seulement certaines omissions involontaires et les fautes de rédaction proprement dites, mais aussi les erreurs de calcul.

Certains voient dans un nouveau recours en correction d'erreur prévu à la *Loi sur les sociétés par actions*⁹⁸ une forme de recours en rectification.

Ce nouveau recours permet au tribunal, à la demande de toute personne intéressée (tel un fiscaliste qui aurait commis une erreur?), de rendre toute ordonnance appropriée afin qu'une erreur soit corrigée ou pour modifier les conséquences juridiques d'une telle erreur, ou encore pour valider tout acte vicié en raison d'une telle erreur.

Le tribunal peut notamment, dans ce cadre, donner toute directive qu'il estime nécessaire⁹⁹.

Le mot « erreur », aux fins d'application de ce recours en correction, 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 compagnie et qui entraîne :

- 1) la violation d'une disposition de la *Loi sur les sociétés par actions*, de la *Loi sur les compagnies* ou d'un règlement pris en vertu de l'une de ces lois;
- 2) un défaut de conformité par rapport aux statuts ou au règlement intérieur de la compagnie, 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 (bref, l'inobservation d'une résolution adoptée au sein de la compagnie).

(...suite)

dans ce texte sur les erreurs matérielles, l'auteur reprend certains des propos de la Cour d'appel (alors la Cour du Banc de la Reine) dans l'affaire *Potvin c. Gagnon*, [1967] B.R. 300.

⁹⁸ Art. 458 et 459 L.S.A. : ce nouveau recours est inspiré de l'article 229 B.C.B.C.A. Voir Alain RANGER, « La nouvelle *Loi sur les sociétés par actions* du Québec : analyse fiscale pour les non-fiscalistes », dans *Journées d'études fiscales*, 10 juin 2010, Association canadienne d'études fiscales, Association du Barreau canadien et Université McGill, Faculté de droit, 15 pages, aux pages 13 et 14.

⁹⁹ Art. 458 (1^{er} al.) L.S.A.

Force est de constater que l'erreur dont on parle est avant tout une erreur liée à la notion de compagnie et au fonctionnement de celle-ci, c'est-à-dire ayant trait à la loi traitant de compagnies, à des statuts ou règlements d'une compagnie, à des résolutions prises au sein d'une compagnie ou à une convention unanime d'actionnaires d'une compagnie.

Jusqu'à quel point pourra-t-on étirer cette demande de correction à une erreur « fiscale »?

Qui sait? Ce nouveau recours pourrait s'avérer fort utile pour les fiscalistes malgré sa connotation liée à la compagnie elle-même, car souvent l'erreur fiscale découle d'une opération de la compagnie.

Prenons, par exemple, le cas d'un choix excédentaire de compte de dividendes en capital (« CDC »)¹⁰⁰ que l'on voudrait annuler. Comme un tel choix découle d'un dividende, opération purement liée au fonctionnement de la compagnie, ne pourrait-on pas dire que le dividende a été déclaré par méprise et qu'il entraîne l'inobservation d'une décision prise par le conseil d'administration, soit la déclaration d'un dividende libre d'impôt¹⁰¹?

Ou encore, pensons à un roulement de biens à une compagnie où la contrepartie en « billet » ou en « actions » est erronée et donne un résultat indésirable. Pourrait-on rectifier une telle erreur par le biais de la partie liée au fonctionnement de la compagnie de ce roulement, soit la résolution autorisant l'émission d'actions ou celle autorisant la remise d'un billet?

¹⁰⁰ Par. 83(2) L.I.R.

¹⁰¹ La version anglaise de la loi considère qu'une erreur s'entend notamment d'une méprise « [...] as a result of which [...] an action approved or decision made by [...] the board of directors [...] has been rendered ineffective ». Il me semble que le mot « ineffective » n'a pas tout à fait le même sens que le mot « inobservation » d'une mesure ou d'une décision, tel qu'il est mentionné dans la version française. Si « ineffective » signifiait plutôt « sans résultat », « inefficace » ou « sans effet », on pourrait plus facilement dire que la décision du conseil d'administration de déclarer un dividende se voulant libre d'impôt n'a pas donné le résultat escompté, puisqu'il serait en tout ou en partie imposable par suite d'un mauvais calcul du CDC. Mais déjà ce genre d'erreur était assez facile à régler, lorsque le remède recherché était l'annulation du dividende du CDC pour cause d'erreur sur un élément essentiel (que le dividende soit non imposable), ce qui viciait le consentement des parties à la déclaration de ce dividende. Les difficultés surviennent lorsque ce n'est pas l'annulation du dividende qui est souhaitée, mais la correction du montant du dividende. Ce nouveau recours en correction d'erreurs ouvrira peut-être de nouvelles avenues.

Si l'erreur est purement de nature fiscale, sans composante liée au fonctionnement de la compagnie, nous voyons mal en quoi le nouveau recours en correction d'erreur de la *Loi sur les sociétés par actions* pourra être utile.

Par contre, si l'on parvient à raccrocher l'erreur fiscale à une erreur liée au fonctionnement de la compagnie, peut-être pourra-t-on demander au tribunal, dans son ordonnance de correction ou de modification des conséquences juridiques d'une telle erreur, d'aller au-delà des correctifs purement liés au fonctionnement de la compagnie sur la base que le tribunal peut, dans le cadre de son ordonnance de correction, « donner toute directive qu'il estime nécessaire ». Ainsi, dans l'exemple ci-dessus d'un roulement de biens à la compagnie, si le tribunal accorde la correction d'une erreur dans la résolution autorisant l'émission d'actions, pourra-t-il donner la directive aux autorités fiscales d'accepter la correction des formulaires de roulement contenant la même erreur?

Le tribunal, avant de rendre une ordonnance de correction d'une erreur, doit prendre en considération les effets qu'elle pourrait avoir sur :

- la compagnie concernée;
- ses administrateurs;
- ses dirigeants;
- ses créanciers; et
- ses actionnaires¹⁰².

De plus, à moins que le tribunal n'en décide autrement, une telle ordonnance ne peut porter atteinte aux droits d'un tiers sans que ce dernier ait été avisé de l'erreur visée par l'ordonnance¹⁰³.

¹⁰² Art. 459 (1^{er} al) L.S.A.

¹⁰³ Art. 459 (2^e al.) L.S.A. : sans doute l'Agence du revenu du Canada et/ou Revenu Québec seraient considérés comme des tiers intéressés devant (pouvant) être avisés si l'ordonnance avait un effet fiscal quelconque.

Il ne reste plus qu'à attendre le résultat des demandes de correction d'erreur qui seront certainement soumises au tribunal dès que l'entrée en vigueur de la *Loi sur les sociétés par actions* le permettra.

CONCLUSION

On ne peut que remercier les concepteurs de la nouvelle *Loi sur les sociétés par actions* du Québec pour leur ouverture d'esprit et leur volonté, non seulement à résister aux courants propagés par les lois d'autres juridictions et à conserver certaines particularités de notre droit des compagnies (telles les actions avec valeur nominale, l'émission d'actions impayées suivie d'un appel de versements), mais à retenir les meilleures idées de ces autres juridictions (tels les fractions d'actions, les dividendes en actions, l'incense corporatif temporaire, la fixation d'une heure en plus d'une date aux statuts, la correction de statuts par un représentant, la correction d'erreurs par le tribunal, etc.) aux fins de cette loi.

Nul doute : ces « accommodements raisonnables », accordés aux fiscalistes par la *Loi sur les sociétés par actions*, ne feront pas partie de ceux dont on s'offusque.

PANEL SUR LES PLANIFICATIONS FISCALES ABUSIVES



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



Christian Meighen
Avocat, LL.M. fisc., associé
Stikeman Elliott s.e.n.c.r.l., s.r.l.
Avocats



Normand Davidson
Directeur
Direction de la lutte contre
les planifications fiscales abusives
Revenu Québec

Bernard Nolan
Avocat, M. Fisc.
Direction de l'interprétation
relative aux entreprises
Revenu Québec

TABLE DES MATIÈRES

QUESTION 1 – DÉLAI DE PRODUCTION DE LA DÉCLARATION DE RENSEIGNEMENTS	3:3
QUESTION 2 – PÉNALITÉ AUX PROMOTEURS	3:9
QUESTION 3 – DÉFENSE DE DILIGENCE RAISONNABLE.....	3:16
QUESTION 4 – OBLIGATION DE DIVULGATION.....	3:21
QUESTION 5 – RENVERSEMENT D’UNE POSITION ANTÉRIEURE	3:26

QUESTION 1 – DÉLAI DE PRODUCTION DE LA DÉCLARATION DE RENSEIGNEMENTS*

Question A

Comment Revenu Québec entend-il administrer la question du délai de production de la divulgation dans le contexte où la définition du concept de série d'opérations peut, dans certaines situations factuelles, être ambiguë, de sorte que, dans certaines circonstances, un contribuable pourrait avoir de la difficulté à déterminer quand une série d'opérations a débuté?

Réponse

L'article 1079.8.10 de la *Loi sur les impôts*¹ proposé par l'article 186 du Projet de loi 96² présenté à l'Assemblée nationale le 11 mai 2010 prévoit le délai de production de la déclaration de renseignements d'un contribuable dans laquelle il fait une divulgation qui est soit obligatoire, soit préventive et qui vise une opération.

Aux fins du délai de production, il y a lieu de distinguer selon que la divulgation est obligatoire ou préventive.

Divulgation obligatoire

Lorsque la divulgation est obligatoire, cela suppose que le contribuable ou, le cas échéant, la société de personnes dont il est membre, a réalisé une opération comportant une rémunération conditionnelle ou une opération confidentielle au cours d'une année d'imposition ou d'un exercice financier, selon que l'opération a été réalisée par le contribuable ou la société de personnes. Il convient de mentionner que les dispositions de l'article 1079.8.5 ou 1079.8.6 L.I. proposé ne s'appliquent que si l'opération résulte directement ou indirectement :

* M^e Christian Meighen travaille maintenant pour McCarthy Tétrault s.e.n.c.r.l., s.r.l.

¹ L.R.Q., c. I-3 et mod. (« L.I. »).

² *Loi modifiant la Loi sur les impôts, la Loi sur la taxe de vente du Québec et d'autres dispositions législatives*, Projet de loi 96, 11 mai 2010. Dans ce texte, les positions émises sont basées sur des modifications législatives telles qu'elles ont été présentées le 11 mai 2010 dans le Projet de loi 96. Elles sont rendues sous réserve que ces modifications entrent en vigueur telles qu'elles ont été présentées.

- dans le cas où l'opération est réalisée par le contribuable, soit en un avantage fiscal de 25 000 \$ ou plus pour le contribuable, soit en une incidence sur le revenu³ de celui-ci de 100 000 \$ ou plus, pour l'année d'imposition;
- dans le cas où l'opération est réalisée par la société de personnes, en une incidence sur le revenu de la société de personnes de 100 000 \$ ou plus pour l'exercice financier.

Le contribuable qui réalise, dans une année d'imposition, une opération comportant une rémunération conditionnelle ou une opération confidentielle doit, dans une déclaration de renseignements, la divulguer au ministre du Revenu. Selon les dispositions de l'article 1079.8.10 L.I. proposé cette déclaration de renseignements doit être transmise au plus tard à la date de production qui lui est applicable pour l'année d'imposition pour laquelle la divulgation est requise.

Si l'opération est réalisée par une société de personnes, la déclaration doit être transmise au plus tard le jour où ses membres :

- sont tenus de produire une déclaration de renseignements relative à l'exercice financier pour lequel la divulgation est requise; ou
- seraient tenus de produire une telle déclaration pour cet exercice financier si le ministre n'y avait renoncé.

Lorsqu'un contribuable ou un membre de la société de personnes omet de transmettre conformément à l'article 1079.8.5 ou 1079.8.6 L.I. proposé une déclaration de renseignements au regard d'une opération dans le délai prévu à l'article 1079.8.10 L.I. proposé, cette omission entraîne la suspension du délai de prescription à l'égard des conséquences fiscales résultant d'une opération confidentielle ou comportant une rémunération conditionnelle (art. 1079.8.15 L.I. proposé). De plus, le contribuable ou la société de personnes, selon le cas, encourt une pénalité de 10 000 \$ ainsi qu'une pénalité de 1 000 \$ par jour, à compter du deuxième jour que dure l'omission (art. 1079.8.13 L.I. proposé). Cette pénalité ne pourra pas excéder 100 000 \$ relativement à cette opération.

³ Voir l'article 1079.8.4 L.I. proposé, qui établit les règles permettant de déterminer l'incidence sur le revenu résultant d'une opération.

La suspension du délai de prescription ne sera levée à l'égard des conséquences fiscales découlant de cette opération que si une déclaration de renseignements portant sur celle-ci est transmise au ministre (par. *a* de l'article 1079.8.15 L.I. proposé). Cette déclaration devra contenir les renseignements prévus à l'article 1079.8.9 L.I. proposé.

Divulgaration préventive

Les dispositions de l'article 1079.8.7 L.I. proposé prévoient que le contribuable peut produire une divulgation dite « préventive » et, s'il choisit de le faire, la déclaration de renseignements doit être transmise au ministre du Revenu conformément aux dispositions de l'article 1079.8.9 L.I. proposé. La divulgation préventive porte sur l'opération dont le contribuable, ou une société de personnes dont il est membre, a commencé la réalisation dans une année d'imposition ou un exercice financier, selon le cas.

La divulgation préventive doit être faite au plus tard à la date d'échéance de production de la déclaration de revenus pour l'année d'imposition au cours de laquelle l'opération a débuté (art. 1079.8.10 L.I. proposé). La divulgation préventive produite lorsque la série d'opérations est terminée sera considérée comme tardive (sauf si la série d'opérations s'est terminée avant la date d'échéance susmentionnée). Ainsi, un délai de trois ans sera ajouté à la période normale de prescription pour établir une nouvelle cotisation fondée sur l'application de la règle générale antiévitement (« RGAÉ ») (art. 1079.15.1 L.I. proposé). Les pénalités prévues aux articles 1079.13.1 et 1079.13.2 L.I. proposés seraient toutefois inapplicables pour autant que la production tardive réponde aux conditions se rapportant aux divulgations volontaires.

Problématique liée à la divulgation préventive

Donc, la divulgation doit être produite dans l'année d'imposition ou au cours de l'exercice financier dans lequel l'opération est réalisée, lorsqu'il s'agit d'une divulgation obligatoire, ou dans l'année d'imposition ou au cours de l'exercice financier dans lequel l'opération a débuté lorsqu'il s'agit d'une divulgation préventive.

Nous comprenons donc que la question porte sur la divulgation préventive puisque l'on demande à Revenu Québec comment il entend administrer la question du délai de production de la divulgation lorsqu'il peut être difficile de déterminer si une opération fait partie d'une série d'opérations et, par conséquent, de déterminer le début de la série d'opérations.

Ce qu'on doit entendre par une « opération »

La notion d'opération retenue aux fins de ces mesures a le sens étendu que lui donne l'article 1079.9 L.I. Ainsi, cette notion comprend aussi un arrangement ou un événement. Une opération a été judiciairement définie comme étant « une démarche de l'esprit, acte ou série d'actes supposant réflexion et combinaison de moyens en vue d'obtenir un résultat »⁴.

Un « arrangement » a été judiciairement défini comme décrivant « quelque chose de moins qu'un contrat obligatoire ou une entente, quelque chose qui est de la nature d'un commun accord – un plan convenu mais qui n'a pas de force exécutoire en vertu de la loi et donc des arrangements qui ne sont pas contractuellement obligatoires »⁵.

Un « événement » a été judiciairement défini comme étant « quelque chose qui survient »⁶.

Ce qu'on doit entendre par une « série d'opérations »

Une série d'opérations a été judiciairement définie comme comportant un certain nombre d'opérations, dont l'ordre ou la séquence est déterminé d'avance (*preordained*) de façon à produire un résultat déterminé alors qu'« il n'existait aucune probabilité pratique que les événements planifiés d'avance ne se produiraient pas dans l'ordre envisagé »⁷.

Par ailleurs, la notion élargie de série d'opérations prévue par l'article 1.5 L.I. sera applicable aux mesures relatives à la déclaration préventive. Suivant cette notion élargie, une « série d'opérations » comprend les opérations et les événements liés en vue de réaliser la série. Ce sera le cas quand les parties à l'opération étaient au courant de la série de façon qu'on puisse dire qu'elles en avaient tenu compte lorsqu'elles ont décidé de terminer l'opération. Par ailleurs, les mots « en vue de réaliser » ont été judiciairement définis comme voulant dire « en raison de » ou « relativement à »⁸.

⁴ *Desrosiers c. La Reine*, 75 D.T.C. 5298, 5302 et 5303 (C.F. 1^{re} inst.).

⁵ *Mort (CL) c. Canada*, 93 D.T.C. 5058, 5063 et 5064 (C.F. 1^{re} inst.).

⁶ *RCP Inc. c. MRN*, (1986) 1 C.F. 1^{re} inst. 485, 488 et 489 (« RCP »).

⁷ *La Reine c. Hypothèques Trustco Canada*, 2005 CSC 54, par. 25.

⁸ Voir *RCP*, précité, note 6, par. 26.

Opération faisant partie d'une « série d'opérations »

Compte tenu de ce qui précède, la question de savoir si une opération fait partie d'une série d'opérations est avant tout une question factuelle qui ne peut être résolue qu'en tenant compte de tous les éléments propres à chaque affaire. Au-delà des enseignements de la jurisprudence en la matière, Revenu Québec ne peut pas établir de critères précis pour déterminer si une opération fait partie d'une série d'opérations, sinon que de s'en remettre aux éléments mentionnés précédemment, notamment qu'une série d'opérations comprend les opérations et les événements liés en vue de réaliser cette série.

Pour répondre plus précisément à la question, supposons qu'un contribuable est d'avis qu'une opération a débuté dans une année d'imposition et qu'elle fait partie d'une série d'opérations. Ce contribuable transmet au ministre, au plus tard à la date d'échéance de production qui est applicable pour cette année d'imposition, une déclaration de renseignements qui vise la série d'opérations. Si, à la suite de l'analyse de la déclaration de renseignements, Revenu Québec est d'avis que la série d'opérations a débuté dans cette année d'imposition, sous réserve des autres règles régissant la production d'une telle déclaration, la divulgation préventive aura pour effet d'empêcher la prolongation du délai de prescription et l'application d'éventuelles pénalités.

Par contre, si Revenu Québec est d'avis que la série d'opérations a débuté dans une année d'imposition antérieure à celle à l'égard de laquelle le contribuable a transmis une déclaration de renseignements, la divulgation préventive pourra être considérée comme une divulgation volontaire, pour autant que les conditions se rapportant à une telle divulgation soient remplies. Le ministère bénéficierait alors du délai additionnel de trois ans pour déterminer si la RGAÉ s'applique, mais les pénalités prévues aux articles 1079.13.3 et 1079.13.2 L.I. proposés ne s'appliqueraient plus.

Question B

Est-ce que le contribuable peut faire la divulgation seulement lorsque la série d'opérations est terminée?

Réponse

Au regard de la difficulté qui est soulevée quant à la détermination du début d'une série d'opérations, Revenu Québec convient que cette détermination peut être ardue dans certains cas.

Revenu Québec tient cependant à faire observer que la politique fiscale qui sous-tend ces mesures de planifications fiscales abusives (« PFA ») n'a pas pour objectif premier d'obtenir des prolongations de délai ou d'imposer des pénalités.

Les mécanismes de divulgation qui ont été mis en place visent plutôt à permettre à l'administration fiscale de déceler rapidement les planifications fiscales qui, malgré le fait qu'elles respectent le strict libellé de la législation fiscale, ne correspondent pas à l'objet et à l'esprit de cette législation.

Ces mécanismes de divulgation ne sont pas une finalité en soi, mais un moyen retenu par les autorités gouvernementales pour obtenir de l'information afin d'assurer le respect de l'objet et de l'esprit de la législation fiscale et de soutenir l'intégrité du régime fiscal.

Dans ce contexte, il serait à tout le moins surprenant que Revenu Québec s'attarde de façon excessive à la détermination du moment où débute la série d'opérations afin d'obtenir une prolongation de délai.

De façon générale, si le délai dans lequel la divulgation peut être considérée comme une divulgation volontaire (la déclaration de renseignements n'ayant pas été produite dans le délai prévu à l'article 1079.8.7 L.I. proposé) permet tout de même à Revenu Québec de faire les vérifications nécessaires dans les délais que lui octroient les règles normales de prescription, Revenu Québec aura tout intérêt à faire ses travaux à l'intérieur de ces délais, de façon à éviter tout débat sur le délai additionnel de trois ans qui est ajouté à la période normale de prescription pour établir une nouvelle cotisation fondée sur l'application de la RGAÉ (art. 1079.15.1 L.I. proposé).

En revanche, Revenu Québec pourrait s'en remettre aux délais additionnels de prescription introduits par le Projet de loi n° 96 lorsque, par exemple, un contribuable produit une déclaration après le fait, c'est-à-dire lorsque la déclaration est effectuée dans une année d'imposition au regard d'une série d'opérations et que l'avantage fiscal découlant de cette série s'est matérialisé dans une année d'imposition antérieure.

Question C

Est-ce que Revenu Québec sera réceptif à des demandes d'allègement au regard de l'imposition des pénalités lorsque la situation ne permettait pas au contribuable (en raison, par exemple, de l'état de droit à cet égard) de déterminer la date du début d'une série d'opérations?

Réponse

Les commentaires qui suivent portent à la fois sur la pénalité applicable dans les cas d'une cotisation RGAÉ pour un contribuable, la pénalité pour omission de produire la divulgation obligatoire et la pénalité au promoteur.

Comme nous l'avons précisé précédemment, les mécanismes de divulgation qui ont été mis en place visent à permettre à l'administration fiscale de déceler rapidement les planifications fiscales qui ne correspondent pas à l'objet et à l'esprit de la législation fiscale et non pas à imposer des pénalités.

D'ailleurs, de façon à encourager les divulgations volontaires, Revenu Québec n'entend pas imposer ces pénalités dans la mesure où il conclut que la divulgation respecte les conditions d'application qui se rapportent aux divulgations volontaires.

Par conséquent, un contribuable ou un membre d'une société de personnes qui produit, sans être sollicité par les autorités fiscales, une déclaration de renseignements (obligatoire ou préventive) au-delà de la date de production qui lui était applicable serait, conformément à la politique de divulgation volontaire, soustrait aux pénalités qui auraient été par ailleurs applicables. Conformément aux principes énoncés en matière de divulgations volontaires, il faudrait que le contribuable ou l'un des membres de la société de personnes transmette le Formulaire TP-1079.DI⁹ dûment rempli, et ce, dans un délai raisonnable pour que nous puissions y donner suite de manière adéquate.

QUESTION 2 – PÉNALITÉ AUX PROMOTEURS

Mise en contexte

Selon la définition de l'expression « promoteur » prévue au premier alinéa de l'article 1079.9 L.I., tel qu'il a été modifié, trois conditions doivent être réunies pour qu'une personne ou une société de personnes puisse être qualifiée de promoteur d'une opération ou d'une série d'opérations :

- elle commercialise l'opération ou la série d'opérations, en fait la promotion ou soutient sa croissance ou l'intérêt qu'elle suscite;

⁹ REVENU QUÉBEC, *Formulaire* TP-1079.DI, « Divulgation obligatoire ou préventive d'une planification fiscale », avril 2010.

- elle est rémunérée pour cette commercialisation, cette promotion ou ce soutien;
- il est raisonnable de considérer qu'elle exerce un rôle important dans cette commercialisation, cette promotion ou ce soutien.

Précisons qu'un employé, autre qu'un employé déterminé, d'une personne ou d'une société de personnes n'est pas considéré comme exerçant un rôle important dans la commercialisation, la promotion ou le soutien de l'opération ou la série d'opérations par la personne ou la société de personnes. De plus, la conduite de l'employé est réputée celle de la personne ou de la société de personnes (par. b) de l'article 1079.9 (3^e al.) L.I., tel qu'il a été modifié).

Question A

Est-ce que Revenu Québec pourrait donner des exemples de situations qui seraient visées par ces expressions :

- « commercialise une opération »;
- « en fait la promotion »;
- « soutient autrement sa croissance ou l'intérêt qu'elle suscite »?

Réponse

Ces expressions, qui se rapportent au domaine de la commercialisation, ne sont pas définies dans la *Loi sur les impôts*. Elles doivent donc s'entendre dans leur sens usuel ou courant. En attendant de pouvoir nous en remettre à une éventuelle interprétation judiciaire de ces expressions, nous croyons utile de faire les commentaires qui suivent.

L'expression « conseiller », qui est définie au premier alinéa de l'article 1079.8.1 L.I. proposé comporte deux types d'activités. Le premier fait référence à l'aide, à l'assistance ou aux conseils relativement à la conception ou à la mise en œuvre d'une opération. Quant au second, il se réfère à la commercialisation ou à la promotion d'une opération.

Il y a donc lieu de distinguer entre les activités d'un conseiller, selon qu'il agit ou non à titre de promoteur. Dans un premier temps, un conseiller ne commercialise pas une opération ni n'en fait la promotion du seul fait

qu'il a formulé des conseils relativement à celle-ci, et ce, même si cette opération peut être qualifiée d'opération d'évitement. De même, le conseiller ne commercialise pas une opération ni n'en fait la promotion du seul fait qu'il élabore une planification à la demande d'un client ou qu'il la met en œuvre¹⁰.

Un conseiller commercialise une opération ou en fait la promotion lorsque son comportement vise à encourager ou favoriser une PFA. Par exemple, un conseiller pourrait être qualifié de promoteur lorsque, de façon systématique et soutenue, il commercialise une PFA ou soutient sa croissance ou encore l'intérêt qu'elle suscite.

De plus, il faut que cette commercialisation ou ce soutien fasse l'objet d'une rétribution qui va au-delà de la rémunération des services rendus dans l'élaboration ou la mise en place de cette planification.

Question B

Dans chacune des situations suivantes, le ministère peut-il nous indiquer si, à son avis, le(s) professionnel(s) concerné(s) se qualifie(nt) à titre de promoteur? Dans chacune des situations présentées, formulons l'hypothèse qu'aucune divulgation n'a été produite et que le ministère a eu gain de cause dans l'application de la RGAÉ et de la pénalité prévue à l'article 1079.13.1 L.I. proposé.

Situation 1

M. X, conseiller fiscal d'expérience dans un cabinet privé, reçoit un appel d'un de ses clients qui lui demande son opinion quant à l'applicabilité de la RGAÉ à une planification fiscale proposée par un professionnel exerçant dans un cabinet concurrent. Après une analyse approfondie du dossier, M. X confirme l'opinion du professionnel ayant proposé la planification en concluant également que la RGAÉ ne devrait pas trouver application. Fort de cette seconde opinion, le client décide d'implanter la planification.

¹⁰ QUÉBEC, ministère des Finances, *Les planifications fiscales agressives : document de consultation*, 30 janvier 2009.

Réponse

D'entrée de jeu, nous devons préciser que c'est avant tout une question de fait que de déterminer si une personne ou une société de personnes agit ou non en tant que promoteur.

Nous comprenons que ce n'est pas à l'initiative du conseiller fiscal que le service fiscal est rendu mais plutôt à la demande du client. Il est donc difficile de conclure, dans le contexte qui nous est soumis, qu'une personne est considérée comme commercialisant une opération ou une série d'opérations lorsqu'elle est sollicitée pour donner une opinion sur l'application ou non de la RGAÉ, dans la mesure évidemment où il n'y a pas collusion entre les conseillers fiscaux.

Pour ce qui est d'émettre une opinion ayant pour seul objet l'inapplication de la RGAÉ, cela ne constitue pas en soi la promotion ou le soutien d'une opération ou d'une série d'opérations, même si cette opinion favorable peut inciter le contribuable à aller de l'avant avec cette opération ou série d'opérations.

Par contre, il convient de préciser qu'un document dans lequel une planification est proposée et qui comprend, par ailleurs, une rubrique sur l'inapplication de la RGAÉ pourrait être considéré comme un outil de promotion.

Par ailleurs, il convient de noter que plus d'une personne peut exercer un rôle important au regard d'une opération ou série d'opérations. Par conséquent, si une opinion était émise afin de soutenir une opération ou une série d'opérations ou de convaincre du bien-fondé de celle-ci, nous pourrions conclure que l'auteur de cette opinion agit en tant que promoteur, pour autant que l'auteur de cette opinion ait exercé un rôle important pour soutenir cette opération ou série d'opérations.

Situation 2

MM. X, Y et Z, tous trois associés du même cabinet de professionnels et exerçant dans plusieurs villes du Québec, ont chacun proposé une planification fiscale quasi identique à leurs clients respectifs. MM. X, Y et Z ne se sont consultés d'aucune façon avant de proposer la planification à leurs clients respectifs.

Réponse

Nous sommes d'avis que le fait que les trois associés d'un même cabinet de professionnels ne se soient pas consultés avant de proposer à leur client respectif une planification semblable aux deux autres planifications ne crée pas nécessairement un obstacle pour conclure si chacun d'entre eux ou la société de personnes est un promoteur.

Situation 3

M. X est consulté par l'un de ses clients à l'occasion de l'acquisition par l'entreprise de ce dernier d'une entreprise concurrente. Dans le cadre de l'exécution de son mandat, M. X propose une stratégie permettant de structurer l'acquisition de façon efficiente sur le plan fiscal. Le client de M. X envisage sérieusement d'implanter la planification mais demande au préalable une opinion émanant de M. X quant à l'inapplication de la RGAÉ. M. X rend une opinion positive à cet égard et la stratégie est finalement mise en place. M. X agit-il à titre de promoteur? La réponse est-elle différente si M. X n'émet pas d'opinion sur l'applicabilité de la RGAÉ?

Réponse

Compte tenu des éléments soumis dans la question, il nous est difficile d'établir de façon affirmative si M. X agit ou non en tant que promoteur. Comme nous l'avons indiqué précédemment, c'est avant tout une question de fait que de déterminer si une personne ou une société de personnes agit en qualité de promoteur.

Au regard de deux planifications semblables, il se pourrait que, dans la première, nous puissions conclure qu'une personne ou une société de personnes a agi en tant que promoteur alors que, dans la seconde, ce constat soit impossible. Selon la définition de l'expression « promoteur », tout repose sur les agissements d'une personne ou d'une société de personnes.

Le fait que M. X ait émis une opinion concluant à l'inapplication de la RGAÉ ne constitue pas en soi un élément indiquant qu'il agit en tant que promoteur, mais cet élément pourrait être pris en considération dans un ensemble de faits pour établir si M. X agit en tant que promoteur ou non.

Au regard des faits soumis, le fait que M. X n'ait pas émis d'opinion sur l'inapplication de la RGAÉ n'est pas un élément déterminant pour établir s'il a agi en tant que promoteur ou non.

Situation 4

Par le fruit du hasard, M. X est consulté par un nouveau client quelques mois après avoir mis en place la structure décrite dans la situation 3. La situation de son client actuel est étrangement semblable à celle du client ayant fait appel à ses services par le passé et ainsi M. X propose une structure quasi identique à celle proposée antérieurement à son autre client. Encore une fois, une opinion sur la RGAÉ est fournie par M. X et son nouveau client implante la planification. La réponse est-elle différente si M. X ne fournit pas d'opinion sur l'application de la RGAÉ?

Réponse

Si cet ensemble de faits était porté à la connaissance de Revenu Québec, nous pourrions nous demander si M. X a fait la promotion de l'opération ou de la série d'opérations, à défaut de pouvoir conclure qu'il a commercialisé celle-ci. Le fait que le client ait de son propre chef sollicité M. X au sujet de l'acquisition potentielle de l'entreprise d'un concurrent n'a pas pour effet d'atténuer la promotion qu'aurait pu faire M. X en vue de la mise en place de l'opération ou de la série d'opérations.

Quant à l'autre question, nous vous renvoyons à la réponse donnée à la situation 3.

Situation 5

M. X, conseiller fiscal pour plusieurs firmes de professionnels, décide de discuter avec chacun de ses clients de la possibilité de mettre en place une stratégie de fractionnement du revenu bien connue et utilisée depuis des années par plusieurs professionnels sans jamais avoir été contestée par les autorités fiscales au titre de la RGAÉ.

Réponse

On nous demande si une personne, M. X, qui serait un promoteur en raison de son rôle dans la promotion d'une opération de fractionnement, pourrait être soustraite de la pénalité au promoteur prévue à l'article 1079.13.2 L.I. proposé, et ce, du fait que l'opération de fractionnement était connue et utilisée depuis plusieurs années par plusieurs professionnels, sans avoir été contestée par les autorités fiscales.

D'entrée de jeu, il faut préciser que la pénalité au promoteur est nécessairement tributaire d'une pénalité qui incombe au contribuable pour

une opération d'évitement, ou une série d'opérations comprenant une telle opération, pour laquelle le promoteur, une personne ou une société de personnes à laquelle il est lié ou associé, a reçu ou est en droit de recevoir une rémunération.

Donc, il ne peut y avoir pénalité au promoteur que s'il y a rémunération pour une opération qui, n'eût été l'application de la RGAÉ, aurait permis à une personne de bénéficier d'un avantage fiscal.

Par conséquent, nous sommes d'avis que si M. X se qualifie de promoteur et qu'il y a eu rémunération pour l'opération ou la série d'opérations, alors le fait que l'opération de fractionnement ait été bien connue et utilisée depuis plusieurs années par plusieurs professionnels sans avoir été contestée par les autorités fiscales sur la base de la RGAÉ n'est pas pertinent en l'occurrence pour l'évaluation du statut de promoteur ni pour le calcul de la pénalité se rapportant à ce statut.

Situation 6

Lorsque le contribuable refuse de produire une divulgation auprès du ministère, est-ce que le professionnel peut divulguer l'opération de son client afin de se soustraire à la pénalité de l'article 1079.13.2 L.I.? Si oui, comment doit-il procéder?

Réponse

Selon qu'une divulgation doit être faite ou peut être faite, la responsabilité de produire une déclaration de renseignements au regard d'une opération ou d'une série d'opérations incombe au contribuable qui réalise l'opération ou la série d'opérations et non pas au professionnel.

Un professionnel qui suggère à son client de produire une déclaration de renseignements et qui essuie un refus de sa part pourrait se soustraire à la pénalité au promoteur s'il peut établir qu'il a fait preuve de diligence raisonnable.

Ce serait le cas, par exemple, si le professionnel transmettait à son client avant l'échéance de production de la déclaration de renseignements prévue à l'article 1079.8.9 L.I. proposé une lettre indiquant de façon claire et sans ambiguïté que le client devrait produire une telle déclaration de renseignements au regard de l'opération ou de la série d'opérations envisagée.

Par contre, une référence à la possibilité de produire une déclaration de renseignements ou la mention de l'état du droit en matière de divulgation dans une opinion fiscale n'établit pas, selon nous, que le professionnel a fait preuve de diligence raisonnable.

Finalement, nous croyons opportun de rappeler les commentaires du ministère des Finances qui soulignent que la relation entre un promoteur et son client repose sur une base contractuelle et, par conséquent, que le promoteur peut obtenir l'engagement écrit de son client à produire une divulgation préventive à l'égard de la planification réalisée¹¹. Dans l'éventualité où le promoteur n'aurait pas proposé à son client de prendre un tel engagement, nous serions d'avis qu'il n'a pas fait preuve de diligence raisonnable.

Situation 7

La pénalité au promoteur de l'article 1079.13.2 L.I. s'applique-t-elle au professionnel ou à son entreprise?

Réponse

Elle s'applique aux personnes ou sociétés de personnes, mais pas à l'employé, sauf un employé déterminé. Une société de personnes, comme nous l'avons déjà indiqué, peut dans certains cas être un promoteur, notamment, lorsqu'un employé de la société de personnes réunit toutes les conditions pour être un promoteur, mais aussi lorsque la conduite d'un associé qui agit pour le compte de la société de personnes permet d'établir que cette dernière peut être qualifiée de promoteur. Il convient notamment de se demander qui a reçu la rémunération. Cette question et sa réponse peuvent faciliter l'identification du promoteur. Enfin, il faut que le professionnel exerce un rôle important dans cette commercialisation, cette promotion ou ce soutien.

QUESTION 3 – DÉFENSE DE DILIGENCE RAISONNABLE

Question A

Le *Bulletin d'information* 2009-5 prévoyait clairement la possibilité pour un contribuable ou un promoteur d'invoquer la défense de diligence

¹¹ REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'information* 2009-5, « Lutte contre les planifications fiscales agressives », 15 octobre 2009, p. 31.

raisonnable à l'encontre d'une pénalité imposée en raison de l'omission d'avoir produit une divulgation obligatoire. Le projet de loi ne fait nullement mention de cette défense. L'omission par le projet de loi de prévoir clairement la possibilité d'une défense de diligence raisonnable est-elle une indication du changement de cap du ministère à cet égard?

Réponse

Dans le cadre de la consultation publique qui a suivi la publication du document de consultation sur les PFA, il a été proposé par certains des intervenants que le ministère des Finances se devrait de préciser la portée de la défense de diligence raisonnable en cas d'omission d'effectuer une divulgation obligatoire dans le délai prévu, et ce, afin d'éviter la pénalité. Quant à la pénalité applicable dans les cas d'une cotisation RGAÉ, on a aussi demandé au ministère des Finances de préciser la portée de la défense de diligence raisonnable. Une demande semblable a été faite à l'égard de la pénalité applicable au promoteur.

Pour toutes ces demandes, la réponse du ministère des Finances est la même. Un contribuable pourra éviter l'imposition de ces pénalités s'il fait valoir avec succès une défense de diligence en vertu de la jurisprudence. Ainsi, le ministère des Finances n'a pas prévu de mesure qui limiterait le recours à cette défense ou la préciserait dans le contexte des pénalités PFA.

Même si elle ne se présentait pas nécessairement sous l'appellation « diligence raisonnable », une telle défense pouvait être acceptée au Québec avant même qu'elle soit reconnue par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Procureur général du Canada c. Consolidated Canadian Contractors Inc.*¹² En effet, la législation québécoise en matière de pénalités prévoit que ces dernières sont d'application discrétionnaire (« encourt une pénalité »). Ainsi, comme nous le mentionnions à la table ronde provinciale des congrès de l'Association de planification fiscale et financière (« APFF ») en 2002 et en 2004¹³, Revenu Québec pouvait reconnaître et accepter une défense de diligence raisonnable en raison de son pouvoir discrétionnaire d'imposer ou non des pénalités. Cela explique le peu de décisions rendues par les tribunaux québécois en la matière.

¹² [1998] G.T.C. 6303.

¹³ « Table ronde provinciale (questions et réponses) », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 54:1-60; « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 49:9-78.

Tout d'abord, rappelons que les nouvelles pénalités annoncées s'appliquent sur la base de critères objectifs et ne nécessitent pas une analyse du comportement du contribuable ou du promoteur.

À titre d'exemple, la seule condition requise pour l'application de la nouvelle pénalité au contribuable de 25 % de l'avantage fiscal supprimé est que la RGAÉ s'applique à une opération d'évitement qui n'a pas fait l'objet d'une divulgation. Par la suite, si le contribuable considère que l'imposition de cette pénalité n'est pas justifiée, il peut soumettre une défense basée sur le fait qu'il a été diligent dans l'élaboration de sa planification fiscale, malgré le fait qu'il n'a pas divulgué celle-ci.

En attendant que les tribunaux se prononcent sur la défense de diligence raisonnable dans le contexte particulier des nouvelles pénalités instaurées par le Projet de loi 96, Revenu Québec s'inspirera des critères élaborés par la jurisprudence fédérale en matière de pénalités.

De façon générale, la jurisprudence fait état de deux circonstances pouvant donner ouverture à la défense de diligence raisonnable : une erreur de fait raisonnable ou la prise de précautions raisonnables pour se conformer à la loi¹⁴. La personne qui invoque une erreur de fait raisonnable doit satisfaire à un double test : objectif, en ce sens qu'il est nécessaire d'avoir une norme, soit celle d'une personne raisonnable, et subjectif, en ce sens que le contribuable doit avoir fait ce qu'une personne ayant des connaissances et une expérience similaires aux siennes aurait fait dans les circonstances. Ce qui constitue la diligence raisonnable variera donc suivant les circonstances particulières de chaque cas.

Question B

Quelle est l'opinion du ministère quant à l'applicabilité de la défense de diligence raisonnable dans les scénarios suivants?

Situation 1

M. X, directeur de la fiscalité d'une entreprise d'envergure au Québec, se voit proposer une planification fiscale intéressante lors de l'acquisition par son entreprise d'une entreprise concurrente. Étant au fait des nouvelles

¹⁴ Voir plus particulièrement deux jugements de la Cour d'appel fédérale, soit *Corporation de l'école polytechnique c. La Reine*, 2004 CAF 127 (« *Corporation de l'école polytechnique* ») et *Les Résidences Majeau Inc. c. La Reine*, 2010 CAF 28.

mesures portant sur les PFA, M. X veut connaître l'opinion de son conseiller fiscal, qui exerce sa profession dans un cabinet reconnu pour son expertise en fiscalité, quant à l'applicabilité de la RGAÉ. Son conseiller fiscal lui fournit une opinion selon laquelle la RGAÉ ne devrait pas trouver application en l'espèce (*should level opinion*). Fort de cette opinion, M. X donne le feu vert à l'implantation de la planification et ne se prévaut pas du mécanisme de divulgation préventive.

Situation 2

Malgré l'opinion fournie par son conseiller, décrite à la situation 1, M. X décide de demander une seconde opinion à un cabinet concurrent également reconnu pour son expertise en fiscalité. Après une analyse étoffée, le cabinet concurrent confirme l'opinion du conseiller fiscal habituel de M. X.

Situation 3

Même fait qu'à la situation 1, mais l'opinion du conseiller fiscal est d'un niveau moindre en ce sens qu'elle prévoit qu'il est plus que probable que la RGAÉ ne s'applique pas (*more likely than not opinion*).

Situation 4

Même fait qu'à la situation 2, mais avec une opinion de niveau *more likely than not*.

Réponse

Nous répondrons globalement à toutes ces situations.

L'article 1079.13.1 L.I. proposé impose une pénalité lorsque la RGAÉ s'applique à une opération d'évitement qui aurait autrement permis à une personne de bénéficier d'un avantage fiscal. Par conséquent, cette pénalité de 25 % du montant de l'avantage fiscal ne s'applique que s'il y a eu nécessairement un abus manifeste.

Dans l'exemple, le contribuable ne fait pas de divulgation préventive ni même de divulgation volontaire : il s'en remet plutôt à l'opinion de son conseiller malgré le fait que la divulgation lui aurait permis d'éviter la pénalité.

Dans un tel cas, Revenu Québec ne peut conclure que le contribuable peut se soustraire à la pénalité en faisant valoir la défense de diligence raisonnable. Conclure en ce sens équivaldrait à reconnaître que le moyen de défense de la diligence raisonnable dans ce cas précis entraîne l'inefficacité des règles sur les divulgations.

En effet, nous avons indiqué précédemment que les mesures de divulgation visent à permettre à l'administration fiscale de cerner les planifications fiscales qui ne correspondent pas à l'objet et à l'esprit de la législation fiscale. Donner ouverture à la défense de la diligence raisonnable dans de telles circonstances équivaldrait à substituer le conseiller aux autorités gouvernementales pour ce qui est d'apprécier si l'opération ou la série d'opérations correspond ou non à l'objet et à l'esprit de la législation fiscale.

Donc, donner ouverture à la défense de la diligence raisonnable sur la seule base que le contribuable a obtenu de son conseiller une opinion sur l'inapplication de la RGAÉ irait, selon nous, à l'encontre des fins poursuivies par le législateur dans le cadre de l'introduction des règles sur les divulgations. Il en serait de même si le contribuable obtenait une deuxième opinion, et ce, indépendamment du fait que le degré de réassurance de l'opinion soit plus élevé.

Pour conclure, il nous semble déconcertant qu'une personne veuille obtenir une deuxième opinion au regard d'une opération ou d'une série d'opérations lorsqu'elle peut produire une déclaration de renseignements comportant essentiellement les mêmes faits que ceux qu'elle devrait soumettre au deuxième conseiller afin d'obtenir une opinion sur l'inapplication de la RGAÉ. Nous serions portés à conclure que cette personne ne désire pas que l'opération ou la série d'opérations soit portée à l'attention des autorités fiscales.

À cet égard, il y a lieu de rappeler les propos du juge dans l'affaire *Corporation de l'école polytechnique*, à savoir :

« Un contribuable qui sait que sa position est vulnérable, qui ne cherche pas à la confirmer le moment venu auprès des autorités compétentes et qui insère dans des contrats des clauses visant à faire assumer par d'autres la responsabilité qui lui échoit de payer la TPS ne fait pas preuve de diligence raisonnable¹⁵. »

¹⁵ Précité, note 14, par. 49.

Selon nous, lorsqu'une personne demande une deuxième opinion, cela suppose qu'elle considère sa position comme vulnérable.

Finalement, comme nous l'avons souligné précédemment, il est possible pour une personne de prendre des précautions raisonnables pour se conformer à la loi en faisant une déclaration de renseignements (obligatoire ou préventive) au-delà de la date de production qui lui était applicable, et ce, conformément à la politique de divulgation volontaire. Ce faisant, la personne évitera les pénalités pour production tardive ainsi que la pénalité applicable dans l'éventualité où la RGAÉ s'appliquait à l'opération ou à la série d'opérations ayant fait l'objet de la déclaration de renseignements.

Question C

Si l'opération est fondée sur un jugement indiquant que la RGAÉ ne s'applique pas et que par la suite la décision est renversée par un tribunal supérieur?

Réponse

Votre question suppose que les autorités fiscales se sont prévaluées de leur recours en portant en appel la décision d'un tribunal sur l'inapplication de la RGAÉ. Nous comprenons aussi que l'opération ou la série d'opérations a été entreprise ou organisée à la suite de cette décision, mais avant que le tribunal d'appel ne se prononce dans cette affaire.

Une fois la décision rendue par le tribunal d'appel, nous sommes d'avis qu'une personne qui entend prendre des précautions raisonnables pour se conformer aux mesures relatives aux divulgations devrait produire une déclaration de renseignements conformément à la politique de divulgation volontaire. En l'absence d'une telle divulgation, Revenu Québec serait en droit d'appliquer la pénalité de 25 % en supposant que, par ailleurs, la RGAÉ s'applique.

QUESTION 4 – OBLIGATION DE DIVULGATION

Question A

Pouvez-vous confirmer si toutes les clauses de confidentialité contenues dans les différents engagements qui sont convenus entre un client et un professionnel sont visées par l'obligation de divulgation?

Réponse

Est une opération confidentielle toute opération réalisée après le 14 octobre 2009 dans le cadre de laquelle, d'une part, le contribuable ou la société de personnes a retenu les services d'un conseiller à l'égard de l'opération et, d'autre part, le contrat entre le contribuable et le conseiller ou entre la société de personnes et le conseiller, selon le cas, comporte, relativement à l'opération, un engagement de confidentialité qui est pris par le contribuable ou la société de personnes envers d'autres personnes ou envers une administration fiscale au Canada ou ailleurs.

S'agissant d'un engagement de confidentialité pris dans un contrat de service d'application générale conclu avant le 1^{er} mars 2010 entre un conseiller et un contribuable ou une société de personnes, si le contrat de service comporte, relativement aux services rendus par le conseiller, un engagement de confidentialité qui est pris par le contribuable ou la société de personnes envers d'autres personnes ou envers une administration fiscale au Canada ou ailleurs, et que les parties mettent fin à cet engagement de confidentialité avant le 15 avril 2010, cet engagement de confidentialité est réputé n'avoir jamais existé et, à cet égard, les parties sont considérées comme ayant mis fin à l'engagement de confidentialité avant cette date si l'une des conditions suivantes s'applique :

- a) elles y mettent fin par écrit avant cette date;
- b) elles concluent par écrit avant cette date un nouveau contrat de service ne comportant pas un tel engagement de confidentialité et ce nouveau contrat met fin à l'ancien contrat de service d'application générale;
- c) le conseiller renonce irrévocablement par écrit avant cette date à cet engagement de confidentialité pris en sa faveur et en informe le contribuable ou la société de personnes par avis personnalisé ou par avis général diffusé sur son site Internet.

De plus, l'engagement de confidentialité envers d'autres personnes ou envers une administration fiscale au Canada ou ailleurs ne comprend pas une clause visant à ce que la responsabilité professionnelle du conseiller n'existe qu'envers son client et suivant laquelle un tiers ne peut, pour ses propres fins, se fonder sur l'opinion émise par le conseiller à son client.

Finalement, une opération confidentielle ne comprend pas une opération faisant partie d'une série d'opérations, abstraction faite de l'article 1.5 L.I.,

qui commence avant le 15 octobre 2009 et est complétée avant le 1^{er} janvier 2010.

Question B

Il arrive fréquemment que les bureaux de professionnels conviennent d'un contrat d'application générale pour un ensemble de services. Ces contrats contiennent régulièrement des engagements de confidentialité qui ne figurent pas dans l'exception de la définition d'une « opération confidentielle » de l'article 1079.8.1 L.I. Dans un tel cas, est-ce que tous travaux de fiscalité entre ce professionnel et ce client devront faire l'objet d'une divulgation, en tenant pour acquis qu'ils constituent alors des opérations confidentielles au sens du projet de loi (art. 1079.8.1 L.I.)?

Réponse

Non. Seule doit faire l'objet d'une divulgation obligatoire une opération comportant une rémunération conditionnelle ou une opération confidentielle qui entraîne un avantage fiscal de 25 000 \$ ou plus ou une incidence sur le revenu de 100 000 \$ ou plus.

Il convient également de noter que l'incidence sur le revenu ou l'avantage fiscal ne se calculera pas sur une base cumulative pour une année d'imposition. C'est-à-dire que des opérations distinctes, dans la mesure où elles ne forment pas une série d'opérations, doivent être considérées isolément afin de déterminer si une opération entraîne un avantage de 25 000 \$ ou plus ou une incidence sur le revenu de 100 000 \$ ou plus.

Question C

Est-ce que la personne qui renonce à une clause de confidentialité déjà convenue entre un professionnel et son client est assujettie à l'obligation de divulgation prévue à l'article 1079.8.6 L.I.?

Réponse

Nous supposons qu'il s'agit d'une opération comportant un engagement de confidentialité qui entraîne pour le contribuable un avantage fiscal de 25 000 \$ ou plus ou encore une incidence sur le revenu de 100 000 \$ ou plus.

Mis à part un engagement de confidentialité prévu dans un contrat de service conclu avant le 1^{er} mars 2010 dont il est mis fin avant le 15 avril 2010, la renonciation par une personne à une clause de confidentialité

n'emporte pas que cet engagement n'a jamais existé. Donc, les mesures relatives au mécanisme de divulgation pourraient s'appliquer, malgré une renonciation à un engagement de confidentialité.

Question D

Les contribuables qui réalisent une opération comportant une rémunération conditionnelle ont l'obligation de divulguer cette opération, sauf s'il s'agit d'une revue fiscale et de l'obtention de crédits. Quels sont les crédits n'étant pas visés par cette exception?

Réponse

Une opération comportant une rémunération conditionnelle ne comprend pas une rémunération qui est tributaire du montant de la réclamation de tout montant que le contribuable est réputé avoir payé au ministre pour une année d'imposition en acompte sur son impôt à payer en vertu de la partie I L.I. Un tel montant ne comprend donc pas un crédit d'impôt non remboursable.

En revanche, le paragraphe c du deuxième alinéa de l'article 1079.8.1 L.I. proposé exclut toute demande relative à la révision d'une déclaration fiscale d'un contribuable pour une année d'imposition à la suite de sa production en vertu de la présente loi. Cette disposition est très large et vise toute demande visant à obtenir des crédits d'impôt qui n'auraient pas été demandés dans la déclaration initiale.

Question E

Est-ce que l'obligation de divulguer existe dans la situation suivante : un professionnel est mandaté afin de trouver un financement pour un projet, et le contrat conclu comporte un engagement de confidentialité. Deux propositions sont reçues, dont l'une mettrait en péril, selon les conditions qui s'y rattachent, la déductibilité annuelle des intérêts de plus de 100 000 \$ découlant de l'opération. Cette proposition défavorable est rejetée et l'autre est acceptée. Comment et à quel moment pourrions-nous savoir qu'une incidence de 100 000 \$ est recherchée dans l'exemple ci-dessus si, par exemple, la fonction fiscale n'est pas en cause initialement?

Réponse

Toute opération à l'égard de laquelle le contribuable ou la société de personnes a retenu les services d'un conseiller concernant l'opération et le

contrat entre le contribuable et le conseiller ou encore entre la société de personnes et le conseiller, comporte un engagement de confidentialité de la part du contribuable ou de la société de personnes envers d'autres personnes ou envers une administration fiscale au Canada ou ailleurs, sera une opération confidentielle si un avantage fiscal de 25 000 \$ ou une incidence sur le revenu de 100 000 \$ ou plus en découle.

À cette fin, le montant de l'incidence sur le revenu d'un contribuable pour une année d'imposition comprend l'excédent du revenu du contribuable pour l'année d'imposition si l'on ne tient pas compte de l'opération donnée, sur le revenu du contribuable pour l'année d'imposition.

Il convient de noter que, tant pour la divulgation obligatoire que la divulgation préventive, les dispositions de la *Loi sur les impôts* font mention d'une simple « opération », au sens donné à cette expression à l'article 1079.8.1 L.I. proposé. Ces dispositions ne font pas référence à une « opération d'évitement ». Ainsi, la question de savoir si l'opération a été entreprise ou organisée principalement pour des objets véritables n'est pas un élément pertinent afin de déterminer s'il faut produire une divulgation, elle n'est pertinente que pour l'application de la RGAÉ.

Question F

En 2010, une entente entre un professionnel de la fiscalité et un contribuable prévoit que le contribuable paiera une rémunération de 10 % de l'économie d'impôt réalisée dans le cadre d'un projet commercial. À la fin de 2010, le projet n'a pas encore été réalisé et ce n'est qu'en 2011 que le contribuable avise le professionnel que, pour des raisons non fiscales, le projet n'a pas été implanté, donc aucune économie n'a été réalisée et la rémunération de 10 % ne sera jamais payée. Fallait-il produire la déclaration pour l'année 2010?

Réponse

La divulgation obligatoire doit être produite pour l'année d'imposition ou pour l'exercice financier, selon le cas, dans lequel l'opération qui est réalisée par le contribuable entraîne un avantage fiscal ou une incidence sur le revenu. Si l'opération n'est jamais réalisée et n'entraîne par voie de conséquence aucun avantage fiscal ou aucune incidence fiscale, le contribuable n'est pas tenu de produire une divulgation obligatoire.

QUESTION 5 – RENVERSEMENT D'UNE POSITION ANTÉRIEURE

Est-ce que les mesures concernant les PFA pourraient servir à renverser une position déjà exprimée dans le passé par Revenu Québec confirmant qu'une transaction était conforme aux dispositions de la loi?

Réponse

La seule modification ayant une portée sur l'application de la RGAÉ dans le Projet de loi 96 est l'exclusion de la notion d'objet véritable d'une opération visant non seulement l'obtention d'un avantage fiscal en vertu de la *Loi sur les impôts*, mais également l'obtention d'un tel avantage en vertu de toute autre loi du Canada ou d'une province. Cette modification vise à contrecarrer l'argument que pourrait faire valoir un contribuable qui maintiendrait qu'une opération entreprise principalement pour l'obtention d'une réduction de l'impôt à payer en vertu d'une loi autre que la *Loi sur les impôts* serait une opération entreprise principalement pour un objet véritable.

Au regard de cette modification, nous tenons à préciser que Revenu Québec ne considérerait pas comme objets véritables d'une opération la réduction, l'évitement ou le report d'un impôt, ou d'un autre montant exigible au titre ou à l'égard d'un impôt, en vertu d'une loi du Canada ou d'une province autre que la *Loi sur les impôts*.

En ce qui regarde les autres mesures relatives aux divulgations d'opérations dans le Projet de loi 96, elles sont strictement de nature administrative et ainsi n'emportent pas de modifications quant à la portée de la RGAÉ. Donc, elles ne peuvent pas servir à renverser une position de Revenu Québec selon laquelle une opération n'est pas une opération d'évitement ou n'entraîne pas un abus manifeste de la *Loi sur les impôts*.

**LE PARAGRAPHE 74.4(2) L.I.R. ET LES PIÈGES À ÉVITER
DANS LE CADRE DE RÉORGANISATIONS**



Liliane Fortier
CA, LL.M. fisc.,
associée, fiscalité
Demers Beaulne, s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	4:3
1. LES RÈGLES D'ATTRIBUTION	4:3
1.1. LE RÔLE DES RÈGLES D'ATTRIBUTION	4:3
1.2. LA RÈGLE D'ATTRIBUTION INDIRECTE CORPORATIVE	4:4
2. LES CONDITIONS D'APPLICATION DU PARAGRAPHE 74.4(2) L.I.R.....	4:5
2.1. LA NOTION DE TRANSFERT DIRECT ET INDIRECT	4:6
2.2. LE TEST D'INTENTION	4:8
2.3. « PERSONNE DÉSIGNÉE »	4:9
2.4. SOCIÉTÉ EXPLOITANT UNE PETITE ENTREPRISE	4:10
2.5. LA NOTION D'« ACTIONNAIRE DÉTERMINÉ »	4:11
2.6. L'EXCEPTION DU PARAGRAPHE 74.4(4) L.I.R.	4:13

3.	L'APPLICATION DU PARAGRAPHE 74.4(2) L.I.R.	4:15
3.1.	VALEUR IMPAYÉE ET MONTANT NON REMBOURSÉ.....	4:15
3.2.	INTÉRÊT RÉPUTÉ ET CALCUL DE L'AVANTAGE	4:17
3.3.	LE TAUX PRESCRIT.....	4:18
3.4.	LES INTÉRÊTS ET LES DIVIDENDES IMPOSABLES REÇUS.....	4:18
4.	PLANIFICATIONS DANS UN CONTEXTE DE PME	4:20
4.1.	GEL SUCCESSORAL	4:20
4.2.	PURIFICATION CONTINUE.....	4:21
4.3.	DIVIDENDE EN ACTIONS.....	4:21
4.4.	VERSEMENT D'UN DIVIDENDE	4:23
4.5.	TAUX D'INTÉRÊT PRESCRIT FAIBLE	4:23
4.6.	L'ARTICLE 245 L.I.R.	4:24
	CONCLUSION	4:24

INTRODUCTION*

Depuis 1985, les autorités fiscales ont limité les possibilités de fractionnement du revenu entre les membres d'une même famille en introduisant les règles d'attribution. Ces règles servent à éviter qu'un individu ne partage son assiette fiscale avec des personnes qui lui sont liées pour ainsi diminuer sa charge fiscale.

Dans le cadre de réorganisation ou dans tout transfert touchant les PME, lorsqu'il s'agit d'une entreprise familiale ou que des membres d'une famille sont actionnaires d'une société par actions, il est primordial de bien connaître les règles d'attribution et particulièrement le paragraphe 74.4(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ pour éviter les pièges pénalisants survenant lors de son application.

Ce texte vise à analyser en profondeur les dispositions du paragraphe 74.4(2) L.I.R. Dans un premier temps, nous étudierons le rôle des règles d'attribution et la particularité du paragraphe 74.4(2) L.I.R. Puis, nous analyserons le paragraphe 74.4(2) L.I.R. en décrivant les conditions d'application, les exceptions prévues et le calcul de l'avantage. Finalement, une section résumera les effets de l'application de cette règle dans un contexte de planification concernant les PME.

1. LES RÈGLES D'ATTRIBUTION

La *Loi de l'impôt sur le revenu* contient des règles appelées « règles d'attribution ». Elles font en sorte de diminuer l'avantage fiscal que pourraient procurer certains transferts, dont le but serait de fractionner le revenu.

1.1. LE RÔLE DES RÈGLES D'ATTRIBUTION

Notre système fiscal canadien considère l'individu comme base d'assujettissement aux lois fiscales. Pour préserver cette caractéristique fondamentale, le législateur a prévu des règles spécifiques qui empêchent un individu de fractionner son revenu avec des membres de sa famille, en leur transférant des biens qui génèrent des revenus pour profiter d'un taux

* L'auteure tient à remercier M. Benoît Malboeuf, CGA, M. Fisc. du cabinet Demers Beaulne de sa précieuse collaboration à la rédaction du présent texte.

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

d'imposition moindre. Généralement, les règles d'attribution font en sorte, comme leur nom l'indique, d'attribuer au cédant le revenu du bien transféré au cessionnaire sans que ce dernier soit imposé sur ce revenu.

Les principales règles d'attribution comprennent les articles 74.1, 74.2, 74.3, 74.4, 74.5, 75, 75.1 et 120.4 L.I.R. et visent principalement le revenu provenant d'un bien. Ces règles d'attribution, qui sont des dispositions complexes, décourageront certaines transactions et certains transferts de la charge fiscale d'un individu profitant ainsi directement ou indirectement d'un avantage fiscal. Nulle part dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il n'est spécifiquement prévu que le fractionnement du revenu est interdit. Cependant, les règles d'attribution visent certains transferts spécifiques qui ne sont pas acceptables aux yeux des autorités fiscales. En déterminant si le transfert fait partie des situations visées par ces règles, nous pourrions considérer la transaction comme étant ou n'étant pas du fractionnement acceptable aux yeux des autorités fiscales.

Certaines transactions, qui ne sont pas spécifiquement visées par les règles d'attribution, pourraient toutefois être visées par des règles antievitement plus générales, comme le paragraphe 56(2) L.I.R. qui vise les paiements indirects et qui prévoit que le transfert de biens effectué par un contribuable à une autre personne pourra réputer être un revenu du contribuable si certaines conditions s'appliquent, et le paragraphe 245(2) L.I.R. qui vise les opérations d'évitement abusives. Les termes de ces paragraphes ont une portée très générale.

Également, lorsqu'un contribuable utilise à son avantage les règles d'attribution, par exemple le transfert de pertes entre conjoints, il est parfois difficile de cibler la position des tribunaux et des autorités fiscales. Il semble que les autorités fiscales acceptent ce type de transaction² mais se réservent le droit d'invoquer le paragraphe 245(2) L.I.R., s'ils jugent qu'il s'agit d'une opération d'évitement abusive par rapport à l'esprit de la *Loi de l'impôt sur le revenu* lue dans son ensemble.

1.2. LA RÈGLE D'ATTRIBUTION INDIRECTE CORPORATIVE

La règle d'attribution prévue au paragraphe 74.4(2) L.I.R. vise à empêcher qu'une personne utilise, indirectement, une société pour

² « Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers », dans *Congrès 2009*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, pp. 47:1-58, question 23, aux pages 47:54-55.

fractionner ses revenus avec une personne désignée³ pour leur verser des dividendes. Cette règle d'attribution est dite « corporative » puisqu'il est nécessaire qu'un transfert, en faveur d'une société par actions, soit présent dans l'opération pour que cette règle s'applique.

Puisque les transferts en faveur d'une société sont communs, cette règle d'attribution ajoute un « test d'intention » qui vise les transferts dont l'un des principaux objets est de réduire le revenu du cédant et d'avantager, directement ou indirectement, un actionnaire qui est soit le conjoint, soit un mineur avec lequel le cédant a un lien de dépendance, soit son neveu ou sa nièce. Le fait qu'il existe un test d'intention rend cette mesure imprécise et difficile à cibler.

Contrairement aux autres règles d'attribution, l'application du paragraphe 74.4(2) L.I.R. fera en sorte que, indépendamment du revenu que le bien transféré procure ou du fait qu'une personne liée reçoive le fruit de ce bien, le cédant devra inclure dans son revenu l'équivalent d'un rendement raisonnable, c'est-à-dire un revenu d'intérêt au taux prescrit, comme si le cédant avait prêté le bien et reçu un rendement sur ce prêt. Il n'y aura pas de réattribution du revenu ou du gain en capital réalisé, mais il y aura création d'un rendement fictif à l'auteur du transfert sur la valeur impayée du bien transféré.

Il existe un risque de double imposition lorsque, par exemple, le transfert d'un bien à une société visée ne génère pas ou peu de revenu, ou lorsque la personne que le cédant désire avantager reçoit des dividendes imposables de cette société considérant que le cédant s'impose déjà sur un rendement réputé. La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne prévoit aucune déduction d'un montant équivalent pour l'auteur du transfert ni augmentation des attributs fiscaux du bien.

2. LES CONDITIONS D'APPLICATION DU PARAGRAPHE 74.4(2) L.I.R.

Cette règle d'attribution introduite le 27 octobre 1986 et applicable aux années 1987 et suivantes reste, depuis son introduction, vague et d'application incertaine. Elle doit raisonnablement être résolue en tenant compte de toutes les circonstances et les particularités de chaque cas.

³ Tel qu'il est défini au paragraphe 74.5(5) L.I.R.

Les conditions générales d'application sont les suivantes :

- il y a **transfert ou prêt d'un bien**, directement ou indirectement, par le biais d'une fiducie ou par tout autre moyen entre un particulier, résidant au Canada, et une société;
- il est raisonnable de considérer que l'un des principaux objets du transfert ou du prêt consiste à réduire le revenu du particulier et à avantager une **personne désignée**;
- la société n'est pas une **société exploitant une petite entreprise** (« SEPE »);
- la personne désignée est aussi un **actionnaire déterminé** de la société.

2.1. LA NOTION DE TRANSFERT DIRECT ET INDIRECT

La notion de transfert a été définie par la jurisprudence de façon très large. D'autant plus que le libellé de la loi précise que ce transfert peut être fait « directement ou indirectement ».

Il y a transfert lorsqu'un contribuable se départit d'un bien dont il était propriétaire et qu'un cessionnaire acquiert ce bien⁴. Qui plus est, le libellé du paragraphe 74.4(2) L.I.R. englobe tous les transferts, directs ou indirects, peu importe le moyen utilisé, qui appauvrit un contribuable et enrichit un autre⁵. Dans une interprétation technique⁶, l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») indique qu'aux fins du paragraphe 74.4(2) L.I.R. la souscription d'actions d'une société constitue un transfert de biens à une société puisqu'en contrepartie d'un montant, le cessionnaire reçoit des actions d'une société. Également, une conversion ou un échange d'actions ordinaires en actions privilégiées, qu'il soit effectué en franchise d'impôt en vertu des

⁴ Abondamment discutée dans le contexte de l'application de l'article 160 L.I.R., la notion de transfert inclut notamment le versement d'un dividende (voir *La Reine c. Gilbert et Gilbert*, 2008 D.T.C. 6295 (C.A.F.); *Mar-Tech Pipe Services Ltd. c. La Reine*, 97 D.T.C. 514 (C.C.I.); *Algoa Trust et autres c. La Reine*, 93 D.T.C. 405 (C.C.I.); *Fournier c. MRN*, 91 D.T.C. 743 (C.C.I.) et une remise de dette (voir *Boiselle c. MRN*, 89 D.T.C. 279 (C.C.I.)).

⁵ Voir l'arrêt *La Reine c. Kieboom*, 92 D.T.C. 6382 (C.A.F.).

⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2000-0060085, 14 juin 2001.

paragraphes 51(1), 85(1) ou 86(2) L.I.R., constitue aussi un transfert de biens en faveur de la société aux fins de l'application du paragraphe 74.4(2) L.I.R.⁷

Les transferts indirects visent les situations où un contribuable se sert d'une entité intermédiaire, telle une société ou une fiducie pour réaliser une cession au profit d'une personne désignée. Par exemple, un particulier transfère un bien à la société A pour que le bien soit ensuite transféré à la société B, il s'agit d'un transfert indirect visé par le paragraphe 74.4(2) L.I.R.⁸

Les prêts et les transferts multiples seront visés par les règles d'attribution en vertu du paragraphe 74.5(6) L.I.R. Lorsqu'un particulier a prêté ou transféré un bien à une autre personne et que le bien ou le bien qui y est substitué est prêté ou transféré par toute personne directement ou indirectement à une personne donnée ou à son profit, ou que le prêt ou le transfert d'un bien est consenti à la condition que le bien soit prêté ou transféré directement ou indirectement à une personne donnée ou à son profit, le transfert ou le prêt sera réputé fait par le particulier.

Dans une autre interprétation technique⁹, l'ARC a indiqué que si le transfert est effectué d'une société à une autre société, donc non visé par le paragraphe 74.4(2) L.I.R. à moins qu'on puisse invoquer qu'il s'agit d'un transfert indirect ou de transferts multiples, les paragraphes 15(1), 56(2) ou 245(2) L.I.R. pourraient être applicables selon les faits.

Dans le cas où des garanties de dettes sont fournies au nom de personnes données, le paragraphe 74.5(7) L.I.R. fera en sorte que si un particulier est tenu, conditionnellement ou non, d'exécuter un engagement, notamment une garantie, un accord ou une convention, conclu afin d'assurer le remboursement en tout ou en partie d'un prêt qu'une personne a consenti à une personne donnée ou à son profit, le particulier qui a donné la garantie est réputé avoir consenti le prêt à la personne donnée comme si le prêt avait été effectué par le garant.

⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0067725, 1^{er} mars 2001.

⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 1999-0010615, 13 avril 2000.

⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9401115, 17 février 1994.

2.2. LE TEST D'INTENTION

La deuxième condition d'application implique un « test d'intention ». Le paragraphe 74.4(2) L.I.R. mentionne que « [d]ans le cas où il est raisonnable de considérer que l'un des principaux objets d'un transfert ou d'un prêt de bien [...] consiste à réduire le revenu du particulier et à avantager [...] une personne désignée [...] ».

Le test d'intention du paragraphe 74.4(2) L.I.R. exige que si l'un des principaux objets du transfert ou du prêt peut raisonnablement être considéré comme effectué afin de réduire le revenu du particulier et d'avantager une personne désignée, le test d'intention sera réalisé.

Il n'est pas exclu qu'un particulier transfère un bien dont un des buts est d'avantager une personne désignée¹⁰. Cependant, ce but ne doit pas être un des principaux buts du transfert selon une personne qui observe la transaction de façon neutre. En effet, les autorités fiscales considèrent que l'intention du particulier au moment du transfert doit être déterminée de façon objective plutôt que de procéder à l'examen de l'intention subjective du contribuable¹¹. La question que les autorités fiscales se posent est : s'il n'entraînait pas un fractionnement de revenu, est-ce qu'il y aurait eu un transfert ou un prêt du bien? Les événements subséquents ne doivent pas influencer la décision. La règle d'attribution pourra s'appliquer même s'il s'avère qu'aucun revenu n'est généré par le bien transféré ou prêté, qu'aucun dividende n'est versé ou que la valeur du bien a diminué.

En général, si un bien productif de revenus est transféré ou prêté en faveur d'une société dont les membres de la famille sont actionnaires, il sera difficile d'argumenter que l'un des principaux objets du transfert ou du prêt n'était pas d'avantager ces personnes et de réduire le revenu du cédant. Cependant, le fait que le bien ne génère aucun revenu pourrait constituer une indication voulant que l'un des principaux objets du transfert ou du prêt n'ait pas été de réduire le revenu du cédant¹². Lorsque le taux du dividende sur les actions reçues en contrepartie du transfert est supérieur au taux prescrit, au moment du transfert ou du prêt, l'ARC pourrait également conclure que l'un

¹⁰ La notion de « personne désignée » est définie au paragraphe 74.5(5) L.I.R. et à la section 2.3 du présent texte.

¹¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 91032036, 27 juin 1991.

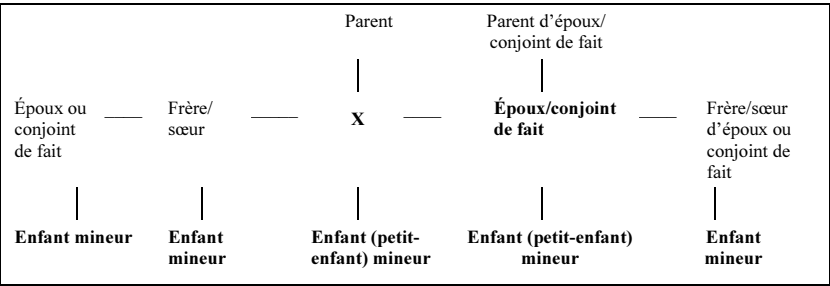
¹² AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 1298, 11 juin 1991.

des principaux objets du transfert n'était pas de réduire le revenu du cédant, dans la mesure où le dividende a effectivement été payé¹³.

Pour établir si le test d'intention est réalisé, il est pertinent de considérer la valeur de la contrepartie reçue lors du transfert et le montant de l'avantage procuré à la personne désignée. S'il est raisonnable de croire que la croissance future du revenu ou du capital s'effectue en faveur d'une personne autre que le cédant, le test d'intention pourra être réalisé¹⁴. De même que si, par exemple, un des principaux objets était une purification d'une société, il pourrait être raisonnable de penser qu'un des principaux objets était de transférer des fonds excédentaires à une personne désignée.

2.3. « PERSONNE DÉSIGNÉE »

Une des conditions d'application du paragraphe 74.4(2) L.I.R. est que la personne que le cédant désire avantager doit être une « personne désignée » par rapport à lui-même. La définition de « personne désignée » est prévue au paragraphe 74.5(5) L.I.R. et vise l'époux ou le conjoint de fait du cédant, et une personne de moins de 18 ans qui a un lien de dépendance avec le cédant ou qui est son neveu ou sa nièce.



¹³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 1080, 2 novembre 1990.

¹⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 11.

Cette notion de « personne désignée » est étroitement liée au test d'intention. L'ARC s'est prononcée¹⁵ sur le fait qu'il serait raisonnable de considérer qu'un des principaux objets d'un transfert serait d'avantager une personne qui n'existe pas au moment du transfert, par exemple un enfant ou un petit-enfant à naître, ou encore le futur conjoint du cédant. En ce qui concerne un enfant ou un petit-enfant à naître, puisqu'il n'existe pas en tant que personne, il ne serait pas encore une personne désignée, et la règle d'attribution s'appliquerait seulement dès sa naissance. Néanmoins, le test d'intention pourrait être satisfait bien avant sa naissance si tel était l'objectif au moment du transfert¹⁶.

Au même titre, lorsqu'une fiducie entre vifs est constituée au bénéfice d'un enfant majeur, le paragraphe 74.4(2) L.I.R. serait applicable si l'acte de fiducie prévoit qu'advenant le décès de l'enfant majeur, l'enfant mineur de ce dernier deviendrait bénéficiaire. En effet, l'ARC a reconnu qu'une personne, tel un petit-enfant, ayant un droit futur de bénéficiaire dans la fiducie, sera considérée comme ayant un droit de bénéficiaire dès le début.

Contrairement aux autres règles d'attribution qui cessent de s'appliquer au début de l'année civile où un enfant qui est lié atteint 18 ans, il faudra attendre le jour de ses 18 ans afin que le paragraphe 74.4(2) L.I.R. ne s'applique plus.

2.4. SOCIÉTÉ EXPLOITANT UNE PETITE ENTREPRISE

Le paragraphe 74.4(2) L.I.R., ne s'applique pas au cours d'une période où la société cessionnaire est une SEPE. Ce qui implique que pour toute période au cours de laquelle la société n'est pas une SEPE, l'avantage imposable devra être calculé au taux prescrit de ce moment.

Une SEPE, définie au paragraphe 248(1) L.I.R., indique qu'une société est une SEPE si la totalité ou presque de la juste valeur marchande (« JVM ») de ses éléments d'actif est attribuable à des éléments qui sont soit utilisés principalement dans une entreprise qu'elle ou une autre société liée exploite activement au Canada, soit des actions ou des dettes d'une ou de plusieurs SEPE rattachées à ce moment.

¹⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9824635, 16 juin 1999.

¹⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9528695, 8 février 1996.

Une « entreprise exploitée activement » est définie comme étant pratiquement toute entreprise autre qu'une « entreprise de placement désignée » ou une « entreprise de prestation de services personnels ». Une société sera rattachée à une société donnée lorsque celle-ci la contrôlera ou qu'elle sera propriétaire de plus de 10 % de ses actions comportant droit de vote et d'actions représentant plus de 10 % de la JVM de toutes les actions de cette société. Par conséquent, un placement par une société donnée en actions ou titres de créance d'une autre société n'empêche pas cette société donnée d'être une SEPE, pourvu qu'elle détienne suffisamment d'actions de l'autre société pour être reconnue comme étant rattachée à celle-ci, et que l'autre société soit reconnue comme une SEPE, parce qu'elle répond aux critères relatifs à l'utilisation ou à l'identité de la totalité ou de la presque totalité de ses actifs.

Les autorités fiscales n'acceptent pas le fractionnement du revenu qui est du revenu de bien ou, dans le cas de l'application du paragraphe 74.4(2) L.I.R., du revenu qui ne provient pas d'une société exploitée activement en presque totalité. Le fait que la société doive maintenir son statut de SEPE à tout moment oblige les sociétés à prévoir un mécanisme de purification continue afin de sortir les actifs non admissibles qui peuvent compromettre le statut de la société et, par surcroît, l'application de la règle du paragraphe 74.4(2) L.I.R.

2.5. LA NOTION D'« ACTIONNAIRE DÉTERMINÉ »

La notion d'« actionnaire déterminé » est définie à l'article 248 L.I.R. À la suite des modifications de cette définition par le paragraphe 74.4(2) L.I.R., il s'agit d'un actionnaire d'une société qui possède directement ou indirectement au moins 10 % des actions émises d'une catégorie du capital-actions de la société, autre qu'une SEPE ou de toute autre société autre qu'une SEPE liée à celle-ci.

Lorsque les actions de la société ou toute autre société liée sont détenues par une fiducie ou une société de personnes, il est réputé que chaque bénéficiaire ou associé possède la fraction de toutes les actions d'une catégorie donnée du capital-actions que représente la JVM de son droit de bénéficiaire ou de sa participation à la société de personnes sur la JVM, à ce moment de tous les droits de bénéficiaire sur la fiducie ou des participations de tous les associés dans la société de personnes.

Un contribuable est réputé avoir un « droit de bénéficiaire » dans une fiducie s'il a un droit (immédiat ou futur, conditionnel ou non, ou soumis à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par une ou plusieurs personnes) de

recevoir tout ou partie du revenu ou du capital de la fiducie soit directement de la fiducie, soit indirectement par le biais d'une ou de plusieurs autres fiducies. Dans le cas où la fiducie est une fiducie discrétionnaire, chaque bénéficiaire est réputé posséder chaque action du capital-actions de la société que la fiducie possède.

Alors, dans le cas où un particulier est actionnaire à 100 % des actions avec droit de vote et avec droit de participation de la société A et qu'il détient en parts égales avec son épouse des actions de la société B, le particulier et son épouse seront actionnaires déterminés des sociétés A et B, et ce, même si l'épouse ne détient aucune action dans la société A. Cet exemple est fort simple. Par contre, lorsqu'on veut éviter l'application du paragraphe 74.4(2) L.I.R. avec la notion d'« actionnaire déterminé » dans le cadre d'une planification familiale, une attention très particulière doit être apportée.

Dans une interprétation technique¹⁷, il a été demandé à l'ARC de se prononcer sur les situations suivantes :

- A et B sont conjoints de fait au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et résident au Canada;
- B détient 100 % des actions de BCO et A détient 91 % de celles d'ACO; BCO détient les 9 % d'actions d'ACO restants;
- ACO et BCO sont des sociétés privées sous contrôle canadien, mais ne sont pas des SEPE.

L'ARC a confirmé que B est un actionnaire déterminé d'ACO puisqu'il détient au moins 10 % des actions de BCO, personne liée à ACO selon le paragraphe 251(2) L.I.R. Dans le cas où BCO n'existe pas, A détient 91 % d'ACO et B en détient directement les 9 % d'actions restants, B ne serait cependant pas un actionnaire déterminé d'ACO. L'ARC a confirmé également que le résultat était discutable du côté de la politique fiscale, mais que la responsabilité incombait au ministère des Finances.

¹⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0162181E5, 18 juillet 2006.

2.6. L'EXCEPTION DU PARAGRAPHE 74.4(4) L.I.R.

Il existe une circonstance dans laquelle le législateur ne considérera pas que l'un des principaux objets du transfert ou du prêt consiste à avantager directement ou indirectement quelqu'un qui est une personne désignée en ce qui concerne le particulier qui a transféré ou prêté le bien. Cette exception comprend trois conditions, prévues au paragraphe 74.4(4) L.I.R. Les trois conditions suivantes doivent être remplies :

- 1) la personne désignée n'a aucune participation dans la société à laquelle le bien est transféré ou cédé autre qu'à titre de bénéficiaire d'une fiducie qui détient des actions de la société;
- 2) selon l'acte de fiducie, la personne désignée ne peut recevoir aucun revenu ou capital de la fiducie, ni en obtenir l'utilisation, tant qu'elle est une telle personne désignée; et
- 3) la personne désignée n'a reçu aucun revenu ou capital de la fiducie ni n'en a obtenu l'utilisation, et la fiducie n'a fait aucune déduction dans le calcul de son revenu au titre des montants payés ou payables à cette personne ou inclus dans le revenu de celle-ci alors qu'elle était une personne désignée, en ce qui concerne le particulier qui a transféré ou prêté le bien.

Ainsi, il est possible de contourner la règle d'attribution relative aux sociétés en s'assurant que les dispositions de l'acte de fiducie remplissent les trois conditions énoncées ci-dessus. Évidemment, cette structure ne peut être utilisée que dans le cas d'une fiducie en faveur d'enfants mineurs puisque le conjoint de l'auteur du transfert ou du prêt demeurera, à moins d'une séparation, une personne désignée par rapport à l'auteur.

L'ARC s'est prononcée dans une interprétation technique¹⁸, considérant que lorsque l'acte de fiducie prévoit qu'une personne désignée n'a droit à aucun revenu ni capital de la fiducie qui détient des actions d'une société au moment où elle n'est pas une SEPE, elle ne réaliserait pas le test du paragraphe 74.4(4) L.I.R., puisque cette condition est insuffisante pour dire que le bénéficiaire désigné n'a droit à aucun revenu ni capital lorsque ce bénéficiaire est une personne désignée, étant donné que la condition vise la période où la société n'est pas une SEPE et non une personne désignée.

¹⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0126381E5, 13 mai 2005.

Dans le cadre du Congrès 2007 de l'Association de planification fiscale et financière (« APFF »)¹⁹, l'ARC a répondu à une question relative aux méthodes prises afin d'éviter l'application du paragraphe 74.4(2) L.I.R. lors de la rédaction des actes de fiducie, dans le cadre d'un gel successoral dont une fiducie devient l'actionnaire des nouvelles actions avec droit de vote et droit de participation. Dans les cas où l'acte de fiducie discrétionnaire prévoit que le conjoint n'a droit à aucun revenu ni capital durant la période où la société perd le statut de SEPE, ou que sa participation serait restreinte à un pourcentage fixe de 9,9 %, l'ARC réplique que, puisque le conjoint de l'auteur du transfert est un actionnaire déterminé et que la part du conjoint ou d'un autre bénéficiaire sur le revenu ou le capital dépend toujours de l'exercice ou non d'un pouvoir discrétionnaire ayant un impact sur la part du conjoint, le paragraphe 74.4(4) L.I.R. ne serait pas applicable. Dans le cas où la participation est restreinte à un pourcentage fixe de 9,9 %, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire à l'égard d'un autre bénéficiaire de la fiducie avait un impact sur la part du revenu ou du capital du conjoint; l'ARC a mentionné que, dépendamment des circonstances, le paragraphe 74.4(2) L.I.R. pourrait être applicable à partir du moment où la société cesse d'être une SEPE.

Autre question soumise : la participation du conjoint de l'auteur du transfert dans la fiducie est limitée à une participation fixe de 9,9 %, tant à l'égard du revenu qu'à l'égard du capital, et ce, jusqu'au moment du décès de l'auteur du transfert d'actions à la société. Après le décès de l'auteur du transfert, la participation devient discrétionnaire. Avec une telle méthode, si l'auteur du transfert est vivant à la fin d'une année, la participation du conjoint dans le revenu et dans le capital est limitée à 9,9 %. L'ARC répond ceci :

« [...] nous avons de la difficulté à concevoir qu'une participation de 9,9 % au capital d'une fiducie puisse être qualifiée de fixe pour une période donnée, si cette participation au capital devient totalement discrétionnaire à un moment donné par la suite. On pourrait prétendre que, malgré les apparences, cette participation au capital n'était pas fixe²⁰. »

¹⁹ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 50:1-100, question 11, aux pages 50:29-32; *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 2007-0243191C6, 5 octobre 2007.

²⁰ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », *loc. cit.*, note 19, 50:32.

3. L'APPLICATION DU PARAGRAPHE 74.4(2) L.I.R.

3.1. VALEUR IMPAYÉE ET MONTANT NON REMBOURSÉ

Lorsque toutes les conditions sont réunies au cours d'une année, l'application du paragraphe 74.4(2) L.I.R. fera en sorte que le particulier qui a effectué le transfert du bien ou le prêt (le cédant) soit réputé avoir reçu un intérêt calculé au taux prescrit sur la **valeur impayée du bien transféré** ou sur le **montant non remboursé du prêt**.

Cet intérêt réputé pour le particulier sera diminué des intérêts reçus dans l'année sur le transfert ou sur le prêt et des dividendes imposables, autres que les dividendes réputés en vertu de l'article 84 L.I.R., reçus dans l'année sur les actions acquises en contrepartie du transfert ou en remboursement du prêt.

La « valeur impayée du bien transféré à une société » est définie à l'alinéa 74.4(3)a) L.I.R. comme étant la JVM du bien à la date du transfert, moins le total de la JVM de la contrepartie, autre qu'une **contrepartie exclue** reçue par le cédant et de la JVM de toute contrepartie, autre qu'une **contrepartie exclue**, reçue par le cédant de la société ou d'une personne qui n'a aucun lien de dépendance avec le cédant, en échange d'une **contrepartie exclue** reçue précédemment par le cédant.

Par « contrepartie exclue », on entend un titre de créance, une action d'une société ou le droit de recevoir un titre de créance ou une action d'une société tel qu'il est défini au paragraphe 74.4(1) L.I.R.

Valeur impayée du bien transféré à une société à un moment donné (al. 74.4(3)a) L.I.R.)

JVM du bien transféré XXX

Moins : JVM de la contrepartie reçue pour le bien autre qu'un titre de créance, d'action ou un droit de recevoir un titre de créance ou une action au moment du transfert²¹

XXX

Moins : JVM de la contrepartie reçue pour le bien autre qu'un titre de créance, d'action ou un droit de recevoir un titre de créance ou une action à un moment donné

XXX

Moins : JVM de la contrepartie reçue pour le bien autre qu'un titre de créance, d'action ou un droit de recevoir un titre de créance ou une action reçue d'une personne sans lien de dépendance en échange d'un titre de créance, d'action ou un droit de recevoir un titre de créance ou une action

XXX

Valeur impayée

XXX

Dans une interprétation technique²², l'ARC est venu confirmer que pour les actions reçues en contrepartie du transfert de bien à une société, si elles sont vendues en faveur d'une personne désignée en contrepartie d'un solde de prix de vente, les intérêts sur ce solde de prix de vente ne réduiraient pas l'avantage puisqu'ils ne sont pas reçus en contrepartie du transfert ou du prêt à la société.

En vertu de l'alinéa 74.4(3)b) L.I.R., le « montant non remboursé d'un prêt à une société » est le principal du prêt ou de la JVM du bien prêté à la société à la date où le prêt a été consenti, moins la JVM de tout remboursement effectué sur le prêt à l'exception d'une contrepartie exclue.

²¹ L'ARC a confirmé dans l'interprétation technique 2001-0063305 du 19 mars 2002 que l'alinéa 74.4(3)a)(i) L.I.R. s'applique sur les contreparties reçues au moment du transfert. Les contreparties reçues après le moment du transfert réduisent la valeur impayée en vertu du sous-alinéa 74.4(3)a)(ii) L.I.R.

²² AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 1999-0006105, 8 juin 2000.

Montant non remboursé d'un prêt à une société à un moment donné (al. 74.4(3)b) L.I.R.)

JVM du bien prêté ou principal du prêt au moment du prêt	XXX

Moins : Remboursements effectués pour le bien autre qu'un titre de créance, d'action ou un droit de recevoir un titre de créance ou une action	<u>XXX</u>

Montant non remboursé	<u>XXX</u>

3.2. INTÉRÊT RÉPUTÉ ET CALCUL DE L'AVANTAGE

En vertu du paragraphe 74.4(2) L.I.R., il est mentionné que « le particulier est réputé avoir reçu comme intérêts au cours de l'année [...] ». Contrairement aux autres règles d'attribution, cette règle répute un intérêt, peu importe la nature du bien transféré. Le législateur a voulu réputer le transfert comme un prêt portant ou non intérêt. Donc, si toutes les conditions s'appliquent, le transfert d'un bien procurera un intérêt réputé, même si le bien transféré est un immeuble procurant du revenu de location ou des actions qui permettent de retirer des dividendes ou du gain en capital.

Le montant d'intérêt réputé ne tient pas compte du pourcentage des actions détenues de la société pour les personnes désignées. Il n'y a aucun prorata ou intérêt global séparé entre les personnes désignées, mais chaque personne visée se verra attribuer la totalité de l'avantage, sous réserve des intérêts et des dividendes reçus par ces personnes, qui permettent de réduire le montant à ajouter à leurs revenus.

Si le bien transféré ne procure aucun revenu ou si la société ne distribue aucun bénéfice, un avantage imposable sera tout de même attribué aux personnes visées par le paragraphe 74.4(2) L.I.R. Cependant, puisque l'application de ce dernier repose sur un test d'intention de réduire le revenu du cédant et avantager une personne déterminée, le fait que le bien ne procure aucun revenu pourrait servir d'argument pour ne pas vouloir fractionner le revenu de ce bien.

Au Congrès 2008 de l'APFF²³, l'ARC a indiqué que le test du paragraphe 74.4(2) L.I.R. s'appliquait individuellement pour chaque cédant.

²³ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 48:1-98, question 11, aux pages 48:34-37.

Par exemple, dans le cadre d'un gel successoral, M. X et son épouse M^{me} X détiennent les actions avec droit de vote et avec droit de participation avant le gel et, après le gel, ces deux époux détiennent chacun les actions privilégiées. Les nouvelles actions ordinaires sont détenues par une fiducie discrétionnaire au bénéfice des deux époux et de leurs enfants majeurs. Étant donné que les seules personnes désignées sont l'époux pour M^{me} X et l'épouse pour M. X, ils doivent chacun s'imposer sur un intérêt réputé dans l'hypothèse où le paragraphe 74.4(2) L.I.R. s'applique. L'ARC a confirmé qu'aucune compensation ne s'appliquerait afin de diminuer les intérêts réputés de l'un et de l'autre. Reste à savoir s'il est raisonnable de considérer que l'un des principaux objets de l'échange de ses actions ordinaires consistait à réduire son revenu et à avantager directement ou indirectement, au moyen de la fiducie ou autrement, son conjoint. Néanmoins, l'intérêt réputé ne sera pas modifié par la proportion de la participation de la personne désignée dans la société, directement ou indirectement, lorsque la personne désignée est un actionnaire déterminé.

3.3. LE TAUX PRESCRIT

Le paragraphe 74.4(2) L.I.R. stipule que l'avantage à inclure au revenu du cédant est la valeur impayée du bien transféré ou du montant non remboursé d'un prêt multiplié par le taux prescrit pour la période donnée de l'année où le test des conditions est réalisé. Puisque le taux prescrit change chaque trimestre, la période où les conditions d'application du paragraphe 74.4(2) L.I.R. sont remplies, l'intérêt réputé sera calculé en fonction du taux prescrit à ce moment²⁴. Si le taux prescrit augmente, l'intérêt réputé devra être augmenté.

Les règles d'attribution sont habituellement évitées en imposant, au moment où le prêt est consenti, un taux d'intérêt au moins égal au taux prescrit. Dans le cas du paragraphe 74.4(2) L.I.R., le taux d'intérêt ou du dividende devra fluctuer à la hausse si le taux prescrit augmente aussi.

3.4. LES INTÉRÊTS ET LES DIVIDENDES IMPOSABLES REÇUS

Les intérêts réputés par la règle d'attribution sont diminués des intérêts que le cédant a réellement reçus au cours de l'année sur le transfert ou le prêt. Naturellement, l'intérêt réputé ne fait pas partie des intérêts reçus qui permettent de diminuer l'avantage. Les intérêts courus ne permettent pas de

²⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9602375, 7 février 1996.

diminuer l'intérêt réputé, les intérêts sur le transfert ou le prêt doivent être reçus dans la période visée.

Les dividendes imposables reçus permettent également de réduire le calcul de l'avantage imposable du cédant. Que ce soit un dividende imposable reçu par le cédant ou par une personne mineure en tant que revenu fractionné de l'article 120.4 L.I.R., et au même titre que les intérêts, les dividendes doivent être reçus par le cédant et pas seulement déclarés. Le fait d'émettre des actions privilégiées avec des dividendes cumulatifs lors d'un gel successoral ne suffit pas.

Calcul de l'intérêt réputé pour l'année

Valeur impayée ou montant non remboursé multiplié par le taux prescrit de la période où le paragraphe 74.4(2) L.I.R. s'applique	XXX
Moins : Intérêts reçus au cours de l'année autres que ceux réputés par le paragraphe 74.4(2) L.I.R.	XXX
Moins : Dividendes imposables reçus autres que des dividendes réputés (art. 84 L.I.R.) sur les actions reçues en contrepartie du transfert ou du prêt au cours de l'année	XXX
Moins : Sommes incluses à titre de dividendes inclus dans le revenu d'une personne désignée en tant que revenu fractionné en vertu de l'article 120.4 L.I.R.	<u>XXX</u>
Intérêt réputé	<u>XXX</u>

Il faut remarquer que seuls les intérêts et les dividendes reçus réduisent l'avantage imposable. Les autres biens remis au cédant, à moins qu'ils permettent une réduction de la valeur impayée du bien transféré ou prêté, ne pourront réduire l'intérêt réputé. Quant aux dividendes réputés reçus à l'égard des rachats des actions reçues en contrepartie du transfert des biens, ils ne permettent pas la réduction du montant d'intérêt réputé calculé. Cependant, ces derniers pourront réduire la valeur impayée.

4. PLANIFICATIONS DANS UN CONTEXTE DE PME

Le danger de l'application du paragraphe 74.4(2) L.I.R., dans le cadre de réorganisations en ce qui concerne des PME, se retrouve le plus souvent lors d'un gel successoral d'une société exploitante.

4.1. GEL SUCCESSORAL

Dans le cadre d'un gel successoral classique, l'actionnaire échange ses actions avec droit de participation en actions privilégiées sans participation rachetables, et de nouvelles actions avec droit de participation sont émises à de nouveaux actionnaires pour lesquels le gel successoral a lieu. Cet échange s'effectue par les dispositions de roulement des articles 51, 85 ou 86 L.I.R., créant une dette de la société envers l'actionnaire égale à la valeur marchande des actions échangées immédiatement avant le gel.

Si le test d'intention du paragraphe 74.4(2) L.I.R. est réalisé, que les bénéficiaires du gel sont des personnes désignées, directement ou indirectement au moyen d'une fiducie ou autrement et que la société n'est pas une SEPE, l'actionnaire ayant « gelé » la valeur de ses actions sera réputé recevoir un intérêt moins les dividendes reçus sur les actions privilégiées.

Le fait est que la règle d'attribution du paragraphe 74.1(2) L.I.R., qui attribue déjà les revenus de dividende d'un mineur, n'empêchera pas le paragraphe 74.4(2) L.I.R. de s'appliquer si l'intention du parent est de fractionner le gain en capital lors d'une disposition éventuelle des actions²⁵.

Dans une autre interprétation technique²⁶, un particulier a effectué deux gels : le premier permettait de cristalliser la valeur de ses actions pour l'application de la déduction pour gain en capital prévue à l'article 110.6 L.I.R. et, quelques années plus tard, le deuxième gel était en faveur de ses enfants mineurs ou d'une fiducie à leur bénéfice. L'ARC a indiqué que le paragraphe 74.4(2) L.I.R. pouvait s'appliquer à l'égard des deux gels si, au moment de chacun des transferts, l'un des principaux objets était de réduire le revenu de l'auteur du transfert et d'avantager une personne désignée. Il s'agit d'une question de fait. Cependant, puisque l'objectif du premier gel ne

²⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2000-0052295, 29 juin 2001.

²⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9522320, 6 octobre 1995.

tenait pas compte de l'attribution du revenu à ses enfants, il est possible qu'il ne soit pas visé par la règle.

4.2. PURIFICATION CONTINUE

Pour éviter l'application du paragraphe 74.4(2) L.I.R. en s'appuyant sur l'exception selon laquelle la société doit être une SEPE, il faudra s'assurer que le test soit réalisé en tout temps. Pour ce faire, lorsque la société génère des actifs excédentaires, il faudra purifier la société en transférant ses actifs excédentaires sous forme de dividendes. Dans la plupart des cas, en minimisant les conséquences fiscales, la purification impliquera la création d'une société de gestion afin de verser un dividende intersociétés en vertu du paragraphe 112(1) L.I.R.

Une façon simple consiste à transférer à la société de gestion, sous forme de roulement, une partie des actions ordinaires de la société exploitante représentant la valeur des actifs excédentaires que l'on désire évacuer. Ces actions transférées seront rachetées à même les fonds excédentaires résultant d'un dividende présumé. Ce dividende présumé sera libre d'impôt pour la société de gestion, dans la mesure où ces transactions ne sont pas effectuées dans le but de vendre des actions de la société exploitante, auquel cas le paragraphe 55(2) L.I.R. pourrait convertir le dividende en gain en capital.

Si une fiducie est impliquée dans le cadre du gel successoral, il sera possible d'inscrire une société de gestion comme bénéficiaire et de faire passer les dividendes de la société exploitante à la fiducie qui les lui attribuera, profitant ainsi de la déduction du montant dans le revenu imposable en vertu de l'article 112 L.I.R. De cette façon, les fonds excédentaires pourraient être versés à une société de gestion afin de purifier la société exploitante.

4.3. DIVIDENDE EN ACTIONS

Tel qu'il est indiqué au paragraphe 248(1) L.I.R., un « dividende » comprend un dividende en actions : un « dividende en actions » s'effectue par l'émission d'actions du capital-actions d'une société. En règle générale, et faisant l'objet de certains rajustements, le capital versé des actions aux fins fiscales sera déterminé en fonction du capital versé des actions aux fins relatives aux sociétés. En effet, au paragraphe 248(1) L.I.R., la définition de « montant » relativement à un dividende prévoit que, dans le cas du versement d'un dividende en actions, le montant du dividende est le montant correspondant à l'augmentation, découlant du dividende, du capital versé de

la société qui a versé le dividende. Le capital versé des actions émises lors de la déclaration d'un dividende en actions doit généralement être égal à la valeur de rachat des actions émises. La *Loi sur les compagnies*²⁷ du Québec permet de verser au compte de capital déclaré d'une action émise, à la suite de la déclaration d'un dividende en actions, un montant moindre que sa valeur de rachat.

Dans le cadre d'un gel successoral, il sera possible d'émettre à l'auteur du gel des actions privilégiées de la société ayant une valeur de rachat égale à la JVM des actions ordinaires et un coût à une valeur nominale minime²⁸ détenues par l'auteur du gel sous forme de dividende en actions. La valeur des actions ordinaires se retrouve dans les actions privilégiées de sorte que les bénéficiaires du gel peuvent acheter les actions ordinaires ou souscrire à de nouvelles actions ordinaires pour une contrepartie minime.

Dans le cas où les bénéficiaires du gel souscrivent à de nouvelles actions ordinaires, cela permet d'éviter l'application du paragraphe 74.4(2) L.I.R. puisqu'un dividende en actions versé par une société ne constitue pas un transfert effectué directement ou indirectement à une société par un particulier.

Cependant, il ne sera pas possible de se prémunir d'une clause de rajustement de prix devenant préjudiciable advenant une réévaluation de la JVM pour la déclaration du dividende. Cependant, il y a lieu d'indiquer que l'ARC pourrait néanmoins envisager l'utilisation de la disposition générale antiévitement prévue au paragraphe 245(2) L.I.R. dans le cadre du gel envisagé.

À la suite de la modification technique introduite le 9 novembre 2006, le coût des actions pourrait être réduit dans la situation où le dividende en actions est reçu par une société. Ceci pourrait entraîner un gain en capital lors du rachat de telles actions si le dividende en actions est versé à une société de gestion.

²⁷ L.R.Q., c. C-38.

²⁸ La *Loi sur les compagnies* permet l'émission d'actions avec valeur nominale permettant de créer une catégorie d'actions avec une valeur nominale minime et une valeur de rachat élevée. Quant à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, elle interdit l'émission d'actions avec valeur nominale mais traite des dividendes en actions permettant de verser un montant moindre que la valeur de rachat des actions émises au moment du gel.

4.4. VERSEMENT D'UN DIVIDENDE

Lorsque toutes les conditions prévues au paragraphe 74.4(2) L.I.R. sont réunies, l'auteur du transfert ou du prêt doit inclure dans le calcul de son revenu un intérêt réputé au taux prescrit, réduit des dividendes imposables reçus par l'auteur. Le dividende imposable doit effectivement être versé pour réduire l'avantage. Pour éviter l'ajout au revenu de cet intérêt réputé, il sera plus avantageux de verser un dividende imposable, c'est-à-dire majoré de 44 %²⁹ ou de 25 % dans les cas où il s'agit d'un dividende déterminé ou autre que déterminé, à l'auteur du transfert ou du prêt. Le fait de verser un dividende permet de sortir des fonds de la société et de diminuer l'application du paragraphe 74.4(2) L.I.R. Il s'agira de verser les 25/36, dans le cas d'un dividende déterminé, ou les 4/5 dans le cas d'un dividende autre que déterminé, du montant de l'intérêt réputé pour annuler l'effet du paragraphe 74.4(2) L.I.R.

Par exemple, un particulier effectue un gel successoral en faveur d'une fiducie discrétionnaire dont sa conjointe et ses enfants seront bénéficiaires. Si la valeur des actions privilégiées au moment du gel est de 1,5 M\$, que pour l'année la société ne se qualifie pas de SEPE, et que le taux prescrit est de 1 %, la société devra verser un dividende provenant du compte de revenu à taux général d'un montant réel de 10 417 \$.

$1\,500\,000 \$ \times 1 \% \times 12/12$	15 000 \$
Moins : $36/25 \times 10\,417 \$$	<u>15 000 \$</u>
Intérêt réputé	<u><u>0 \$</u></u>

4.5. TAUX D'INTÉRÊT PRESCRIT FAIBLE

Depuis le deuxième trimestre de 2009, le taux d'intérêt prescrit est de 1 %. Un taux d'intérêt prescrit aussi bas permet de profiter des règles d'attribution lorsque les rendements sont supérieurs. En général, dans le cas des règles d'attribution, le taux d'intérêt exigé est celui au moment du prêt ou de la créance. Dans le cas du paragraphe 74.4(2) L.I.R., il faut prendre le taux en vigueur au cours de la période où les conditions sont remplies. Néanmoins, puisque le taux d'intérêt prescrit applicable est faible, il permet

²⁹ La majoration d'un dividende déterminé est de 44 % pour l'année 2010, 41 % pour l'année 2011. Il sera de 38 % pour les années 2012 et suivantes en vertu du paragraphe 82(1) L.I.R.

de verser des intérêts ou des dividendes imposables moindres pour annuler l'intérêt réputé sur les transferts effectués à une société.

4.6. L'ARTICLE 245 L.I.R.

Au sujet d'un gel successoral classique au bénéfice d'une fiducie au profit des enfants mineurs, il est mentionné dans la *Circulaire d'information* 88-2³⁰ qu'il n'y a aucun abus si l'on tient compte de l'esprit de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le paragraphe 245(2) L.I.R. ne s'appliquera pas au transfert des actions à la société lorsque le paragraphe 74.4(2) L.I.R. s'appliquera pour réputer que l'auteur du gel a reçu un montant au titre d'intérêt. De même, le paragraphe 245(2) L.I.R. ne s'appliquerait pas lorsque le paragraphe 74.4(2) L.I.R. ne s'appliquera pas pour réputer que l'auteur du gel a reçu un montant au titre d'intérêt.

Cependant, comme la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit des dispositions spécifiques de roulement au moment du décès du conjoint, l'ARC voit d'un mauvais œil un gel successoral impliquant comme bénéficiaire la conjointe puisque, selon l'ARC, le seul but d'un tel gel consisterait à mettre en place une technique permettant de réaliser du fractionnement de revenu.

CONCLUSION

Comme nous avons pu le remarquer, l'application du paragraphe 74.4(2) L.I.R. comporte plusieurs pièges. Avant tout, l'objectif du présent texte était de faire un survol de l'application de cette disposition pour en démontrer l'importance lors de planifications impliquant une PME et sa famille.

Restreignant certaines planifications légitimes d'un simple gel successoral en faveur des enfants d'un actionnaire, le paragraphe 74.4(2) L.I.R. peut fragiliser les transactions puisque, même si l'ARC mentionne que le test d'intention est un test objectif, n'empêche qu'un test d'intention reste difficile à prouver.

En réponse à certaines planifications qui permettaient de contourner la règle d'attribution relative aux sociétés par l'utilisation d'un pourcentage

³⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 88-2, « Disposition générale anti-évitement – article 245 de la Loi de l'impôt sur le revenu », 21 octobre 1988.

inférieur à 10 % pour des actionnaires âgés de moins de 18 ans, le ministère des Finances du Canada a introduit, en l'an 2000, l'article 120.4 L.I.R., c'est-à-dire l'impôt sur le revenu fractionné, afin de décourager le fractionnement de revenu par le versement de dividende d'une société privée. Néanmoins, le paragraphe 74.4(2) L.I.R. existe toujours et contient des règles spécifiques qui doivent être bien comprises pour en éviter les pièges.

Généralement, le versement d'un rendement raisonnable, sous forme d'intérêt ou de dividende, permettra d'annuler l'intérêt réputé généré par un transfert ou un prêt de bien à une société.

Finalement, lorsqu'une PME et ses dirigeants décident de procéder à une réorganisation, à l'instauration d'une fiducie familiale ou à des transferts et des prêts de biens impliquant une société et ses actionnaires, il faudra toujours avoir à l'œil la règle de l'intérêt réputé pour s'assurer qu'il n'y a aucune conséquence fâcheuse ou non.

**PERTE SUBIE LORS DE LA DISPOSITION D’UN INTÉRÊT
DANS UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES**



Benoit Martinet
CA, LL.M. fisc.
Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 5:3

1. LE PARAGRAPHE 100(4) L.I.R. 5:4

1.1. LES CONDITIONS D’APPLICATION DU PARAGRAPHE 100(4) L.I.R. 5:4

1.2. L’OBJET DU PARAGRAPHE 100(4) L.I.R. 5:5

1.3. APPLICATION DU PARAGRAPHE 100(4) L.I.R. – PROBLÈMES
PRATIQUES 5:7

1.4. APPLICATION DU PARAGRAPHE 100(4) L.I.R. – CALCUL
PAR ACTION 5:8

**2. RAJUSTEMENT AU PBR D’UN INTÉRÊT DANS UNE SP
LORSQUE LES PARAGRAPHES 100(4) OU 112(3.1) L.I.R.
ONT ÉTÉ APPLIQUÉS RELATIVEMENT À LA SP** 5:12

2.1.	OBJET DES RAJUSTEMENTS PRÉVUS AUX DIVISIONS 53(2)C)(I)(A) ET 53(2)C)(I)(C) L.I.R.	5:13
3.	PERTE SUBIE LORS DE LA LIQUIDATION D'UNE SP – APPLICATION MALENCONTREUSE DU PARAGRAPHE 98(5) L.I.R.	5:15
3.1.	MOYENS DE METTRE FIN À LA SP	5:16
3.1.1.	La liquidation de GPco.....	5:17
3.1.2.	La liquidation de la SP	5:18
3.1.3.	La fusion de GPco et d'Opco	5:19
3.1.4.	Moyens de mettre fin à la SP – Conclusion.....	5:20
3.2.	PRINCIPALES CONSÉQUENCES FISCALES DÉCOULANT DE LA FUSION DE DEUX ASSOCIÉS POUR METTRE FIN À UNE SP	5:21
3.2.1.	Fins d'année de la SP et des sociétés fusionnées.....	5:21
3.2.2.	Disposition des unités de la SP lors de la fusion de deux associés	5:22
3.3.	FUSION DE DEUX ASSOCIÉS POUR METTRE FIN À UNE SP DANS LE BUT DE DÉDUIRE UNE PERTE LATENTE SUR LES UNITÉS DE LA SP – APPLICATION ÉVENTUELLE DE LA RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT	5:24
	CONCLUSION	5:26

INTRODUCTION

Tous les professionnels savent que la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ est truffée de règles ayant pour effet de réduire ou de rendre nulle une perte subie par un contribuable lors de la disposition d'un bien donné. Ces règles sont connues comme étant les règles de minimisation des pertes. En conséquence, avant de réclamer une perte, un contribuable doit être vigilant et s'assurer qu'une règle de minimisation des pertes ne s'applique pas à sa situation.

En plus de pouvoir être assujettie à certaines des règles générales sur la minimisation des pertes, une perte subie par un contribuable lors de la disposition d'un intérêt dans une société de personnes (« SP ») peut être réduite à la suite de l'application du paragraphe 100(4) L.I.R. Le paragraphe 100(4) L.I.R., qui s'applique expressément aux pertes subies lors de la disposition d'un intérêt dans une SP, est une disposition à laquelle on ne pense pas forcément spontanément puisqu'elle implique qu'on examine les placements en actions détenus par la SP au moment où le contribuable a disposé de son intérêt dans cette SP. En effet, lorsqu'un contribuable dispose d'un titre donné à perte, celui-ci n'a généralement pas à se soucier des actifs détenus par l'entité donnée afin de déterminer le montant de cette perte.

Le présent texte a donc pour but d'expliquer le fonctionnement ainsi que l'objet du paragraphe 100(4) L.I.R. et de soulever certains problèmes pratiques découlant de son application.

Par ailleurs, quand une SP donnée subit une perte lors de la disposition d'un intérêt dans une autre SP ou lors de la disposition d'actions, l'application des règles sur la minimisation des pertes prévues aux paragraphes 100(4) ou 112(3.1) L.I.R. peut entraîner des rajustements, pour le moins contre-intuitifs, du prix de base rajusté (« PBR ») de l'intérêt dans la SP donnée. L'objet du présent texte est d'illustrer la raison pour laquelle de tels rajustements sont requis.

Dans un autre ordre d'idées, une perte subie par un contribuable lors de la disposition d'un intérêt dans une SP dans le cadre de la liquidation de la SP peut être nulle à la suite de l'application malencontreuse du paragraphe 98(5) L.I.R. Le présent texte décrit des exemples où le paragraphe

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

98(5) L.I.R. peut s'appliquer malencontreusement et propose des solutions afin de parvenir à éviter l'application de cette disposition dans un tel cas.

1. LE PARAGRAPHE 100(4) L.I.R.

Tel qu'il a été mentionné en introduction, le paragraphe 100(4) L.I.R. est une règle sur la minimisation des pertes spécifique qui s'applique quand un contribuable subit une perte lors de la disposition d'une participation dans une SP. Le paragraphe 100(4) L.I.R. se lit comme suit :

« Malgré l'alinéa 39(1)b), la perte en capital qu'un contribuable subit lors de la disposition d'une participation dans une société de personnes est réputée égale à la perte déterminée par ailleurs moins le total des montants représentant chacun le montant qui aurait été appliqué, par l'effet du paragraphe 112(3.1), en réduction de la part qui revient au contribuable de la perte de la société de personnes, relativement à une action du capital-actions d'une société qui était un bien d'une société de personnes donnée au moment de la disposition, si l'exercice de chaque société de personnes qui comprend ce moment s'était terminé immédiatement avant ce moment et si la société de personnes donnée avait disposé de l'action immédiatement avant la fin de cet exercice pour un produit égal à sa juste valeur marchande à ce moment. »

1.1. LES CONDITIONS D'APPLICATION DU PARAGRAPHE 100(4) L.I.R.

Les conditions requises pour que le paragraphe 100(4) L.I.R. s'applique sont les suivantes :

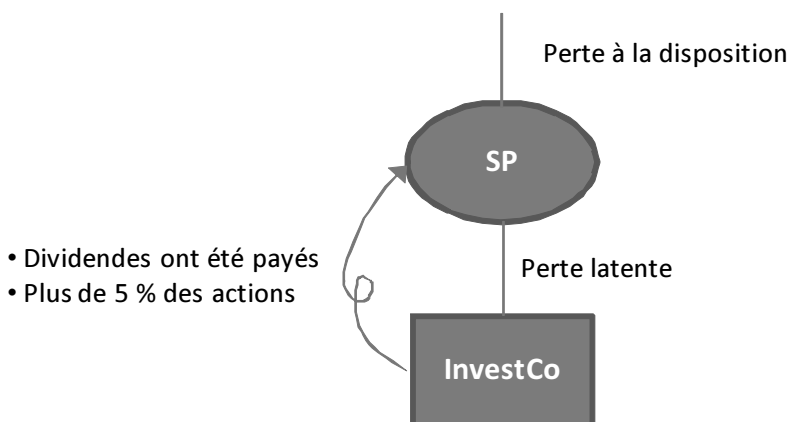
- un contribuable subit une perte lors de la disposition d'une participation dans une SP à un moment donné;
- à ce moment donné, la SP détient une action;
- la SP aurait subi une perte si elle avait disposé de l'action et si cette disposition était survenue immédiatement avant le moment de la disposition de la participation dans la SP, pour un produit égal à la juste valeur marchande (« JVM ») de l'action à ce moment;
- le paragraphe 112(3.1) L.I.R. aurait réduit la part de la perte subie par la SP, qui revient à l'associé, lors de la disposition présumée de l'action mentionnée ci-dessus.

Dans le cas où une société est un associé d'une SP, le paragraphe 112(3.1) L.I.R. diminue la part de la perte de la SP revenant à la société qui en est associée, lors de la vente d'une action, des dividendes imposables, des

dividendes en capital et des dividendes en capital d'assurance vie, attribuée à la société sur l'action.

Toutefois, cette règle sur la minimisation des pertes ne s'applique pas lorsque la SP a détenu l'action pendant au moins 365 jours avant la disposition et que la SP, l'associé et les personnes ayant un lien de dépendance avec l'associé ne détenaient pas plus de 5 % des actions d'une catégorie quelconque de la société émettrice (« Règle de minima »).

L'organigramme suivant illustre dans quel cas le paragraphe 100(4) L.I.R. trouve application.



1.2. L'OBJET DU PARAGRAPHE 100(4) L.I.R.

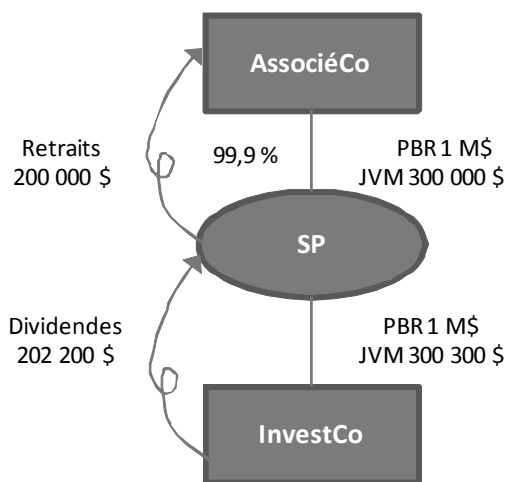
Maintenant que nous avons passé en revue les conditions d'application du paragraphe 100(4) L.I.R., il y a lieu de se demander pour quelle raison la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit qu'une perte subie par un contribuable lors de la disposition d'un intérêt dans une SP doit être réduite de la façon décrite à ce paragraphe.

L'exemple suivant aide à mieux comprendre pourquoi ce paragraphe a été édicté.

- AssociéCo a créé une SP et a souscrit à 99,9 % des unités de SP pour un montant de 1 M\$.

- SP a utilisé le produit de souscription reçu d'AssociéCo afin d'acquérir la totalité des actions d'Opco.
- Au cours des années, Opco a payé des dividendes totalisant 200 200 \$ en faveur de SP.
- SP a distribué la totalité des dividendes reçus d'Opco en faveur de ses associés. AssociéCo a donc reçu 200 000 \$ de SP ($200\,200 \$ \times 99,9 \%$).
- Le seul actif de SP consiste en sa participation dans Opco et Opco n'a aucun passif.
- En date des présentes, la JVM des actions d'Opco détenues par SP est de 300 300 \$ et, par le fait même, la JVM des unités de SP détenues par AssociéCo est de 300 000 \$ ($300\,300 \$ \times 99,9 \%$).
- En date des présentes, le PBR de la participation d'AssociéCo dans SP est de 1 M\$ (la contribution initiale (1 M\$) + quote-part des dividendes ($200\,000 \$$) - les distributions reçues ($200\,000 \$$)).
- En date des présentes, le PBR des actions d'Opco détenues par SP est de 1 M\$.

L'organigramme suivant illustre cette situation.



Si AssociéCo dispose de la totalité de ses unités de SP, elle subira, avant l'application du paragraphe 100(4) L.I.R., une perte de 700 000 \$, soit l'écart entre la JVM des unités (300 000 \$) et leur PBR (1 000 000 \$).

Puisque SP aurait subi une perte de 699 700 \$ (300 300 \$ - 1 000 000 \$) si elle avait disposé de ses actions d'Opco immédiatement avant et puisque cette perte aurait été réduite d'un montant de 200 200 \$ (les dividendes versés) en vertu du paragraphe 112(3.1) L.I.R., la perte subie par AssociéCo lors de la disposition de ses unités de SP doit être réduite de la quote-part de cette réduction, soit 200 000 \$ ($200\,200 \$ \times 99,9 \%$) en vertu du paragraphe 100(4) L.I.R.

De ce fait, la perte subie par AssociéCo, lors de la disposition des unités de SP, à la suite de l'application du paragraphe 100(4) L.I.R. sera de 500 000 \$ (700 000 \$ - 200 000 \$).

Si AssociéCo avait acheté directement 99,9 % des actions d'Opco pour 1 M\$ et avait reçu au cours des années des dividendes de 200 000 \$ sur ces actions, la disposition par AssociéCo de ces actions, pour un produit de 300 000 \$, aurait entraîné une perte de 700 000 \$, et cette perte aurait été réduite de 200 000 \$ en vertu du paragraphe 112(3) L.I.R. La perte subie par AssociéCo aurait alors été de 500 000 \$.

Le paragraphe 100(4) L.I.R. a donc pour objet de faire en sorte qu'un contribuable ayant subi une perte économique sur une action ait le même traitement fiscal, peu importe qu'il subisse cette perte lors de la vente de l'action ou que cette perte économique soit subie indirectement lors de la vente d'une unité d'une SP détenant l'action.

1.3. APPLICATION DU PARAGRAPHE 100(4) L.I.R. – PROBLÈMES PRATIQUES

Un contribuable ayant subi une perte lors de la disposition d'unités d'une SP peut faire face à plusieurs problèmes pratiques pouvant être astreignants afin de déterminer si le paragraphe 100(4) L.I.R. s'applique à sa situation. Ces problèmes pratiques sont les suivants :

- le contribuable doit tout d'abord déterminer s'il s'est vu attribuer des revenus de dividendes par la SP et si la SP détient toujours les actions sur lesquels ces dividendes ont été versés (« Actions détenues »);
- par la suite, il doit déterminer si la Règle de minima s'applique aux Actions détenues; sinon,

- il devra alors déterminer le PBR des Actions détenues ainsi que leur JVM.

Aux fins de l'application du paragraphe 100(4) L.I.R., il n'existe pas de règle de minima basée sur le pourcentage de participation que détient un contribuable dans une SP. De ce fait, un contribuable détenant une participation de moins de 1 % dans une SP mais ayant subi une perte importante lors de la disposition des unités de cette SP et s'étant vu attribuer des dividendes de cette SP devra obtenir l'information mentionnée ci-dessus pour déterminer si le paragraphe 100(4) L.I.R. s'applique à sa situation. Dans un tel cas, il pourrait être difficile pour un contribuable détenant une petite participation dans une SP d'obtenir cette information auprès de cette dernière.

La nécessité de déterminer la JVM des actions détenues par la SP peut également être astreignante, et plus particulièrement dans le cas où il s'agit d'actions d'une société privée. Dans un tel cas, un rapport d'évaluation pourrait devoir être produit afin de supporter la JVM, ce qui peut entraîner des coûts importants. De plus, si la participation en actions de la SP dans une société privée était par exemple de 6 %, la Règle de minima ne serait pas respectée et il pourrait être difficile d'obtenir de l'information afin d'établir la JVM de cette société.

1.4. APPLICATION DU PARAGRAPHE 100(4) L.I.R. – CALCUL PAR ACTION

Le paragraphe 100(4) L.I.R. s'applique lorsque la SP aurait subi une perte si elle avait disposé **de l'action** immédiatement avant le moment de la disposition de la participation dans la SP, pour un produit égal à la JVM **de l'action** à ce moment et si le paragraphe 112(3.1) L.I.R. aurait réduit la part de la perte subie par la SP, qui revient à l'associé, lors de la disposition présumée **de l'action** mentionnée ci-dessus.

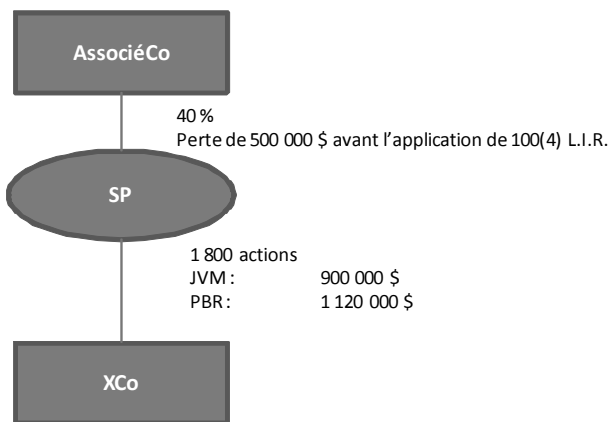
Le paragraphe 100(4) L.I.R. requiert donc que cet exercice soit effectué pour chaque action détenue par la SP.

Un calcul par lot d'actions peut s'avérer nécessaire lorsque la SP a acquis des lots d'actions à des moments différents et qu'elle n'a pas reçu les mêmes montants de dividendes sur chacun des lots. Dans un tel cas, un calcul par lot peut faire en sorte que la réduction de la perte en vertu du paragraphe 100(4) L.I.R. soit moindre que si le montant de cette réduction est déterminé en effectuant un calcul global.

L'exemple suivant illustre cette situation :

- en 2005, SP a acheté 1 000 actions d'une société donnée (« XCO ») au prix de 800 \$ par action pour un total de 800 000 \$;
- en 2009, SP a acheté 800 actions de XCO au prix de 400 \$ par action pour un total de 320 000 \$;
- le 31 décembre de chaque année, XCO a payé un dividende de 50 \$ par action;
- une société (« AssociéCo ») détient, depuis le 1^{er} janvier 2005, 40 % des unités de SP;
- depuis 2005, SP détient plus de 5 % des actions émises par XCO;
- au début de 2010, AssociéCo dispose de la totalité de ses unités de SP et subit une perte de 500 000 \$ avant l'application du paragraphe 100(4) L.I.R.;
- immédiatement avant le moment de la disposition par AssociéCo de la totalité de ses unités de SP, la JVM d'une action de XCO s'élevait à 500 \$, la JVM des actions de XCO détenues par la SP s'élevait donc à 900 000 \$ ($(500 \$ \times (1\,000 + 800))$).

L'organigramme suivant résume la situation :



Si un calcul global est effectué, la perte de 500 000 \$ subie par AssociéCo sera réduite de 88 000 \$ en vertu du paragraphe 100(4) L.I.R. Voici le calcul détaillé permettant d'arriver à ce résultat :

	\$
JVM des actions de XCO immédiatement avant la disposition des unités de SP	900 000
PBR des actions de XCO	(1 120 000)
Perte qu'aurait subie SP, si elle avait vendu ses actions de XCO immédiatement avant la disposition des unités de SP – avant l'application du paragraphe 112(3.1) L.I.R.	220 000
Quote-part de cette perte attribuable à AssociéCo – 40 %	<u>88 000</u>
Dividendes de XCO attribués par SP à AssociéCo :	
2006 – 1 000 actions $\times$ 50 \$ $\times$ 40 %	20 000
2007 – 1 000 actions $\times$ 50 \$ $\times$ 40 %	20 000
2008 – 1 000 actions $\times$ 50 \$ $\times$ 40 %	20 000
2009 – 1 800 actions $\times$ 50 \$ $\times$ 40 %	<u>36 000</u>
Total des dividendes attribués à AssociéCo	<u>96 000</u>

Dans un tel cas, la quote-part de la perte d'AssociéCo, que XCO est présumée avoir subie en vertu du paragraphe 100(4) L.I.R., sera réduite de 88 000 \$ en vertu du paragraphe 112(3.1) L.I.R. puisque les dividendes payés sur ces actions excèdent le montant de la perte. De ce fait, la perte subie par AssociéCo lors de la disposition de son intérêt dans SP sera réduite de 88 000 \$ en vertu du paragraphe 100(4) L.I.R.

Toutefois, la *Loi de l'impôt sur le revenu* mentionne que ce calcul doit s'effectuer action par action plutôt qu'au global. Dans le cas présent, si un calcul est effectué par lot d'actions en fonction de la date d'acquisition, ce qui revient à effectuer un calcul action par action, la perte de 500 000 \$ subie par AssociéCo sera réduite de 64 889 \$ en vertu du paragraphe 100(4) L.I.R.

Voici le calcul détaillé permettant d'arriver à ce résultat :

	Lot 2005	Lot 2009
	\$	\$
JVM des actions de XCO immédiatement avant la disposition des unités de SP		
– 1 000 actions × 500 \$	500 000	
– 800 actions × 500 \$		400 000
PBR des actions de XCO		
PBR moyen de 622,22 \$/action		
– 1 000 actions × 622,22 \$	(622 222)	
– 800 actions × 622,22 \$		(497 778)
Perte qu'aurait subie SP si elle avait vendu ses actions de XCO immédiatement avant la disposition des unités de la SP – avant l'application du paragraphe 112(3.1) L.I.R.	122 222	97 778
Quote-part de cette perte attribuable à AssociéCo – 40 %	<u>48 889</u>	<u>39 111</u>
Dividendes attribués à AssociéCo :		
2006 – 1 000 actions × 50 \$ × 40 %	20 000	
2007 – 1 000 actions × 50 \$ × 40 %	20 000	
2008 – 1 000 actions × 50 \$ × 40 %	20 000	
2009 – 1 000 actions × 50 \$ × 40 %	20 000	
2009 – 800 actions × 50 \$ × 40 %		16 000
Total des dividendes attribués à AssociéCo	<u>80 000</u>	<u>16 000</u>

Dans ce cas, la quote-part de la perte d'AssociéCo, que XCO est présumée avoir subie sur le lot de 2005 en vertu du paragraphe 100(4) L.I.R., sera réduite de 48 889 \$ en vertu du paragraphe 112(3.1) L.I.R. puisque les dividendes payés sur ces actions excèdent le montant de la perte. Alors que la quote-part de la perte d'AssociéCo, que XCO est présumé avoir subie sur le lot de 2009 en vertu du paragraphe 100(4) L.I.R., sera réduite de 16 000 \$ en vertu du paragraphe 112(3.1) L.I.R. puisque les dividendes payés sur ces actions sont inférieurs au montant de la perte.

De ce fait, la perte subie par AssociéCo lors de la disposition de son intérêt dans SP sera réduite de 64 889 \$ en vertu du paragraphe 100(4) L.I.R.

Ce résultat découle du fait que les dividendes en excès de la perte réputée subie, en vertu du paragraphe 100(4) L.I.R., sur le lot de 2005 ne viennent pas réduire la perte réputée subie sur le lot de 2009 comme c'est le cas lorsque le calcul est effectué de façon globale.

En réponse à une question de la table ronde fédérale lors du Congrès de 1998, de l'Association de planification fiscale et financière, l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») a indiqué ce qui suit à l'égard de l'interprétation qu'il faut faire du paragraphe 112(3) L.I.R. : « [...] De plus, nous croyons que le paragraphe 112(3) de la Loi ne permet pas de présumer qu'un dividende reçu sur une action puisse être considéré comme attribuable à d'autres actions acquises par la suite². »

Cette réponse de l'ARC vient donc confirmer qu'un calcul par action doit être effectué plutôt qu'un calcul de façon globale et qu'un dividende doit être attribué uniquement à l'action à laquelle il se rapporte.

2. RAJUSTEMENT AU PBR D'UN INTÉRÊT DANS UNE SP LORSQUE LES PARAGRAPHES 100(4) OU 112(3.1) L.I.R. ONT ÉTÉ APPLIQUÉS RELATIVEMENT À LA SP

Lorsqu'une SP donnée :

- subit une perte au moment de la disposition d'un intérêt dans une autre SP et que cette perte a été réduite en vertu du paragraphe 100(4) L.I.R.; ou
- subit une perte au moment de la disposition d'une action et que cette perte a été réduite en vertu du paragraphe 112(3.1) L.I.R.;

les divisions 53(2)c)(i)(A) et 53(2)c)(i)(C) L.I.R. prévoient ce qui suit, afin de calculer le PBR de l'intérêt dans la SP donnée :

« 53 (2) Montants déductibles [du prix de base] – Dans le calcul du prix de base rajusté du bien, pour un contribuable, à un moment donné, doivent être déduits, au titre du bien, ceux des montants suivants qui sont appropriés :

c) [Dédutions du prix de base (d'une participation dans une société de personnes)] – lorsque le bien est une participation dans une société de personnes :

(i) une somme relative à chaque exercice de la société de personnes se terminant après 1971 et avant ce moment, égale au total des sommes dont chacune représente la part du contribuable (autre qu'une part en vertu d'une convention

² « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 98*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 43:13-60, question 4.2., aux pages 43:28-29.

visée au paragraphe 96(1.1)) dans toute perte de la société de personnes, provenant de toute source, pour cet exercice, calculée compte non tenu :

(A) des fractions figurant à la formule figurant à l'alinéa 14(1)b), au paragraphe 14(5) et à l'alinéa 38b),

(A.1) [...],

(A.2) [...],

(B) [...],

(C) des paragraphes 100(4) et 112(3.1) et du paragraphe 112(4.2) dans sa version applicable aux dispositions de biens effectuées avant le 27 avril 1995. »
(Notre soulignement)

De ce fait, la quote-part de la perte en capital brute (sans tenir compte de la portion non imposable) de l'associé, qui a été subie par la SP lors de la disposition d'une action ou d'une participation dans une autre SP, vient réduire le PBR de son intérêt dans la SP. De plus, si cette perte a été réduite en vertu des paragraphes 100(4) ou 112(3.1) L.I.R. une telle réduction n'est pas prise en compte dans le calcul du PBR de l'intérêt dans la SP donnée.

2.1. OBJET DES RAJUSTEMENTS PRÉVUS AUX DIVISIONS 53(2)c)(i)(A) ET 53(2)c)(i)(C) L.I.R.

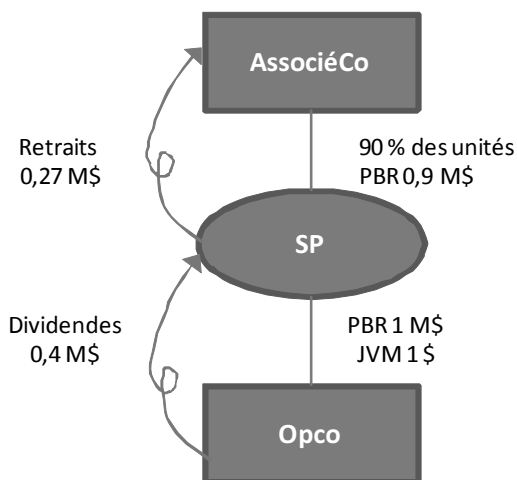
Le fait de ne pas tenir compte de la réduction de la perte prévue aux paragraphes 100(4) et 112(3.1) L.I.R. est à première vue contre-intuitif. En effet, on peut être porté à penser que l'associé a été pénalisé lorsque sa quote-part de la perte subie par la SP a été réduite en vertu de ces paragraphes et qu'il n'y a pas lieu de le pénaliser à nouveau en réduisant le PBR de son intérêt dans la SP donnée du montant de la perte avant l'application des paragraphes 100(4) et 112(3.1) L.I.R.

L'exemple suivant illustre pourquoi le PBR de l'intérêt d'un associé dans une SP ayant subi une perte qui fut réduite en vertu des paragraphes 100(4) ou 112 (3.1) L.I.R. doit être réduit du montant de la perte sans tenir compte de ces paragraphes :

- en 2007, AssociéCo et une autre personne créent une SP. AssociéCo souscrit à 90 % des unités pour 0,9 M\$ et l'autre personne souscrit à 10 % des unités pour 0,1 M\$;

- en 2007, SP utilise le produit de la souscription décrite ci-dessus afin d'acquérir des actions d'Opco pour un montant de 1 M\$. Il s'agira du seul actif de la SP;
- de 2007 à 2010, Opco a payé des dividendes totalisant 0,3 M\$ à SP qui les a tous distribués à ses associés, des dividendes totalisant 0,27 M\$ ($0,3 \text{ M\$} \times 90 \%$) ont donc été distribués à AssociéCo;
- en 2010, SP a vendu ses actions d'Opco pour 1 \$ et a subi une perte de 1 M\$. SP a attribué 90 % de cette perte à AssociéCo, soit 0,9 M\$;
- l'année d'imposition de SP se termine le 31 décembre de chaque année;
- en vertu du paragraphe 112(3.1) L.I.R., la quote-part de la perte subie par SP et attribuée à AssociéCo fut réduite de 0,27 M\$ ($0,3 \text{ M\$} \times 90 \%$), soit la quote-part des dividendes attribués à AssociéCo. La perte d'AssociéCo sera donc de 0,63 M\$, soit $0,9 \text{ M\$} - 0,27 \text{ M\$}$.

L'organigramme suivant résume la situation :



Dans cet exemple, le PBR de l'intérêt d'AssociéCo dans SP, au 1^{er} janvier 2011, sera le suivant :

	M\$
Investissement initial	0,90
Revenu de dividendes	0,27
Retraits – distribution des revenus de dividendes	(0,27)
Quote-part de la perte sans tenir compte du paragraphe 112(3.1) L.I.R.	<u>(0,90)</u>
PBR de l'intérêt d'AssociéCo dans LP	<u><u>0</u></u>

AssociéCo aura donc subi une perte économique découlant de la détention de ses unités de SP qui s'élève à 0,63 M\$, soit le 0,9 M\$ investi initialement moins la distribution de 0,27 M\$ qu'elle a reçue. Ce montant correspond à la quote-part de la perte que lui a attribuée SP et qui a été réduite à la suite de l'application du paragraphe 112(3.1) L.I.R.

Puisque SP n'a plus aucun actif, et puisque Associé a déjà bénéficié d'une perte en capital correspondant à la perte économique qu'elle a subie, il est donc normal que le PBR de ses unités de SP soit ramené à zéro et que la disposition de ses unités de SP n'entraîne aucune conséquence fiscale. C'est pour en arriver à un tel résultat que le PBR des unités doit être réduit de la quote-part de la perte subie par la société de personnes, sans tenir compte des réductions prévues aux paragraphes 100(4) et 112(3.1) L.I.R.

3. PERTE SUBIE LORS DE LA LIQUIDATION D'UNE SP – APPLICATION MALENCONTREUSE DU PARAGRAPHE 98(5) L.I.R.

Il est possible que les associés d'une SP donnée souhaitent liquider la SP afin de réaliser une perte latente sur leurs unités de cette SP. Dans un tel cas, une attention particulière devra être portée pour s'assurer que le paragraphe 98(5) L.I.R. ne s'applique pas de façon malencontreuse.

Le paragraphe 98(5) L.I.R. est une disposition de « roulement » qui fait en sorte, lorsque ses conditions d'application sont remplies, qu'un associé d'une SP liquidée est présumé avoir disposé de ses unités de la SP à leur PBR. Dans le cas où les unités de la SP comportent une plus-value, la disposition présumée des unités de la SP à leur PBR, en vertu du paragraphe 98(5) L.I.R., aura lieu en franchise d'impôt. Toutefois, lorsque les unités de la SP comportent une moins-value, cette disposition présumée des unités à leur PBR fait en sorte que la disposition des unités lors de la liquidation de la SP n'entraîne pas de perte.

Le préambule du paragraphe 98(5) L.I.R. a une portée plutôt large et il se lit comme suit :

« 98(5) **Entreprise de la société de personnes exploitée par un seul et unique propriétaire** – Lorsque, à un moment donné après 1971, une société de personnes canadienne a cessé d'exister et que, dans les 3 mois suivant ce moment, au plus une seule des personnes (appelée "propriétaire" au présent paragraphe qu'il s'agisse d'un individu, d'une fiducie ou d'une société) qui étaient, immédiatement avant le moment donné, des associés de la société de personnes, poursuit lui-même, à titre de propriétaire unique, l'exploitation de l'entreprise antérieurement exploitée par la société de personnes et continue à utiliser, dans le cours des activités de l'entreprise, un bien qui appartenait à la société de personnes immédiatement avant le moment donné et qu'il a reçu à titre de produit de disposition de sa participation dans la société de personnes, les règles suivantes s'appliquent. » (Notre soulignement)

Le paragraphe 98(5) L.I.R. s'applique donc lorsqu'une SP cesse d'exister et que, dans un délai de trois mois, un associé poursuit lui-même, à titre de propriétaire unique, l'exploitation de l'entreprise et utilise un bien de la SP qu'il a reçu à titre de produit de disposition de sa participation dans la SP, dans le cadre de cette exploitation.

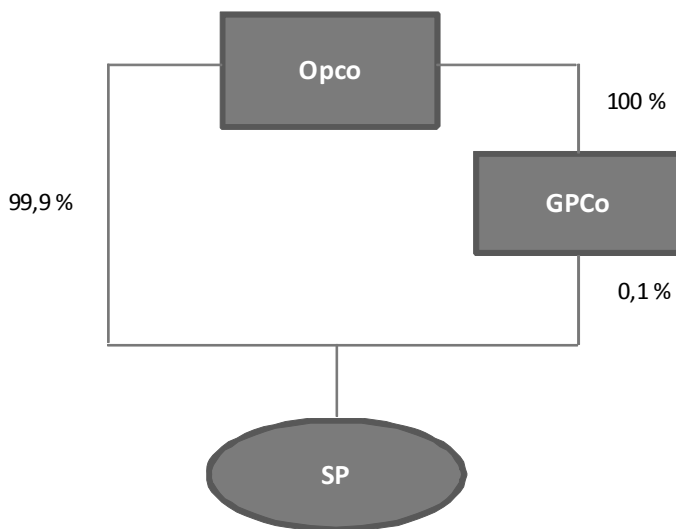
3.1. MOYENS DE METTRE FIN À LA SP

Il existe différents moyens de mettre fin à une SP afin que les associés disposent de leurs unités de la SP. Parmi ces moyens, il y a ceux-ci :

- la liquidation de GPco;
- la liquidation de SP;
- la fusion de GPco et Opco.

Toutefois, dans le cas où la liquidation de la SP a pour objet de permettre aux associés de subir une perte sur leurs unités, il faut s'assurer que le moyen choisi afin de mettre fin à la SP n'entraînera pas l'application du paragraphe 98(5) L.I.R. et permettra aux associés de bénéficier de la perte latente dont il dispose sur leurs unités de la SP.

Puisqu'il est fréquent de retrouver la structure ci-dessous à l'intérieur d'un groupe de sociétés, nous utiliserons cet exemple pour décrire le résultat découlant de la cessation d'une SP pour les différents scénarios mentionnés ci-après.



3.1.1. La liquidation de GPco

Dans un tel scénario, la SP cesserait d'exister puisqu'elle ne compterait plus qu'un associé (Opco). Toutefois, puisque Opco (un ancien associé) poursuivrait elle-même, à titre de propriétaire unique, l'exploitation de l'entreprise de la SP et qu'elle utiliserait les biens de la SP dans le cadre de cette exploitation, le paragraphe 98(5) L.I.R. trouverait application, ce qui ferait en sorte que la perte subie par Opco et GPco lors de la liquidation de la SP serait nulle puisqu'elles seraient réputées avoir disposé de leurs unités de la SP à leur PBR.

Il est fréquent, dans le cas de structure de financement, qu'une SP n'ait pour seul actif qu'une participation en actions dans une société. On pourrait croire que, dans un tel cas, la liquidation de GPco n'entraînerait pas l'application du paragraphe 98(5) L.I.R. puisque la détention d'un placement en actions ne semble pas, à première vue, constituer l'exploitation d'une entreprise. Toutefois, l'ARC a émis le commentaire suivant dans une interprétation technique :

« When a partnership ceases to exist and the proprietor earns income in respect of its newly acquired Opco shares, it is our view that the proprietor would meet the “business continuity test”. Therefore, assuming the other requirements of

subsection 98(5) are met, in our view, the application of 98(5) of the Act is not precluded simply because, prior to ceasing to exist, the partnership's only assets were shares of Opco³. » (Notre soulignement)

L'ARC soutient donc que le paragraphe 98(5) L.I.R. s'applique pour autant que le propriétaire gagne un revenu tiré des actions qu'il vient d'acquérir, et ce, même si les actions constituent le seul élément d'actif de la SP. Cette interprétation est pour le moins étonnante, d'autant plus que l'ARC ne donne aucune indication ni ne fait aucun commentaire, autre que la nécessité que du revenu soit tiré de l'action, quant aux facteurs qu'il faut prendre en compte pour conclure que la SP exploitait une entreprise. Un contribuable voulant se prévaloir des dispositions de « roulement » prévues au paragraphe 98(5) L.I.R. devrait être prudent dans un tel cas et il pourrait être souhaitable d'effectuer une demande de décision anticipée à l'ARC.

Toutefois, dans le cas où les associés de SP souhaitent mettre fin à la SP afin de réaliser une perte sur les unités de la SP, il n'est pas souhaitable de procéder à la liquidation de GPco puisque le paragraphe 98(5) L.I.R. devra généralement trouver application.

3.1.2. La liquidation de la SP

Une autre façon de mettre fin à la SP est de liquider cette entité sur une base imposable et de distribuer la quote-part des éléments d'actif de la SP à chacun des associés. Dans le cas où la SP ne détient pas d'éléments d'actif ayant une plus-value (ce qui peut être le cas lorsque les associés ont une perte latente sur leurs unités de la SP), cette façon de faire n'entraînera pas d'impôt pour la SP lors de la disposition de ses éléments d'actif. Il peut être possible que le paragraphe 98(5) L.I.R. ne trouvera pas application dans un tel cas si l'entreprise de la SP est continuée par plus d'un associé.

Toutefois, dans l'exemple illustré ci-dessus, où GPco ne détient qu'une faible participation dans la SP, il est possible de prétendre que GPco n'a pas reçu suffisamment d'éléments d'actif de la SP et qu'elle ne continue pas d'exploiter l'entreprise de la SP. Le paragraphe 98(5) L.I.R. trouvera ainsi application puisque uniquement Opco continuera d'exploiter l'entreprise de la SP.

³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-0275151, 9 juillet 2009.

Bien entendu un tel résultat ne sera pas souhaitable dans une situation où les associés désirent mettre fin à la SP afin de réaliser la perte latente sur leurs unités de la SP.

3.1.3. La fusion de GPco et d'Opco

L'ARC indique ce qui suit au *Bulletin d'interprétation* IT-474R2, en ce qui a trait à l'application possible du paragraphe 98(5) L.I.R. lorsqu'une SP cesse d'exister dans le cadre de la fusion de ses deux associés :

« 25. Aucun problème fiscal particulier ne survient lorsqu'une société de personnes canadienne continue d'exister en droit par suite d'une fusion impliquant un ou plusieurs associés corporatifs. Toutefois, lorsqu'une société de personnes canadienne cesse d'exister à cause d'une fusion impliquant un ou plusieurs associés corporatifs, le paragraphe 98(5) ne s'appliquera pas pour permettre un roulement lorsque la nouvelle société doit exploiter l'entreprise de l'ancienne société de personnes [...]⁴. » (Notre soulignement)

Ainsi, l'ARC est d'avis que le paragraphe 98(5) L.I.R. ne s'applique pas lorsqu'une SP cesse d'exister à cause de la fusion de ses associés. Toutefois, l'ARC ne donne aucune explication dans le *Bulletin d'interprétation* IT-474R2 afin de supporter cette conclusion.

Dans une interprétation technique, l'ARC décrit les raisons pour lesquelles elle croit que le paragraphe 98(5) L.I.R. ne devrait pas trouver application lorsqu'une SP prend fin dans le cadre de la fusion de ses deux associés. Les raisons invoquées par l'ARC dans cette interprétation technique afin de supporter sa position sont les suivantes:

« In the opinion of the taxpayer's representative, the result of the decision in *The Queen v. Guaranty Properties Limited*, 90 DTC 6363 is that the "new" corporation deeming rule in paragraph 87(2)(a) is solely for the purpose of determining year-ends. Further, it is his view that an amalgamated corporation should be treated as a continuation of the amalgamating corporations such that the test in subsection 98(5) would be satisfied in that the amalgamating corporation was a former partner.

In our view there are two questions to be answered in order to determine whether subsection 98(5) applies:

1. [...],

⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-474R2, « Fusion de sociétés canadiennes », 8 janvier 2008, par. 25.

2. If Amalco was a member of the partnership before the particular time, can it be said that “[...] one, but not more than one, of the persons who were, immediately before the particular time, members of the partnership carries on by himself the business that was the business of the partnership.”?

The answer to the first question can only be determined after a complete review of the decision of the Federal Court of Appeal in Guaranty Properties. The department has not yet completed this review, so we are unable, at this time to address the first question. However, it is our view that, whatever the effect of the Guaranty Properties decision on the first question, subsection 98(5) does not apply in this situation. If the response to the first question is no, it is clear that subsection 98(5) is not applicable to Amalco. On the other hand, even on the assumption that the response to the first question is yes, i.e. if Amalco was a member of the partnership before the partnership ceased to exist, Amalco would be considered to be all of the persons who were, immediately before the partnership ceased to exist, members of the partnership. Since the provision requires that Amalco be one, but not more than one of the members at that time, the requirements of subsection 98(5) are not met. » (Notre soulignement)

L’ARC est donc d’avis que peu importe que l’on prenne la position que la société issue de la fusion (« Fusionco ») constitue la continuité des deux sociétés remplacées ou non, le paragraphe 98(5) L.I.R. ne trouvera pas application à la suite de la fusion des deux associés. Selon l’ARC,

- si l’on prétend que Fusionco n’est pas la continuité de ses prédécesseurs, l’entreprise de la SP sera exploitée par une personne (Fusionco) qui n’était pas un associé de SP immédiatement avant la cessation de SP et les conditions prévues au paragraphe 98(5) L.I.R. ne seront pas remplies;
- si l’on prétend que Fusionco est la continuité de ses prédécesseurs, l’entreprise de SP sera alors exploitée par les deux prédécesseurs et les conditions prévues au paragraphe 98(5) L.I.R. ne seront pas remplies.

3.1.4. Moyens de mettre fin à la SP – Conclusion

Compte tenu de la position de l’ARC, la fusion de deux associés pour mettre fin à une SP est la façon la plus sûre d’éviter l’application du paragraphe 98(5) L.I.R. et de pouvoir ainsi réaliser une perte en capital latente sur les unités d’une SP.

⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9112045, 5 novembre 1991.

3.2. PRINCIPALES CONSÉQUENCES FISCALES DÉCOULANT DE LA FUSION DE DEUX ASSOCIÉS POUR METTRE FIN À UNE SP

La fusion de deux associés en vue de mettre fin à une SP entraîne une fin d'année d'imposition pour les sociétés fusionnées ainsi que pour la SP. De plus, cette transaction entraîne une disposition par les associés de leur participation dans la SP.

3.2.1. Fins d'année de la SP et des sociétés fusionnées

L'ARC mentionne dans l'interprétation technique 9112045, datée du 5 novembre 1991, que lorsque deux associés fusionnent et que toutes les unités de la SP sont alors détenues par la société issue de la fusion, la SP a alors cessé d'exister immédiatement avant la fusion. L'extrait de cette interprétation technique traitant de cet aspect est le suivant :

« If the partnership cannot endure when the interests are acquired by a single purchaser, it must therefore have terminated immediately before the transfer [...]. On a strict interpretation of the law, the transferors could find that the disposition of their interests is regarded as triggering a dissolution of the partnership, a deemed disposition of the partnership asset to the partners at fair market value, and a deemed disposition of their partnership interests at fair market value⁶. » (Notre soulignement)

Le paragraphe 99(1) L.I.R. prévoit que lorsqu'une SP a cessé d'exister, l'année d'imposition de la SP est réputée s'être terminée immédiatement avant immédiatement avant le moment où la SP a cessé d'exister.

Les années d'imposition des sociétés fusionnées quant à elles seront réputées, en vertu de l'alinéa 87(2)(a) L.I.R., se terminer au dernier moment du jour précédant le jour de la fusion, si le temps n'a pas été indiqué sur le certificat de fusion, puisque dans un tel cas, selon l'ARC, la fusion a lieu au premier moment du jour indiqué sur le certificat de fusion. Voici les commentaires de l'ARC à cet effet dans le *Bulletin d'interprétation* IT-474R2 :

« 10. La personne morale créée à la suite de la fusion est réputée, en vertu de l'alinéa 87(2)a, être une nouvelle société dont la première année d'imposition commence "à la date de la fusion". Les années d'imposition des sociétés remplacées prennent fin "immédiatement avant la fusion". La date d'entrée en vigueur de la fusion est régie par le droit corporatif et est habituellement la date d'émission des lettres patentes ou la date indiquée ou stipulée sur le certificat de

⁶ *Id.*

fusion, selon le cas. La fusion a généralement lieu au premier instant de cette date à moins qu'un temps particulier ne soit précisé sur le certificat de fusion. Par exemple, si les exercices de la société remplacée prennent habituellement fin le 31 décembre et si la date de prise d'effet de la fusion est le 1^{er} janvier, la première année d'imposition de la nouvelle société commencera au premier instant du 1^{er} janvier et les années d'imposition des sociétés remplacées se termineront à minuit, le 31 décembre. Si la date d'entrée en vigueur de la fusion est le 31 décembre, la première année d'imposition de la nouvelle société commencera au premier instant du 31 décembre et les années d'imposition des sociétés remplacées se termineront à minuit, le 30 décembre⁷.» (Notre soulignement)

En résumé :

- la fusion aura lieu, si aucun moment n'est indiqué sur le certificat de fusion, au début du jour de la fusion. De ce fait, les années d'imposition des sociétés fusionnées seront réputées se terminer au dernier moment de la journée précédente en vertu de l'alinéa 87(2)a) L.I.R.;
- la SP devrait avoir cessé d'exister immédiatement avant la fusion, soit au dernier moment de la journée précédente, et son année d'imposition est réputée se terminer « immédiatement avant, immédiatement avant ce moment » en vertu du paragraphe 99(1) L.I.R.; et
- puisque la dernière année d'imposition de SP s'est terminée avant la dernière année d'imposition des sociétés fusionnées, celles-ci devront inclure leur quote-part du revenu ou de la perte de la dernière année d'imposition de SP dans leur dernière année d'imposition, et ce, en vertu de l'alinéa 96(1)f) L.I.R.

3.2.2. Disposition des unités de la SP lors de la fusion de deux associés

Tel qu'il a été mentionné précédemment, l'ARC indique dans l'interprétation technique 9112045, datée du 5 novembre 1991, que lorsque deux associés fusionnent et que toutes les unités de la SP sont alors détenues par la société issue de la fusion, les conséquences sont alors les suivantes :

« If the partnership cannot endure when the interests are acquired by a single purchaser, it must therefore have terminated immediately before the transfer [...] . On a strict interpretation of the law, the transferors could find that the disposition of their interests is regarded as triggering a dissolution of the

⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 4, par. 10.

partnership, a deemed disposition of the partnership asset to the partners at fair market value, and a deemed disposition of their partnership interests at fair market value⁸. » (Notre soulignement)

Par conséquent, les sociétés fusionnées auront disposé de leurs unités de la SP à leur JVM immédiatement avant la fusion. Si aucun moment n'est mentionné sur le certificat de fusion, ce moment surviendra au dernier moment du jour précédant la fusion, ce qui correspondra au dernier moment du dernier exercice des sociétés fusionnées. À ce moment, le revenu ou la perte de la dernière année d'imposition de SP sera pris en compte dans le PBR des unités de SP détenues par les sociétés fusionnées en vertu de l'alinéa 53(1)e) L.I.R. puisque la dernière année d'imposition de SP sera réputée s'être terminée « immédiatement avant, immédiatement avant ce moment » en vertu du paragraphe 99(1) L.I.R.

De plus, la définition de « disposition » prévue au paragraphe 248(1) L.I.R. mentionne ce qui suit :

« **«disposition»** Constitue notamment une disposition de bien, sauf indication contraire expresse :

a) toute opération ou tout événement donnant droit au contribuable au produit de disposition d'un bien;

b) toute opération ou tout événement par lequel, selon le cas :

(i) une action, une obligation, un billet, un certificat, une hypothèque, une convention de vente ou un autre bien semblable, ou un droit y afférent, est racheté en totalité ou en partie ou est annulé, [...]. » (Notre soulignement)

Afin de s'assurer que la disposition des unités de SP survient bel et bien immédiatement avant la fusion, il pourrait être prudent de prévoir que les certificats relatifs aux unités de SP seront annulés à ce moment. Dans un tel cas, la définition de « disposition » devrait alors être respectée et les sociétés fusionnées devraient avoir disposé de leurs unités à ce moment.

⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 5.

3.3. FUSION DE DEUX ASSOCIÉS POUR METTRE FIN À UNE SP DANS LE BUT DE DÉDUIRE UNE PERTE LATENTE SUR LES UNITÉS DE LA SP – APPLICATION ÉVENTUELLE DE LA RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT

La *Loi de l'impôt sur le revenu* contient des règles faisant en sorte qu'une perte subie, lors du transfert d'un bien à l'intérieur d'un groupe de sociétés affiliées, soit réputée nulle. Ces règles prévoient que la perte réputée nulle sera disponible seulement lorsque le bien sera disposé en faveur d'une personne non affiliée⁹. Ces règles sont connues comme étant les règles sur la minimisation des pertes.

Il y a donc lieu de se demander si la fusion de sociétés d'un même groupe de sociétés pour mettre fin à une SP, et ce, dans le but de déduire une perte en capital sur les unités de la SP, pourrait entraîner l'application de la règle générale antiévitement (« RGAÉ ») prévue à l'article 245 L.I.R.

Dans un tel cas, les autorités fiscales pourraient prétendre que la fusion de sociétés d'un même groupe pour mettre fin à une SP dans le but de déduire une perte en capital sur les unités de la SP constitue un abus des règles sur la minimisation des pertes puisque les associés n'ont pas disposé de leurs unités de la SP en faveur d'une personne affiliée.

La Cour d'appel fédérale a examiné cette question dans l'arrêt *Landrus c. La Reine*¹⁰. Les commentaires de la Cour d'appel fédérale à cet égard sont les suivants :

« [44] Although it is common ground that none of these rules are applicable on the facts of this case, the argument advanced before the Tax Court Judge (and before us) is that they evidence a general policy to disregard dispositions of property to persons amongst related parties or parties within "the same economic unit" (Reasons, para. 114). The Tax Court Judge held that these stop-loss provisions fell short of evidencing such a policy (Reasons, para. 115). In his view, the precise and detailed nature of these provisions show that they are intended to deny losses in the limited circumstances set out in these provisions (Reasons, para. 117).

[45] In particular the variation as to the degree of connection required by these provisions, the different scope of their application, the restrictions based on the particulars of the property transferred, and the different range of transferees

⁹ Voir les paragraphes 40(3.3), 40(3.4) et 40(3.5) L.I.R.

¹⁰ 2009 D.T.C. 5085 (« *Landrus* »).

targeted, are such that it is reasonable to infer that Parliament intended to promote particular purposes rather than a general unexpressed policy (Reasons, paras. 118 and 119). The specificity of these rules is indicative of the fact that they are exceptions to a general policy of allowing losses on all dispositions (Reasons, para. 120).

[46] With specific reference to subsection 85(5.1) (now subsection 13(21.2)), the Tax Court Judge noted that Parliament has chosen to define the circumstances in which the terminal loss will be denied on transfers of depreciable property between partnerships. The Tax Court Judge infers from this that Parliament has chosen to allow taxpayers who do not come within the ambit of this provision to claim their terminal losses (Reasons, para. 123).

[47] I agree with the appellant that the fact that specific anti-avoidance provisions can be demonstrated not to be applicable to a particular situation does not, in and of itself, indicate that the result was condoned by Parliament (Canada v. Central Supply Company (1972) Ltd., [1997] 3 FC 674 (F.C.A.)). However, where it can be shown that an anti-avoidance provision has been carefully crafted to include some situations and exclude others, it is reasonable to infer that Parliament chose to limit their scope accordingly¹¹. » (Notre soulignement)

Dans cet arrêt, la Cour d'appel fédérale a confirmé la décision de la Cour canadienne de l'impôt qui avait établi que la RGAÉ ne s'appliquait pas à une série d'opérations ayant donné lieu à une perte finale lors de la vente des éléments d'actif de deux sociétés en commandite à une nouvelle société en commandite détenue, directement ou indirectement, par les mêmes parties. Cette affaire est particulièrement intéressante du fait que la Cour d'appel fédérale au paragraphe 47 de ce jugement se dit en accord avec le juge Paris de la Cour canadienne de l'impôt qui avait conclu :

- que les règles sur la minimisation des pertes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne traduisent pas une politique claire et non ambiguë de refus d'une perte découlant de la vente d'un bien à une partie liée.
- qu'en raison de leur spécificité, les règles dites « sur la minimisation des pertes » constituent des exceptions à une politique générale d'acceptation des pertes à l'égard de toutes les dispositions.

De ce fait, la fusion de sociétés d'un même groupe pour mettre fin à une SP, et ce, dans le but de déduire une perte en capital sur les unités de la SP, ne semble pas constituer un abus des règles sur la minimisation des pertes et

¹¹ *Id.*, par. 44 à 47.

ne semble pas constituer une transaction abusive aux fins de l'article 245 L.I.R.

CONCLUSION

Tel qu'il a été mentionné en introduction, tous les professionnels savent que la *Loi de l'impôt sur le revenu* est truffée de règles ayant pour effet de réduire ou de rendre nulle une perte subie par un contribuable lors de la disposition d'un bien donné et qu'il faut être vigilant dans un tel cas afin de s'assurer que la perte réclamer par un contribuable est valide.

Dans le présent texte, nous avons démontré qu'il faut être d'autant plus vigilant quand une perte est subie lors de la disposition d'unités d'une SP, puisque, en plus des règles générales de minimisation des pertes, plusieurs règles spécifiques des SP s'appliquent dans un tel cas.

MISE À JOUR SUR LES SOCIÉTÉS ASSOCIÉES**Alexandra Fortin**

Avocate, LL.M. fisc.

Lapointe Rosenstein Marchand

Melançon, s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	6:3
1. PRÉSENTATION DES RÈGLES D'ASSOCIATION	6:3
2. MISE À JOUR SUR LES RÈGLES D'ASSOCIATION.....	6:5
2.1. NOTION DE CONTRÔLE	6:5
2.1.1. Contrôle de droit ou <i>de jure</i>	6:5
2.1.2. Contrôle de fait ou <i>de facto</i>	6:6
2.2. CONTRÔLE EN CONTEXTE DE FIDUCIE	6:9
2.2.1. Nature juridique de la fiducie et du trust	6:9
2.2.2. Propriété des actions par les fiduciaires	6:10
2.3. RÈGLES DE TRANSPARENCE OU PROPRIÉTÉ DES ACTIONS AUX BÉNÉFICIAIRES	6:13
2.3.1. Notion de bénéficiaire potentiel	6:14

2.4.	PROPRIÉTÉ PRÉSUMÉE DES ACTIONS EN CAS DE DROIT D'ACHAT	6:17
3.	CONSÉQUENCES DE L'ASSOCIATION	6:18
3.1.	DISPOSITIONS DE LA <i>LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU</i> ET DE LA <i>LOI SUR LES IMPÔTS</i> TOUCHÉES PAR LES RÈGLES D'ASSOCIATION	6:18
3.1.1.	Répartition du plafond des affaires aux fins de la DPE.....	6:18
3.1.2.	Impacts additionnels.....	6:19
	CONCLUSION	6:21

INTRODUCTION*

Même si les règles d'association des sociétés existent depuis plusieurs années, l'utilisation de plus en plus répandue des fiducies, et plus particulièrement des fiducies discrétionnaires, a soulevé dernièrement de nombreuses questions additionnelles quant à « l'étendue » de l'application de ces règles d'association. Récemment, l'interprétation qu'en ont donnée les autorités fiscales a conduit à des résultats pour le moins surprenants, dans certains cas.

1. PRÉSENTATION DES RÈGLES D'ASSOCIATION

Les règles d'association se retrouvent au paragraphe 256(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ et à l'article 21.20 de la *Loi sur les impôts*².

Le paragraphe 256(1) L.I.R. énonce que deux sociétés sont associées dans les situations suivantes :

« a) l'une contrôle l'autre, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit;

b) la même personne ou le même groupe de personnes contrôle les deux sociétés, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit;

c) la personne qui contrôle l'une des deux sociétés, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, est liée à la personne qui contrôle l'autre société, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, et l'une de ces personnes est propriétaire d'au moins 25 % des actions émises d'une catégorie, non exclue, du capital-actions de chaque société;

d) la personne qui contrôle l'une des deux sociétés, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, est liée à chaque membre du groupe de personnes qui contrôle l'autre société, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, et cette personne est propriétaire d'au moins 25 % des actions émises d'une catégorie, non exclue, du capital-actions de l'autre société;

e) chaque membre du groupe lié qui contrôle l'une des deux sociétés, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, est lié à tous les

* L'auteure tient à remercier M. Marcel Lemay, FCA, de son aide.

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

² L.R.Q., c. I-3 et mod. (« L.I. »).

membres du groupe lié qui contrôle l'autre société, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, et une ou plusieurs des personnes membres des deux groupes liés sont propriétaires, seuls ou ensemble, d'au moins 25 % des actions émises d'une catégorie, non exclue, du capital-actions de chaque société. »

Le *Bulletin d'interprétation* IT-64R4³ fait un résumé intéressant des règles prévues aux autres paragraphes de l'article 256. Il s'agit, entre autres, de règles :

- où l'on énonce ou élargit la signification de certains termes et concepts, tels que « groupe de personnes » et « contrôle par un groupe de personnes » (al. 256(1.2)a) et b) L.I.R.);
- qui peuvent occasionner un contrôle réputé au moyen d'un critère de juste valeur marchande (al. 256(1.2)c), d) et e) L.I.R.);
- qui peuvent occasionner une propriété réputée des actions au moyen « des règles de transparence » (al. 256(1.2)f) L.I.R.);
- qui peuvent réputer les actions d'un enfant de moins de 18 ans comme étant la propriété des parents de l'enfant (par. 256(1.3) L.I.R.);
- qui peuvent occasionner une propriété réputée des actions ou du contrôle au moyen d'options ou des droits (par. 256(1.4) L.I.R.).

À la lecture de ce résumé, on constate que les cas d'application des règles d'association sont nombreux et diversifiés. Il est toutefois nécessaire d'être au fait des mises à jour relatives à ces règles puisqu'elles ont un impact, non seulement sur le plan de la répartition du plafond des affaires aux fins de calcul de la déduction accordée aux petites entreprises (« DPE »), mais également en ce qui concerne certains autres crédits fiscaux et déductions sur lesquels nous nous attardons un peu plus loin dans le présent texte. Mais d'abord, voici un aperçu de la tendance actuelle adoptée par les tribunaux et les autorités fiscales quant à l'interprétation des règles d'association des sociétés.

³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-64R4 (consolidé), « Sociétés : association et contrôle », 13 octobre 2004.

2. MISE À JOUR SUR LES RÈGLES D'ASSOCIATION

2.1. NOTION DE CONTRÔLE

L'application des règles d'association est intrinsèquement liée à la notion de contrôle des actions. La notion de contrôle comprend tant le contrôle de droit (*de jure*) que celui de fait (*de facto*). L'analyse de la notion de contrôle a fait couler beaucoup d'encre au cours des dernières années, et en fera sans doute couler encore beaucoup⁴. Nous n'avons pas l'intention de procéder à une analyse exhaustive de la notion de contrôle. Néanmoins, il s'agit d'un incontournable et ne pas en traiter serait ardu, car du contrôle des actions découle l'application des règles d'association des sociétés.

Les arrêts *Buckerfield's Ltd. et autres c. MRN*⁵ et *Duha Printers (Western) Ltd. c. La Reine*⁶ sont des arrêts clés en matière de contrôle. On se rappellera que c'est à la suite du refus de la Cour d'appliquer le contrôle de fait à l'interprétation du paragraphe 256(1) L.I.R. dans le cadre du jugement rendu dans ces arrêts que le législateur a procédé à l'introduction du paragraphe 256(5.1) dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* en 1988.

2.1.1. Contrôle de droit ou de jure

2.1.1.1. L'expression « contrôle de droit » n'est pas définie par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ni par la *Loi sur les impôts*

La Cour, dans l'arrêt *Buckerfield's*, a établi le critère de base que nous connaissons à présent : le contrôle de droit découle de la détention du nombre suffisant d'actions comportant droit de vote permettant d'élire la majorité des membres du conseil d'administration. La Cour suprême, dans l'arrêt *Duha Printers*, a toutefois ajouté que l'on devait tenir compte du contrôle « effectif » qui pourrait, entre autres, provenir d'une convention

⁴ Pour plus de précisions à cet effet, voir, entres autres, les textes suivants : Nicolas X. CLOUTIER et Olivier FOURNIER, « Évolution de la notion de contrôle », dans *Congrès 2009*, Québec, Association de planification fiscale et financière, 2010, pp. 29:1-22; Nicole PRIEUR, « L'utilisation législative du concept de contrôle de droit », (2009), vol. 29, n° 2 *Revue de planification fiscale et successorale* 193-248 ou Boriana CHRISTOV, « Le contrôle de facto », dans *Bulletin CCH fiscalité* (en ligne), Publications CCH, vol. 11, n° 12, décembre 2009, pp. 1-7.

⁵ 64 D.T.C. 5301 (C. de l'É.) (« *Buckerfield's* »).

⁶ 98 D.T.C. 6334 (C.S.C.) (« *Duha Printers* »).

unanime d'actionnaires (« CUA ») pour déterminer si un contribuable détenait le contrôle de droit d'une société.

Un bémol a toutefois été récemment apporté quant à l'utilisation de la CUA pour déterminer le contrôle de droit dans le cadre de l'analyse de la notion d'« actionnaire fictif »⁷. En effet, lors de la plus récente conférence annuelle de l'Association canadienne d'études fiscales (« ACEF »), on a posé aux représentants de l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») la question suivante : « Pourquoi une convention unanime d'actionnaires ne devrait-elle pas être prise en compte dans le cadre de l'analyse de la notion de contrôle de droit aux fins de la définition de 125(7b) L.I.R. alors que cela avait été clairement établi dans l'arrêt *Duha Printers*? »⁸.

L'ARC a répondu ceci :

« Notwithstanding *Duha*⁹, Unanimous Shareholder's Agreements are not relevant in applying the "hypothetical shareholder test" in paragraph b), because the hypothetical shareholder is not party to the Unanimous Shareholder's Agreement. We think this interpretation is in accordance with the purpose of paragraph b)¹⁰. »

Nous comprenons que contrairement à l'analyse de la notion de contrôle de droit effectuée aux fins de l'article 256 L.I.R. telle qu'elle est déterminée dans l'arrêt *Duha Printers*, celle effectuée en vertu de l'alinéa 125(7b) L.I.R. ne tiendrait pas compte de la CUA pour l'établissement de ce contrôle.

2.1.2. Contrôle de fait ou de facto

La *Loi de l'impôt sur le revenu* et la *Loi sur les impôts* ne contiennent pas non plus de définition de l'expression « contrôle de fait ». Par contre, nous savons que la notion de contrôle de fait ne trouvera application que

⁷ La notion d'actionnaire fictif est énoncée dans la définition de « société privée sous contrôle canadien » à l'alinéa 125(7b) L.I.R.

⁸ « Table ronde de Revenu Canada », dans *2009 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2009, question 8(a).

⁹ En référence à la décision *Duha Printers*, précité, note 6.

¹⁰ *Supra*, note 7.

lorsque le texte de loi comporte l'expression « contrôlée directement ou indirectement de quelque manière que ce soit »¹¹.

L'établissement d'un contrôle de fait n'est pas simple. Les tribunaux ont établi que le contrôle de fait existait non seulement lorsqu'une personne détenait le pouvoir d'élire les administrateurs et d'influencer l'administration de la société, mais cette influence pourrait n'être que potentiellement existante pour que la jurisprudence considère que le contribuable exerce un contrôle de fait sur une société¹².

2.1.2.1. La décision *Taber Solids Control (1998) Ltd. et autres c. La Reine*¹³

Une décision relativement récente a été rendue par la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Taber Solids* relativement à la notion de contrôle de fait.

Les faits dans cette affaire étaient les suivants.

En novembre 1998, la société *Taber Solids Control Ltd.* (« Old Taber ») était contrôlée à 50-50 par M. Ken Taber et son épouse Beth. Old Taber exploitait un commerce de location d'équipements. Au cours de cette période, une réorganisation interne de la société Old Taber a été effectuée et une nouvelle société, *Taber 1998*, a été créée à cette occasion.

À la suite de la réorganisation de novembre 1998, M. Taber devenait l'unique actionnaire et administrateur de la société *Taber 1998*, et M^{me} Taber l'unique actionnaire et administratrice de Old Taber. Ces compagnies exploitaient toutes deux un commerce de location d'équipements, par contre *Taber 1998* était l'unique client de Old Taber. Il a aussi été démontré à la

¹¹ L'ARC a d'ailleurs réaffirmé cette position dans le cadre de la Table ronde de Revenu Canada au congrès annuel 2009 de l'ACEF, où on lui a demandé si le contrôle mentionné à la définition de « société privée sous contrôle canadien » à l'alinéa 125(7b) L.I.R. était un contrôle de fait ou un contrôle de droit, puisque aucune mention de l'expression « contrôlée directement ou indirectement de quelque manière que ce soit » n'y était faite. L'ARC a répondu qu'il s'agissait effectivement d'un test d'évaluation du contrôle de droit.

¹² Voir, entre autres, à cet effet : *Silicon Graphics Ltd. c. La Reine*, 2002 D.T.C. 7112 (C.A.F.).

¹³ 2009 D.T.C. 1343 (C.C.I.) (« *Taber Solids* »).

Cour que toutes les décisions opérationnelles concernant les deux sociétés étaient prises par M. Taber uniquement.

La Cour a mentionné que l'influence qu'exerçait M. Taber sur les décisions opérationnelles des deux sociétés était un des facteurs qui contribuaient à considérer que ce dernier exerçait un contrôle de fait sur la société Old Taber.

« [...] Control of the corporation comes through controlling board decisions one way or the other. This then becomes a question of what decisions are left to a board, and what decisions simply go to management (operational control). The caselaw suggests that operational control alone is not sufficient to constitute de facto control as contemplated by subsection 256(5.1), yet is a factor to consider [...].

Applying the test for de facto control to the facts before me, the appropriate question is whether Ken or Taber 1998 had direct or indirect influence over Old Taber's board decision making¹⁴. » (Notre soulignement)

Le fait que la société Taber 1998 constituait l'unique client de Old Taber a fait pencher la balance en faveur des autorités fiscales qui prétendaient qu'il y avait effectivement un contrôle de fait exercé sur Old Taber par M. Taber.

« The actual influence of Ken regarding decisions to acquire equipment may, of itself, be insufficient to establish control, but the potential influence of Taber 1998 as the sole customer and also the sole supplier of centrifuges to Old Taber cannot be ignored. Old Taber was entirely economically dependent on Taber 1998. The two companies were inextricably linked by family and by contract¹⁵. » (Notre soulignement)

Petite parenthèse en terminant : les autorités fiscales avaient soutenu que le paragraphe 256(2.1) L.I.R. trouvait application dans ce cas, mais la Cour a rejeté cet argument en se basant sur le fait que les contribuables (M. et M^{me} Taber) auraient sans doute procédé à la réorganisation du groupe de sociétés même en l'absence de la double DPE.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ *Id.*

2.2. CONTRÔLE EN CONTEXTE DE FIDUCIE

La tendance actuellement prise par les autorités fiscales relativement au contrôle des actions d'une société en contexte de fiducie mérite que l'on s'y attarde. En effet, comme cela a été mentionné en introduction, de surprenantes interprétations ont été rendues dans ce cadre par les autorités fiscales et par les tribunaux ces dernières années et ces interprétations ont un impact direct sur les règles d'association.

2.2.1. Nature juridique de la fiducie et du trust

D'abord, il est nécessaire de dresser un portrait de la nature juridique d'une fiducie constituée en vertu du *Code civil du Québec*¹⁶ de même que du trust créé en vertu de la common law.

En vertu de l'article 1260 C.c.Q., la fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, en l'occurrence le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue (celui de la fiducie) des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un ou que des fiduciaires s'engagent à détenir et à administrer. L'article 1261 C.c.Q. mentionne que le patrimoine ainsi créé est 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). Il en découle qu'en aucun temps, le *Code civil du Québec* établit que les fiduciaires sont considérés comme étant propriétaires des biens transférés à la fiducie. L'article 1278 C.c.Q. prévoit simplement que le ou les fiduciaires ont la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire.

Quant au trust constitué en vertu de la common law, il comporte les trois éléments principaux suivants :

« [...] premièrement, la présence d'une relation fiduciaire entre le fiduciaire et le bénéficiaire en vertu de laquelle le fiduciaire a l'obligation de veiller à l'administration des biens détenus en fiducie dans le meilleur intérêt du bénéficiaire; deuxièmement, une dualité de la propriété des biens transportés en fiducie répartie entre le fiduciaire et le bénéficiaire, le premier détenant la propriété légale des biens (*legal title*) et le deuxième, la jouissance exclusive des biens (*beneficial ownership, equitable interest*); enfin, les biens transportés en fiducie ne font pas partie du patrimoine personnel du fiduciaire et ne sont pas

¹⁶ L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »).

soumis aux droits des créanciers personnels du fiduciaire¹⁷. » (Notre soulignement)

2.2.2. Propriété des actions par les fiduciaires

Cela dit, malgré le fait que le trust et la fiducie du Code civil soient constitués en patrimoine distinct de celui du fiduciaire, les autorités fiscales ont affirmé à plusieurs reprises qu'elles considèreraient qu'aux fins de l'établissement du contrôle, et *a fortiori* des règles d'association, les fiduciaires de la fiducie seraient personnellement propriétaires des actions de la société dont les actions sont détenues par une fiducie ou un trust¹⁸.

En effet, en 2005, l'ARC¹⁹ a déterminé que Mereco (dont la totalité des actions sont détenues par M^{me} X) et Pèreco (dont la totalité des actions sont détenues par M. X) sont associées à Enfantco (dont la totalité des actions sont détenues par une fiducie pour laquelle M. X et M^{me} X sont fiduciaires). L'ARC a mentionné qu'en vertu du paragraphe 104(1) L.I.R., M. X et M^{me} X étaient réputés être propriétaires, chacun, de 100 % des actions d'Enfantco détenues par la fiducie, et ce, à titre de fiduciaire de cette fiducie.

Qui plus est, en appliquant l'alinéa 256(1.2)c) L.I.R., les autorités fiscales en viennent à la conclusion que chacun des fiduciaires fait partie d'un groupe de fiduciaires qui est réputé contrôler la société dont la fiducie détient les actions si ces actions correspondent soit à plus de 50 % des actions avec droit de vote émises, soit à plus de 50 % de la valeur des actions émises ou des actions ordinaires.

2.2.2.1. Propriété des actions et acquisition de contrôle

En pratique, le fait que les autorités fiscales réputent la propriété de la totalité des actions d'une société comme étant celle de chacun des fiduciaires de la fiducie occasionne quelques problèmes, notamment en ce qui concerne l'application des règles d'acquisition de contrôle. Cela est d'autant plus vrai que l'ARC a récemment précisé, suivant les termes de l'alinéa

¹⁷ Référence tirée du texte de Julie LORANGER, « Le Code civil du Québec et la fiducie : impacts en planification fiscale et financière », (1992), vol. 14, n° 4 *Revue de planification fiscale et successorale* 645-704.

¹⁸ Le paragraphe 104(1) L.I.R. prévoit que la mention « fiducie » dans la loi vaut également mention de « fiduciaire ».

¹⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0111731E5, 4 juillet 2006.

256(1.2)b) L.I.R., que tous les fiduciaires d'une fiducie forment un groupe qui contrôle²⁰. Ainsi, à moins de se conformer aux exceptions prévues au paragraphe 256(7) L.I.R., un changement de fiduciaire (par exemple, la démission ou le remplacement de l'un des fiduciaires) pourrait entraîner une acquisition de contrôle de la société dont plus de 50 % des actions avec droit de vote sont détenues par une fiducie²¹.

Cette prise de position par les autorités fiscales a d'ailleurs donné lieu à une longue série d'interprétations techniques dans les dernières années²².

2.2.2.2. Propriété des actions et règles d'association

La propriété réputée de la totalité des actions d'une société par chacun des fiduciaires de la fiducie a aussi un impact relativement aux règles d'association.

Lors du congrès de l'APFF en octobre 2008²³, la question relative à la propriété des actions personnellement par les fiduciaires a été posée, plus particulièrement en ce qui a trait à l'application des règles d'association, et ce, en contexte de droit civil (puisque certains avaient du mal à concevoir que, à la lecture de l'article 1261 C.c.Q. traité précédemment, les autorités fiscales puissent considérer que les fiduciaires sont réputés personnellement propriétaires de la totalité des actions détenues par la fiducie).

Étonnamment, l'ARC a mentionné qu'elle n'était pas d'avis qu'une fiducie constituée en vertu du *Code civil du Québec* puisse être considérée,

²⁰ Voir à cet effet : AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0087761E5, 24 mai 2005.

²¹ Revenu Québec a d'ailleurs confirmé cette position à la Table ronde provinciale du Congrès 2010 de l'APFF. Voir « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2010*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2011, pp. 51:1-72, aux pages 51:44-45.

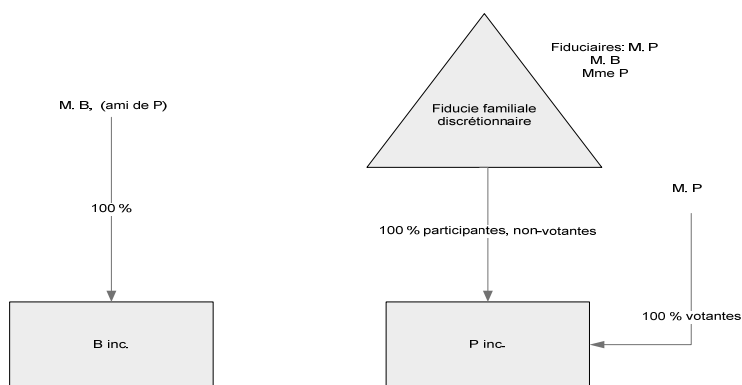
²² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 34, 27 avril 2006; AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2007-0240431C6, 8 juin 2007 et AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 38, 22 septembre 2008: dans ce dernier bulletin, l'ARC mentionne que sa position repose sur un jugement de la Cour suprême de 1972, l'arrêt *MRN c. Consolidated Holding Company Limited*, 72 D.T.C. 6007 (C.S.C.), pour établir que le contrôle effectif appartient aux fiduciaires.

²³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-0285021C6, 10 octobre 2008.

sur ce point, différemment d'un trust constitué en vertu de la common law. Par la même occasion, elle a réitéré sa position énoncée en 2005²⁴ quant à l'application des règles d'association, soit que Pèreco et Mèreco étaient associées à Enfantco en vertu de la propriété réputée des actions d'Enfantco par M. et M^{me} X personnellement à titre de fiduciaires.

L'an passé, on a questionné de nouveau l'ARC à cet effet²⁵.

Illustration des faits :



Dans le contexte illustré ci-dessus, on a demandé à l'ARC ce qui suit :

- « [...] dans le contexte de l'analyse des liens d'association d'une société dont les actions sont détenues par une fiducie établie en vertu du droit civil du Québec, est-ce que l'ARC considère que les fiduciaires de cette fiducie sont propriétaires des actions aux fins de l'application de la L.I.R.?
- dans le cas où deux professionnels exercent leurs activités professionnelles alors que l'un détient directement les actions de sa société (ami de P.) et l'autre (P.) a mis en place une structure de détention des actions qui prévoit notamment que des actions

²⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 19.

²⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2009-0330271C6, 9 octobre 2009.

participantes sont détenues par l'entremise d'une fiducie familiale qui compte parmi ses trois fiduciaires les deux professionnels (P. et son ami), est-ce que les sociétés seraient associées aux termes de l'alinéa 256(1)d) L.I.R.? »

À propos de la première question, l'ARC, en interprétant les paragraphes 104(1) et 104(2) L.I.R., a répondu de nouveau qu'un fiduciaire était réputé être propriétaire des actions détenues par la fiducie, et ce, même si la fiducie est instaurée en vertu du *Code civil du Québec*.

À titre de réponse à la deuxième question, l'ARC a mentionné qu'afin que B inc. puisse être considérée comme associée à P inc., encore faut-il que chacun des autres fiduciaires de la fiducie soit membre d'un groupe lié à M. B afin que le paragraphe 256(1)d) L.I.R. trouve application.

À titre de conclusion à la présente section, disons simplement qu'étant donné que la question du choix des fiduciaires revient sans cesse et afin de respecter les règles prévues à l'article 1275 C.c.Q. (un des fiduciaires de la fiducie ne doit pas en être l'un des bénéficiaires), il faut donc agir avec beaucoup de prudence dans le choix des fiduciaires. Compte tenu de la situation actuelle, l'idéal serait sans doute de faire détenir les actions de contrôle par l'auteur du gel et d'émettre des actions sans droit de vote à la fiducie, tel que cela a été exposé dans l'interprétation technique, et ce, afin de s'assurer qu'un changement de fiduciaire pouvant intervenir à tout moment ne puisse entraîner une acquisition de contrôle non désirée ou encore générer l'application des règles d'association²⁶. Cela dit, il ne semble pas possible à première vue de limiter, simplement par l'émission d'actions avec droit de participation et sans droit de vote à la fiducie, l'application des règles d'association, et ce, en raison de l'alinéa 256(1.2)c) L.I.R.

2.3. RÈGLES DE TRANSPARENCE OU PROPRIÉTÉ DES ACTIONS AUX BÉNÉFICIAIRES

L'alinéa 256(1.2)f) L.I.R. prévoit qu'un bénéficiaire d'une fiducie est réputé être propriétaire de la totalité des actions d'une société appartenant à la fiducie.

²⁶ *Id.*

2.3.1. Notion de bénéficiaire potentiel

En 2006²⁷, les autorités fiscales fédérales ont pris comme position, par le truchement du sous-alinéa 256(1.2)f(ii) L.I.R., qu'une personne pourrait être réputée propriétaire de la totalité des actions détenues par la fiducie dont elle est uniquement la bénéficiaire potentielle. Cette improbable position a fait naître le besoin de précisions additionnelles, alors qu'en 2008²⁸ l'on questionnait l'ARC en exposant les faits suivants :

Une fiducie discrétionnaire (constituée en vertu du *Code civil du Québec*) détient la totalité des actions de XCO.

Les bénéficiaires de la fiducie sont :

- M. X;
- M. Y, le fils majeur de M. X;
- toute société par actions constituée ou à constituer [...].

L'acte de fiducie prévoit également que, dans les circonstances où il n'y aurait plus aucun des bénéficiaires mentionnés ci-dessus, le résidu du capital serait remis suivant les dispositions testamentaires de M. X et, à défaut, selon les dispositions du Code civil applicables aux successions *ab intestat*.

M. Z (frère de M. X) possède la totalité des actions de ZCO.

M. X est aussi détenteur de 10 % des actions ordinaires d'ACO. Les autres actions ordinaires d'ACO sont possédées par un tiers non lié à M. X.

Suivant ces faits, les questions suivantes ont été posées à l'ARC :

- Faisant potentiellement partie des héritiers légaux suivant les règles relatives aux successions *ab intestat*, M. Z (frère de M. X) pourra-t-il être considéré comme un bénéficiaire éventuel de la fiducie et, de ce fait,

²⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2006-0195971C6, 6 octobre 2006.

²⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-0285041C6, 10 octobre 2008.

ZCO sera-t-elle associée à XCO en vertu du sous-alinéa 256(1.2)f)(ii) L.I.R.?

- ACO est-elle bénéficiaire de la fiducie dès la constitution de celle-ci et auquel cas, serait-elle, de ce fait, associée à XCO en vertu du sous-alinéa 256(1.2)f)(ii) L.I.R.?

Voici la réponse fournie par l'ARC :

« Aux fins de l'application du sous-alinéa 256(1.2)f)(ii) L.I.R. dans la situation présentée, il est nécessaire d'identifier les personnes qui sont des bénéficiaires de la fiducie discrétionnaire. La définition de "bénéficiaire" prévue au paragraphe 108(1) L.I.R. s'applique seulement aux fins de la sous-section k de la section B de la Partie I L.I.R. portant sur les fiducies et leurs bénéficiaires, soit les articles 104 à 108 L.I.R. Cette définition n'est donc pas applicable aux fins de l'alinéa 256(1.2)f) L.I.R. De plus, le paragraphe 248(25) L.I.R. n'est pas applicable aux fins de l'alinéa 256(1.2)f) L.I.R., parce que la notion de "personne ayant un droit de bénéficiaire" n'y est pas utilisée. [...] De plus, dans la situation présentée, il n'est pas clair comment fonctionnerait en pratique l'interaction entre l'acte de fiducie et le testament ou les dispositions du Code civil du Québec applicables aux successions ab intestat, étant donné, notamment, que les dispositions d'un testament ou du Code civil du Québec à l'égard des successions ab intestat servent à identifier les légataires ou héritiers légaux au moment du décès d'une personne.

Par conséquent, nous ne sommes pas en mesure de répondre de façon plus précise à vos questions dans la situation donnée²⁹. » (Notre soulignement)

Cette réponse est surprenante à plusieurs égards. D'abord, elle nous laisse dans une zone grise quant à l'étendue des règles de transparence et cela est d'autant plus surprenant puisque, contrairement à ce qui a été énoncé dans l'interprétation technique mentionnée ci-dessus, les autorités fiscales fédérales établissaient, au cours de la même période, une cotisation refusant la DPE à la société *Propep inc.* pour des motifs semblables.

2.3.1.1. La décision *Propep inc. c. La Reine*³⁰

Revoyons rapidement les faits relatifs à la décision *Propep* :

²⁹ *Id.*

³⁰ 2008 D.T.C. 4944 (C.C.I.); infirmé par 2009 D.T.C. 5170 (C.A.F.) (« *Propep* »).

La Fiducie Propep (« Fiducie »), constituée en vertu du *Code civil du Québec* en 1998, avait pour fiduciaires et constituant trois tiers sans lien de dépendance.

La Fiducie ne comportait que deux bénéficiaires : un bénéficiaire de premier rang³¹, la société 9059-3179 Québec inc. (« 9059 ») (dont l'unique actionnaire était la Fiducie) et un bénéficiaire de second rang, Pierre-Marc Paquette, l'enfant mineur de Pierre Paquette. Pierre Paquette était alors l'un des fiduciaires de la Fiducie.

Il importe aussi de mentionner qu'au moment où 9059 est devenue bénéficiaire de la Fiducie, elle détenait la totalité des actions avec droit de vote de la société Propep inc. 9059, elle-même détenue en totalité par la Fiducie Propep.

Pierre Paquette détenait, quant à lui, plus de 25 % des actions de la société Pépinière Abbotsford inc. et indirectement celles de Jardinage Abbotsford inc.

En première instance, la juge avait donné gain de cause aux contribuables en déterminant que les dispositions de l'alinéa 256(1.2)f) L.I.R. ne pouvaient trouver application pour réputer les actions de Propep inc. comme étant propriété de Pierre-Marc puisque ce dernier n'était qu'un bénéficiaire potentiel.

En renversant unanimement la décision de première instance, les trois juges de la Cour d'appel fédérale ont établi qu'à titre de bénéficiaire de second rang d'une fiducie familiale discrétionnaire Pierre-Marc Paquette était tout de même réputé propriétaire des actions, étant donné que sa part au revenu ou au capital était assujettie à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de la part des fiduciaires³². Par la suite, les juges ont convenu, en application du paragraphe 256(1.3) L.I.R., que les actions de Propep inc. étaient réputées être la propriété de Pierre Paquette lui-même étant donné que Pierre-Marc était l'enfant mineur de Pierre. Ainsi, les sociétés Propep inc., Pépinière Abbotsford inc. et Jardinage Abbotsford inc. se trouvaient être associées en vertu de l'alinéa 256(1)c) L.I.R. puisque Pierre Paquette était réputé détenir indirectement la totalité des actions de Propep inc. et qu'il détenait plus de

³¹ L'acte de fiducie prévoyait que Pierre-Marc Paquette ne devenait bénéficiaire effectif que dans la mesure où 9059 « cessait d'exister ».

³² Les juges de la Cour d'appel fédérale ont mentionné que les fiduciaires pouvaient à leur guise procéder à la liquidation de 9059 et ainsi faire que Pierre-Marc Paquette devienne bénéficiaire effectif de la Fiducie.

25 % des actions dans Pépinière Abbotsford inc. et indirectement de Jardinage Abbotsford inc. Par conséquent, les sociétés devaient se partager le plafond des affaires aux fins du calcul de la DPE.

Depuis la décision *Propep* rendue en 2009 (pour laquelle l'autorisation d'en appeler à la Cour suprême a été rejetée en mai 2010), les « règles de transparence » quant à la propriété des actions des bénéficiaires vont beaucoup plus loin. Elles visent maintenant « les droits potentiels » des bénéficiaires aux actions. On est en droit actuellement de se demander s'il y a une limite. Car bien que la question ait déjà été posée aux autorités fiscales, tel que nous l'avons vu précédemment³³, il serait intéressant de savoir si une mention de bénéficiaire nommé au décès en vertu des dispositions du *Code civil du Québec* relatives aux successions *ab intestat* ou encore si un pouvoir de désignation de bénéficiaire parmi un groupe de personnes liées pourrait mener à l'application des « règles de transparence » dans le contexte des règles d'association.

2.4. PROPRIÉTÉ PRÉSUMÉE DES ACTIONS EN CAS DE DROIT D'ACHAT

Le paragraphe 256(1.4) L.I.R. prévoit, quant à lui, des cas où un droit conditionnel à des actions pourrait donner lieu à une présomption de propriété des actions visées par le droit conditionnel.

Au Congrès 2009 de l'APFF³⁴, on a demandé à l'ARC de préciser l'expression « droit à des actions du capital-actions d'une société, ou de les acquérir ou en contrôler les droits de vote ».

Les exemples suivants ont été apportés comme pouvant constituer un droit à des actions au sens du paragraphe 256(1.4) L.I.R. :

« Un droit à des actions du capital-actions d'une société pourrait inclure certains droits de recevoir des actions du capital-actions d'une société, par exemple, un droit absolu à titre de bénéficiaire du capital d'une fiducie (prévu par une convention de fiducie) de recevoir éventuellement des actions du capital-actions d'une société détenues par la fiducie, et un droit d'un associé prévu dans un contrat de société de personnes de recevoir une partie des actions du capital-actions d'une société détenues dans le cadre de la société de personnes lors de la dissolution de la société de personnes.

³³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 28.

³⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2009-0329941C6, 9 octobre 2009.

Chacun des droits suivants pourrait constituer un droit d'acquérir des actions du capital-actions d'une société : une option d'achat d'actions du trésor d'une société octroyée par la société à un employé, une option d'achat d'actions octroyée par un actionnaire d'une société sur des actions de la société qu'il possède, un bon de souscription d'actions (*warrant*), un droit d'acheter des actions contenu dans une convention d'achat/vente, un droit de conversion d'une débenture émise par une société en actions ordinaires du capital-actions de la société, un droit de convertir des actions privilégiées convertibles d'une société en actions ordinaires du capital-actions de la société, et un droit d'acheter des actions des autres actionnaires prévu dans une convention entre actionnaires. » (Notre soulignement)

Nous comprenons de cette réponse que l'application que l'ARC entend faire du paragraphe 256(1.4) L.I.R. pourrait même comprendre des situations spécifiquement visées à l'alinéa 256(1.2)f) L.I.R.

3. CONSÉQUENCES DE L'ASSOCIATION

La détermination des sociétés visées par les règles d'association peut être un exercice laborieux. Mais concrètement, quels sont les impacts de l'application de ces règles à un groupe de sociétés? Essentiellement, les règles d'association servent en effet à éviter la multiplication de certains avantages fiscaux à l'intérieur d'un même groupe de sociétés. Par l'application de ces règles, des sociétés formant un même groupe économique seront considérées comme une seule entité aux fins des lois fiscales.

3.1. DISPOSITIONS DE LA LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU ET DE LA LOI SUR LES IMPÔTS TOUCHÉES PAR LES RÈGLES D'ASSOCIATION

3.1.1. Répartition du plafond des affaires aux fins de la DPE

Le principal impact pour une société d'être associée à une autre est celui de la répartition du plafond des affaires aux fins du paragraphe 125(7) L.I.R. Concrètement, on parle actuellement d'une perte d'économie d'impôts d'environ 10 % de la première tranche de 500 000 \$, ce qui représente un maximum de 50 000 \$ annuellement pour chaque société qui doit partager son plafond des affaires avec une autre. Les impacts fiscaux « autres que le partage du plafond des affaires » causés par le fait d'être associée à une ou d'autres sociétés peuvent également constituer des éléments non négligeables. Voyons lesquels.

3.1.2. Impacts additionnels

La liste des impacts causés par l'application des règles d'association ci-après mentionnée n'a pas la prétention d'être exhaustive, mais on y retrouve la plupart des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, de la *Loi sur les impôts* ainsi que de certaines autres lois touchées par les règles d'association.

3.1.2.1. Impacts fiscaux en ce qui concerne la *Loi de l'impôt sur le revenu*³⁵

- Paragraphe 18(2.2) L.I.R. : répartition de la déduction maximale de l'intérêt au taux prescrit sur 1 M\$ prévue au paragraphe 18(2) L.I.R.;
- Paragraphe 37(9.3) L.I.R. : répartition du montant maximal qui peut être déduit au titre du traitement ou salaire d'un particulier selon les divisions 37(8)a(ii)(A) et 37(8)a(ii)(B) L.I.R.;
- Paragraphe 66(12.6011) L.I.R. : limite à 1 M\$ le montant de la renonciation que des sociétés associées peuvent effectuer relativement aux frais d'aménagement engagés au Canada au cours d'une année;
- Paragraphe 127(10.2) L.I.R. : répartition de la « limite de dépenses » de 3 M\$³⁶ aux fins du crédit d'impôt à l'investissement majoré de 35 % relatif aux dépenses admissibles de recherche et de développement;
- Paragraphe 191.1(3) L.I.R. : répartition de l'« exemption pour dividendes » applicable à l'encontre de l'impôt spécial de la partie VI.1 L.I.R. relatif aux dividendes versés sur des actions privilégiées imposables.

³⁵ Plusieurs de ces exemples sont tirés du texte de Guy LAPERRIÈRE et Yanick HOULE, « Sociétés associées : contrôle direct ou indirect », (2002), vol. 23, n° 2 *Revue de planification fiscale et successorale* 239-324. Une mise à jour de ces exemples a néanmoins été effectuée aux fins du présent texte.

³⁶ Pour les années 2010 et suivantes, une société pour laquelle le revenu imposable de l'année précédente et celui des sociétés qui lui sont associées excède 800 000 \$ ne pourra bénéficier du crédit d'impôt à l'investissement majoré de 15 %.

Le paragraphe 129(6) L.I.R. apporte quant à lui ce que l'on pourrait considérer comme un « avantage » à ce que deux ou plusieurs sociétés soient considérées comme associées aux fins de la loi. Le paragraphe 129(6) L.I.R. a pour effet qu'un revenu provenant d'une entreprise exploitée activée versé par une société associée à celle qui reçoit le revenu pourra conserver sa nature, alors qu'il aurait dû être qualifié de revenu de biens en l'absence de cette disposition.

3.1.2.2. Impacts fiscaux en ce qui concerne la *Loi sur les impôts et autres*

- Article 119.22 L.I. : répartition de la limite de 500 000 \$ relative aux « obligations d'une petite entreprise »;
- Article 737.18.20 L.I. : répartition du plafond de 30 M\$ aux fins de la déduction relative aux entreprises de fabrication ou de transformation dans les régions ressources;
- Article 1029.8.36.166.40 L.I. : répartition du plafond de 75 M\$ aux fins du calcul du taux du crédit d'impôt pour investissement;
- Articles 1029.6.1 à 1029.8.0.2 L.I. : répartition de la « limite de dépenses » de 3 M\$ aux fins du crédit d'impôt relatif aux salaires de recherche et développement;
- Article 1137.0.0.2 L.I.³⁷ : répartition de la déduction de 1 M\$ aux fins du calcul de la taxe sur le capital et réduction corrélative de l'abattement de capital de 1 \$ pour chaque 3 \$ de capital versé combiné des sociétés associées pour l'année d'imposition précédente.

Plusieurs autres crédits d'impôt du Québec peuvent être touchés par l'application des règles d'association.

De façon sommaire, la totalité des crédits visant les secteurs du commerce électronique et du design sera touchée. Les crédits concernant la création d'emplois, l'innovation technologique et l'économie du savoir seront également touchés par l'application des règles d'association.

³⁷ À partir du 1^{er} janvier 2011, la taxe sur le capital des sociétés sera éliminée.

Également, aux fins du calcul de la masse salariale pour l'établissement de la cotisation d'un employeur en vertu de la *Loi sur la régie de l'assurance-maladie du Québec*³⁸, la masse salariale des sociétés associées à l'employeur devra être prise en compte.

En ce qui a trait à la taxe de vente du Québec, lorsqu'un inscrit et les sociétés qui lui sont associées effectuent, lors d'un exercice financier, plus de 10 M\$ de ventes taxables, l'inscrit sera considéré comme une grande entreprise et certains remboursements sur intrants lui seront refusés³⁹.

CONCLUSION

L'étendue des règles d'association n'est pas facile à circonscrire. La prudence sera toujours de mise lors de réorganisations de sociétés afin de s'assurer que les règles d'association ne viendront pas occasionner d'impacts fiscaux non désirés ou pire, non envisagés pour vos clients.

³⁸ L.R.Q., c. R-5.

³⁹ Des restrictions semblables existent aux fins de la TVH en Ontario et en Colombie-Britannique.

MISE À JOUR SUR LES SOCIÉTÉS RATTACHÉES**Sylvie Garon**

CGA, CMA, M. Fisc., associée
Mazars Harel Drouin s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	7:3
1. L'IMPÔT DE LA PARTIE IV L.I.R., UN BREF SURVOL	7:3
1.1. LES SOCIÉTÉS VISÉES	7:3
1.2. LES DIVIDENDES DÉTERMINÉS	7:5
1.3. LE CALCUL DE L'IMPÔT DE LA PARTIE IV L.I.R.	7:6
1.4. LE PAIEMENT DE L'IMPÔT DE LA PARTIE IV L.I.R.	7:8
1.5. LE REMBOURSEMENT DE L'IMPÔT DE LA PARTIE IV L.I.R.	7:9
1.6. PROBLÈMES D'APPLICATION PRATIQUES	7:9
1.6.1. Problème de circularité.....	7:9
1.6.2. Fins d'années d'imposition différentes.....	7:10
2. LES SOCIÉTÉS RATTACHÉES, LA DÉFINITION	7:12
2.1. LA LOI	7:12
2.1.1. La définition	7:12

2.1.2.	La société payante est contrôlée par la société bénéficiaire	7:13
2.1.3.	La société bénéficiaire est propriétaire d'actions	7:14
2.1.4.	Plus de 10 % des actions votantes émises	7:15
2.1.5.	La juste valeur marchande des actions	7:17
2.1.6.	Actions détenues par une société de personnes	7:19
2.1.7.	Actions détenues par une fiducie personnelle	7:19
3.	LES PIÈGES À ÉVITER	7:21
3.1.	SOCIÉTÉ DONT LES ACTIONS SONT DÉTENUES PAR DES ACTIONNAIRES LIÉS.....	7:22
3.1.1.	Actions détenues directement par une société de portefeuille.....	7:22
3.1.2.	Actions détenues par une fiducie dont la société est bénéficiaire.....	7:23
3.1.3.	Actions détenues par plusieurs fiducies familiales	7:24
3.2.	SOCIÉTÉ DONT LES ACTIONS SONT DÉTENUES PAR DES ACTIONNAIRES NON LIÉS.....	7:27
3.2.1.	Vente de l'entreprise à des personnes non liées	7:27
3.2.2.	Deux actionnaires en parts égales.....	7:29
3.2.3.	Actionnaires multiples.....	7:30
CONCLUSION		7:34

INTRODUCTION*

Les dividendes imposables reçus par une société sont généralement déductibles dans le calcul de son revenu imposable, ce qui n'est évidemment pas le cas pour les particuliers et les fiducies. Ce traitement fiscal a incité les particuliers à détenir leurs placements de portefeuille par l'intermédiaire d'une société. Afin de faire obstacle à de telles planifications, la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ prévoit un impôt temporaire sur les dividendes reçus par une société privée et par certaines sociétés autres qu'une société privée lorsque ces dividendes sont déductibles dans le calcul de son revenu imposable. Il s'agit de l'impôt de la partie IV L.I.R. Cet impôt temporaire a été instauré afin d'éviter les reports dans le temps et de mieux intégrer le système d'imposition des sociétés privées à celui des particuliers. Il est remboursable lorsque la société déclare des dividendes imposables à ses actionnaires. Au fil des ans, le taux d'impôt de la partie IV L.I.R. a varié, l'objectif étant de le maintenir à un taux à peu près équivalent à celui des particuliers.

Nous verrons dans un premier temps les règles d'application de l'impôt de la partie IV, puis la définition de « société rattachée », concept important s'il en est un, puisque l'impôt de la partie IV L.I.R. que la société bénéficiaire devra payer sur un dividende qu'elle reçoit est déterminé en fonction du fait que la société payante est rattachée ou non à la société bénéficiaire. Finalement, nous analyserons quelques structures afin de déterminer si les sociétés payante et bénéficiaire sont rattachées.

1. L'IMPÔT DE LA PARTIE IV L.I.R., UN BREF SURVOL

1.1. LES SOCIÉTÉS VISÉES

L'impôt de la partie IV L.I.R., prévu aux articles 186 à 187.61 L.I.R., vise deux types de sociétés : les sociétés privées et les sociétés assujetties.

L'expression « société privée² » est définie comme étant une société qui réside au Canada, qui n'est pas une société publique et qui n'est pas

* L'auteur tient à remercier Lisa Langlois et Jean-Claude Lefebvre de leur précieuse collaboration à la préparation de ce texte.

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

² Par. 89(1) L.I.R.

contrôlée par une ou plusieurs sociétés publiques (sauf des sociétés à capital de risque visées par règlement) ou sociétés d'État prévues par règlement, ou qui n'est pas contrôlée par une combinaison de sociétés publiques et de sociétés d'État.

Quant à la notion de « société assujettie », elle a été introduite dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* en 1995 dans le but d'assujettir à l'impôt de la partie IV d'autres types de sociétés à peu d'actionnaires. Cette notion est définie comme suit :

« Société, sauf une société privée, qui réside au Canada et qui est contrôlée, au moyen d'un droit de bénéficiaire sur une ou plusieurs fiducies ou autrement, par un particulier autre qu'une fiducie ou par un groupe lié de particuliers autres que des fiducies, ou pour le compte d'un tel particulier ou groupe³. »

Cette définition vise plus précisément le contribuable qui évite l'application de cet impôt spécial en détenant ses placements par l'intermédiaire d'une société publique que lui-même et/ou des membres de sa famille contrôlent. Pour déterminer si une société est une société assujettie, il faut faire abstraction de la définition de contrôle prévue au paragraphe 186(2) L.I.R. L'expression « contrôle » garde donc son sens habituel, c'est-à-dire le contrôle de droit.

De plus, certaines sociétés sont exemptées de l'impôt de la partie IV L.I.R.⁴ Ce sont :

- les sociétés en faillite⁵ à un moment donné de l'année; et
- l'une des sociétés suivantes qui est tout au long de l'année :
 - une banque,
 - une compagnie d'assurances,
 - un courtier en valeurs mobilières inscrit qui, tout au long de l'année, était membre, ou organisation participante, d'une Bourse de valeurs désignée située au Canada,

³ Par. 186(3) L.I.R.

⁴ Art. 186.1 L.I.R.

⁵ Au sens du paragraphe 128(3) L.I.R.

- une société autorisée, par permis ou autrement, en vertu des lois fédérales ou provinciales, à exploiter au Canada une entreprise d'offre au public de services de fiduciaire,
- une société à capital de risque de travailleurs visée par règlement⁶,
- une société de contrats de placement visée par règlement⁷,
- une société de placements appartenant à des non-résidents.

De plus, une société n'est pas assujettie à l'impôt de la partie IV L.I.R. tout au long de la période pour laquelle elle est exonérée d'impôt en vertu de l'article 149 L.I.R.⁸, elle est une coopérative⁹ ou une caisse de crédit¹⁰.

1.2. LES DIVIDENDES DÉTERMINÉS

Une société doit payer l'impôt de la partie IV L.I.R. sur les dividendes déterminés qu'elle reçoit. Il s'agit du :

« [M]ontant reçu par une société, à un moment où elle est une société privée ou une société assujettie, au titre ou en paiement intégral ou partiel d'un dividende imposable d'une société, jusqu'à concurrence du montant relatif au dividende qui est déductible en application de l'article 112, des alinéas 113(1)a), b) ou d) ou du paragraphe 113(2) dans le calcul du revenu imposable pour l'année de la société qui a reçu le dividende¹¹. »

La définition de « dividende déterminé » fait référence à un dividende imposable reçu par la société. Un dividende imposable inclut tant les dividendes déclarés par les administrateurs de la société que les dividendes réputés en vertu des dispositions de l'article 84 L.I.R. Cette règle vaut aussi lorsqu'il s'agit de déterminer le remboursement au titre de dividendes (« RTD ») de la société dont les règles sont prévues à l'article 129 L.I.R.

⁶ *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, ch. 945 et mod. (« R.I.R. »), art. 6701.

⁷ *Id.*

⁸ Par. 227(14) L.I.R.

⁹ Par. 136(1) L.I.R.

¹⁰ Par. 137(7) L.I.R.

¹¹ Par. 186(3) L.I.R.

Les conséquences fiscales entourant la réception et le paiement de dividende sont généralement déterminées en fonction de la comptabilité de caisse, c'est-à-dire lorsque le dividende est reçu ou versé. L'impôt de la partie IV L.I.R. ne fait pas exception à ces règles. Lorsque des dividendes sont déclarés par la société, il est assez simple de déterminer ce moment. Il suffit de consulter la résolution des administrateurs ou les documents constatant le paiement ou le transfert des biens dans le cas d'un dividende en nature. Lorsque nous sommes en présence de dividendes réputés, ce sont les dispositions législatives pertinentes qui détermineront ce moment.

Bien qu'il ne s'agisse pas de dividende au sens des diverses lois sur les sociétés par actions, un dividende réputé provient de transactions dont le résultat peut être assimilé à une distribution des profits ou des biens de la société. Un actionnaire est réputé avoir reçu un dividende au moment où la société est réputée l'avoir versé. Une société est réputée avoir versé un dividende au moment où elle réalise ces transactions et qu'un dividende en résulte, c'est-à-dire au moment de l'augmentation de son capital versé relatif aux actions de toute catégorie particulière d'actions de son capital-actions¹², au moment de la distribution ou de l'attribution des fonds ou des biens de la société lors de la liquidation, de la cessation de l'exploitation ou de la réorganisation de son entreprise¹³, lors du rachat de l'acquisition ou de l'annulation d'actions de son capital-actions¹⁴ et, finalement, lors de la réduction du capital versé à l'égard de toute catégorie d'actions de son capital-actions¹⁵.

1.3. LE CALCUL DE L'IMPÔT DE LA PARTIE IV L.I.R.

L'impôt de la partie IV L.I.R. que doit payer une société pour une année d'imposition¹⁶ est égal au total des éléments suivants :

- le tiers des dividendes déterminés reçus de sociétés payantes qui sont des sociétés canadiennes imposables ou des sociétés résidant au Canada dont elle a le contrôle, qui ne sont pas rattachées à la société bénéficiaire;

¹² Par. 84(1) L.I.R.

¹³ Par. 84(2) L.I.R.

¹⁴ Par. 84(3) L.I.R.

¹⁵ Par. 84(4) L.I.R.

¹⁶ Par. 186(1) L.I.R.

- lorsque la société a reçu un dividende déterminé d'une société payante à laquelle elle est rattachée, un montant égal au RTD de la société payante au prorata du dividende imposable qu'elle a reçu sur le total des dividendes imposables versés par la société payante au cours de son année d'imposition;
- le tiers des dividendes déterminés reçus de sociétés étrangères affiliées non rattachées à la société bénéficiaire si ces dividendes sont déductibles dans le calcul de son revenu imposable.

Il est par la suite possible de réduire le montant d'impôt exigible en vertu de la partie IV L.I.R. en soustrayant, du montant établi précédemment, les pertes autres qu'en capital ou les pertes agricoles réalisées par la société pour l'année ou pour les années précédentes et subséquentes.

Pour établir dans quelle mesure un dividende est assujéti à l'impôt de la partie IV L.I.R., on doit déterminer si deux sociétés sont rattachées au moment du paiement du dividende. Si deux sociétés ne sont pas rattachées à ce moment, la société actionnaire devra payer l'impôt de la partie IV, et ce, même si elles étaient rattachées au moment de la déclaration du dividende¹⁷.

L'Agence du revenu du Canada (« ARC ») s'est penchée sur cette question dans le cadre d'une interprétation technique¹⁸. Les faits sont les suivants : le capital-actions d'Opco est détenu à 51 % par Gestco A et à 49 % par Gestco B, deux sociétés n'ayant entre elles aucun lien de dépendance. Le 30 juin d'une année donnée, Opco déclare un dividende payable à cette date aux détenteurs des actions ordinaires de son capital-actions inscrits aux registres à cette date. Ce dividende a été payé par Opco le 30 novembre de l'année donnée. Entre le moment où le dividende est déclaré et celui où il est payé, Gestco A dispose de la totalité des actions qu'elle détient dans le capital-actions d'Opco en faveur d'une personne n'ayant aucun lien de dépendance avec elle. L'ARC a déterminé qu'on doit établir si les sociétés sont rattachées au moment de la réception du dividende par la société bénéficiaire. Ainsi, Gestco A devra payer l'impôt de la partie IV L.I.R. malgré le fait qu'Opco n'ait eu droit à aucun RTD.

¹⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-269R4, « Impôt de la Partie IV sur les dividendes imposables reçus par une société privée ou par une société assujettie », 24 avril 2006, par. 8.

¹⁸ *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 2004-0057821E5, « Connected corporations », 6 février 2004.

Bien que la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'indique pas explicitement à quel moment il faut déterminer si les sociétés sont rattachées, elle mentionne que les dividendes « [...] qu'elle a reçus au cours de l'année d'une société privée ou d'une société assujettie qui était une société payante à laquelle elle était rattachée [...] »¹⁹ (notre soulignement) sont assujettis à l'impôt de la partie IV L.I.R. dans la mesure où la société payante a droit à un RTD.

Il est donc important dans la planification d'une transaction de s'assurer que le dividende soit payé avant que l'actionnariat de la société ne soit modifié. Si l'intention des parties est de payer le dividende à un moment ultérieur ou si les flux monétaires de la société payante ne lui permettent pas de sortir immédiatement des liquidités, une entente entre les parties pourrait prévoir le paiement immédiat du dividende par la société rattachée, suivi d'un prêt par la société bénéficiaire.

On pourrait aussi se demander ce qui arrive lorsqu'une société rachète ses actions et qu'un dividende présumé en résulte. L'ARC considère que si les sociétés étaient rattachées immédiatement avant le rachat des actions, elles seront rattachées au moment où le dividende devient un dividende réputé²⁰.

1.4. LE PAIEMENT DE L'IMPÔT DE LA PARTIE IV L.I.R.

Toute société qui reçoit des dividendes assujettis à l'impôt de la partie IV L.I.R. est tenue de le remettre à l'ARC à la date d'exigibilité du solde²¹ qui lui est applicable pour l'année et aucun acompte provisionnel n'est requis. Cet impôt est calculé sur le Formulaire T2 « Déclaration de revenus des sociétés » qui doit être produit au plus tard six mois après la fin de son année d'imposition. La date d'exigibilité du solde est généralement deux mois après la fin de l'année d'imposition. Cependant, pour les sociétés qui sont des sociétés privées sous contrôle canadien tout au long de leur année d'imposition, la date d'exigibilité du solde est trois mois après la fin de l'année d'imposition si les conditions suivantes sont réunies. Le total du revenu imposable de la société et des sociétés associées, s'il y a lieu, de l'année d'imposition qui se termine dans l'année civile précédente n'excède pas le plafond des affaires²² pour l'année et la société demande la déduction

¹⁹ Al. 186(1b) L.I.R.

²⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 17, par. 17.

²¹ Par. 248(1) « date d'exigibilité du solde » L.I.R.

²² Par. 125(2) L.I.R.

accordée aux petites entreprises²³ pour l'année d'imposition ou l'a demandée pour l'année d'imposition précédente.

1.5. LE REMBOURSEMENT DE L'IMPÔT DE LA PARTIE IV L.I.R.

L'impôt de la partie IV L.I.R. payé par une société pour une année d'imposition s'accumule dans un compte qu'on appelle « impôt en main remboursable au titre de dividendes²⁴ » (« IMRTD »). En plus d'y cumuler une fraction de l'impôt de la partie I L.I.R. payé sur les autres revenus de placement, l'alinéa b) prévoit l'inclusion du « total des impôts payables par la société pour l'année donnée en vertu de la partie IV ».

Le remboursement de l'IMRTD, appelé « remboursement au titre de dividendes²⁵ », est égal au tiers de l'ensemble des dividendes imposables payés par la société sur des actions de son capital-actions au cours d'une année et à un moment où elle est une société privée. Le RTD ne peut cependant pas dépasser le solde de l'IMRTD à la fin de l'année. Aux fins du RTD, une société assujettie est réputée être une société privée²⁶. Sans cette présomption, une société qui n'est pas une société privée ne pourrait pas obtenir le remboursement de l'impôt de la partie IV L.I.R. qu'elle a payé. Pour obtenir son RTD, une société doit produire sa déclaration de revenus pour l'année dans les trois ans suivant la fin de cette année. De plus, le dividende doit avoir été versé dans l'année, sa simple déclaration ne suffit pas.

1.6. PROBLÈMES D'APPLICATION PRATIQUES

1.6.1. Problème de circularité

Une société qui reçoit un dividende d'une société rattachée doit payer l'impôt de la partie IV L.I.R. sur le dividende reçu dans la mesure où la société payante a droit à un RTD. Il arrive que, dans le cadre de certaines réorganisations comme une réorganisation papillon ou la « purification » d'une société, deux sociétés qui prennent part à la réorganisation soient actionnaires l'une de l'autre (participation croisée). Si une des sociétés a un montant d'IMRTD, le calcul de l'impôt de la partie IV L.I.R. et du RTD

²³ Art. 125 L.I.R.

²⁴ Par. 129(3) L.I.R.

²⁵ Par. 129(1) L.I.R.

²⁶ Par. 186(5) L.I.R.

entre alors dans une boucle qui ne prendra fin que lorsque le RTD sera égal à un tiers du dividende payé ou réputé payé par une des deux sociétés. Ce problème découle du fait que le montant d'impôt de la partie IV L.I.R. d'une société dépend du RTD de l'autre société. La décision rendue par la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Les Entreprises Michèle L'Heureux inc. c. La Reine*²⁷ confirme la position de l'ARC voulant que les montants d'impôt de la partie IV L.I.R. et du RTD doivent être déterminés par des calculs successifs de type circulaire.

L'ARC, consciente de ce problème, n'est pas disposée à mettre en place des politiques administratives pour assouplir le calcul de l'impôt de la partie IV L.I.R. dans de telles situations²⁸ puisque les sociétés en cause ne subissent aucun préjudice. Voici les raisons invoquées au soutien de sa position :

« En d'autres termes, bien que les montants de l'impôt de la Partie IV et du RTD d'une société soient gonflés dans une situation où un calcul de type circulaire doit être effectué; et qu'un calcul de type circulaire soit fastidieux; aucun préjudice n'est subi en général par l'une ou l'autre des sociétés qui sont sujettes au calcul de type circulaire pour déterminer leur impôt de la Partie IV et leur RTD, du fait que le paiement net d'impôt à effectuer par une société (Impôt de la Partie IV moins RTD) sera équivalent au montant net remboursé à l'autre société (RTD moins Impôt de la Partie IV). De plus, le montant total de l'IMRTD des deux sociétés avant et après les rachats croisés d'actions reste le même²⁹. »

Pour éviter ce problème, il existe un certain nombre de solutions, notamment le transfert des biens à une nouvelle filiale qui serait par la suite liquidée dans la société mère ou le rachat des actions au cours d'années d'imposition différentes. Ces techniques sont reconnues par l'ARC³⁰.

1.6.2. Fins d'années d'imposition différentes

Lorsque la fin de l'année d'imposition de la société bénéficiaire et de la société payante diffère, il peut être difficile, voire impossible, d'établir correctement le montant d'impôt de la partie IV L.I.R. de la société

²⁷ 94 D.T.C. 1689 (C.C.I.).

²⁸ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 57:7-50, question 3.3, aux pages 57:34-35.

²⁹ *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 18, interprétation technique 2003-0047961E5, « Part IV Circularity », 26 janvier 2004.

³⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 17, par. 20.

bénéficiaire au moment opportun. Prenons l'exemple d'une société dont l'exercice financier se termine le 31 décembre 2010 et celui de sa filiale le 30 juin 2011. Si cette dernière paie un dividende à son actionnaire le 30 novembre 2010, elle ne pourra déterminer le montant de son RTD avant le 30 juin 2011 puisqu'elle doit connaître son IMRTD à la fin de son année d'imposition. Or, la société mère doit payer son impôt de la partie IV L.I.R. au plus tard à la date d'exigibilité du solde qui lui est applicable pour l'année (le 28 février ou le 31 mars 2011) et elle doit produire sa déclaration de revenus au plus tard le 30 juin 2011.

La position de l'ARC sur ce sujet est qu'« [e]n pareil cas, la société bénéficiaire devrait estimer le remboursement au titre de dividendes de la société payante et calculer l'impôt à payer en vertu de la partie IV. Tout rajustement à faire ultérieurement, y compris l'intérêt, sera fait lors de l'établissement de la cotisation³¹ ».

Cette situation peut aussi offrir des opportunités de planification. Dans l'exemple précédent, si la filiale déclare un dividende le 30 juin 2010, elle établira le montant de son RTD au plus tard le 31 décembre, alors que la société mère devra payer l'impôt de la partie IV L.I.R. le 28 février ou le 31 mars 2011. Une telle situation permet de reporter le paiement de l'impôt de la partie IV L.I.R. Si l'exercice financier de la société mère se termine le 31 mai 2010, le dividende reçu sera alors assujéti à l'impôt de la partie IV L.I.R. au cours l'exercice financier de la société mère qui se termine le 31 mai 2011 et l'impôt de la partie IV L.I.R. sera payable le 31 juillet ou le 31 août 2011. Il faut évidemment se questionner sur la possibilité que la règle générale antiévitement (« RGAÉ »)³² s'applique à une telle planification. En 1994, une situation similaire a été présentée à l'ARC dans le cadre d'une conférence de l'Association canadienne d'études fiscales³³. La position énoncée par l'ARC lors de cette table ronde était que si la société mère était créée expressément dans le but de reporter le paiement de l'impôt de la partie IV L.I.R., la RGAÉ pourrait s'appliquer. L'ARC ajoutait que, même si la société mère était créée pour des raisons commerciales véritables, comme un gel successoral ou dans un but de protection d'actifs, la RGAÉ pourrait s'appliquer si la date de la fin de l'année d'imposition avait été choisie dans l'unique but d'anticiper le RTD.

³¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 17, par. 19.

³² Art. 245 L.I.R.

³³ « Revenue Canada Round Table », dans *1994 British Columbia Tax Conference*, Vancouver, Association canadienne d'études fiscales, 1994, pp. 4:1-16, question 10.

2. LES SOCIÉTÉS RATTACHÉES, LA DÉFINITION

Bien que le concept de « société rattachée » dans la législation fiscale serve principalement dans le contexte de l'impôt de la partie IV L.I.R., il faut garder à l'esprit que ce concept s'applique aussi à d'autres situations prévues dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Ainsi, cette définition servira à déterminer si une société est une « société exploitant une petite entreprise³⁴ », si les actions d'une société sont des « actions admissibles de petite entreprise³⁵ », les conséquences fiscales dans le cas de vente d'actions avec lien de dépendance par des résidents³⁶ ou par des non-résidents³⁷, la détermination du surplus d'apport d'une société aux fins du calcul d'un dividende réputé³⁸ ainsi que la majoration du compte de revenu à taux général lors de l'introduction de ce compte fiscal en 2006³⁹. Il s'agit donc d'un concept que l'on doit bien maîtriser, car il pourrait en découler des conséquences inattendues.

2.1. LA LOI

2.1.1. La définition

La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit que deux sociétés sont rattachées dans les cas suivants :

« Pour l'application de la présente partie, une société payante est rattachée à une société donnée à un moment donné d'une année d'imposition (appelée l'« année donnée » au présent paragraphe) de cette dernière 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 :

³⁴ Par. 248(1) « société exploitant une petite entreprise » L.I.R.

³⁵ Par. 110.6(1) « actions admissibles de petite entreprise » L.I.R.

³⁶ Art. 84.1 L.I.R.

³⁷ Art. 212.1 L.I.R.

³⁸ Par. 84(1) et 84(11) L.I.R.

³⁹ Par. 89(7) L.I.R.

- (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 payante⁴⁰. »

Deux tests sont prévus pour déterminer si une société payante est rattachée à une autre. Le premier est un test de contrôle alors que le second est un test de détention. De plus, il faut faire abstraction des droits d'achat et de rachat prévus à l'alinéa 251(5)b) L.I.R., pour déterminer si une société en contrôle une autre.

2.1.2. La société payante est contrôlée par la société bénéficiaire

Dans la première situation, deux sociétés sont rattachées si la société payante est contrôlée par la société bénéficiaire. La situation que l'on retrouve généralement est celle d'une société qui détient les actions d'une autre société, actions qui lui confère plus de 50 % des droits de vote. Il faut ici porter une attention particulière à la notion de contrôle. En effet, le terme utilisé ici est « contrôlée », terminologie qui fait référence au contrôle de droit, notion qui n'est pas définie dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il n'est pas de l'objet du présent texte de faire une analyse en profondeur de cette notion de contrôle de droit⁴¹. Rappelons cependant que les tribunaux l'ont définie comme étant la détention d'un nombre suffisant d'actions donnant droit à la majorité des voix pour l'élection du conseil d'administration⁴². Cette définition a été confirmée et précisée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Duha Printers (Western) Ltd. c. La Reine*⁴³.

⁴⁰ Par. 186(4) L.I.R.

⁴¹ Pour une analyse plus détaillée de la notion de contrôle de droit, le lecteur se référera aux textes suivants : Nicolas X. CLOUTIER et Olivier FOURNIER, « Évolution de la notion de contrôle », dans *Congrès 2009*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, pp. 29:1-22; Nicole PRIEUR, « L'utilisation législative du concept de contrôle de droit », (2009), vol. 29, n° 2 *Revue de planification fiscale et successorale* 193-248.

⁴² *Buckerfield's Ltd. et autres c. MRN*, 64 D.T.C. 5301 (C. de l'É.).

⁴³ [1998] 1 R.C.S. 795.

Cette notion est cependant élargie par le paragraphe 186(2) L.I.R. qui établit une présomption de contrôle lorsque la détention d'actions par un groupe de personnes ayant entre elles un lien de dépendance dépasse 50 %. Il se lit comme suit :

« Pour l'application de la présente partie, sauf pour ce qui est de déterminer si une société est une société assujettie, 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. »

Cette définition élargie de contrôle ne s'applique que pour déterminer si une société est rattachée à une autre. Ainsi, une société est contrôlée par une autre si plus de 50 % des actions émises de son capital-actions comportant plein droit de vote appartiennent :

- à l'autre société;
- à des personnes avec lesquelles cette autre société a un lien de dépendance; ou
- à une combinaison de celles-ci.

Sauf stipulation à l'effet contraire dans une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il faut déterminer si deux sociétés sont rattachées en tenant compte de la définition élargie au paragraphe 186(2) L.I.R.⁴⁴ Cette disposition a été introduite dans la loi en 2001 dans le but de neutraliser la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *La Reine c. Olsen*⁴⁵.

2.1.3. La société bénéficiaire est propriétaire d'actions

Dans la deuxième situation, une société payante sera rattachée à une autre société si cette dernière possède plus de 10 % des actions comportant plein droit de vote en toutes circonstances (« actions votantes ») et des actions ayant une valeur marchande de plus de 10 % de la juste valeur

⁴⁴ Par. 186(7) L.I.R.

⁴⁵ 2002 CAF 3.

marchande (« JVM ») du total des actions émises et en circulation de la société payante.

L'ARC confirme que l'emploi du verbe « posséder » à l'alinéa 186(1)b) L.I.R. signifie la détention directe des actions et non pas la propriété indirecte par d'autres sociétés⁴⁶. Dans la situation présentée à l'ARC, une société privée, Holdco, détenait directement 9 % des actions de la seule catégorie d'actions émises et en circulation d'une société publique. Holdco détenait aussi la totalité des actions émises et en circulation d'une autre société privée qui elle-même détenait 2 % des actions de la société publique. Holdco détenait directement moins de 10 % des actions de la société publique. Cette dernière n'était donc pas rattachée à Holdco. L'ARC conclut cependant que dépendamment des faits et circonstances, il serait possible que cette conclusion soit modifiée par d'autres dispositions telles que la RGAÉ prévue au paragraphe 245(2) L.I.R.

2.1.4. Plus de 10 % des actions votantes émises

Dans l'expression « plus de 10 % des actions votantes émises du capital-actions de la société payante » que l'on retrouve au sous-alinéa 186(1)b)(i) L.I.R., deux éléments portent à interprétation.

Dans un premier temps, « plus de 10 % des actions émises » signifie plus de 10 % du **nombre** d'actions émises. L'ARC a pris cette position pour la première fois en 1997 lors du Congrès de l'APFF⁴⁷, et l'a confirmée au congrès de l'an dernier⁴⁸.

Quant à l'expression « comportant plein droit de vote en toutes circonstances », elle a été analysée en 2006 lorsqu'on a demandé à l'ARC si le fait que des actions sans droit de vote aient un certain droit de veto conféré par les statuts constitutifs ou par les lois sur les sociétés fait en sorte que les actions votantes ne seraient pas considérées comme ayant plein droit de vote

⁴⁶ *Tax Window Files, op. cit.*, note 18, interprétation technique 2002-0141295, « Ownership of shares », 21 octobre 2002.

⁴⁷ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 97*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1998, pp. 53:11-42, question 5.1., à la page 53:40.

⁴⁸ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2009*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, pp. 49:1-90, question 6, aux pages 49:16-18.

en toutes circonstances⁴⁹. Dans cette situation, le capital émis d'une société était composé d'actions ordinaires et d'actions privilégiées. Les actions privilégiées avaient été émises dans le cadre d'un gel successoral. La description du droit de vote des actions ordinaires se lisait comme suit dans les statuts : une action ordinaire « confère un (1) droit de vote à son détenteur, sauf lors d'une assemblée où le droit de vote se limite aux actionnaires d'une autre catégorie ». Les actions privilégiées possèdent un « droit de veto » à l'égard de certaines modifications aux statuts constitutifs qui porteraient atteinte à leurs droits. Dans un tel cas, la modification devrait être approuvée par le vote d'au moins les trois quarts en valeur des actions privilégiées représentées par les détenteurs présents à une assemblée extraordinaire ou générale extraordinaire convoquée à cette fin. À première vue, selon l'ARC, il serait possible de soutenir que les actions ordinaires ne comportent pas plein droit de vote en toutes circonstances. Cependant, après un examen complet des faits et des documents constitutifs, les actions ordinaires comportent effectivement plein droit de vote en toutes circonstances, et ce, même s'ils doivent obtenir le consentement des détenteurs d'actions privilégiées pour procéder à une modification portant atteinte aux droits, conditions et privilèges des actions privilégiées. L'ARC conclut ceci :

« [...] en soi, le fait que les détenteurs d'actions privilégiées possèdent un tel "droit de veto" relativement à des modifications de l'acte constitutif d'Opco ne ferait pas normalement en sorte que les actions ordinaires soient considérées comme ne comportant pas plein droit de vote en toute circonstance pour les fins du paragraphe 186(2) et du sous-alinéa 186(4)b(i). »

De plus, l'ARC a mentionné que les actions comportent pleins droits de vote en toutes circonstances, et ce, même si les actionnaires ont conclu une convention entre actionnaires qui limite les droits de vote ou qui indique comment voter⁵⁰.

Dans une autre interprétation technique, l'ARC a déterminé en 1999 que, lorsque le droit d'élire les membres du conseil d'administration d'une société est réparti entre deux catégories d'actions, les actions ne seront pas considérées comme ayant plein droit de vote en toutes circonstances. Dans la situation analysée⁵¹, les statuts de la société comprennent deux catégories

⁴⁹ *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 18, interprétation technique 2006-0204901E5, « Meaning of full voting rights », 16 novembre 2006.

⁵⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 17, par. 14.

⁵¹ *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 18, interprétation technique 1999-001095, « Meaning of full voting rights », 31 janvier 2000.

d'actions ordinaires. La première est sans droit de vote, mais permet à leurs détenteurs d'élire un certain nombre d'administrateurs de la société. Pour ce faire, les détenteurs de cette catégorie d'actions tiennent une réunion distincte où ils votent pour élire un nombre suffisant de personnes pour pourvoir les postes qui leur sont alloués. Les détenteurs d'actions ordinaires votantes ont le droit d'élire les autres administrateurs, ce qui représente la majorité des sièges. Selon l'ARC, pour avoir droit de vote en toutes circonstances, les détenteurs d'actions doivent voter pour tous les postes du conseil d'administration. Lorsque le processus d'élection est divisé entre plusieurs catégories d'actions et que ces droits sont inclus dans les statuts constitutifs, les détenteurs d'une catégorie ne peuvent d'aucune façon intervenir dans le processus d'élection de l'autre catégorie. Il existe donc des restrictions aux droits de vote des actionnaires.

Cette position peut, de prime abord, sembler contradictoire avec celle énoncée au paragraphe 14 du *Bulletin d'interprétation* IT-269R4, à savoir que même si les actionnaires ont conclu une convention entre actionnaires qui limite les droits de vote ou qui indique comment voter, les actions auraient quand même droit de vote en toutes circonstances. Dans ce dernier cas, la restriction n'est pas rattachée aux actions elle-même, car en vertu de la loi sur les sociétés, les actions ont toujours le droit de vote en toutes circonstances. Dans le cas d'une convention entre actionnaires, il s'agit d'une entente entre les actionnaires qui n'enlève rien aux droits, privilèges et obligations que possèdent les actions.

2.1.5. La juste valeur marchande des actions

En vertu du sous-alinéa 186(4)b)(ii) L.I.R., la société bénéficiaire doit posséder des actions dont la JVM représente plus de 10 % de la JVM de toutes les actions émises du capital-actions de la société payante. Il faut donc porter une attention particulière à la valeur des actions possédées par des actionnaires minoritaires ou par les détenteurs d'actions privilégiées. Comme la JVM des diverses catégories d'actions varie dans le temps, il est possible qu'une société bénéficiaire devienne ou cesse d'être une société rattachée à différents moments dans le temps. L'ARC mentionne que dans le cas où une société est contrôlée par plusieurs personnes et que la société bénéficiaire ne fait pas partie du groupe qui contrôle la société, un rabais doit normalement être appliqué afin de déterminer la JVM des actions détenues par la société bénéficiaire. Il en va de même lorsqu'il existe des restrictions à la négociation des actions⁵². Ce pourrait être le cas lorsque les actionnaires ont

⁵² *Tax Window Files, op. cit.*, note 18, par. 13.

conclu une convention entre actionnaires. Pour connaître la position de l'ARC concernant les différents critères qui peuvent avoir des répercussions sur la JVM d'un bien mobilier, le lecteur se référera à la *Circulaire d'information 89-3*⁵³.

L'ARC s'est prononcée sur le fait que même si la valeur des actions d'une société est nulle en utilisant la méthode de liquidation, il est douteux que la JVM soit nulle. En effet, la JVM étant le prix le plus élevé qui peut être obtenu pour un bien selon certaines conditions, il « est douteux que la JVM des actions ordinaires d'une société ayant des comptes fiscaux soit nulle⁵⁴ ».

Une situation que l'on retrouve plus fréquemment est celle d'une société dont les actionnaires détiennent des actions de catégories distinctes mais comportant des droits et des privilèges identiques. Il y a autant de catégories d'actions dites ordinaires qu'il y a d'actionnaires. Toutes les catégories sont votantes et participantes. De plus, elles confèrent à leur détenteur le droit de recevoir un dividende discrétionnaire. Dans les faits, le détenteur d'une catégorie d'actions peut recevoir un dividende à l'exclusion des détenteurs des autres catégories d'actions, et ce, à la discrétion des administrateurs. Lors du Congrès 2004 de l'APFF⁵⁵, on a présenté cette situation à l'ARC. Les actions d'Opco sont détenues en parts égales par trois sociétés de gestion n'ayant aucun lien de dépendance entre elles : Gestco A, Gestco B et Gestco C. Chacune des sociétés de gestion détient une catégorie distincte dont les droits et privilèges sont identiques. Dans une telle situation, on a demandé à l'ARC si elle considérerait que chacune des sociétés de gestion possédait des actions d'Opco dont la JVM correspond au tiers de la JVM totale des actions d'Opco, de sorte qu'Opco serait rattachée à chacune des sociétés de gestion. La réponse de l'ARC se lit comme suit :

« Nous avons consulté nos collègues de la Division des applications techniques et des évaluations afin de répondre à vos questions. Nos services des évaluations sont d'avis que, compte tenu des faits mentionnés dans la situation soumise, chacune des trois sociétés de gestion posséderait, à un moment donné d'une année d'imposition, des actions du capital-actions d'OPCO dont la JVM correspondrait au tiers de la JVM de toutes les actions émises du capital-actions

⁵³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information 89-3*, « Exposé des principes sur l'évaluation de biens mobiliers », 25 août 1989.

⁵⁴ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », *loc. cit.*, note 48, question 10., 49:24-25.

⁵⁵ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 50:9-78, question 6, aux pages 50:65-71.

d'OPCO. À cet égard, bien que le versement d'un dividende discrétionnaire par OPCO influencerait sur la JVM des actions émises de son capital-actions, cela ne viendrait pas modifier la proportion de la JVM des actions du capital-actions de OPCO détenues par chacune des trois sociétés de gestion, à un moment donné, puisque chaque actionnaire détiendrait une catégorie d'actions parmi trois catégories d'actions ayant des droits identiques du point de vue d'un acheteur potentiel.

Nous sommes donc d'avis que, dans la situation décrite ci-dessus, OPCO serait rattachée à un moment donné d'une année d'imposition aux trois sociétés de gestion en vertu de l'alinéa 186(4)b) L.I.R. puisque, d'une part, chacune des trois sociétés de gestion posséderait à ce moment plus de 10 % des actions émises (comportant plein droit de vote en toutes circonstances) du capital-actions de OPCO et, d'autre part, chacune des trois sociétés posséderait à ce moment des actions du capital-actions de OPCO dont la JVM serait de plus de 10 % de la JVM de toutes les actions émises du capital-actions de OPCO. »

La détermination de la JVM d'un bien est un art et non une science exacte. Il faut donc être prudent et replacer chaque société dans le contexte qui lui est propre pour établir la valeur de ses actions et par la suite, la répartir entre les différents blocs d'actions.

2.1.6. Actions détenues par une société de personnes

Aux fins de déterminer si deux sociétés, dont l'une est associée d'une société de personnes, sont rattachées, lorsque les actions de la société payante sont détenues par la société de personnes, la *Loi de l'impôt sur le revenu* établit des présomptions. Chaque associé de la société de personnes est réputé propriétaire des actions de chaque catégorie d'actions détenues par la société de personnes proportionnellement à sa part des dividendes reçus par la société de personnes⁵⁶. Les dividendes imposables reçus par une société de personnes sont réputés reçus par chaque associé à concurrence de sa part⁵⁷. Ainsi, cette règle de transparence facilite l'application des tests prévus aux paragraphes 186(4) et 186(2) L.I.R. lorsqu'il s'agit de déterminer le pourcentage d'actions possédé par une société actionnaire.

2.1.7. Actions détenues par une fiducie personnelle

Il en va autrement des situations où une société privée est bénéficiaire d'une fiducie personnelle qui détient les actions d'une société payante. Aucune règle de transparence similaire à celle qui existe dans le cas où les

⁵⁶ Al. 186(6)b) L.I.R.

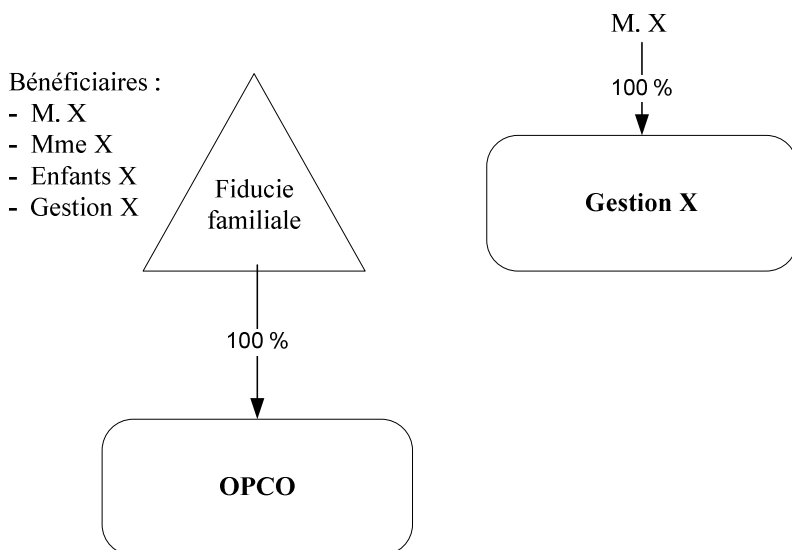
⁵⁷ Al. 186(6)a) L.I.R.

actions de la société payante sont détenues par une société de personnes n'est prévue pour les fiducies. Donc, si la société bénéficiaire ne possède aucune action directement dans la société payante, il faut déterminer si, en vertu du paragraphe 186(2) L.I.R., les actions de la société payante appartiennent à des personnes ayant un lien de dépendance avec la société bénéficiaire.

En 1998, la définition de « lien de dépendance » a été modifiée pour y inclure les relations entre un contribuable et une fiducie personnelle. Ainsi, un contribuable et une fiducie personnelle auront un lien de dépendance si le contribuable ou une personne avec laquelle il a un lien de dépendance ont un droit de bénéficiaire dans la fiducie⁵⁸. L'expression « droit de bénéficiaire⁵⁹ » a un sens très large et comprend, entre autres, les personnes ayant un droit de recevoir tout ou partie du revenu ou du capital de la fiducie donnée. Le droit peut être 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. Donc, une société qui est bénéficiaire du revenu d'une fiducie qui détient plus de 50 % des actions votantes de la société payante sera rattachée à la société payante, et ce, même si elle ne détient elle-même aucune action de la société payante. Puisque les bénéficiaires d'une fiducie ne sont pas propriétaires des biens de la fiducie et qu'il n'existe aucune présomption dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* à cet effet, seules les dispositions du paragraphe 186(2) L.I.R. peuvent faire en sorte que les sociétés soient rattachées.

⁵⁸ Al. 251(1b) L.I.R.

⁵⁹ Par. 248(25) L.I.R.



Dans cet exemple, si Opco paie un dividende à Fiducie familiale et si cette dernière le verse à Gestion X qui est bénéficiaire et fait une attribution en vertu du paragraphe 104(19) L.I.R., le dividende sera réputé reçu par Gestion X et non par Fiducie familiale. Puisque Fiducie familiale et Gestion X ont un lien de dépendance, Gestion X sera réputée contrôler Opco en vertu des dispositions du paragraphe 186(2) L.I.R. Les deux sociétés sont donc des sociétés rattachées.

3. LES PIÈGES À ÉVITER

La définition de « société rattachée » est beaucoup moins élaborée que les définitions de sociétés associées⁶⁰, de personnes liées⁶¹ ou de personnes affiliées⁶². Comme nous l'avons mentionné précédemment, il n'y a que deux façons d'établir si des sociétés sont rattachées soit le contrôle de la société payante, soit la détention d'actions de la société payante et il n'existe aucune

⁶⁰ Art. 256 L.I.R.

⁶¹ Par. 251(2) L.I.R.

⁶² Art. 251.1 L.I.R.

règle de transparence à l'égard de la détention des actions. Il faut donc porter une attention particulière lorsque des actions sont émises.

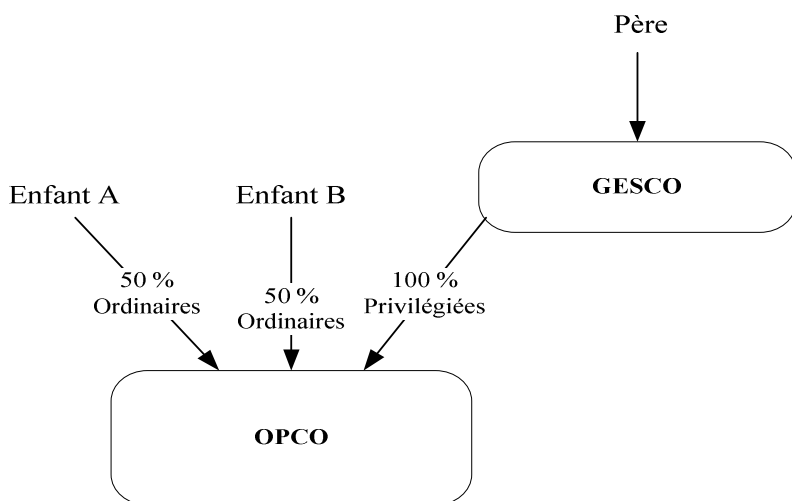
3.1. SOCIÉTÉ DONT LES ACTIONS SONT DÉTENUES PAR DES ACTIONNAIRES LIÉS

Le contrôle élargi d'une société tient compte des actions détenues par la société bénéficiaire et par des personnes avec lesquelles elle a un lien de dépendance. Des personnes liées étant réputées avoir entre elles un lien de dépendance⁶³, il est plus facile de remplir les critères de rattachement prévus à l'article 186 L.I.R. lorsque les actions sont détenues directement par les membres de la famille ou par des sociétés qu'ils contrôlent. Cependant, les contribuables utilisent plus fréquemment les fiducies personnelles pour détenir les actions de sociétés exploitantes dans le cadre de leur planification fiscale et financière. Nous analyserons donc des situations où les actions sont détenues directement par la société ou par l'intermédiaire d'une fiducie.

3.1.1. Actions détenues directement par une société de portefeuille

Dans le premier exemple, Père a fondé la société Opco, il y a un certain nombre d'années. Père désire prendre sa retraite et pour faciliter la transition avec ses enfants, A et B, qui travaillent dans l'entreprise, Père a effectué un gel de sa participation. Il a transféré les actions ordinaires qu'il possédait à Gesco. Les actions ordinaires d'Opco ont ensuite été échangées contre des actions privilégiées en vertu des dispositions de roulement contenues dans les lois fiscales. Les enfants ont souscrit aux nouvelles actions ordinaires. La structure finale est présentée dans l'organigramme suivant.

⁶³ Al. 251(1)a) L.I.R.



Dans cette situation, Opco est rattachée à Gesco, et ce, peu importe que les actions privilégiées détenues par Opco comportent droit de vote ou non. En effet, si Gesco a le contrôle de droit d'Opco, les sociétés seront rattachées⁶⁴. Dans le cas contraire, puisque toutes les actions votantes sont détenues par Gesco et/ou par des personnes ayant un lien de dépendance avec Gesco, alors les sociétés seront rattachées en vertu de la définition élargie de contrôle⁶⁵.

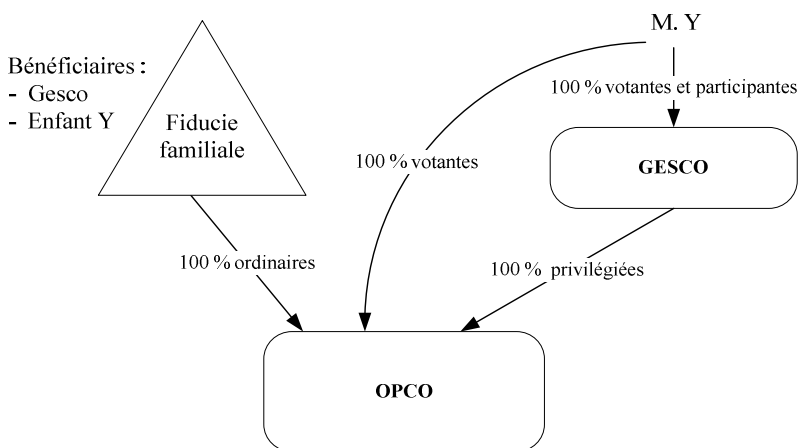
3.1.2. Actions détenues par une fiducie dont la société est bénéficiaire

Il arrive dans certains cas que le fondateur d'une société soit prêt à passer le flambeau à la génération suivante, mais un certain nombre de questions demeure sans réponse. Ainsi, dans cet exemple, M. Y pourrait penser que la valeur de la société au moment du gel ne serait pas suffisante pour lui assurer une retraite confortable et il veut conserver la possibilité de recevoir des dividendes importants ou encore le, ou les successeurs, de M. Y à la direction de l'entreprise n'est pas déterminé. Dans un tel cas, la détention des actions ordinaires par une fiducie discrétionnaire dont les membres de sa famille et une société dont il est actionnaire sont bénéficiaires

⁶⁴ Al. 186(1)a) L.I.R.

⁶⁵ Par. 186(2) L.I.R.

peut apporter la solution. L'organigramme qui suit représente une version simplifiée de cette situation.



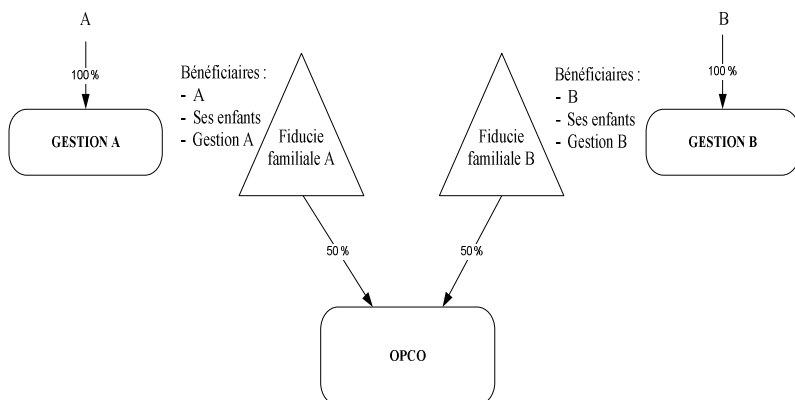
Gesco détient directement des actions d'Opco et M. Y possède la totalité des actions votantes émises. Donc, puisque Gesco et Opco sont contrôlées par la même personne, les actions votantes d'Opco sont détenues par une personne ayant un lien de dépendance avec Gesco⁶⁶, les deux sociétés sont rattachées⁶⁷. Gesco n'aura pas à payer l'impôt de la partie IV L.I.R. tant sur les dividendes reçus sur les actions privilégiées d'Opco que sur les dividendes qui lui ont été attribués par Fiducie familiale.

3.1.3. Actions détenues par plusieurs fiducies familiales

L'organigramme suivant représente la situation de frères et sœurs qui exploitent ensemble une entreprise familiale. Chacun met en place une structure fiduciaire pour détenir sa participation et aucune des fiducies familiales n'a le contrôle de droit d'Opco. Il faut donc déterminer si Opco est rattachée à chacune des sociétés de gestion qui est bénéficiaire d'une fiducie familiale. Intuitivement, la réponse devrait être oui, puisqu'on reste à l'intérieur d'un groupe familial. Cependant, le raisonnement pour en arriver à cette conclusion est un long chemin.

⁶⁶ S.-al. 251(2)(b)(i) et al. 251(1)a) L.I.R.

⁶⁷ Par. 186(2) L.I.R.



Pour qu'Opco soit rattachée à Gestion A, il faut que plus de 50 % des actions votantes soient détenues par Gestion A et/ou par des personnes ayant un lien de dépendance avec Gestion A, c'est-à-dire Fiducie familiale A et Fiducie familiale B. Il faut donc établir si Gestion A a un lien de dépendance avec Fiducie familiale A et avec Fiducie familiale B.

Dans un premier temps, Gestion A a un lien de dépendance avec Fiducie familiale A car Gestion A est bénéficiaire de Fiducie familiale A⁶⁸. Cependant, si on fait abstraction de la question de fait⁶⁹, établir le lien de dépendance entre Gestion A et Fiducie familiale B est plus long et plus complexe. Allons-y étape par étape :

- A et B sont unis par les liens du sang et sont donc liés⁷⁰;
- A et B sont liés respectivement avec Gestion A et Gestion B⁷¹;
- Gestion A et Gestion B sont liées parce que chaque société est contrôlée par une personne et que la personne contrôlant une société est liée à la personne qui contrôle l'autre société⁷²;

⁶⁸ Al. 251(1)b) L.I.R.

⁶⁹ Al. 251(1)c) L.I.R.

⁷⁰ Al. 251(2)a) L.I.R.

⁷¹ S.-al. 251(2)b)(i) L.I.R.

⁷² S.-al. 251(2)c)(ii) L.I.R.

- B est lié à Gestion A et A est lié à Gestion B⁷³;
- A, B, Gestion A et Gestion B sont des personnes liées et elles ont donc un lien de dépendance entre elles⁷⁴;
- Finalement, Fiducie familiale B et Gestion A ont un lien de dépendance parce que Gestion A ou une personne avec laquelle elle a un lien de dépendance (Gestion B) a un droit de bénéficiaire dans Fiducie familiale B⁷⁵.

Donc, puisque plus de 50 % des actions votantes appartiennent à des personnes ayant un lien de dépendance avec Gestion A, cette dernière contrôle Opco en vertu de la définition élargie de contrôle⁷⁶.

Pour continuer sur notre lancée, il pourrait être nécessaire, dans certaines situations, que Fiducie familiale A et Fiducie familiale B aient un lien de dépendance entre elles. La position de l'ARC sur cette question veut que deux fiducies personnelles soient réputées avoir entre elles un lien de dépendance lorsque, entre autres choses, la même personne est bénéficiaire de chacune des fiducies ou qu'un des bénéficiaires d'une fiducie a un lien de dépendance avec un bénéficiaire de l'autre fiducie⁷⁷. Pour en arriver à cette conclusion, continuons le raisonnement entrepris précédemment :

- Fiducie familiale A, Gestion A et A ont un lien de dépendance puisque A et Gestion A sont bénéficiaires de Fiducie familiale A et il en va de même pour Fiducie familiale B, Gestion B et B⁷⁸;
- Fiducie familiale B et Gestion A ont un lien de dépendance parce que Gestion A ou une personne avec laquelle elle a un lien de dépendance (Gestion B) a un droit de bénéficiaire dans Fiducie familiale B⁷⁹;

⁷³ S.-al. 251(2)b)(iii) L.I.R.

⁷⁴ Al. 251(1)a) L.I.R.

⁷⁵ Al. 251(1)b) L.I.R.

⁷⁶ Par. 186(2) L.I.R.

⁷⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-419R2, « Sens de l'expression "sans lien de dépendance" », 8 juin 2004, par. 21.

⁷⁸ Al. 251(1)b) L.I.R.

⁷⁹ *Id.*

- Finalement, Fiducie familiale B et Fiducie familiale A ont un lien de dépendance parce que Fiducie familiale B ou une personne avec laquelle elle a un lien de dépendance (Gestion A) a un droit de bénéficiaire dans Fiducie familiale A⁸⁰.

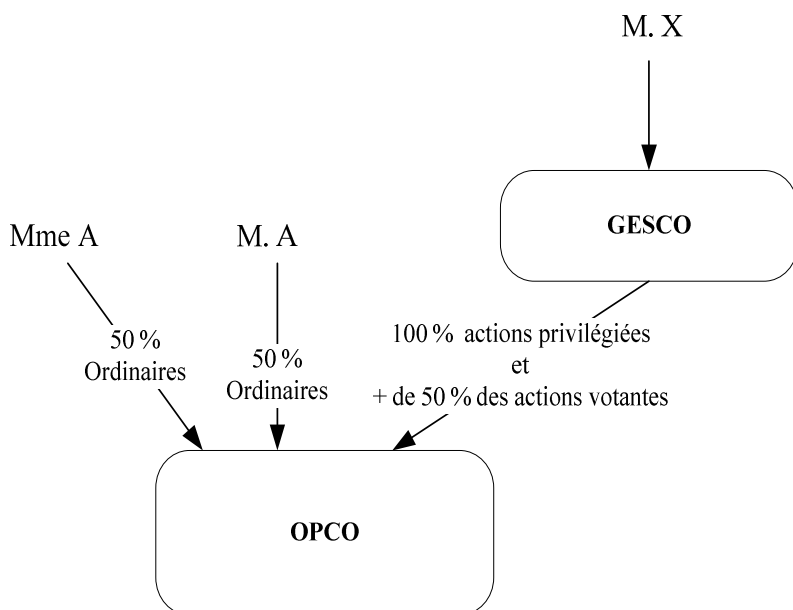
Pour que deux fiducies aient entre elles un lien de dépendance, il faut appliquer l'alinéa 251(1)b) L.I.R. une première fois pour établir le lien entre Gestion A et Fiducie familiale B. Ce n'est qu'une fois ce lien établi que nous pouvons appliquer de nouveau l'alinéa 251(1)b) L.I.R. pour établir le lien de dépendance entre Fiducie familiale A et Fiducie familiale B.

3.2. SOCIÉTÉ DONT LES ACTIONS SONT DÉTENUES PAR DES ACTIONNAIRES NON LIÉS

3.2.1. Vente de l'entreprise à des personnes non liées

Il arrive que pour faciliter la vente d'une entreprise, le vendeur conserve un lien sous forme de solde de prix de vente ou d'une participation en actions privilégiées. Dans ce dernier cas, lorsque les actions privilégiées sont reçues dans le cadre d'une transaction effectuée en vertu des dispositions de roulement contenues dans les lois fiscales, il est possible de reporter l'imposition jusqu'au moment de la disposition des actions. Pendant la période de détention des actions, un rendement sous forme de dividende peut être payé sur les actions privilégiées. De plus, si les actions privilégiées sont rachetées par la société émettrice, un dividende réputé pourrait en résulter. Il est donc important, si ces actions sont détenues par une société, que les sociétés soient rattachées pour minimiser la charge fiscale. La structure pourrait ressembler à celle-ci :

⁸⁰ *Id.*



Dans une telle situation, Opco sera rattachée à Gesco uniquement si Gesco ou une personne avec laquelle elle a un lien de dépendance, M. X dans notre exemple, détiennent directement des actions d'Opco. Dans l'organigramme précédent, Gesco a le contrôle de droit d'Opco. Les sociétés sont rattachées⁸¹. Dans le cas où M. X détiendrait des actions de contrôle représentant plus de 50 % des actions comportant plein droit de vote en toutes circonstances, alors Opco serait aussi contrôlée par Gesco⁸².

Si Gesco n'a pas le contrôle d'Opco (juridique ou élargi), on doit s'assurer que Gesco détienne au moins 10 % des actions votantes et des actions dont la valeur représente au 10 % de la JVM de toutes les actions émises et en circulation. Si c'est le cas, les sociétés seront rattachées⁸³. Sinon, les sociétés ne sont pas rattachées et Gesco devrait payer l'impôt de la partie IV L.I.R. sur les dividendes reçus.

⁸¹ Al. 186(4)a) L.I.R.

⁸² Par. 186(2) L.I.R.

⁸³ Al. 186(4)b) L.I.R.

Lorsque le transfert des actions à l'acquéreur ou le rachat des actions par Opco est étalé dans le temps, il arrive un moment où la participation de Gesco dans Opco est inférieure à 10 %. Pour réduire au minimum la charge fiscale, il faut s'assurer que les sociétés demeurent rattachées jusqu'au retrait complet de Gesco. Les parties pourraient prévoir qu'Opco émette à Gesco ou à M. X une catégorie distincte d'actions, c'est-à-dire des actions de contrôle comportant droit de vote et sans droit de participation. Ces actions seront rachetées par Opco lors du retrait complet de Gesco. Les sociétés seront rattachées puisque Gesco ou M. X contrôlera Opco, et ce, même si la participation de Gesco descend à un pourcentage inférieur à 10 %.

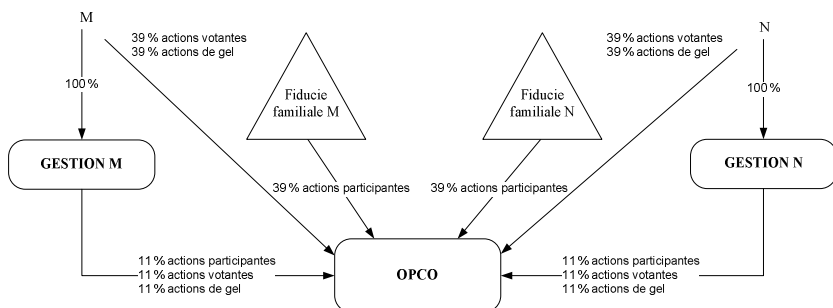
3.2.2. Deux actionnaires en parts égales

Lorsque deux actionnaires non liés détiennent les actions d'une société en parts égales, il est impossible que l'un ou l'autre des actionnaires contrôle la société seul ou comme faisant partie d'un groupe de personnes qui ont entre elles un lien de dépendance. Les sociétés ne peuvent pas être rattachées en vertu des dispositions de l'alinéa 186(4)a) ou du paragraphe 186(2) L.I.R. La seule possibilité est que la société bénéficiaire de la fiducie détienne elle-même directement plus de 10 % des actions votantes et des actions représentant plus de 10 % de la JVM de la société payante. La structure finale sera beaucoup plus complexe.

Analysons la situation suivante. Lors de la création de la société, les deux actionnaires, M et N, possèdent directement 50 % des actions ordinaires de la société Opco, les seules actions émises. Ils souhaitent une structure qui leur permettra, dans un premier temps, de purifier Opco sur une base continue tout en conservant les liquidités à l'intérieur d'un véhicule corporatif et dans un deuxième temps, de faire du fractionnement de revenus avec les membres de leur famille respective.

La solution qui leur est proposée est donc la détention d'actions ordinaires par une fiducie dont les bénéficiaires seront les membres de leur famille et une société, Gestion. Il est cependant important qu'Opco soit rattachée à chacune des sociétés bénéficiaires, soit Gestion M et Gestion N. En effet, dans le cas contraire, les dividendes reçus par Gestion seront assujettis à l'impôt de la partie IV L.I.R. au taux de 33 1/3 % alors que le taux d'imposition marginal d'un particulier en 2010 est de 30,68 % sur un dividende déterminé et de 36,35 % sur un dividende ordinaire. Dans un tel cas, il n'y aurait aucun avantage à transférer les dividendes à une société.

Après les différentes étapes, la structure est la suivante :

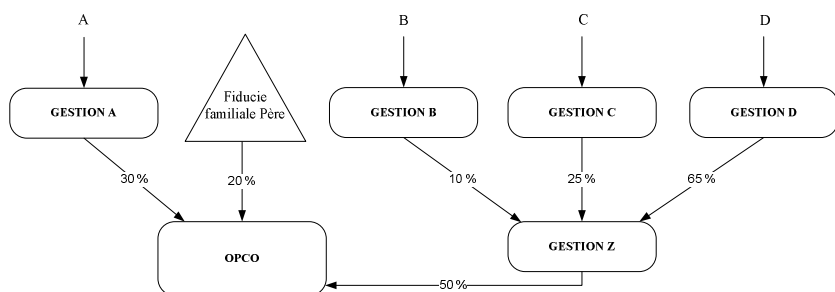


L'objectif de M et N étant de donner la plus grande participation possible dans la plus-value future d'Opco à leur fiducie respective, il faudra donc s'assurer que Gestion détienne en tout temps la participation minimale pour remplir les conditions prévues à l'alinéa 186(4)b) L.I.R., soit plus de 10 % des actions votantes et des actions représentant plus de 10 % de la JVM de la société payante. Pour remplir ces critères, Gestion M et Gestion N devront détenir chacune directement plus de 10 % de toutes les catégories d'actions émises. Dans une telle structure, la détermination de la JVM ne devrait pas poser de problème puisque le rapport de force est le même, soit 50 %, pour chaque groupe familial.

3.2.3. Actionnaires multiples

3.2.3.1. La transmission d'entreprise

La société Opco a été fondée il y a plusieurs années par Père. Il y a 15 ans, Père décide que le temps est venu pour lui de passer le flambeau à la génération suivante. Un de ses enfants et trois employés clés ont démontré des aptitudes et de l'intérêt pour l'entreprise. Pour ce faire, Père gèle sa participation et de nouvelles actions ordinaires d'Opco sont émises dans les proportions apparaissant dans l'organigramme suivant :



A est l'enfant de Père et les employés clés, B, C et D, ne sont pas liés entre eux, ni avec Père, ni avec A et nous posons l'hypothèse qu'ils traitent entre eux sans lien de dépendance. Les bénéficiaires de la Fiducie familiale Père sont l'épouse et les enfants de Père. Pour des raisons d'affaires (financement, vote), les employés clés désirent détenir leur participation par l'intermédiaire d'une seule société de gestion, soit Gestion Z. Depuis ce temps, les actions de gel de Père ont été rachetées par Opco.

Dans cette structure, Opco est rattachée à Gestion A et Gestion Z⁸⁴, et Gestion Z est rattachée à Gestion C⁸⁵ et Gestion D⁸⁶. Quant à Gestion B, qui détient exactement 10 %, on pourrait se demander si le fait de détenir 11 % des actions ordinaires aurait été suffisant pour éviter l'impôt de la partie IV L.I.R. L'exigence quant au nombre d'actions votantes serait remplie. Cependant, on pourrait se questionner sur la JVM des actions. Gestion B étant un actionnaire minoritaire, il faut se demander dans quelle mesure un escompte doit être appliqué à la valeur pour obtenir la JVM des actions. Si les faits démontrent que Gestion B fait partie d'un groupe qui contrôle Gestion Z, alors le test de la JVM serait possiblement réalisé.

3.2.3.2. Opco émet de nouvelles actions

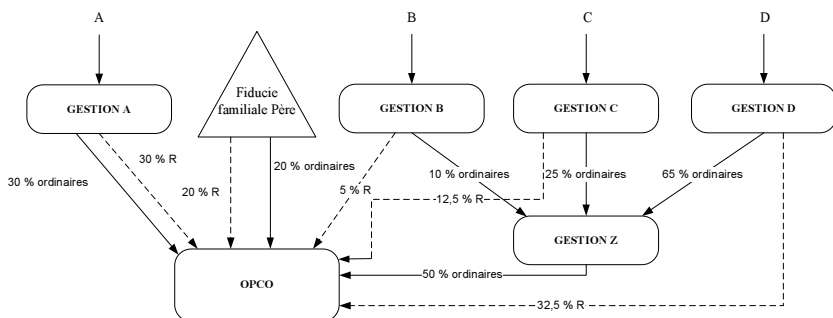
Quelques années plus tard, les actionnaires de Gestion Z veulent simplifier le processus de déclaration des dividendes puisque tous les dividendes reçus par Gestion Z sont immédiatement versés aux sociétés

⁸⁴ Al. 186(4)b) L.I.R.

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ Al. 186(4)a) L.I.R.

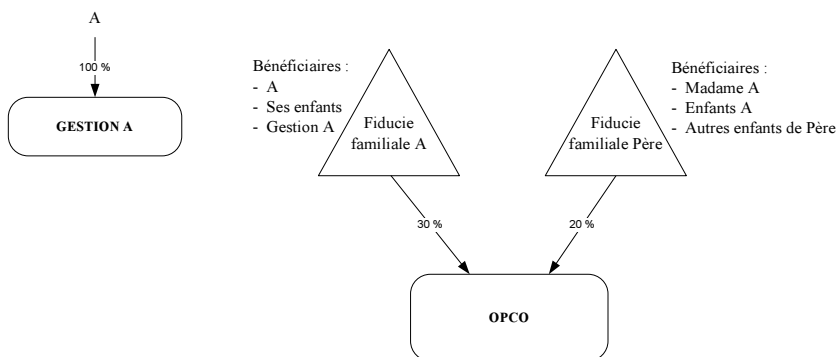
actionnaires. Opco a donc modifié ses statuts pour créer une nouvelle catégorie d'actions, les actions de catégorie R, qui serait détenue directement par les sociétés de gestion personnelles et par Fiducie familiale Père. Ces actions sont sans droit de vote et donnent droit à un dividende dont le taux peut varier entre 5 % et 25 % des bénéfices nets d'Opco pour l'exercice financier.



Lorsque des dividendes sont versés par Opco sur les actions de catégorie R, Opco est toujours rattachée à Gestion A, mais n'est pas rattachée à Gestion B, à Gestion C ni à Gestion D. En effet, aucune de ces sociétés ne contrôle Opco et aucune ne possède plus de 10 % de la JVM des actions d'Opco ni plus de 10 % des actions ayant droit de vote en toutes circonstances. Les trois sociétés de gestion doivent donc payer l'impôt de la partie IV L.I.R.

3.2.3.3. La participation de A détenue par une fiducie personnelle

Lorsque A est devenu actionnaire d'Opco, il a analysé la possibilité de détenir sa participation par l'intermédiaire d'une fiducie familiale, Fiducie familiale A, dont lui-même, sa famille immédiate et Gestion A seraient les bénéficiaires. Pour déterminer si Opco est rattachée à Gestion A, la seule possibilité est d'appliquer la notion élargie de contrôle, puisque Gestion A ne détient directement aucune action dans Opco. On doit donc se demander si plus de 50 % des actions votantes appartiennent à des personnes ayant un lien de dépendance avec Gestion A. La réponse est évidemment non puisque la famille A ne possède que 50 % des actions ayant droit de vote en toutes circonstances. Faisons quand même le raisonnement.



Gestion A a un lien de dépendance avec Fiducie familiale A, car elle en est bénéficiaire⁸⁷. Elle a aussi un lien de dépendance avec Fiducie familiale Père, car A, qui a un lien de dépendance avec Gestion A⁸⁸, en est un bénéficiaire⁸⁹. Cependant, Fiducie familiale A et Fiducie familiale Père ne détiennent ensemble que 50 % des actions ayant droit de vote en toutes circonstances. Donc, dans une telle structure, Gestion A devrait payer l'impôt de la partie IV L.I.R. sur les dividendes d'Opco qui lui sont attribués par Fiducie familiale A.

La même question pourrait être posée pour la détention des actions de Gestion Z. Les trois actionnaires n'ayant aucun lien de dépendance entre eux, seul celui qui contrôle Gestion Z, c'est-à-dire D, aurait pu détenir sa participation par l'intermédiaire d'une fiducie personnelle ayant comme bénéficiaire Gestion D qui recevrait ultimement des dividendes sans payer l'impôt de la partie IV L.I.R.

Mais la question de savoir si deux personnes non liées ont entre elles un lien de dépendance étant une question de fait⁹⁰, si, à la suite de l'analyse des faits, il est déterminé que B, C et D ont un lien de dépendance, alors plus de 50 % des actions ayant droit de vote en toutes circonstances seraient détenues par des personnes ayant entre elles un lien de dépendance. Les trois

⁸⁷ Al. 251(1b) L.I.R.

⁸⁸ S.-al. 251(2b)(i) et al. 251(1a) L.I.R.

⁸⁹ Al. 251(1b) L.I.R.

⁹⁰ Al. 251(1c) L.I.R.

actionnaires pourraient détenir leurs actions de Gestion Z dans une structure fiduciaire et leurs sociétés de gestion respectives pourraient recevoir les dividendes déclarés par Gestion Z, en franchise de l'impôt de la partie IV L.I.R.

CONCLUSION

L'impôt de la partie IV L.I.R. et ses différentes composantes ont vu le jour dans le cadre de la réforme fiscale de 1972. Depuis son introduction, elle n'a subi que des modifications mineures, surtout d'ordre technique, afin de s'assurer que les dispositions législatives reflètent bien la politique fiscale sous-jacente à l'impôt de la partie IV. Comme nous avons pu le constater, la structure de détention des actions a varié dans le temps et la définition de « société rattachée » semble moins adaptée à la réalité d'aujourd'hui, surtout lorsque les actions sont détenues par l'intermédiaire de fiducies.

Puisqu'il s'agit d'un impôt remboursable, l'impôt de la partie IV L.I.R. est probablement l'un des éléments auxquels nous portons le moins d'attention. Cependant, il peut avoir un effet important sur les mouvements de trésorerie d'une société à l'intérieur d'un groupe de sociétés ou dans le cadre d'une transaction. Remettre à l'ARC le tiers de la somme qui a été reçue peut avoir un impact majeur sur l'évolution du portefeuille de la société. Il faut donc porter une attention particulière à la détention des actions pour obtenir la structure la plus efficace d'un point de vue fiscal.

CONCEPT DE RÉSIDENCE DES SOCIÉTÉS – ÉLÉMENTS FONDAMENTAUX ET NOUVEAUTÉS



Pierre Bourgeois
CA, associé
PricewaterhouseCoopers
s.r.l./s.e.n.c.r.l.



William Riverin
Avocat, LL.M. fisc.
PricewaterhouseCoopers
s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	8:5
1. LE CONCEPT DE RÉSIDENCE, LE FONDAMENT DE NOTRE SYSTÈME FISCAL CANADIEN	8:6
1.1. FISCALITÉ INTERNE (<i>INBOUND</i>).....	8:7
1.1.1. Crédit pour impôt étranger	8:8
1.1.2. CIÉ – Revenu ne provenant pas d’une entreprise – Paragraphe 126(1) L.I.R.....	8:8
1.1.3. CIÉ – Revenu provenant d’entreprise – Paragraphe 126(2) L.I.R.....	8:10
1.1.4. Société non résidente qui exploite une entreprise au Canada	8:10
1.1.5. L’impôt de succursale	8:12
1.1.6. Établissement stable au Canada.....	8:13

1.2.	FISCALITÉ EXTERNE (<i>OUTBOUND</i>)	8:16
1.2.1.	Traitement fiscal canadien d'une division étrangère	8:16
1.2.2.	Filiale étrangère d'une société canadienne	8:17
1.2.3.	« Société » aux fins fiscales canadiennes	8:18
1.2.4.	Survol des règles relatives aux sociétés étrangères affiliées.....	8:19
1.2.5.	La notion de « pays désignés »	8:21
1.2.6.	Convention	8:22
1.2.7.	AERF – Une nouvelle approche fiscale	8:25
1.3.	DÉTERMINATION DE LA RÉSIDENCE D'UNE SOCIÉTÉ – LES CRITÈRES APPLICABLES.....	8:29
1.3.1.	Le critère de « gestion centrale et de contrôle » de la société.....	8:29
1.3.2.	La jurisprudence canadienne	8:30
1.3.3.	Facteurs clés	8:34
1.3.4.	L'incorporation.....	8:35
2.	L'ANALYSE DU CRITÈRE DE « CENTRE DE GESTION CENTRALE ET DE CONTRÔLE » SELON LES TRIBUNAUX BRITANNIQUES.....	8:36
2.1.	DE LA DÉCISION <i>DE BEERS</i> À AUJOURD'HUI	8:36
2.1.1.	Décision <i>De Beers</i>	8:37
2.1.2.	L'affaire <i>Wood</i>	8:38
2.1.3.	L'affaire <i>Laerstate</i>	8:39
2.1.4.	L'affaire <i>Smallwood</i>	8:42
2.2.	LA JURISPRUDENCE ANGLAISE – ANALYSE DE QUATRE FACTEURS	8:44
2.2.1.	Résidence des administrateurs.....	8:44
2.2.2.	Lieu des assemblées des administrateurs.....	8:45
2.2.3.	Lieu où les décisions stratégiques relatives à la gestion de la société sont effectivement prises par les administrateurs	8:45
2.2.4.	Lieu où les décisions quotidiennes sont effectivement prises.....	8:46
2.3.	LIGNES DIRECTRICES DES AUTORITÉS FISCALES BRITANNIQUES CONCERNANT LA RÉSIDENCE DES SOCIÉTÉS	8:46
3.	LES CONVENTIONS FISCALES	8:49
3.1.	L'OBJECTIF DES CONVENTIONS FISCALES	8:49
3.2.	LE MODÈLE DE L'OCDE – LA NOTION DE « RÉSIDENT D'UN ÉTAT CONTRACTANT ».....	8:50
3.2.1.	La règle de départage	8:50
3.3.	LE CANADA ET SES CONVENTIONS FISCALES	8:53

3.4. NOUVELLES RÉALITÉS D’AFFAIRES – PROBLÉMATIQUES POSSIBLES

8:54

CONCLUSION

8:55

ANNEXE.....

8:56

INTRODUCTION^{1,2}

Le présent texte se veut un rappel du concept de résidence, selon l'évolution fiscale canadienne et britannique, mais également selon les commentaires de l'Organisation de coopération et de développement économiques (« OCDE »).

La résidence demeure la pierre angulaire du système fiscal canadien d'assujettissement des sociétés à l'impôt sur le revenu. Elle permet en effet d'imposer une société sur ses revenus de source mondiale. Également, une telle détermination aura une grande importance lorsque la société aura des activités commerciales à l'étranger par l'intermédiaire de sociétés étrangères.

Aux fins fiscales britanniques, le concept de résidence demeure un sujet d'actualité étant alimenté par les tribunaux et par les autorités fiscales

¹ Le sujet de la résidence des sociétés a été abordé dans différents textes et ouvrages qui ont servi à la préparation du présent texte tels : Patrick BONNEAU, « Possibilité de réduire les impôts canadiens/Crédit fédéral et déduction québécoise pour emploi à l'étranger », dans *Colloque – Capital humain - Envoi de personnel à l'étranger, pièges à éviter et éléments de planification*, 187, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 5:1-12; Véronique JETTÉ, « Tour d'horizon du crédit d'impôt étranger », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 26:1-32; Ken SNIDER, « The Foreign Tax Credit Rules », dans *2001 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2002, pp. 14:1-36; Constantine A. KYRES, « Carrying on Business in Canada », (1995), vol. 43, n° 5 *Revue fiscale canadienne* 1629-1671, p. 1633; Marsha REID, « The New Services PE Provision of the Canada-US Tax Treaty », (2010), vol. 58, n° 4 *Revue fiscale canadienne* 845-896; Pierre BOURGEOIS et Philippe LEPAGE, « Convention fiscale Canada-États-Unis et 5^e protocole, un an après », dans *Colloque – Fiscalité en entreprise et prix de transfert*, 191, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, pp. 2:1-29; ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, mise à jour 2008, Paris, OCDE, juillet 2008 (« Modèle de l'OCDE »); Angelo NIKOLAKAKIS, *Taxation of Foreign Affiliates*, Release 2, Toronto, Carswell, 2009; Nathan BOIDMAN et Michael KANDEV, « Foreign Entity Classification and the Meaning of "Corporation"/"Société" in the Income Tax Act », (2009), vol. 57, n° 4 *Revue fiscale canadienne* 880-904, p. 888; Marc DARMO, « Characterization of Foreign Business Associations », (2005), vol. 53, n° 2 *Revue fiscale canadienne* 481-505; Robert COUZIN, *Corporate Residence and International Taxation*, Amsterdam, IBFD Publications BV, 2002.

² Les auteurs tiennent à remercier Luc Blanchette de son aide dans la préparation du présent texte.

britanniques qui y apportent un éclairage constant. Toutefois, les enjeux de la résidence aux fins fiscales britanniques demeurent similaires aux nôtres.

Le présent texte comprend trois parties. La première a trait à la résidence des sociétés aux fins du système fiscal canadien dans une perspective de fiscalité interne (*inbound*) ainsi que dans une perspective de fiscalité externe (*outbound*), incluant l'élargissement à partir du concept de « pays désigné » avec l'arrivée en scène des accords généraux d'échange de renseignements fiscaux (« AERF »). Également, une revue de la jurisprudence canadienne sera effectuée.

Dans la deuxième partie du texte, nous analyserons le critère de « gestion centrale et de contrôle » applicable dans le cadre de la détermination de la résidence d'une société selon de récentes décisions des tribunaux britanniques. Nous présenterons également les nouvelles lignes directrices proposées par les autorités fiscales britanniques quant à la détermination de la résidence d'une société aux fins du système fiscal britannique.

Enfin, la dernière partie est consacrée au concept de résidence selon les conventions fiscales tout en incluant une section se rapportant aux principes développés par l'OCDE.

LA RÉSIDENCE DES SOCIÉTÉS AUX FINS DU SYSTÈME FISCAL CANADIEN

1. LE CONCEPT DE RÉSIDENCE, LE FONDEMENT DE NOTRE SYSTÈME FISCAL CANADIEN

Toute personne résidente du Canada, à un moment donné au cours d'une année d'imposition, est assujettie à l'impôt canadien sur ses revenus de source mondiale en vertu de la partie I de la *Loi de l'impôt sur le revenu*³.

Une personne non résidente, quant à elle, sera assujettie à l'impôt au Canada dans la mesure où elle gagne ou est réputée avoir gagné du revenu de

³ L.R.C. (1985), 5^e supp., ch. 1 et mod. (« L.I.R. »). Quant au changement de statut de résidence, voir l'article 128.1 L.I.R. Une personne qui réside au Canada pendant une partie de l'année et qui devient non résidente pendant l'autre partie de l'année (ou vice-versa) doit calculer ses revenus de sources mondiales pour la période où elle réside au Canada et ajouter ces revenus au revenu imposable qu'elle a gagné au Canada pour la période où elle ne réside pas au Canada.

source canadienne⁴. Dans ce contexte, une personne non résidente sera imposée au Canada sur ses revenus d'emploi, dans la mesure où l'emploi est exercé au Canada, si elle exploite une entreprise au Canada ou si elle dispose d'un bien canadien imposable⁵.

Également, un non-résident sera assujéti à l'impôt de la partie XIII L.I.R. sur ses revenus passifs qui lui sont payés ou crédités. Ces derniers sont généralement les revenus d'intérêts, de redevances, de dividendes et de loyers.

1.1. FISCALITÉ INTERNE (INBOUND)

Société résidente du Canada

Au Canada, la détermination du statut de résidence pour une société a une importance majeure dans le calcul de son revenu et de son assujettissement à l'impôt des sociétés. La totalité des revenus canadiens de la société sera imposée au Canada, certes, mais également tous ses revenus gagnés à l'étranger, et ce, qu'ils soient passifs ou actifs gagnés par l'intermédiaire d'un établissement stable (« ÉS »). De plus, une société canadienne, qui génère du revenu étranger accumulé tiré de biens (« RÉATB »)⁶ par l'intermédiaire d'une société étrangère affiliée contrôlée (« SÉAC »)⁷, doit inclure ce type de revenu dans l'année où il est gagné, soit sur une base de comptabilité d'exercice⁸.

⁴ Par. 2(3) et 115(1) L.I.R. Pour plus de détails sur l'assujettissement à l'impôt sur le revenu imposable gagné au Canada d'une personne qui ne réside pas au Canada : AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-420R3, « Non-résidents – Revenu gagné au Canada », 30 mars 1992.

⁵ La définition de « bien canadien imposable » a été modifiée afin de venir restreindre sa portée, et ce, à compter du 5 mars 2010.

⁶ Le concept de RÉATB, mieux connu sous l'expression anglaise de *Foreign Accrual Property Income* (« FAPI »), est défini au paragraphe 95(1) L.I.R.

⁷ Voir la définition de « société étrangère affiliée contrôlée » au paragraphe 95(1) L.I.R.

⁸ Inclusion en vertu du paragraphe 91(1) L.I.R. avec possibilité de déduire l'impôt payé à l'étranger en vertu du paragraphe 91(4) L.I.R. Également, il y aura un rajustement positif au prix de base rajusté (« PBR ») en vertu des alinéas 92(1)a) et 53(1)d) L.I.R. Lorsque la société canadienne reçoit un montant qui a déjà été inclus en vertu du paragraphe 91(1) L.I.R., elle peut prendre une déduction à l'encontre de son revenu en vertu du paragraphe 91(5) L.I.R. afin d'éviter une double imposition et par le fait même rajuster négativement son PBR en vertu des alinéas 92(1)b) et 53(2)b) L.I.R.

En principe, un revenu gagné dans un autre pays risque d'être assujéti à l'impôt sur le revenu en vertu du droit fiscal interne de ce pays. Afin de contrer ou réduire le fardeau fiscal d'un contribuable, les pays concluent des conventions fiscales dont le rôle est d'éviter ou de réduire une double imposition sur un même revenu. À ce jour, le Canada a conclu 87 conventions fiscales qui sont en vigueur avec différents pays, ce qui permet dans certaines circonstances à une société canadienne de réduire son fardeau fiscal dans ces pays.

1.1.1. Crédit pour impôt étranger⁹

Afin d'alléger une double imposition sur le revenu étranger d'une société canadienne qui est assujéti à l'impôt sur le revenu au Canada, le système fiscal canadien permet à une société résidente du Canada de bénéficier d'un crédit pour impôt étranger (« CIÉ ») applicable en déduction de l'impôt canadien payable sur le revenu étranger. Le calcul du crédit est effectué en fonction de la nature du revenu. Ainsi, un CIÉ fera l'objet d'un calcul distinct si le revenu provient d'une entreprise ou non.

1.1.2. CIÉ – Revenu ne provenant pas d'une entreprise – Paragraphe 126(1) L.I.R.

Les revenus gagnés par une société résidente du Canada et ne provenant pas d'une entreprise seront, en règle générale, des revenus de nature passive – comme les dividendes, revenus d'intérêts ou redevances gagnés à l'étranger.

Également, dans certaines circonstances, une société canadienne qui gagne un revenu pour services rendus à l'étranger pourrait être assujéti à une retenue d'impôt correspondant à un impôt final en vertu du droit fiscal interne de ce pays étranger. À titre d'exemple, une société canadienne qui fournit de l'assistance technique à une entreprise en Argentine est assujéti à une retenue d'impôt de 31,5 % sur le montant brut payé en vertu du droit fiscal argentin. Toutefois, cette retenue peut être réduite à 10 % en vertu de la convention entre le Canada et l'Argentine, et correspondre à un impôt final. Selon cette convention, le concept d'assistance technique est compris dans la définition de redevances au paragraphe 3 de l'article 12 de la convention venant imposer une retenue maximale de 10 % sur le montant brut payé pour l'assistance technique. Par conséquent, la société canadienne

⁹ P. BONNEAU, *loc. cit.*, note 1; V. JETTÉ, *loc. cit.*, note 1; K. SNIDER, *loc. cit.*, note 1.

pourrait possiblement être admissible à un CIÉ en vertu du paragraphe 126(1) L.I.R.

Dans la mesure où la retenue correspond à un impôt final en vertu du droit interne¹⁰, et que le taux maximal applicable correspond à celui prescrit selon la convention, le contribuable canadien devrait pouvoir bénéficier d'un CIÉ selon le paragraphe 126(1) L.I.R. et d'une déduction selon le paragraphe 20(12) L.I.R., s'il y a lieu.

Le montant du CIÉ qui pourra être déduit selon le paragraphe 126(1) L.I.R. est le moindre de deux montants :

- a) le montant de l'impôt étranger payé par la société canadienne sur le revenu ne provenant pas d'une entreprise tel qu'il est défini au paragraphe 126(7) L.I.R.;
- b) l'impôt payable par ailleurs pour l'année en vertu de la partie I L.I.R.¹¹ multiplié par la résultante du **revenu net étranger ne provenant pas d'une entreprise/le revenu de toutes provenances** de la société canadienne.

¹⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-270R2, « Crédit pour impôt étranger », 11 février 1991, par. 8 :

« Pour déterminer si un impôt étranger constitue ou non un impôt sur un revenu ou sur des bénéfices, on compare son mode d'application à celui prévu dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* canadienne. Si le principe d'imposition est essentiellement analogue, l'impôt étranger est admis à titre d'impôt sur un revenu ou sur des bénéfices. Pour être "essentiellement analogue", l'impôt étranger doit être prélevé sur un revenu ou sur des bénéfices nets (mais pas nécessairement calculés de la même façon qu'aux fins de l'impôt canadien), à moins qu'il ne s'agisse d'un impôt analogue à celui qui est imposé en vertu de la partie XIII de la Loi. Nonobstant les lignes directrices déjà citées, un impôt explicitement assujéti aux conditions d'un traité fiscal général entre le Canada et un pays étranger devient automatiquement un impôt sur le revenu ou sur les bénéfices. »

¹¹ Puisque le revenu étranger n'est pas assujéti à l'impôt provincial, il ne faut pas appliquer l'abattement de 10 % en vertu du paragraphe 124(1) L.I.R. lors du calcul de « l'impôt payable par ailleurs » en vertu de la partie I L.I.R.

1.1.3. CIÉ – Revenu provenant d'entreprise – Paragraphe 126(2) L.I.R.

Une société canadienne qui exploite une entreprise à l'étranger au cours d'une année peut déduire de son impôt payable par ailleurs un montant correspondant à l'impôt payé à l'étranger relativement au revenu tiré de l'exploitation de cette entreprise.

Le montant du CIÉ qui peut être déduit est le moindre des trois montants suivants :

- a) le montant de l'impôt étranger payé par la société canadienne sur le revenu provenant de l'entreprise exploitée dans ce pays **auquel s'ajoute** toute fraction d'un CIÉ relatif à ce pays qui est inutilisée relativement à une autre année d'imposition (report 10 ans – 3 ans)¹²;
- b) l'impôt payable par ailleurs pour l'année en vertu de la partie I L.I.R.¹³ multiplié par la résultante du **revenu net étranger tiré de l'entreprise/le revenu de toutes provenances** de la société canadienne¹⁴;
- c) l'impôt payable par ailleurs pour l'année en vertu de la partie I L.I.R.¹⁵ réduit du CIÉ ne provenant pas d'une entreprise (par. 126(1) L.I.R.)¹⁶.

1.1.4. Société non résidente qui exploite une entreprise au Canada

Bon nombre de sociétés étrangères exercent ou maintiennent des activités commerciales en sol canadien par l'intermédiaire d'une succursale.

¹² Tel qu'il a été modifié lors du Budget 2004 afin de remplacer la mention « sept » par « dix » en ce qui concerne la fraction inutilisée du crédit pour impôt étranger calculée pour l'année d'imposition se terminant après le 22 mars 2004, la mention « dix » pourrait maintenant être remplacée par la mention « 20 », et ce, afin d'être en accord avec la période de 20 ans apportée à l'alinéa 111(1)a) L.I.R.

¹³ *Id.*

¹⁴ Par. 126(2.1) L.I.R.

¹⁵ *Supra*, note 12.

¹⁶ En venant réduire l'impôt payable par ailleurs du CIÉ calculé selon le paragraphe 126(1) L.I.R., on confirme l'ordre d'utilisation des CIÉ entre les paragraphes 126(1) et 126(2) L.I.R., qui permet de maximiser leur utilisation considérant le report possible du CIÉ calculé selon le paragraphe 126(2) L.I.R.

La question est de savoir si ces sociétés étrangères sont, en règle générale, assujetties à l'impôt canadien sur leurs revenus gagnés au Canada provenant de l'exploitation de cette entreprise. En vertu de l'alinéa 2(3)b) L.I.R., une personne non résidente qui tire un revenu de l'exploitation d'une entreprise au Canada est assujettie à l'impôt canadien déterminé conformément au sous-alinéa 115(1)a)(ii) L.I.R.

La notion d'« exploitation d'une entreprise au Canada » est la prémisse afin de conclure à un assujettissement possible à l'impôt canadien pour une société non résidente. Bien que ce concept fasse l'objet d'une présomption relativement large à l'article 253 L.I.R., il tire l'essentiel de son analyse des jurisprudences canadienne et anglaise.

Par conséquent, afin de déterminer s'il y a exploitation d'une entreprise ou non au Canada, chaque conclusion est une question de fait, venant écarter l'application d'un critère unique. Ce principe tire son origine des décisions de tribunaux anglais, plus précisément de l'affaire *Erichsen c. Last*¹⁷, où l'on établit que le *situs* territorial d'une entreprise est une question de fait qui doit être déterminée sur la base d'une analyse de toutes les circonstances entourant chaque situation :

« [It] would be first of all nearly impossible and secondly wholly unwise to attempt to give an exhaustive definition of when a trade can be said to be exercised in this country. The only thing that we have to decide is whether upon the facts of this case it can be said that this Company is carrying on a profit earning trade in this country¹⁸. » (Notre soulignement)

Au Canada, dans l'affaire *Backman c. La Reine*¹⁹, la Cour suprême du Canada est venue apporter un éclairage sur la notion d'exploitation d'une entreprise en juxtaposant la définition du *Black's Law Dictionary* à une autre décision de la Cour suprême du Canada, soit l'affaire *Gordon c. La Reine*²⁰ :

« En droit, le sens de l'expression "exploiter une entreprise" peut varier selon le contexte dans lequel cette expression est utilisée. Dans les lois provinciales sur les sociétés en nom collectif, les mots "entreprise" ou "affaires" sont généralement définis comme visant également les "commerces, occupations et professions". Les facteurs susceptibles d'être pertinents pour statuer sur

¹⁷ (1881) 4 T.C. 422.

¹⁸ C.A. KYRES, *loc. cit.*, note 1, 1633.

¹⁹ 2001 D.T.C. 5149 (C.S.C.) (« *Backman* »).

²⁰ [1961] R.C.S. 592.

l'existence d'une entreprise se trouvent dans les définitions juridiques existantes. L'ouvrage *Black's Law Dictionary* (6^e éd. 1990) donne, à la p. 214, une définition simple de l'expression "*carrying on trade or business*" ([TRADUCTION] "exploiter une entreprise"), savoir : [TRADUCTION] "Se présenter à autrui comme faisant la vente de biens ou services". Une autre définition requiert la présence d'au moins trois éléments : (1) un apport sous forme de temps, d'attention et de travail; (2) le fait de contracter des obligations envers d'autres personnes; (3) l'objectif de gagner sa vie ou de réaliser un bénéfice : voir *Gordon c. La Reine*, [1961] R.C.S. 592, le juge Cartwright, dissident mais non sur ce point, p. 603²¹. » (Notre soulignement)

Ainsi, en règle générale, afin de déterminer si une entreprise est exploitée au Canada, la conclusion et l'analyse des faits doivent nous amener à conclure que l'endroit où les opérations générant un bénéfice sont effectuées est au Canada. Par conséquent, il doit y avoir un minimum d'opérations commerciales au Canada.

1.1.5. L'impôt de succursale

Une société non résidente qui exploite une entreprise au Canada sera assujettie à l'impôt de la partie XIV L.I.R. communément appelé « l'impôt de succursale » (*branch tax*)²². Cet impôt, au taux régulier de 25 %, s'applique sur les profits réalisés au Canada qui sont rapatriés dans le pays de résidence de la société. Ce taux de 25 % pourra être réduit en vertu d'une convention fiscale entre le Canada et le pays étranger²³ ou, si pareille convention ne prévoit pas une telle réduction, l'article 219.2 L.I.R. permettra d'appliquer le taux de retenue le moins élevé sur un dividende prévu à la convention – généralement 5 %.

Les profits assujettis au *branch tax* correspondent, sur une base simplifiée, aux revenus imposables de la succursale gagnés au Canada (incluant les gains nets en capital imposables sur les biens en immobilisations utilisées dans le cadre de cette entreprise) en déduisant

²¹ *Backman*, précité, note 19, par. 19.

²² Par. 219(1) et suiv. L.I.R.

²³ Dans la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*, S.C. 1984, ch. 20 et mod. (« Convention Canada-États-Unis »), en vertu du paragraphe X(6), réduction du taux à 5 %.

- 1) l'impôt provincial et l'impôt fédéral payés au Canada sur ces revenus et
- 2) tous les profits réinvestis dans les opérations au Canada²⁴.

1.1.6. Établissement stable au Canada

Une fois qu'il est déterminé qu'une société non résidente exploite une entreprise au Canada, cette dernière devra se référer à la convention fiscale applicable entre son pays de résidence et le Canada afin d'éviter que l'impôt canadien ne s'applique sur ses bénéfices. Généralement, une société non résidente qui exploite une entreprise au Canada ne sera imposée que sur ses bénéfices qui sont imputables à un ÉS au Canada.

La notion d'ÉS est définie dans chacune des conventions signées par le Canada et dans lesquels divers scénarios sont énoncés. Un établissement stable est avant tout une installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle un résident d'un État contractant exerce la totalité ou une partie de son activité dans un autre État²⁵.

Cette définition de base donne les caractéristiques essentielles qui nous permettent de conclure qu'un ÉS, pour une société non résidente, doit avoir un *situs* distinct au Canada.

Aux fins fiscales canadiennes, la notion d'ÉS n'est pas définie dans la loi. Toutefois, tel qu'il a été confirmé par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Crown Forest Industries Ltd. c. Canada*²⁶, nous pouvons avoir recours au Modèle de l'OCDE ainsi qu'à ses commentaires, afin d'interpréter les termes se retrouvant à une convention²⁷.

Également, en considérant que les conventions sont rédigées dans des termes généraux et non dans des termes précis et détaillés comme la législation interne, les conventions doivent être interprétées de façon libérale

²⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-137R3, « Impôt supplémentaire à l'égard de certaines corporations exploitant une entreprise au Canada », 31 janvier 1990.

²⁵ En référence au paragraphe V(1) de la Convention Canada-États-Unis.

²⁶ [1995] 2 R.C.S. 802 (« *Crown Forest* »). L'arrêt précise qu'il est possible d'avoir recours à d'autres documents extrinsèques, d'autres conventions fiscales internationales et à leurs modèles généraux comme outils d'interprétation afin d'illustrer et de clarifier les intentions du Canada et des États-Unis dans l'analyse de la convention fiscale, à titre d'exemple, la convention de Vienne sur le droit des traités.

²⁷ *Id.*, par. 54.

de manière à appliquer le véritable objectif visé et ainsi respecter l'intention des parties, soit les États contractants²⁸.

Ainsi, selon les commentaires du Modèle de l'OCDE, un ÉS doit comporter les caractéristiques suivantes²⁹ :

- l'existence d'une « installation d'affaires », c'est-à-dire d'une installation telle que des locaux ou, dans certains cas, des machines ou de l'outillage;
- cette installation d'affaires doit être « fixe », c'est-à-dire qu'elle doit être établie en un lieu précis, avec un certain degré de permanence;
- l'exercice des activités de l'entreprise par l'intermédiaire de cette installation fixe d'affaires, ce qui signifie habituellement que les personnes qui, d'une façon ou d'une autre, dépendent de l'entreprise (le personnel), exercent les activités de l'entreprise dans l'État où est située l'installation fixe.

Nous retrouvons également au paragraphe 2 de l'article V du Modèle de l'OCDE une liste de *situs* distincts, qui pourraient être qualifiés d'ÉS pour une société non résidente qui exerce des activités au Canada. Cette liste non limitative comprend notamment un siège de direction, une succursale, un bureau, une usine, un atelier, une mine, un puits de pétrole, de gaz, une carrière ou tout autre lieu d'extraction de ressources naturelles. Toutefois, ces exemples de *situs* n'ont pas pour effet de suppléer à la définition de base d'ÉS au paragraphe 1 de l'article V. En effet, chacun des *situs* doit respecter les caractéristiques de base du paragraphe 1 de l'article V. Ainsi, chaque bureau ou atelier de la société non résidente doit avant tout être une installation fixe d'affaires où elle exploite son entreprise³⁰.

D'autres situations sont prévues et peuvent expressément réputer l'existence d'un ÉS en sol étranger : un chantier de construction ou de montage³¹, si la durée dépasse 12 mois, sera considéré être un ÉS. Un fait est

²⁸ *Specialty Manufacturing Ltd. c. La Reine*, 97 D.T.C. 1511, 1518 (C.C.I.); *Crown Forest*, précité, note 26, par. 43.

²⁹ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *op. cit.*, note 1, Comité des Affaires fiscales de l'OCDE, Vol. 1, section Commentaires, article V, par. 2.

³⁰ *Id.*, article V, par. 12.

³¹ Le concept de « montage » ne se limite pas aux installations liées à un chantier de construction mais englobe également l'installation de nouveaux équipements, (à suivre...)

à noter : la computation de la période de 12 mois est effectuée par chantier puisque ce dernier est vu comme une unité, et ce, dans la mesure où il constitue un tout cohérent sur le plan commercial et géographique³². De même, si une société non résidente dispose d'une personne qui agit pour son compte et peut ainsi conclure des contrats en son nom sans qu'elle dispose d'une installation fixe d'affaires (paragraphe 1 et 2), la société non résidente serait réputée avoir un ÉS au Canada³³.

Finalement, depuis le 1^{er} janvier 2010, les alinéas a) et b) du paragraphe 9 de l'article V de la Convention Canada-États-Unis apportent de nouvelles normes qui pourraient, dans certaines circonstances, conclure à la présence d'un ÉS dans un contexte de fournisseurs de services³⁴. Ces dispositions, qui semblent être en réponse à la décision dans l'affaire *La Reine c. William A. Dudney*³⁵, traitent des situations où des fournisseurs de services sont physiquement présents au Canada ou aux États-Unis,

(...suite)

notamment l'installation de machines complexes dans un immeuble existant ou un site extérieur (voir ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *op. cit.*, note 1, commentaires, article V, par. 16 et suiv.).

³² AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-0300941C6, 9 décembre 2008 : afin de déterminer s'il y a une cohérence commerciale, l'ARC mentionne que les éléments pertinents sont les suivants : 1) Le projet peut-il découler d'un seul et unique contrat? 2) La nature du travail déterminé selon différents contrats est-elle la même? 3) Les individus qui fournissent les services pour différents projets sont-ils les mêmes? Enfin, le travail effectué découle-t-il d'un ou de plusieurs contrats qui peuvent être pertinents, mais non déterminants afin de conclure que le projet est commercialement cohérent? Quant à la cohérence géographique, l'explication technique (« ET ») publiée le 10 juillet 2008 par le département du Trésor des États-Unis mentionne qu'un même travail qui serait effectué à différentes succursales d'une institution financière ne serait pas géographiquement cohérent.

³³ L'expression « de pouvoir qu'elle y exerce habituellement lui permettant de conclure des contrats au nom de l'entreprise (société non-résidente) » ne vient pas restreindre l'application du paragraphe 5 à un agent concluant des contrats au nom de l'entreprise. L'expression s'applique également à un agent qui conclut des contrats qui engagent l'entreprise même si ces contrats ne sont pas conclus au nom de l'entreprise. Pour plus de détails concernant une personne qui agit pour le compte d'une société non résidente, se référer à ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *op. cit.*, note 1, commentaires, article V, par. 31 et suiv.

³⁴ La convention fiscale entre le Canada et le Mexique contient une disposition semblable à l'alinéa V(3)(c).

³⁵ 2000 D.T.C. 6169 (C.A.F.).

pendant des périodes de 183 jours ou plus³⁶ afin d'y fournir des services. Elles considèrent que la société non résidente a un ÉS au Canada ou aux États-Unis³⁷.

1.2. FISCALITÉ EXTERNE (OUTBOUND)

En règle générale, lorsqu'une société résidente du Canada envisage d'exercer des activités commerciales à l'étranger, elle peut le faire par l'intermédiaire d'une division étrangère (succursale) ou par l'intermédiaire d'une entité distincte en incorporant une nouvelle société. Deux possibilités s'offrent à elle, avec des conséquences fiscales tant canadiennes qu'étrangères bien différentes.

1.2.1. Traitement fiscal canadien d'une division étrangère

Une division étrangère ou succursale, par opposition à une filiale étrangère, n'est pas une entité légale distincte de la société canadienne, mais bien une partie intrinsèque de cette dernière. Ainsi, tous les revenus et toutes les pertes qui sont attribuables à la succursale sont directement pris en compte par la société résidente du Canada. Le revenu généré par les activités commerciales de la succursale sera donc inclus dans le calcul du revenu de la société canadienne en vertu du paragraphe 9(1) L.I.R.

Dans un contexte où la société canadienne anticipe des pertes pour ses premières années d'activité, le choix d'une succursale pourrait être intéressant, considérant que les pertes seront applicables à l'encontre de toute autre source de revenus de la société canadienne et, ainsi, réduiront les impôts payables de la société canadienne³⁸.

³⁶ La période de 183 jours ou plus aux fins de l'alinéa V(9)a) de la Convention Canada-États-Unis concerne tous les jours de présence dans l'autre État, que ce soit pour fournir les services ou non. Quant à l'alinéa b), la période de 183 jours ou plus concerne les jours où les services sont fournis. Pour plus de détails, voir le texte de Pierre BOURGEOIS, « Le cinquième protocole de la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis* – Mise à jour technique », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 40:1-76.

³⁷ M. REID, *loc. cit.*, note 1; P. BOURGEOIS et P. LEPAGE, *loc. cit.*, note 1; ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *op. cit.*, note 1.

³⁸ Al. 3d) L.I.R.

Toutefois, le fait d'exploiter une entreprise par l'intermédiaire d'une division étrangère ne met pas la société canadienne à l'abri d'un assujettissement possible à un impôt étranger. Tel qu'il a déjà été mentionné, en règle générale, une société canadienne est assujettie à un impôt de succursale (*branch tax*) établi en vertu du droit interne étranger. Toutefois, la société canadienne peut profiter d'une réduction du taux d'impôt de succursale applicable en vertu d'une convention fiscale entre le Canada et ce pays étranger. À titre d'exemple, aux États-Unis, un impôt de succursale de 30 % est prévu à l'encontre d'une société canadienne exploitant une entreprise par l'intermédiaire d'un ÉS aux États-Unis. Toutefois, en vertu de la Convention Canada–États-Unis, les autorités fiscales américaines ne doivent appliquer qu'un taux de 5 % aux revenus gagnés aux États-Unis qui sont supérieurs à 500 000 \$ US.

L'assujettissement à l'impôt de succursale américain pour une société canadienne vient toutefois conférer à la société canadienne un CIÉ calculé en vertu du paragraphe 126(2) L.I.R.³⁹

Finalement, dans la mesure où il est déterminé que la société canadienne exploite son entreprise par l'intermédiaire d'un ÉS selon l'application de la Convention Canada–États-Unis, les revenus imputables à cet ÉS seront assujettis à l'impôt sur le revenu aux États-Unis et pourraient également être assujettis à l'impôt de franchise des États américains. Chacun de ces impôts donnerait généralement droit à un CIÉ calculé en vertu du paragraphe 126(2) L.I.R.⁴⁰ Ainsi, ce fardeau fiscal supporté par une succursale est le plus élevé du taux canadien et celui du pays dans lequel l'entreprise est exploitée.

1.2.2. Filiale étrangère d'une société canadienne

Si une société canadienne désire exploiter une entreprise à l'étranger par l'intermédiaire d'une société constituée en vertu d'une législation étrangère, les revenus générés par cette dernière ne seront généralement imposables au Canada que lors de leur rapatriement, sous réserve des règles de RÉATB.

³⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9612907, 24 juin 1996.

⁴⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9430445, 10 juillet 1995.

Ainsi, la société canadienne pourrait bénéficier du régime applicable aux sociétés étrangères affiliées (« SÉA »)⁴¹.

Toutefois, avant d'analyser le régime relatif aux SÉA à une entité étrangère, nous devrions nous poser les questions suivantes :

- 1) L'entité étrangère se qualifie-t-elle à titre de société aux fins fiscales canadiennes⁴²?
- 2) Cette entité, qualifiée précédemment de société, est-elle résidente du Canada selon les principes canadiens de common law et en vertu de la convention fiscale applicable⁴³?

Ces questions sont déterminantes aux fins de l'application du régime relatif aux SÉA.

1.2.3. « Société » aux fins fiscales canadiennes

Ainsi, sur la base de l'analyse proposée par les autorités fiscales canadiennes, la détermination du statut d'une entité aux fins fiscales devrait suivre l'approche suivante en deux étapes⁴⁴ :

- 1) Déterminer les caractéristiques de l'association commerciale étrangère selon la loi commerciale étrangère;
- 2) Comparer ces caractéristiques avec les catégories d'associations commerciales reconnues selon le droit commercial canadien afin de

⁴¹ Concerne les dispositions de la sous-section I de la section B de la partie I L.I.R. et le *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, ch. 945 et mod. (« R.I.R. »), partie LIX.

⁴² Une réponse négative nous ramènerait à l'application aux fins fiscales canadiennes et à l'application des règles relatives aux succursales, soit une imposition sur une base d'exercice.

⁴³ Dans l'éventualité où l'entité est qualifiée de société, mais qu'elle est résidente du Canada, elle sera imposée au Canada sur ses revenus mondiaux.

⁴⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2008-0284241C6, 10 octobre 2008; 2008-0278801C6, 22 juillet 2009, question 10; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-343R, « Signification du terme "corporation" », 26 septembre 1977; voir les textes suivants : N. BOIDMAN et M. KANDEV, *loc. cit.*, note 1, 888; M. DARMO, *loc. cit.*, note 1, 481.

classifier cette association commerciale étrangère dans l'une de ces catégories.

L'Agence du revenu du Canada (« ARC ») mentionne qu'elle évaluera, dans le cadre de son analyse, toutes les caractéristiques selon la loi étrangère mais soulève certains attributs plus importants aux fins de son analyse⁴⁵ :

« [...] les attributs les plus importants sont la nature de la relation entre les parties et les droits et obligations des parties selon les lois applicables et les ententes. Cela pourrait inclure, pour n'en nommer que quelques-unes, la nature des droits dans les actifs de l'entité, le droit de participer au profit ou de recevoir des distributions, le droit de vote ou de participer aux décisions de l'entité, le droit de partager dans les distributions d'actifs lors de la liquidation de l'entité ainsi que les obligations des diverses parties selon les lois et les ententes. »

Une fois que l'entité étrangère est qualifiée de société aux fins fiscales canadiennes, cette dernière ne devra pas être résidente du Canada selon les principes canadiens de common law et en vertu de la convention fiscale applicable.

1.2.4. Survol des règles relatives aux sociétés étrangères affiliées

À la suite de cette analyse, la filiale étrangère pourrait être une SÉA⁴⁶ ou SÉAC⁴⁷ aux fins fiscales canadiennes.

⁴⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-0284241C6, 10 octobre 2008.

⁴⁶ « Société étrangère affiliée » est définie au paragraphe 95(1) L.I.R. comme étant une société étrangère et, si à un moment donné, le pourcentage d'intérêt du contribuable résident du Canada dans cette société étrangère est d'au moins 1 % et que le total du pourcentage d'intérêt du contribuable et de chacune des personnes qui lui est liée est égale ou supérieur à 10 %.

⁴⁷ « Société étrangère affiliée contrôlée » est définie au paragraphe 95(1) L.I.R. comme étant une société étrangère affiliée du contribuable résident du Canada à un moment donné qui est contrôlée par 1) le contribuable 2) si en plus des actions qu'il détient, il serait propriétaire des actions qui appartiennent à des personnes ayant un lien de dépendance avec le contribuable 3) si en plus des actions qu'il détient, il serait propriétaire des actions d'un groupe d'au plus quatre autres personnes résidentes du Canada 4) ou de personnes qui sont liées à ces personnes.

Un dividende reçu d'une SÉA doit être inclus dans le revenu de la société canadienne⁴⁸. Toutefois, une déduction peut être applicable à l'encontre du dividende selon qu'il provient du compte de surplus exonéré, du compte de surplus imposable ou du compte de surplus antérieur à l'acquisition (« surplus pré-acquisition ») de la SÉA⁴⁹.

De façon générale, les comptes de surplus sont déterminés à partir du revenu imposable de la filiale à l'étranger, généralement réduit des impôts étrangers payés et rajustés selon diverses dispositions prévues au *Règlement de l'impôt sur le revenu*, et ce, pour chaque année d'existence de chacune des sociétés étrangères de la société canadienne.

Le « surplus exonéré » est composé, entre autres, des revenus imposables d'une société exploitée activement (SÉA) dans la mesure où cette dernière réside dans un pays avec lequel le Canada a conclu une convention fiscale ou un AERF et y exploite activement une entreprise. Un dividende provenant du compte de « surplus exonéré » permet à la société canadienne de déduire l'équivalent de la valeur de ce compte avec, pour effet, le dividende libre d'impôt au Canada⁵⁰.

Le compte de « surplus imposable », quant à lui, est composé des revenus d'une SÉA exploitant une entreprise active dans un pays avec lequel il n'y a pas de convention ou un AERF en vigueur entre le Canada et le pays étranger (« pays désigné »)⁵¹. Ainsi, un dividende provenant du compte de surplus imposable sera inclus au revenu de la société canadienne mais une déduction peut être appliquée. Cette déduction correspond à l'impôt étranger payé par la SÉA et/ou à la retenue d'impôt appliquée par le pays étranger sur le paiement du dividende⁵².

⁴⁸ Art. 90 et al. 12(1)k) L.I.R.

⁴⁹ Ces trois comptes de surplus sont définis à l'article 5907 R.I.R. Les dividendes reçus par une société canadienne d'une SÉA sont présumés provenir, dans l'ordre : du surplus exonéré, du surplus imposable et enfin du surplus de pré-acquisition (art. 5901 R.I.R.).

⁵⁰ Al. 113(1)a) L.I.R.

⁵¹ « Pays désigné » est défini au paragraphe 5907(11) R.I.R. et fera l'objet d'une analyse détaillée à la section suivante.

⁵² Al. 113(1)b) et c) L.I.R. Le revenu de RÉATB fait également partie du surplus imposable de la SÉA.

Finalement, le compte de surplus pré-acquisition est essentiellement un remboursement de capital non imposable qui vient réduire le PBR des actions de la SÉA détenu par la société canadienne⁵³. Dans la mesure où le dividende provenant du compte de surplus pré-acquisition demeure inférieur ou égal à la valeur du PBR, la société canadienne n'aura aucune inclusion à son revenu. Toutefois, si le dividende est supérieur au PBR, l'excédent pourrait être qualifié de PBR « négatif » donnant lieu à un gain en capital immédiat⁵⁴.

1.2.5. La notion de « pays désignés »

Tel qu'il a été mentionné précédemment, pour qu'une société canadienne puisse bénéficier d'un dividende exonéré d'impôt (donc provenant du compte de surplus exempté d'une SÉA), deux conditions doivent être satisfaites : d'abord, la SÉA doit être résidente d'un « pays désigné », ensuite, les revenus de la SÉA doivent provenir d'une entreprise exploitée activement dans un pays désigné⁵⁵. Il est donc possible, à titre d'exemple, qu'une société résidente des États-Unis verse un dividende exempt d'impôt au Canada si ce dividende provient de revenus tirés d'une entreprise active au Brésil – car la SÉA est résidente d'un pays désigné et l'entreprise exploitée activement est située dans un pays désigné.

Aux fins du paragraphe 5907(11) R.I.R., un pays désigné est un pays avec lequel 1) le Canada est signataire d'une convention fiscale avec un autre pays et dont la convention est en vigueur et applicable⁵⁶ ou 2) pour les années d'imposition commençant après 2008, le Canada est signataire d'un AERF avec un autre pays et cet accord est en vigueur ou le sera dans une période de 60 mois à la suite des négociations entre les deux pays⁵⁷.

Avec l'élargissement de la définition de pays désigné aux pays avec lesquels le Canada est signataire d'AERF, le Canada vient d'une certaine façon de changer sa politique fiscale. Avant 2009, avec l'application du concept de pays désigné uniquement aux pays ayant signé une convention

⁵³ Par. 92(2), s.-al. 53(2b)(i) et al. 113(1)d) L.I.R.

⁵⁴ Il est possible d'effectuer un choix en vertu du paragraphe 93(1) L.I.R. lorsque d'autres SÉA de la société canadienne ont des comptes de surplus exonérés (voir art. 5902, par. 5905(8) et art. 5900 R.I.R.).

⁵⁵ Voir la définition de « gains exonérés » au sous-alinéa 5907(1d)(i) R.I.R.

⁵⁶ Par. 5907(11.1) R.I.R.

⁵⁷ Par. 5907(11.11) R.I.R.

fiscale, le Canada s'assurait d'éviter d'imposer le même revenu deux fois. En effet, la conclusion d'une convention fiscale avec un pays « X » laissait raisonnablement prétendre que le Canada considérerait que ce pays assujettit la SÉA à un niveau d'imposition raisonnable contrairement aux paradis fiscaux où le Canada n'est signataire d'aucune convention. Toutefois, en signant des AERF, la politique fiscale canadienne vient de prendre une nouvelle direction permettant d'être plus efficace aux fins de son administration et économiquement plus avantageuse pour les sociétés canadiennes.

Malgré cette nouvelle approche, le *nexus* entre les SÉA et les pays désignés demeure toujours la résidence. Toutefois, selon que le Canada est signataire d'une convention ou d'un AERF avec un autre pays, le critère de résidence sera différent.

1.2.6. Convention

Lorsque la SÉA est résidente d'un pays avec lequel le Canada est signataire d'une convention fiscale, la SÉA doit respecter un double critère de résidence 1) en vertu des principes canadiens de common law et 2) selon la convention fiscale.

L'alinéa 5907(1)d) R.I.R. prévoit, à la définition de « gains exonérés », que la société doit être résidente d'un pays désigné. De plus, en vertu du système fiscal canadien, afin de déterminer si une société est résidente d'un pays désigné, nous devons procéder à l'analyse des principes canadiens de common law⁵⁸.

Quant au deuxième critère, le paragraphe 5907(11.2) R.I.R. nous amène à tirer cette conclusion en mentionnant qu'une SÉA est réputée ne pas résider dans un pays désigné **sauf si** elle satisfait à l'une des quatre conditions énumérées⁵⁹. Il est important de souligner que le paragraphe

⁵⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0007327, « Barbados SRL », 28 avril 2003.

⁵⁹ La disposition a été introduite afin de prévenir des SÉA qui auraient pu gagner des surplus exonérés dans une administration où est situé leur centre de gestion centrale et de contrôle (principes de common law) et avec laquelle le Canada a conclu une convention, mais sans avoir le degré de connexion avec ce pays selon la convention pour être résidentes et par le fait même de ne pas être imposées dans ce pays. Voir Siobhan A.M. GOGUEN et Sandra E. JACK, « Selected Recent Legislative and Administrative Developments in the Foreign Affiliate Regime », dans *2007 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2008, pp. 19:1-65, à la page 19:7.

5907(11.2) R.I.R. ne vient pas réputer qu'une société est résidente d'un pays étranger, mais plutôt, si cette société est résidente d'un pays étranger en vertu des principes canadiens de common law, qu'elle pourrait être réputée ne pas être résident de ce pays à moins que l'une des quatre conditions suivantes soit respectée⁶⁰ :

- a) la SÉA réside dans le pays désigné à ce moment :
 - vise la règle générale où la société non résidente doit être assujettie à l'impôt dans ce pays sur ses revenus mondiaux pour être résidente – position prise par l'ARC suivant la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Crown Forest*⁶¹;
- b) la SÉA résidait dans le pays désigné si elle était considérée comme une personne morale aux fins de l'impôt sur le revenu de ce pays :
 - vise, entre autres, les sociétés à responsabilité limitée américaines, soit les Limited Liability Companies (LLC). Ces dernières ne seraient pas assujetties à l'impôt selon la convention. Par conséquent, elles ne respecteraient pas le test de résidence selon le traité si l'alinéa b) n'existait pas;
- c) dans le cas où la convention est entrée en vigueur avant 1995, la SÉA résiderait dans le pays désigné avant ce moment si ce n'était d'une disposition de la convention – qui n'a pas été modifiée après 1994 – selon laquelle elle est exclue de son application :

⁶⁰ Voir le texte de Sandra E. JACK, « The 1994 Amendments to the Foreign Affiliate Rules », dans *1994 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1995, pp. 26:1-48.

⁶¹ Précité, note 26. La position de l'ARC a toujours été que, pour être considérée comme « assujettie à l'impôt » aux fins de l'article sur la résidence d'une convention fiscale, une personne doit être assujettie à la forme la plus complète d'imposition existant dans le pays en question. L'ARC n'est pas contre l'idée qu'un pays puisse, en vertu de son droit fiscal interne, ne prélever aucun impôt ou que le taux d'imposition soit très faible. Toutefois, l'ARC veut éviter les arrangements abusifs, à titre d'exemple le magasinage fiscal (*treaty shopping*), lorsque la personne ne serait, dans les faits, qu'un résident de complaisance et que l'utilisation de cette juridiction aurait pour seule fin de bénéficier des avantages d'une convention – voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 35, « Résidence aux fins d'une convention fiscale – Résidence de complaisance », 26 février 2007.

- vise la SÉA qui ne serait pas considérée comme résidente d'un pays en vertu d'une disposition particulière de la convention. À titre d'exemple, selon l'article XXX(3) de *la Convention fiscale entre le Canada et la Barbade*⁶², il est mentionné que certaines sociétés constituées en vertu de lois d'entreprises de la Barbade ne sont pas admissibles aux avantages de la convention. Par l'effet de l'alinéa c), elles seraient, malgré tout, résidentes du pays aux fins de règles de la partie LIX R.I.R.;
- d) la SÉA résiderait dans le pays désigné si la convention était entrée en vigueur selon les alinéas a), b) et c) :
- cette disposition confirme l'application des alinéas a), b) et c) entre la période où la convention est signée et le moment où elle sera en vigueur en vertu du paragraphe 5907(11.1) R.I.R.

Ainsi, afin que les « gains nets » d'une SÉA, tirés d'une entreprise exploitée activement dans un pays désigné, soient inclus aux « gains exonérés », la SÉA doit être résidente d'un pays désigné en vertu des principes canadiens de common law et ne pas être réputée **ne pas être résidente** dans ce pays en vertu du paragraphe 5907(11.2) R.I.R.⁶³ Également, cette SÉA doit être résidente dans le même pays selon les deux critères afin d'être qualifiée de résidente d'un pays désigné⁶⁴.

À titre d'exemple, une société canadienne (« Canco ») détient 100 % des actions d'une société américaine (« USco ») qui, elle, exploite une entreprise active au Mexique par l'intermédiaire d'un ÊS (pays désigné). Si USco est résidente des États-Unis en vertu des principes canadiens de common law et qu'elle est imposée sur ses revenus mondiaux aux États-Unis, elle respecte ainsi les deux critères afin de gagner du surplus exonéré aux fins de la partie LIX R.I.R. Toutefois, dans la mesure où le centre de gestion centrale et de contrôle de USco est au Mexique (c'est-à-dire que deux administrateurs sur trois sont au Mexique et que les décisions stratégiques de USco sont prises au Mexique), cette situation vient empêcher le droit aux surplus exemptés de Canco pour les raisons suivantes :

⁶² S.C. 1980-81, ch. 44.

⁶³ A. NIKOLAKAKIS, *op. cit.*, note 1, 2-43.

⁶⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9619090, 30 mai 1996.

- le premier critère nous amène à conclure que USco est résidente du Mexique aux fins des principes canadiens de common law;
- le deuxième critère ne nous permet pas de conclure que USco est résidente du Mexique en vertu de la convention Canada-Mexique tel qu'il est exigé à l'alinéa 5907(11.2)a) R.I.R. (les alinéas b) à d) ne trouvent pas application).
- par conséquent, tel qu'il est mentionné dans le passage introductif du paragraphe 5907(11.2) R.I.R., USco est réputée ne pas être résidente du Mexique aux fins de la partie LIX R.I.R.⁶⁵

Ainsi, les revenus gagnés par USco seraient qualifiés de surplus imposables. Comme il a été mentionné précédemment, un dividende provenant du compte de surplus imposable est à inclure dans le revenu de la société canadienne, mais une déduction est applicable au titre de l'impôt étranger sous-jacent payé par la SÉA lors du rapatriement au Canada. Toutefois, si le surplus imposable a supporté une charge fiscale égale ou supérieure à celle du Canada, une déduction égale au dividende serait disponible en vertu de l'alinéa 113(1)b) L.I.R.

1.2.7. AERF – Une nouvelle approche fiscale

Les AERF sont la résultante des travaux effectués par l'OCDE sur la concurrence fiscale dommageable où il fut déterminé que la source des pratiques fiscales dommageables était l'absence d'échange de renseignements entre les pays. Les pays signataires d'AERF se prêtent mutuellement assistance pour appliquer leurs propres lois fiscales par la voie d'échanges de renseignements pertinents⁶⁶.

Les normes à suivre établies par le *Modèle de convention sur l'échange efficace de renseignements en matière fiscale*⁶⁷ contiennent des dispositions afin :

⁶⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9704705, 27 octobre 1997.

⁶⁶ CANADA, Rapport final du groupe consultatif sur le régime canadien de fiscalité internationale, *Promouvoir l'avantage fiscal international du Canada*, décembre 2008, pp. 30-31.

⁶⁷ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, avril 2002.

- d'identifier les impôts de chacun des pays signataires d'un AERF;
- de décrire la manière dont les échanges de renseignements doivent être effectués;
- de préciser les circonstances dans lesquelles une demande de renseignements pourrait être rejetée;
- d'assurer la confidentialité de tous les renseignements faisant l'objet d'échange entre les pays signataires.

En date de la rédaction du présent texte, un AERF est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011, soit avec les Antilles néerlandaises, 13 ont été signés⁶⁸, sans être toutefois en vigueur, et 11 AERF sont présentement en négociation⁶⁹. En considérant qu'un seul AERF est présentement en vigueur, les Antilles néerlandaises sont l'unique pays qui peut, pour l'instant, se qualifier de pays désigné et ainsi permettre que les revenus actifs de la société étrangère soient inclus à titre de surplus exonéré. Techniquement, les AERF entrent seulement en vigueur une fois que les procédures de ratification, dans chacun des pays, ont été complétées, et que les pays se sont avisés mutuellement de l'entrée en vigueur respective.

L'avantage que procurent les AERF aux sociétés canadiennes est d'élargir le régime d'exemption actuel découlant des comptes de surplus exonéré aux SÉA qui gagnent des revenus tirés d'entreprises exploitées activement dans des pays où il n'y a pas de convention fiscale. Il est également permis de croire que cette nouvelle mesure pourrait décourager les sociétés canadiennes d'investir dans des administrations étrangères avec lesquelles le Canada n'a pas entamé de processus de négociation ou n'a pas conclu d'AERF.

L'une des particularités de cette nouvelle initiative provient du fait que, si le Canada a engagé des négociations ou a invité un pays à négocier en vue de la conclusion d'un AERF et que ces négociations n'ont pas été

⁶⁸ Anquilla, Bahamas, Bermudes, Dominique, Guernesey, Île de Man, Îles Caïmans, Îles Turks-et-Caicos, Jersey, Sainte-Lucie, Saint-Kitts-et-Nevis, Saint-Marin, Saint-Vincent-et-les-Grenadines.

⁶⁹ Aruba (25 mai 2009), Bahreïn (29 juin 2009), Belize (26 juin 2010), Brunei (13 mai 2010), Costa Rica (22 juin 2010), Gibraltar (14 mai 2009), Îles Cook (19 août 2010), Îles Vierges britanniques (6 décembre 2005), Liberia (23 février 2010), Liechtenstein (6 juillet 2010), Vanuatu (21 juillet 2010).

concluantes 60 mois après leur début, cette administration deviendra un « pays non admissible »⁷⁰. La conséquence fiscale pour une société canadienne de voir une de ses SÉA résider dans un « pays non admissible » viendra qualifier les revenus qui, par ailleurs, étaient inclus dans le surplus imposable à titre de RÉATB et, par conséquent, imposables sur une base d'exercice. Cette conséquence fiscale négative ne devrait toutefois pas survenir avant 2014.

Ainsi, une société qui est exploitée activement dans l'un des pays avec lesquels le Canada a signé un AERF (Bahamas, Bermudes, Sainte-Lucie, etc.) continue de générer des surplus imposables, et ce, jusqu'au moment où l'AERF entrera en vigueur. Par la suite, cette société pourra générer des surplus exonérés pour l'ensemble de l'année où l'AERF entrera en vigueur. Quant aux pays qui sont toujours en négociation afin de conclure un AERF tels le Costa Rica, Jersey, le Liechtenstein, etc., une société qui est exploitée activement dans l'un de ceux-ci génère toujours des surplus imposables, mais pourrait voir ses revenus se qualifier de RÉATB après la période de 60 mois si les négociations ne mènent pas à la conclusion d'un accord au cours de cette période.

Tous les revenus, incluant les revenus tirés d'une entreprise exploitée activement, gagnés par une SÉA dans un « pays non admissible », seront qualifiés, à même le régime des AERF, à titre de RÉATB, si ces derniers proviennent d'une entreprise qui est exploitée par l'intermédiaire d'un établissement stable dans un « pays non admissible »⁷¹. Avant 2009, pareille

⁷⁰ Voir la définition de « pays non admissible » au paragraphe 95(1) L.I.R. : Est un pays non admissible à un moment donné [moment donné correspond à l'année où les surplus sont analysés] le pays ou autre territoire avec lequel le Canada, à la fois :

- a) n'a pas de convention fiscale à ce moment ni signé, avant ce moment un accord qui sera une convention fiscale dès son entrée en vigueur;
- b) n'a pas d'AERF qui est en vigueur et exécutoire à ce moment;
- c) a, plus de 60 mois avant ce moment :
 - i) soit engagé des négociations en vue de la conclusion d'un AERF (sauf si le moment en cause est antérieur à 2014 et que des négociations avaient été engagées le 19 mars 2007 en vue de la conclusion d'un tel AERF),
 - ii) soit tenté, au moyen d'une invitation écrite, d'engager des négociations en vue de la conclusion d'un AERF (sauf si le moment en cause est antérieur à 2014 et que des négociations avaient été engagées le 19 mars 2007 en vue de la conclusion d'un tel AERF).

⁷¹ Par. 95(1) L.I.R.; voir la définition d'« entreprise non admissible » au paragraphe 95(1) L.I.R.

situation aurait probablement permis à la SÉA d'inclure ses revenus à ses surplus imposables et de reporter l'imposition au moment du paiement du dividende en faveur de la société canadienne.

L'entrée en scène des mesures relatives aux AERF vient créer de nouveaux standards quant au critère de résidence dans un pays désigné. Lorsqu'il est question d'une SÉA qui est résidente dans une administration avec laquelle le Canada a signé une convention, la SÉA devra satisfaire le critère de résidence en vertu des principes canadiens de common law (centre de gestion centrale et de contrôle) et en vertu du test de résidence selon la convention (assujéti à l'impôt dans ce pays sur ses revenus mondiaux).

Qu'en est-il lorsque la SÉA est résidente d'un pays désigné avec lequel le Canada a conclu un AERF?

Actuellement, une SÉA peut être résidente d'un pays désigné si le Canada a conclu un AERF et que la SÉA respecte les principes canadiens de common law. Contrairement aux pays ayant conclu une convention fiscale, le paragraphe 5907(11.2) R.I.R. ne trouve pas application dans un contexte d'AERF. La nature même d'un AERF est de faciliter les échanges de renseignements pertinents afin d'administrer et d'appliquer les lois fiscales des pays signataires sans restreindre leur application à des personnes résidentes des pays signataires, alors que pour une convention, l'objectif est d'éviter ou de réduire le fardeau fiscal d'une personne résidente d'un des pays ou des deux pays signataires. Conséquemment, le critère de résidence aux fins d'AERF n'est pas pertinent en soi. Ainsi, afin de permettre à une SÉA qui exploite une entreprise active dans un pays avec lequel le Canada a signé un AERF, la SÉA devra uniquement respecter le critère de résidence selon les principes canadiens de common law aux fins de la partie LIX R.I.R. En conclusion, le critère pour une SÉA située dans un pays désigné avec une convention fiscale est beaucoup plus rigoureux que pour une SÉA située dans un pays désigné avec un AERF. Une telle distinction nous semble discutable puisqu'elle vient créer deux types de standards pour le même objectif, soit rapatrier un dividende au Canada exonéré d'impôt. Il serait ainsi préférable que les seuils de résidence soient les mêmes pour une société exploitant une entreprise dans un pays avec lequel le Canada a conclu une convention fiscale et une société étrangère qui exploite son entreprise dans un pays avec lequel le Canada a conclu un AERF.

Un autre élément qui diffère concerne la période où une administration deviendra un « pays désigné » aux fins d'une convention et aux fins d'un AERF, ce qui aura un impact sur les années qui pourront générer du surplus exonéré. Selon le paragraphe 5907(11.1) R.I.R., la convention fiscale est

réputée entrer en vigueur et s'appliquer **pour toute l'année de la SÉA où la convention a été signée** et se terminer le dernier jour de la dernière année d'imposition de la SÉA pour laquelle la convention s'applique. Quant au paragraphe 5907(11.11) R.I.R., un AERF est réputé entrer en vigueur et **s'appliquer pour toute l'année de la SÉA où l'AERF est entré en vigueur**. Prenons l'exemple d'une convention et d'un AERF qui ont été signés en 2010 et qui entrent en vigueur en 2011. Pour une SÉA ayant une fin d'année au 31 décembre, elle pourra, dans le cas où elle est dans un pays ayant conclu une convention fiscale, générer ses surplus exonérés à partir du 1^{er} janvier 2010, alors que si elle était dans un pays avec AERF, elle le pourrait à compter du 1^{er} janvier 2011. Cette situation produit un résultat différent sans qu'il y ait de raison logique étayant cette distinction⁷².

L'ARC a apporté quelques précisions relativement aux sociétés canadiennes qui exploitent des entreprises par l'intermédiaire de SÉA dans un pays où un AERF a été conclu⁷³. Si une société canadienne détient les actions d'une SÉA résidente dans un pays A (principes canadiens de common law) avec lequel le Canada a conclu un AERF et qu'elle exploite une entreprise active dans un pays B par l'intermédiaire d'une succursale, les revenus pourront se qualifier de gains exonérés si les pays A et B sont des pays désignés ou si le Canada a conclu avec eux un AERF. Également, le lieu d'incorporation d'une SÉA n'est pas pertinent pour déterminer si un revenu gagné dans un pays avec lequel le Canada a conclu un AERF se qualifie de gains exonérés. Là encore, la SÉA doit être résidente d'un pays désigné aux fins des principes canadiens de common law et avec lequel le Canada a signé un AERF.

1.3. DÉTERMINATION DE LA RÉSIDENCE D'UNE SOCIÉTÉ – LES CRITÈRES APPLICABLES

1.3.1. Le critère de « gestion centrale et de contrôle » de la société

Aux fins du système fiscal canadien, le critère de résidence d'une société a été développé par les tribunaux britanniques pour ensuite être adopté par les tribunaux canadiens. Malgré certaines présomptions

⁷² Kim E. EDWARDS et Ken J. BUTTENHAM, « TIEAs: Not All Exempt Surplus Is Created Equal », (2009), vol. XV, n° 2 *International Tax Planning*, p. 1036.

⁷³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2009-0316641C6, 1^{er} mai 2009.

statutaires qui réputent qu'une société peut être résidente du Canada⁷⁴, le concept de base demeure le fruit de la célèbre décision britannique dans l'affaire *De Beers Consolidated Mines, Limited v. Howe (Surveyor of Taxes)*⁷⁵. À l'époque, aucune disposition statutaire n'apportait de présomption en vertu de laquelle une société pouvait être résidente selon les lois fiscales britanniques. Selon la décision, la résidence devrait être **là où la véritable entreprise est exploitée**, soit l'endroit où la gestion centrale et le contrôle **sont réellement maintenus**, et ce, déterminé en vertu des faits en l'espèce :

« I regard that as the true rule, and the real business is carried on where the central management and control actually abides.

It remains to be considered whether the present case falls within that rule. This is a pure question of fact to be determined, not according to the construction of this or that regulation or bye-law, but upon a scrutiny of the course of business and trading⁷⁶. »

1.3.2. La jurisprudence canadienne

La décision *De Beers* a ainsi influencé le droit fiscal canadien quant au concept utilisé afin d'établir si une société est résidente ou non du Canada et ainsi être assujettie à l'impôt sur ses revenus mondiaux. Ainsi, une société est considérée comme résidente du Canada si son centre de gestion centrale et de contrôle est situé au Canada, c'est-à-dire là où les décisions stratégiques de la société sont prises. Toutefois, la première référence à la décision *De Beers* par la jurisprudence canadienne ne fut qu'en 1946 dans l'affaire *Le Roi c. British Columbia Electric Railway*⁷⁷. Dans cet arrêt, l'enjeu principal ne concernait pas l'application du principe de résidence mais plutôt la qualification de l'expression « Canadian debtor ». Depuis cette année-là, le nombre de décisions canadiennes concernant la résidence des sociétés au Canada fut des plus modestes et aucune d'entre elles ne s'est

⁷⁴ Le paragraphe 250(4) L.I.R. renferme une présomption en vertu de laquelle une société est réputée résider au Canada lorsqu'elle a été constituée en vertu d'une législation provinciale ou de la loi fédérale. Par conséquent, une société constituée après le 26 avril 1965 est réputée résidente du Canada. Également, une société constituée avant le 27 avril 1965 sera réputée résider au Canada si elle a, après le 26 avril 1965, exploité une entreprise au Canada ou a résidé au Canada (centre de gestion centrale et de contrôle).

⁷⁵ [1906] A.C. 455 (H.L.) (« *De Beers* »).

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ (1946) 2 D.T.C. 692 (C. de l'É.).

rendue devant la Cour suprême du Canada. Plus encore, aucune des décisions canadiennes n'a remis en question ou étayé le principe établi par les tribunaux anglais.

Du nombre des décisions canadiennes, le principe de common law a été reconnu comme étant la pierre angulaire de l'analyse du concept de résidence. Ainsi, lors de son analyse, les tribunaux canadiens, tout comme les tribunaux britanniques, évaluent différents facteurs les amenant à conclure que le centre de gestion centrale et de contrôle est effectivement situé au Canada ou à l'étranger.

Voici certains facteurs qui ont été pris en considération par les tribunaux canadiens afin de conclure que le centre de gestion centrale et de contrôle d'une société se situait au Canada ou à l'étranger :

- *Yamaska Steamship Company Limited c. MRN*⁷⁸

De facto (*de facto central management and control*) : Déterminer que la société était non résidente du Canada dans un contexte où les décisions concernant l'exploitation de la société étaient prises, non par les administrateurs résidents du Canada, mais par un actionnaire résident de Londres;

- *MRN c. Crossley Carpets (Canada) Ltd.*⁷⁹

Division de l'autorité ultime entre deux pays : Déterminer que la société était résidente de deux pays dont le Canada. La Cour conclut que l'autorité ultime, afin de déterminer où est situé le centre de gestion centrale et de contrôle, peut être exercée dans deux pays. Conséquemment, il fut établi que la société était résidente à la fois du Canada et de l'Angleterre.

- *Bedford Overseas Freighters Ltd. c. MRN*⁸⁰

Pouvoir découlant des administrateurs et non des actionnaires : Déterminer que la société était résidente du Canada bien que les décisions d'importance soient prises par des actionnaires non résidents. La Cour a conclu que la résidence et les pouvoirs de ces derniers n'étaient pas

⁷⁸ 61 D.T.C. 716 (C.R.I.).

⁷⁹ 69 D.T.C. 5015 (C.A.I.).

⁸⁰ 70 D.T.C. 6072 (C. de l'É.) (« *Bedford Overseas Freighters* »).

pertinents dans le cadre de l'analyse. Selon la Cour, la gestion de l'entreprise et le pouvoir de contrôle avaient été conférés aux administrateurs canadiens qui ont exercé ce pouvoir au Canada, et ce, même si une grande partie des décisions était prise à l'étranger.

- *Tara Exploration and Development Co. Ltd. c. MRN*⁸¹

Résidence des administrateurs et dirigeants d'entreprise : Déterminer que la société était non résidente du Canada puisque la totalité des administrateurs et dirigeants étaient non résidents du Canada. Par conséquent, son centre de gestion centrale et de contrôle n'était pas au Canada, et ce, malgré le fait que le siège social était situé au Canada.

- *Victoria Insurance Company Ltd. c. MRN*⁸²

Contrôle de droit, résidence des administrateurs, gestion quotidienne, bureau et livres de la société : Déterminer que la société n'était pas résidente du Canada puisque le contrôle de droit était effectué à l'étranger (Nassau), et que la preuve ne permettait pas d'établir qu'il y avait un contrôle de fait exercé par l'actionnaire résident du Canada. Toutes les activités au jour le jour étaient effectuées à Nassau et le bureau, les registres d'entreprise, la majorité des administrateurs, ainsi que les avocats et les vérificateurs étaient situés à Nassau.

- *Birmount Holdings Ltd. c. La Reine*⁸³

Pouvoir découlant des administrateurs et non des actionnaires : Déterminer que la société était résidente du Canada puisque la gestion, le contrôle et l'autorité sur les affaires de la société étaient imputables aux administrateurs résidents du Canada et qu'ils étaient exercés par eux, même si l'actionnaire non résident était consulté pour certaines mesures à prendre au sein de la société. La décision fait référence à l'affaire *Bedford Overseas Freighters*.

⁸¹ 70 D.T.C. 6370 (C. de l'É.).

⁸² 77 D.T.C. 320 (C.R.I.).

⁸³ 78 D.T.C. 6254 (C.A.F.).

- *Capitol Life Insurance Company c. La Reine*⁸⁴

Contrôle immédiat, gestion de l'entreprise et réunion : Déterminer que la société était résidente des États-Unis. D'aucune façon l'agent situé au Canada n'avait l'autorité de prendre des décisions attribuables à la direction et l'administration. Les pouvoirs de l'agent étaient purement administratifs.

- *La Reine c. Gurd's Products Company Ltd.*⁸⁵

Centre de gestion et de contrôle : Confirme simplement que le principe de common law est le principe à analyser afin de déterminer la résidence de la société. Il fut admis par les parties que la société était résidente des États-Unis.

- *Placerefid Ltd. c. MRN*⁸⁶

Réunion des administrateurs, décisions opérationnelles et administratives : Déterminer que la société est résidente de la Suisse et non du Panama afin d'appliquer la convention fiscale pertinente. Il fut démontré que toutes les réunions du conseil d'administration, à l'exception d'une seule, avaient eu lieu en Suisse. Également, toutes les décisions relatives à l'administration et à l'exploitation de la société étaient prises en Suisse.

- *1143132 Ontario Ltd. c. La Reine*⁸⁷

Lieu d'incorporation, résidence des administrateurs et administrateurs inactifs : Déterminer que la société était résidente de la Barbade sur la base que la société était constituée en vertu des lois de la Barbade et que ses actions consistaient à établir des factures et recevoir des paiements. Par conséquent, ses administrateurs étaient inactifs, chose à laquelle le juge n'accorde pas énormément d'importance.

⁸⁴ 84 D.T.C. 6087 (C.F. 1^{re} inst.).

⁸⁵ 85 D.T.C. 5314 (C.A.F.).

⁸⁶ 86 D.T.C. 1327 (C.C.I.).

⁸⁷ 2009 D.T.C. 1312 (C.C.I.).

- *St. Michael Trust Corp. c. La Reine*⁸⁸

Test applicable pour déterminer la résidence d'une fiducie : Déterminer que les fiducies étaient résidentes du Canada selon le principe du centre de gestion centrale et de contrôle puisque les fiduciaires à l'étranger ne fournissaient que des services administratifs généraux et exécutaient certains actes imposés par les bénéficiaires canadiens.

1.3.3. Facteurs clés

L'établissement de la résidence d'une société repose sur le principe de common law relatif à son centre de gestion centrale et de contrôle. L'analyse de ce principe dans la jurisprudence canadienne a fait ressortir certains facteurs clés afin de déterminer le lieu du centre de gestion et de contrôle d'une société :

- le lieu des assemblées des administrateurs;
- le lieu de résidence de la majorité des administrateurs;
- le lieu où les administrateurs prennent effectivement les décisions relatives à la gestion et l'administration de la société.

D'autres facteurs sont également soulevés par les tribunaux lors de l'analyse du principe de common law, à titre d'exemple : le lieu d'incorporation de la société, l'endroit où sont situés ses bureaux, l'endroit où sont situés les comptes bancaires et où sont maintenus ses registres d'entreprise.

Les tribunaux canadiens ont donc adopté l'approche de la réalité commerciale (*real business*) nous forçant à déterminer à la lumière des faits attribuables au contribuable le lieu où il exploite véritablement son entreprise sur la base de sa gestion centrale et de son contrôle. Théoriquement, ce pouvoir revient aux administrateurs. Toutefois, il peut, dans les faits, être exercé par un actionnaire venant d'une certaine façon usurper le pouvoir des administrateurs.

La position de l'ARC est conforme aux tribunaux britanniques et canadiens selon lesquels une société devrait, dans les faits, être résidente du

⁸⁸ 2010 D.T.C. 5189 (C.A.F.).

pays où se situent la gestion centrale et le contrôle exercés généralement par les administrateurs. L'ARC mentionne également que ce pouvoir peut être exercé par d'autres personnes, notamment par les administrateurs de la société mère ou d'autres actionnaires, résidant dans un pays autre que celui des administrateurs :

« Il est établi de façon générale par la common law qu'une corporation réside dans le pays dans lequel la gestion centrale et le contrôle sont exercés (*DeBeers Consolidated Mines Limited v. Howe*, (1906) A.C. 455). Généralement, la gestion et le contrôle sont exercés là où les membres du conseil d'administration se rencontrent et tiennent leurs réunions. Toutefois, si le conseil d'administration d'une compagnie n'exerce pas de fait ses pouvoirs, mais qu'un autre groupe exerce de fait la gestion et le contrôle de la compagnie, tels les administrateurs de la compagnie mère ou son principal actionnaire, qui résident dans un autre pays, la compagnie sera considérée comme étant résidente de l'autre pays (*Unit Construction Co. Limited v. Bullock*, (1960) A.C. 351)⁸⁹. »

1.3.4. L'incorporation

Du fait de son incorporation au Canada, une société est généralement réputée résidente du Canada tout au long de l'année d'imposition en vertu des présomptions statutaires prévues par la loi⁹⁰. Le paragraphe 250(4) L.I.R. contient les trois présomptions qui réputent une société résidente du Canada si :

- la société est constituée au Canada en vertu d'une loi fédérale ou provinciale, et ce, après le 26 avril 1965;
- la société a été constituée au Canada (fédérale ou provinciale) avant le 9 avril 1959 et le 18 juin 1971 :
 - était une société étrangère contrôlée par une société résidente du Canada,
 - tout au long de la période de 10 ans se terminant le 18 juin 1971, a exploité une entreprise dans un pays étranger particulier,

⁸⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-391R, « Statut des corporations », 14 septembre 1992, par. 15.

⁹⁰ Par. 250(4) à 250(6) L.I.R.

- au cours de la période de 10 ans, a payé aux actionnaires résidents du Canada des dividendes sur lesquels ses actionnaires ont payé de l'impôt au pays étranger particulier,

et, à un moment donné au cours de l'année d'imposition **ou** à un moment donné au cours d'une année d'imposition antérieure mais commencée après 1971, elle a exploité une entreprise au Canada ou résidé au Canada (centre de gestion centrale et de contrôle);

- la société est constituée (fédérale ou provinciale) avant le 27 avril 1965 et si elle a, après le 26 avril 1965, exploité une entreprise au Canada ou a résidé au Canada (centre de gestion et de contrôle).

Conséquemment, une société réputée résidente du Canada en vertu de son incorporation au Canada, selon une loi fédérale ou provinciale, est techniquement assujettie à l'impôt au Canada sur ses revenus mondiaux. Toutefois, le paragraphe 250(4) L.I.R. est applicable sous réserve de l'application du paragraphe 250(5) L.I.R. auquel cas ce dernier a préséance. L'application du paragraphe 250(5) L.I.R. confirme que le statut de résident déterminé selon une convention a préséance⁹¹. Par conséquent, une société est réputée ne pas résider au Canada, malgré le fait qu'elle y est constituée, s'il est déterminé qu'elle est résidente d'un autre pays en vertu d'une convention fiscale. L'objectif du paragraphe 250(5) L.I.R. est d'éviter qu'une société⁹² puisse réclamer le statut de résident du Canada en vertu du droit fiscal interne, et ainsi éviter l'application de la partie XIII L.I.R., et du même coup prétendre au statut de résidente d'un autre pays en vertu d'une convention fiscale afin de ne pas être assujettie à l'impôt au Canada à titre de résidente.

2. L'ANALYSE DU CRITÈRE DE « CENTRE DE GESTION CENTRALE ET DE CONTRÔLE » SELON LES TRIBUNAUX BRITANNIQUES

2.1. DE LA DÉCISION *DE BEERS* À AUJOURD'HUI

Au cours des dernières années, les tribunaux britanniques ont eu à se pencher sur l'analyse du concept de résidence d'une société aux fins fiscales britanniques entre autres dans les décisions *Wood and another v. Holden*

⁹¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-0270771E5, 14 janvier 2009.

⁹² Le paragraphe 250(5) L.I.R. s'applique aussi bien à une société qu'à un particulier.

(HMIT)⁹³, *Laerstate BV v. HM Revenue and Customs (HMRC)*⁹⁴ et *Revenue and Customs Commissioners v. Smallwood and another*⁹⁵.

Chacune de ces décisions a, une fois de plus, entrepris son analyse avec le précédent jurisprudentiel de l'affaire *De Beers* tout en ajoutant en substance à l'analyse de base du concept de gestion centrale et de contrôle. Voici un bref rappel sur la décision *De Beers* avant de résumer et d'analyser chacune de ces trois décisions.

2.1.1. Décision *De Beers*

De Beers était une société incorporée et enregistrée en Afrique du Sud où elle exploitait des mines de diamants. Le siège social de la société était à Kimberley, en Afrique du Sud, et la société possédait également un bureau à Londres. En vertu des statuts d'entreprise, les réunions des administrateurs devaient avoir lieu en Afrique du Sud et également au Royaume-Uni. Toutefois, tous les contrats ayant une importance significative sur les ventes de diamants étaient négociés et conclus à Londres.

La société fut cotisée par les autorités fiscales anglaises sur la base qu'elle était résidente du Royaume-Uni et donc assujettie à l'impôt sur ses revenus mondiaux au Royaume-Uni.

La Chambre des Lords a donc évalué certains éléments afin d'établir le principe de centre de gestion centrale et de contrôle qui confirme le lieu de résidence d'une société.

La Chambre des Lords a rapidement établi que le lieu de l'incorporation ou de l'enregistrement de la société n'avait aucune pertinence afin de déterminer le lieu de résidence de la société, rejetant ainsi la prétention de l'appelante.

« Mr. Cohen propounded a test which had the merits of simplicity and certitude. He maintained that a company resides where it is registered, and nowhere else. If that be so, the appellant company must succeed, for it is registered in South Africa.

I cannot adopt Mr. Cohen's contention. » (Notre soulignement)

⁹³ [2006] EWCA Civ 26 (« *Wood* »).

⁹⁴ [2009] UKFTT 209 (T.C.) (« *Laerstate* »).

⁹⁵ [2010] EWCA Civ 778 (« *Smallwood* »).

Cette position peut s'expliquer par le fait que déterminer la résidence d'une société en fonction de son lieu d'enregistrement pourrait trop facilement amener à la manipulation du lieu de résidence d'une société au détriment de l'imposition de ses revenus dans un pays. Ainsi, un individu peut très bien avoir la nationalité d'un pays mais résider au Royaume-Uni, et ce, tout comme une société :

« In applying the conception of residence to a company, we ought, I think, to proceed as nearly as we can upon the analogy of an individual. A company cannot eat or sleep, but it can keep house and do business. We ought, therefore, to see where it really keeps house and does business.

An individual may be of foreign nationality, and yet reside in the United Kingdom. So may a company. Otherwise it might have its chief seat of management and its centre of trading in England under the protection of English law, and yet escape the appropriate taxation by the simple expedient of being registered abroad and distributing its dividends abroad. » (Notre soulignement)

Finalement, dans son analyse des faits, la Chambre des Lords considère les attributs qui encadrent la conduite réelle de la société soit sa gestion (*management*) et son contrôle (*control*) dans un endroit donné (*central*), ce qui ne laisse aucun doute sur le fait que le lieu de résidence est l'endroit où sont prises les principales décisions en matière commerciale et de direction nécessaires au bon fonctionnement de la société dans son ensemble : « a company resides, for purposes of income tax, where its real business is carried on [...] I regards that as the true rule; and the real business is carried on where the central management and control actually abides ».

2.1.2. L'affaire Wood

Dans cette affaire, M. et M^{me} Wood (« les Wood ») détenaient 96 % des actions de la société Ron Wood Greetings Card (« Société »). Cette société était un grossiste dans le secteur des cartes de souhaits et d'emballages de cadeaux. Après 30 ans à la barre de l'entreprise familiale, les Wood prirent la décision de vendre leurs actions dans la Société. Conséquemment, afin de réduire l'imposition du gain en capital au Royaume-Uni sur la vente de leurs actions, les Wood prirent la décision de réorganiser leur structure de détention des actions avec l'aide d'un conseiller fiscal.

En octobre 1995, les Wood ont transféré leurs actions de la Société dans une nouvelle société de gestion anglaise (« Gestco »). Les Wood détenaient environ 51 % de cette société et l'autre 49 % était détenu par la société Copsewood Investment Ltd. (« CIL »). CIL était une société constituée aux îles Vierges britanniques qui était contrôlée par une fiducie non résidente

(*offshore*) dont les bénéficiaires étaient des membres de la famille Wood. Par la suite, en juillet 1996, CIL a transféré sa détention de 49 % de Gestco à une société néerlandaise, Eulalia Holding BV (« Eulalia »), pour environ 23,7 M£. Finalement, en octobre 1996, Eulalia disposa de ses actions dans Gestco à une tierce partie, soit Birthdays Groupe Ltd., pour la somme d'environ 30,8 M£.

La question en litige dans cette affaire était de déterminer si Eulalia était résidente des Pays-Bas et non du Royaume-Uni. Dans l'affirmative :

- 1) le transfert par CIL de ses actions dans Gestco en faveur d'Eulalia n'est pas assujéti à l'impôt au Royaume-Uni en vertu du droit fiscal anglais; et
- 2) la vente par Eulalia de ses actions dans Gestco est exempte d'impôt en vertu de l'article 13 de la convention fiscale entre les Pays-Bas et le Royaume-Uni, et ce, dans la mesure où Eulalia est résidente des Pays-Bas en vertu de la convention fiscale.

La Cour d'appel anglaise a confirmé la position prise par la High Court que la société Eulalia était résidente des Pays-Bas. Ainsi, selon la Cour d'appel :

- Le centre de gestion centrale et de contrôle était aux Pays-Bas puisque les administrateurs y tenaient leur réunion du conseil, prenaient les décisions et signaient les documents pertinents à l'acquisition et à la disposition des actions de Gestco;
- Les administrateurs d'Eulalia n'ont pas été court-circuités et n'ont pas été tenus à l'écart par les Wood ou autres conseillers;
- Il fut mentionné que le test de « siège de direction effective » ainsi que le test du « centre de gestion centrale et de contrôle » étaient des tests similaires et qu'il pourrait être difficile d'en arriver à des conclusions différentes à la suite de leurs analyses.

2.1.3. L'affaire *Laerstate*

Laerstate BV (« BV ») était une société constituée aux Pays-Bas et détenue par M. Dieter Bock, un résident anglais. BV avait deux administrateurs, soit M. Bock et M. Johannes Eduard Trapman, un résident des Pays-Bas. En 1992, BV a fait l'acquisition des actions de la société Lonrho plc (« Lonrho ») pour laquelle M. Bock fut nommé administrateur et chef de la direction.

En 1996, BV a disposé de ses actions dans Lonrho en faveur de la société Anglo American Corporation, réalisant un gain en capital. Les autorités fiscales anglaises ont cotisé BV afin d'imposer le gain découlant de cette disposition. La prétention des autorités fiscales était que BV était une société résidente du Royaume-Uni puisque son centre de gestion centrale et de contrôle y était situé. Fait pertinent, un mois avant la vente des actions de Lonrho, M. Bock a démissionné de son poste d'administrateur. Également, aucune des réunions du conseil d'administration n'a été tenue au Royaume-Uni, celles-ci ont plutôt été tenues aux Pays-Bas. Finalement, les statuts d'entreprise de BV mentionnaient qu'un seul des administrateurs pouvait lier BV.

Le tribunal avança que lorsque M. Bock était administrateur, il gérât lui-même toutes les questions d'ordre stratégique alors que M. Trapman n'effectuait que du travail routinier et ne signalait que les documents. Également, bon nombre de questions d'ordre stratégique avaient été prises au Royaume-Uni.

Après la démission de M. Bock, le tribunal a également retenu que ce dernier continuait à prendre les décisions clés dans le cadre de la gestion de BV bien que ses résolutions confirment que les réunions du conseil étaient tenues aux Pays-Bas par M. Trapman.

Le tribunal conclut que BV était résidente du Royaume-Uni en vertu du droit interne de ce pays en considérant le niveau d'implication décisionnel de M. Bock à titre d'administrateur et par la suite, à titre de simple actionnaire de BV. Ce dernier, très clairement, prenait à lui seul les décisions stratégiques dans le cadre de la gestion de BV :

« We have found that Mr Bock's activities were concerned with policy, strategic and management matters throughout the time when he was a director of the Appellant and also after he ceased to be a director. We find that his activities constituted the real top level management (or the realistic positive management) of the Appellant and Mr. Trapman's activities were limited to signing documents when told to do so and dealing with routine matters such as the accounts. As such the place of effective management was in UK⁹⁶. »

Le tribunal a tenu à préciser qu'il ne faut pas présumer que la société ne réside pas là où les administrateurs se rencontrent ou que le conseil d'administration exerce automatiquement le centre de gestion centrale et de

⁹⁶ *Laerstate*, précité, note 94, par. 50.

contrôle, mais qu'il faut identifier qui effectivement gère la société en prenant les décisions stratégiques :

« There is no assumption that CMC must be found where the directors meet. It is entirely a question of fact where it is found. Where a company is managed by its directors in board meetings it will normally be where the board meetings are held. But if the management is carried out outside board meetings one needs to ask who was managing the company by making high level decisions and where, even where this is contrary to the company's constitution⁹⁷. » (Notre soulignement)

L'autre élément, repris de l'affaire *Wood*, concerne le niveau d'information minimal que les administrateurs doivent savoir afin de prendre une décision. Selon le tribunal, le simple fait pour les administrateurs de signer les documents n'est pas suffisant en soi pour conclure que les administrateurs exercent une quelconque gestion :

« In relation to the actions taken by the Appellant and the Appellant's board, it is clear that the mere physical acts of signing resolutions or documents do not suffice for actual management. This finding of the Special Commissioners in *Wood v Holden* was approved by Park J, but he went on to say at:

If directors of an overseas company sign documents mindlessly, without even thinking what the documents are, I accept that it would be difficult to say that the national jurisdiction in which the directors do that is the jurisdiction of residence of the company. But if they apply their minds to whether or not to sign the documents, the authorities, which I will not repeat, indicate that it is a very different matter⁹⁸. »

Il fut également démontré que BV était résidente des Pays-Bas en vertu des lois fiscales néerlandaises. Par conséquent, le tribunal devait déterminer la résidence de BV, en vertu de la convention fiscale entre les Pays-Bas et le Royaume-Uni.

Or, cette convention prévoyait que, lorsqu'une société réside dans plus d'un pays, la société est réputée résider à l'endroit où se trouve son « centre de gestion effectif » (*place of effective management*).

À cet égard, le tribunal note que le centre de gestion effectif dont traite la convention ne correspond pas nécessairement au centre de gestion centrale et de contrôle, tel qu'il est exprimé dans la décision *De Beers*. Malgré tout,

⁹⁷ *Id.*, par. 27.

⁹⁸ *Id.*, par. 33.

le tribunal conclut que le centre de gestion effectif de BV était également au Royaume-Uni.

2.1.4. L'affaire *Smallwood*

Dans cette affaire, M. Smallwood, qui était résident du Royaume-Uni et domicilié dans ce pays, a créé en 1989 une fiducie à son bénéfice et à celui de sa famille. Le fiduciaire était une société de Jersey et l'un des actifs de la fiducie était des actions de sociétés publiques qui avaient considérablement pris de la valeur. Smallwood et le fiduciaire avaient été avisés de disposer des actions.

En décembre 2000, le fiduciaire de Jersey fut remplacé par un fiduciaire de l'île Maurice, qui fut remplacé à son tour par M. et M^{me} Smallwood le 2 mars 2001, soit avant la fin d'année de la fiducie en date du 5 avril. Les actions, quant à elles, ont été vendues en janvier 2001.

Les autorités fiscales anglaises ont cotisé M. et M^{me} Smallwood sur la base qu'un impôt serait payable au Royaume-Uni sur le gain en vertu du droit fiscal interne⁹⁹.

Toutefois, la prétention de Smallwood était qu'au moment de la vente des actions par la fiducie, le gain ne serait pas imposable au Royaume-Uni en vertu de la convention fiscale entre le Royaume-Uni et l'île Maurice (« convention »)¹⁰⁰.

La question en litige était de déterminer si la résidence devait s'établir à la date de la disposition selon l'approche ponctuelle (*snapshot approach*) ou au cours de l'année de la disposition.

La Cour d'appel a établi à l'unanimité que l'approche ponctuelle n'était pas celle qui devait être retenue aux fins du paragraphe 13(4) de la convention, venant ainsi renverser la décision de la High Court. Les juges ont plutôt favorisé l'interprétation donnée par les commissaires spéciaux selon laquelle le concept de « résidence » défini au paragraphe 4(1) signifiant « assujettis à l'impôt en raison de la résidence » et, par conséquent,

⁹⁹ En vertu de l'article 86 de la loi anglaise : *Taxation of Chargeable Gains Act 1992*.

¹⁰⁰ Convention fiscale entre le Royaume-Uni et l'île Maurice, par. 13(4) : [TRADUCTION] Les gains provenant de l'aliénation de biens autres que ceux visés aux paragraphes 1, 2 et 3 ne sont imposables que dans l'État contractant dont le cédant est un résident.

il fallait tenir compte du traitement fiscal du gain selon le droit interne de chacun des pays à la convention.

Considérant que le gain était imposable en vertu du droit interne britannique et de l'île Maurice, la question devait être tranchée selon la règle de « départage » prévue au paragraphe 4(3) de la convention, c'est-à-dire définir l'endroit où le siège de la direction effective de la société est maintenu. Toutefois, les juges ne se sont pas entendus sur la façon d'appliquer le critère du siège de la direction effective.

Le juge Patten, dissident, considérait que le test de siège de la direction effective devait être déterminé en fonction de ceux qui avaient pris la décision de mettre en place la structure fiscale et de disposer des actions. Étaient-ce les administrateurs de la société de fiducie mauricienne ou ces derniers avaient-ils cédé ce pouvoir aux conseillers fiscaux du Royaume-Uni? À la lumière des faits, ce pouvoir n'avait pas été usurpé par les conseillers fiscaux du Royaume-Uni et, par conséquent, les commissaires spéciaux avaient commis une erreur de droit :

« I find it difficult to accept that on the basis of these findings the Special Commissioners could properly have concluded that the POEM of the trustees up to March 2001 lay in the UK rather than in Mauritius. The findings made do not go beyond saying that PMIL accepted the advice of KPMG to proceed with and implement the scheme in the interests of the beneficiaries. But they retained their right and duties as trustees to consider the matter at the time of alienation and did not (on the Special Commissioners' findings) agree merely to act on the instructions which they received from KPMG. The function of the directors was not therefore usurped in the sense described in *Wood v Holden*. It seems to me to follow that the Special Commissioners' conclusions are not ones which were therefore open to them on the evidence or on the findings of fact which they made¹⁰¹. »

Pour la majorité, le juge Hughes est toutefois d'avis que le siège de la direction effective se trouvait au Royaume-Uni, puisque toute la planification de la structure fiscale trouvait sa source au Royaume-Uni avec, comme premier effet, la nomination d'un fiduciaire de l'île Maurice. Les gestes posés par les fiduciaires en ce qui concerne la vente des actions n'étaient que secondaires si *a priori* les actions devaient être vendues. Ainsi, les décisions concernant la mise en place de la structure jusqu'à la vente des actions, et ce, de manière efficace sur le plan fiscal anglais avaient déjà été prises et continuaient d'être prises au Royaume-Uni. Par conséquent, la fiducie était résidente du Royaume-Uni :

¹⁰¹ *Smallwood*, précité, note 95, par. 63.

« The scheme was devised in the United Kingdom by Mr Smallwood on the advice of KPMG Bristol. The steps taken in the scheme were carefully orchestrated throughout from the United Kingdom, both by KPMG and by Quilter. And it was integral to the scheme that the trust should be exported to Mauritius for a brief temporary period only and then be returned, within the fiscal year, to the United Kingdom, which occurred. Mr Smallwood remained throughout in the UK. There was a scheme of management of this trust which went above and beyond the day to day management exercised by the trustees for the time being, and the control of it was located in the United Kingdom¹⁰². »
(Notre soulignement)

La décision de la Cour d'appel confirme qu'un choix de fiduciaires qui découle d'une décision motivée uniquement afin de bénéficier d'un avantage fiscal pourra avoir un impact fiscal significatif si les personnes ayant le véritable pouvoir décisionnel sont résidentes d'un autre pays que les fiduciaires. Également, en déterminant que les vraies décisions avaient été prises par Smallwood et ses conseillers fiscaux, le tribunal, dans son analyse, retourne à l'origine de la planification.

2.2. LA JURISPRUDENCE ANGLAISE – ANALYSE DE QUATRE FACTEURS

Dans chacune des décisions britanniques relatives à la résidence d'une société, les tribunaux ont appliqué le principe de gestion centrale et de contrôle. En appliquant ce principe, les tribunaux se sont tournés vers l'analyse de différents facteurs qui, somme toute, ont des degrés d'importance relative pour chacun d'entre eux.

Les facteurs qui ressortent régulièrement dans le cadre de l'analyse du principe de centre de gestion centrale et de contrôle sont les suivants.

2.2.1. Résidence des administrateurs

Dans pratiquement chacune des décisions, la résidence des administrateurs est mentionnée. Toutefois, le degré d'importance qu'accordent les tribunaux à ce critère demeure secondaire. Aucune des décisions ne conclut que le lieu de résidence des administrateurs est le facteur qui détermine que le centre de gestion centrale et de contrôle se retrouve dans ce même lieu.

¹⁰² *Id.*, par. 70.

2.2.2. Lieu des assemblées des administrateurs

Le lieu des assemblées des administrateurs est un facteur important dans le cadre de l'analyse du centre de gestion centrale et de contrôle. Il faut toutefois nuancer cette affirmation. Ainsi, il fut clairement établi dans les décisions *Laerstate* et *Smallwood* que les administrateurs tenaient les assemblées des administrateurs non pas au Royaume-Uni, mais respectivement aux Pays-Bas et à l'île Maurice. Par conséquent, ce facteur a perdu une certaine pertinence lors de leur analyse puisque les décisions prises lors de ces assemblées ne constituaient pas des décisions stratégiques ou d'importance relativement à la gestion centrale et au contrôle de la société. Ainsi, le lieu des réunions, à notre avis, demeure pertinent mais secondaire et ne permet pas de conclure de manière décisive sur le lieu de résidence.

2.2.3. Lieu où les décisions stratégiques relatives à la gestion de la société sont effectivement prises par les administrateurs

Ce facteur est sans aucun doute le plus déterminant dans le cadre de l'analyse du principe de gestion centrale et de contrôle. Ainsi, le lieu où les décisions clés et stratégiques sont prises détermine pratiquement le lieu de résidence de la société. Lorsque des gestes sont posés ou que des décisions sont prises et que ces derniers engagent légalement la société, nous devons clairement établir qui a ces pouvoirs et déterminer leur lieu de résidence. À notre avis, cette analyse doit accorder à ce facteur un niveau d'importance proportionnel aux effets du geste posé ou de la décision prise. Ainsi, dans les affaires *Laerstate* et *Smallwood*, tout comme dans l'affaire *Wood*, il s'agissait d'éviter l'impôt sur un gain provenant de la vente d'actions. Pour chacune de ces causes, l'élément déterminant était la vente des actions, nous ramenant ainsi à déterminer qui avait pris cette décision et de quel endroit il est un résident (affaire *Laerstate*).

Dans un contexte où les décisions concernent des transactions substantielles telles qu'une acquisition, le financement d'une société, la vente d'éléments d'actif ou la conclusion de contrats ayant des effets sur la société, ce genre de décisions doit, en règle générale, être approuvé par les administrateurs. Par conséquent, l'endroit où de telles décisions sont prises est déterminant.

2.2.4. Lieu où les décisions quotidiennes sont effectivement prises

Ce facteur fut mentionné par les commissaires spéciaux dans l'affaire *Wood*. Toutefois, il n'a été repris dans aucune autre des décisions, et ce, probablement à cause de la nature des activités des sociétés concernées. Toutefois, nous sommes d'avis que ce critère, bien qu'il puisse être soulevé lors d'une analyse, n'a pas un degré d'importance majeur.

2.3. LIGNES DIRECTRICES DES AUTORITÉS FISCALES BRITANNIQUES CONCERNANT LA RÉSIDENCE DES SOCIÉTÉS

Les autorités fiscales britanniques (« HMRC ») ont présenté un nouveau projet (« Guide ») en 2010 qui donne aux contribuables les lignes directrices concernant des situations où le statut de résidence ne sera pas contesté par les autorités fiscales britanniques. Considérant que la détermination de la résidence demeure une analyse factuelle, le HMRC est toutefois limité quant aux lignes directrices qu'il peut proposer¹⁰³. Toutefois, la jurisprudence a permis au HMRC de préciser certaines situations où il ne cherchera pas à déterminer si une société est résidente du Royaume-Uni.

Le Guide demeure clair sur le fait qu'une société est résidente de l'endroit où le centre de gestion centrale et de contrôle est situé tout en confirmant que cette conclusion ne peut être tirée uniquement sur la base de l'endroit où ont lieu les assemblées des administrateurs :

« The necessity of establishing a common standard for the treatment of different companies meant that the Courts were bound to arrive at a general principle to form an acceptable test of residence. As was noted in the *Unit Construction* case such a rule

“might have taken a variety of forms – the country of incorporation, the site of general meetings, the site of meetings of the directors’ board were all possible candidates for selection as the criterion. In fact, as we know, the principle was adopted that a company is resident where its central control and management abide...”

¹⁰³ Document tiré du site Internet des autorités fiscales britanniques : HM REVENUE & CUSTOMS, INTM120140, « Company Residence: Circumstances in which HMRC will not usually review residence – examples » (en ligne : <http://www.hmrc.gov.uk/international/intm120130-draft.pdf>).

There is therefore no assumption that central management and control must be found where the directors meet¹⁰⁴. »

Également, le HMRC est conscient que les lignes directrices sont restreintes à des situations où certaines circonstances sont présentes, par exemple¹⁰⁵ :

- la société doit être constituée en vertu d'une législation étrangère et doit être résidente de ce pays en vertu de son incorporation;
- il y a une convention fiscale entre le Royaume-Uni et ce pays qui inclut une règle de départage;
- la société est véritablement établie à l'endroit où elle réside;
- le centre de gestion et de contrôle de la société est en partie exercé lors des assemblées des administrateurs.

Or, sur la base de ces circonstances, le Guide établit neuf situations où le HMRC ne cherchera pas à déterminer si une société est résidente du Royaume-Uni :

- 1) Le conseil d'administration de la société a un membre qui est résident du Royaume-Uni tandis que tous les autres membres sont résidents soit du pays où la société a été constituée, soit d'un autre pays. Également, toutes les assemblées sont tenues à l'extérieur du Royaume-Uni;
- 2) Le conseil d'administration de la société a plus d'un membre qui est résident du Royaume-Uni, mais la majorité des membres du conseil d'administration sont soit résidents du pays où la société a été constituée, soit d'un autre pays. Également, toutes les assemblées sont tenues à l'extérieur du Royaume-Uni;
- 3) Similaire au point 2, mais à l'occasion (*isolated occasion*), la majorité des membres sont résidents du Royaume-Uni lors d'assemblées, et ce, parce qu'un ou que plusieurs des membres non résidents sont dans l'impossibilité d'y assister;

¹⁰⁴ *Id.*, document INTM120130.

¹⁰⁵ *Id.*, document INTM120150.

- 4) Les membres qui résident au Royaume-Uni sont dans la même situation qu'au point 1 ou 2, mais ces derniers assistent aux assemblées par téléphone ou téléconférence (*electronic link*);
- 5) La répartition des membres du conseil est similaire à la situation 1 ou 2, et la majorité des assemblées est tenue à l'extérieur du Royaume-Uni; toutefois, une petite proportion des assemblées, sans jamais être supérieure à une ou deux réunions, est tenue au Royaume-Uni;
- 6) Il y a une société qui agit à titre de société de gestion (« holding ») pour une société exploitante à l'étranger et qui est résidente de ce pays (excluant le Royaume-Uni). Les membres du conseil d'administration se réunissent dans le pays où le holding est incorporé ou dans le pays où la filiale est incorporée. Également, les membres résidents du Royaume-Uni doivent être minoritaires;
- 7) Les membres qui résident au Royaume-Uni sont dans la même situation que la situation 6, mais ces derniers assistent aux assemblées par téléphone ou téléconférence;
- 8) La situation est similaire aux points 6 et 7, et la majorité des assemblées est tenue à l'extérieur du Royaume-Uni; toutefois, une petite proportion des assemblées, sans jamais être supérieure à une ou deux réunions, est tenue au Royaume-Uni;
- 9) La majorité des administrateurs effectuent habituellement une partie importante de leurs fonctions au Royaume-Uni, mais ils quittent le Royaume-Uni pour assister aux assemblées. Dans un contexte semblable, le HMRC voudra examiner tous les faits pertinents afin de déterminer si oui ou non la société est résidente du Royaume-Uni.

Selon le HMRC, les situations mentionnées ne doivent pas être interprétées comme étant le nouveau critère à appliquer et qui serait basé uniquement sur le nombre d'assemblées tenues au Royaume-Uni par rapport à celles tenues à l'étranger. Le HMRC mentionne que l'application du critère de la décision *De Beers* implique une analyse des activités de la société et que les éléments pertinents serviront, par conséquent, à déterminer ce qui se passe lors des assemblées, mais également ce qui se passe entretemps¹⁰⁶.

¹⁰⁶ *Id.*, document INTM120160.

Les résultats de la réflexion du HMRC sur la résidence des sociétés considèrent certaines réalités modernes, telles les téléconférences, qui sont des modes appropriés afin d'assister à des conseils d'administration. Considérant que le principe sous-jacent à ces critères est basé sur la jurisprudence anglaise, il serait utile pour les praticiens canadiens de connaître la position de l'ARC concernant ces situations précises.

3. LES CONVENTIONS FISCALES

3.1. L'OBJECTIF DES CONVENTIONS FISCALES

Une convention fiscale est un traité bilatéral signé entre deux pays qui a pour objectifs d'éviter ou de réduire la double imposition lorsque le même revenu est imposé dans le pays de résidence du contribuable et dans le pays de la source du revenu, et ainsi de contrecarrer l'évitement fiscal. Elle permet donc à un contribuable d'alléger son fardeau fiscal tout en assurant une certaine équité quant au partage des revenus imposables entre les deux pays.

Cet instrument ne permet toutefois pas à un pays d'imposer un contribuable. Ce droit d'imposer une source de revenus doit venir du droit fiscal interne du pays. Par conséquent, le choix de se référer à une convention est optionnel pour le contribuable qui peut implicitement décider de ne pas s'y référer si le droit fiscal interne est à son avantage. Ainsi, avant d'analyser les articles d'une convention, nous devons toujours examiner les dispositions du droit fiscal interne susceptibles d'imposer ce type de revenus. À titre d'exemple, le paiement d'intérêts par une société canadienne en faveur d'une banque française sans lien de dépendance n'est plus assujéti à la retenue de 25 % en vertu de la partie XIII L.I.R.¹⁰⁷; il serait donc superflu de regarder l'application de la convention fiscale entre le Canada et la France dans un tel contexte.

Afin d'appliquer une convention fiscale en faveur d'un contribuable, il faut s'assurer que ce contribuable est résident d'au moins un des pays signataires de la convention¹⁰⁸. Habituellement, un contribuable sera, selon la convention, résident d'un pays contractant si, en vertu de la législation de

¹⁰⁷ Al. 212(1b) L.I.R.

¹⁰⁸ Il s'agit de la condition de base qui se retrouve généralement à l'article 1 des conventions, rédigé comme suit : La présente convention s'applique d'une façon générale aux personnes qui sont résidentes d'un État contractant ou des deux États contractants.

ce pays, il est assujéti à l'impôt dans ce pays, et ce, en raison de son domicile, de sa résidence, de sa citoyenneté, de son siège de direction, de son lieu de constitution ou de tout autre critère de nature analogue¹⁰⁹.

Ainsi, afin d'appliquer une convention fiscale, nous devons nous assurer de respecter deux principes, à savoir la « source » du revenu et la « résidence » du contribuable. En règle générale, le pays de la source du revenu impose ce dernier en vertu de son droit fiscal interne. Quant au principe de la résidence du contribuable, ce dernier est habituellement imposé sur ses revenus mondiaux, ce qui inclut ses revenus gagnés à l'étranger dans la mesure où il est résident de ce pays en vertu du droit fiscal interne. Dans la mesure où ces deux principes s'appliquent simultanément et que le revenu est, par conséquent, imposé dans les deux pays, il y a 1) application possible d'une convention fiscale afin d'éviter ou de réduire l'imposition et 2) s'il y a toujours une imposition, le pays de résidence peut accorder un CIÉ et une déduction, s'il y a lieu.

3.2. LE MODÈLE DE L'OCDE – LA NOTION DE « RÉSIDENT D'UN ÉTAT CONTRACTANT »

3.2.1. La règle de départage

L'article 1 du Modèle de l'OCDE vient établir les premiers paramètres de l'application des conventions fiscales mentionnant qu'elles s'appliquent à une personne qui est un résident d'un des pays contractants ou des deux pays contractants. Si l'application du paragraphe 4(1) du Modèle de l'OCDE détermine que la personne est résidente des deux pays contractants, les paragraphes 2 et 3 du modèle devraient réussir à départager en faveur de quel pays la personne est résidente pour l'application de la convention. Cette règle se nomme la règle du bris d'égalité ou de départage (*tie-breaker rules*). À titre d'exemple, une société pourrait être résidente d'un pays sur la base de sa constitution et être résidente d'un autre pays sur la base du centre de gestion centrale et de contrôle. Conséquemment, la règle du bris d'égalité permettra de déterminer de quel pays la société est résidente afin de bénéficier des avantages de la convention.

La règle de départage qui est retenue par le Modèle de l'OCDE concernant les sociétés fait référence à l'endroit où est situé son siège de direction effective, se basant sur un critère factuel. Toutefois, les conventions fiscales conclues entre les pays peuvent favoriser différentes

¹⁰⁹ Généralement défini au paragraphe 4(1) des conventions.

règles tel le lieu d'incorporation (test légal ou *de jure*), le siège de direction effective ou l'autorité compétente.

3.2.1.1. Le lieu d'incorporation

Selon les commentaires du Modèle de l'OCDE, l'incorporation ou le lieu de constitution ne serait pas une solution adéquate pour attacher de l'importance à un critère légal à titre de règle de bris d'égalité¹¹⁰. Cette position de l'OCDE, qui peut trouver réponse dans l'affaire *De Beers*, où Lord Loreburn, en traçant une analogie entre les individus et les sociétés, a mentionné qu'un individu peut avoir la nationalité d'un pays mais résider au Royaume-Uni, faisant référence implicitement à une certaine facilité de manipuler le véritable lieu de résidence.

En vertu de la Convention Canada–États-Unis, le lieu de constitution en vertu de la législation en vigueur d'un des pays est la première règle à appliquer afin de déterminer le pays de résidence d'une société. Également, comme solution de rechange, si la société n'est pas constituée selon les lois de l'un des deux pays, la détermination de la résidence serait renvoyée aux autorités compétentes du Canada et/ou des États-Unis¹¹¹. Afin de trancher la question d'un commun accord et à défaut d'un tel accord, la société ne serait résidente d'aucun des pays et ne pourrait tirer avantage des bénéfices de la convention.

3.2.1.2. Le siège de direction effective

Le Modèle de l'OCDE a adopté, comme critère de préférence pour les personnes, autres que les personnes physiques, la règle du siège de direction effective. Selon les commentaires de l'OCDE, le siège de direction effective s'entend du « lieu où sont prises, quant au fond, les décisions clés sur le plan de la gestion et sur le plan commercial qui sont nécessaires pour la conduite des activités de l'entité »¹¹². Le texte poursuit en mentionnant qu'en pratique, le siège de direction effective « sera d'ordinaire le lieu où la personne ou le groupe de personnes exerçant les fonctions les plus élevées [par exemple un

¹¹⁰ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *op. cit.*, note 1, commentaires, par. 4(22).

¹¹¹ L'autorité compétente au Canada est l'ARC. Quant aux États-Unis, il s'agit du secrétaire au Trésor ou son représentant – voir la définition d'« autorité compétente » au paragraphe 3(1) de la Convention Canada–États-Unis.

¹¹² ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *op. cit.*, note 1, commentaires, article 4, par. 24.

conseil d'administration] prend officiellement ses décisions ». L'objectif est donc de localiser l'endroit où les véritables actions et décisions concernant la société sont prises.

Selon les commentaires au Modèle de l'OCDE, une société peut avoir plusieurs sièges de direction, mais elle ne peut avoir qu'un seul siège de direction effective. Tel qu'il a été mentionné par un auteur¹¹³, cette position est logique dans le contexte du paragraphe 4(3) du Modèle de l'OCDE, autrement la règle du bris d'égalité ne briserait pas l'égalité¹¹⁴. Également, le paragraphe 4(3) du modèle mentionne que la société sera uniquement résidente du pays où le siège de direction effective est situé, ce qui n'apporte pas de solution si le siège de direction effective se retrouve dans tout autre pays. Le modèle ne propose aucune option ou règle qui viendrait réputer la société résidente de l'un des deux pays signataires à la convention. Il pourrait également établir que la société n'est résidente d'aucun des pays signataires à la convention tel qu'il est mentionné au paragraphe IV(3) de la Convention Canada-États-Unis. Par conséquent, l'explication logique est de conclure que la société ne serait résidente d'aucun des pays.

Cette situation provenant du Modèle de l'OCDE peut sembler étrange puisque la société, par ses liens avec un autre pays, viendrait perdre tous les avantages découlant de l'application de la convention tout en étant pleinement imposée dans les deux pays. La solution que nous préconisons est que le Modèle de l'OCDE devrait suggérer de se référer aux autorités compétentes des deux pays¹¹⁵.

3.2.1.3. L'autorité compétente

L'autorité compétente est l'une des règles de solution pouvant être proposée dans un contexte de double résidence. Cette règle suggère beaucoup plus de flexibilité que le critère factuel ou le critère légal puisqu'elle propose aux pays, dans le cadre de négociations, de trancher la question de la résidence d'une société afin de trouver une solution.

Le Canada a intégré dans près de la moitié de ses conventions fiscales un processus de négociation avec les autorités compétentes de l'autre pays visant à résoudre les situations de double résidence et de double

¹¹³ R. COUZIN, *op. cit.*, note 1.

¹¹⁴ *Id.*, p. 171.

¹¹⁵ *Id.*, p. 168.

imposition¹¹⁶. Tel qu'il a été mentionné précédemment, la Convention Canada–États-Unis a, quant à elle, intégré à sa règle de départage la référence aux autorités compétentes si la société n'était pas constituée en vertu des lois canadiennes ou américaines.

Le processus prévoit généralement que lorsqu'une personne estime que les mesures prises par un pays ou par les deux pays entraînent ou entraîneront pour elle une double imposition, elle peut soumettre son cas à l'autorité compétente de son pays de résidence. Cette autorité compétente est tenue, si la demande lui paraît justifiée, de régler celle-ci de façon unilatérale et si elle n'est pas elle-même en mesure d'arriver à une solution satisfaisante, elle s'efforcera de résoudre le cas par voie d'accord à l'amiable avec l'autorité compétente de l'autre pays¹¹⁷.

3.3. LE CANADA ET SES CONVENTIONS FISCALES

À ce jour, le Canada a conclu et signé 87 conventions fiscales et a signé neuf nouvelles conventions qui ne sont toujours pas en vigueur. Tel qu'il est répertorié dans l'annexe du présent texte, le Canada a adopté avec les autres pays signataires trois approches dans le cadre de la règle de départage afin de statuer sur le pays de résidence d'une société aux fins de l'application de la convention fiscale :

- le lieu d'incorporation/constitution et sinon, le siège de direction effective (Afrique du Sud, Espagne, États-Unis, Hongrie, Russie, Venezuela, etc.);
- l'autorité compétente uniquement (Allemagne, Belgique, Brésil, Chine, France, Inde, Italie, Luxembourg, Royaume-Uni, etc.);
- le lieu d'incorporation/constitution uniquement (Chili, Émirats Arabes Unis, Koweït, Lettonie, etc.)

Au cœur de toutes ces conventions fiscales, celle qui est, de loin, la plus importante demeure sans aucun doute celle entre le Canada et les États-Unis, et ce, en raison de l'importance de nos échanges commerciaux, ce qui fait en

¹¹⁶ L'annexe du présent texte vient répertorier la ou les règles de départage applicables aux conventions fiscales conclues par le Canada.

¹¹⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information 71-17R5*, « Directive sur l'aide donnée par l'autorité compétente en vertu des conventions fiscales du Canada », 1^{er} janvier 2005.

sorte que cette convention est constamment utilisée afin de déterminer les conséquences fiscales des sociétés résidentes d'au moins un des pays, en tenant compte des dispositions relatives aux restrictions apportées aux avantages de la convention¹¹⁸.

3.4. NOUVELLES RÉALITÉS D'AFFAIRES – PROBLÉMATIQUES POSSIBLES

De nouvelles réalités d'affaires peuvent amener un degré de complication dans le cadre de l'analyse du concept de résidence. En effet, certaines sociétés peuvent avoir pignon dans plusieurs administrations, amenant ainsi les administrateurs à se déplacer dans le cadre de la gestion de la société.

À titre d'exemple, depuis la fusion des activités commerciales d'Air France et de KLM en 2004, des décisions pourraient être prises au sein d'administrations différentes, soit en France, soit aux Pays-Bas, pouvant provoquer certaines interrogations quant à la détermination du centre de gestion centrale et de contrôle. Afin de régler cette situation particulière, les autorités fiscales françaises et néerlandaises ont modifié leur convention fiscale pour déterminer le champ de taxation pour chacun des pays¹¹⁹.

Également, la mondialisation des marchés, les accords de libre-échange ainsi que les accords européens peuvent, dans certaines circonstances, créer une libéralisation des activités d'affaires d'une société et rendre plus complexe la détermination du lieu de résidence. Ainsi, il est de plus en plus fréquent que les groupes ayant des activités mondiales gèrent leurs entreprises en fonction de régions telles que l'Amérique du Nord, l'Europe, etc. Il en résulte donc que le concept de résidence dans un pays donné devient beaucoup moins pertinent.

La mobilité du personnel de direction et les moyens de communication (par exemple : téléphone, conférence via Internet, Skype) sont des facteurs à prendre en considération pour déterminer la résidence. Ainsi, dans certains cas, il peut être impossible d'ancrer la résidence d'une société dans un pays donné, mais plutôt dans plusieurs pays qui peuvent varier dans le temps. Pour le moment, toutefois, le nombre de regroupements qui a un tel rayonnement international est limité. Néanmoins, les technologies à coût

¹¹⁸ Article XXIX-A de la Convention Canada-États-Unis.

¹¹⁹ Article 8 et disposition VI de la section « protocole » de la Convention entre le gouvernement de la République française et le gouvernement du Royaume des Pays-Bas.

modique (Internet et Skype) permettent maintenant à une entreprise moyenne d'avoir un conseil d'administration avec des membres dans plusieurs pays qui se rencontrent très rarement dans un endroit donné. Si les entreprises évoluent de plus en plus en ce sens, il faudra probablement revoir le concept de centre de gestion et de contrôle afin de l'adapter à une nouvelle réalité.

CONCLUSION

Dans le contexte fiscal canadien, la notion de résidence et le centre de gestion et de contrôle sont des considérations importantes pour les entreprises canadiennes qui ont des activités à l'étranger.

Dans le passé, il était primordial pour une société canadienne de pouvoir gagner son bénéfice d'exploitation à l'étranger par l'intermédiaire d'une SÉA résidente dans le pays d'incorporation en raison du fait que les taux d'imposition canadiens étaient très élevés comparativement à ceux de nos partenaires économiques puisqu'un groupe canadien pouvait bénéficier du taux plus faible dans les autres pays en raison du régime de détaxation des dividendes à même le surplus exonéré. Aujourd'hui, avec la réduction des taux d'impôt de sociétés par actions au Canada, il est fréquent que le taux d'impôt à l'étranger soit égal ou supérieur au taux canadien. Ainsi, si une SÉA était résidente du Canada en vertu de la common law et de la convention fiscale pertinente, il est probable, pour une entité exploitante, que le taux d'impôt effectif soit le même que si la SÉA résidait dans le pays où elle est constituée et exploite son entreprise (il en résulterait toutefois un fardeau administratif important du fait que des déclarations de revenus canadiennes et étrangères doivent être produites). Dans un tel contexte, on peut se demander si le concept de résidence continue d'être pertinent. En effet, il est probable que le Canada pourrait adopter un système de taxation territoriale classique par lequel les activités avec un *nexus* économique et commercial à l'extérieur du Canada ne seraient pas taxées au Canada, peu importe la résidence de la société qui exploite l'entreprise à l'étranger. D'ailleurs, le Royaume-Uni entame une réflexion dans ce sens en envisageant de délaissier son droit de taxer les succursales étrangères ainsi que les filiales étrangères ayant leurs activités économiques à l'extérieur du Royaume-Uni. Une telle approche aurait pour conséquence que la notion de résidence d'une société ne serait plus pertinente. De plus, pour certains contribuables qui sont souvent obligés d'exploiter des succursales (par exemple, les sociétés de conseil en ingénierie), une telle modification éliminerait un fardeau de conformité considérable.

ANNEXE

Pays		Règle de bris d'égalité
1	Afrique du Sud	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, le siège de direction effective
2	Algérie	Autorité compétente
3	Allemagne	Autorité compétente
5	Argentine	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, le siège de direction effective
6	Arménie	Autorité compétente
7	Australie	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, le siège de direction effective
8	Autriche	Autorité compétente
9	Azerbaïdjan	Autorité compétente
10	Bangladesh	Autorité compétente
11	Barbade	Autorité compétente
12	Belgique	Autorité compétente
13	Brésil	Autorité compétente
14	Bulgarie	Autorité compétente
15	Cameroun	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, le siège de direction effective
16	Chili	Lieu d'incorporation
17	Chine (P.R.C.)	Autorité compétente
18	Chypre	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, le siège de direction effective
19	Corée (R.O.K.)	Autorité compétente
20	Côte d'Ivoire	Autorité compétente
21	Croatie	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, le siège de direction effective
22	Danemark	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, le siège de direction effective
24	Égypte	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, le siège de direction effective
25	Émirats Arabes Unis	Lieu d'incorporation
26	Équateur	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, l'autorité compétente

Pays		Règle de bris d'égalité
27	Espagne	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, le siège de direction effective
28	Estonie	Lieu d'incorporation
29	États-Unis	Lieu d'incorporation
30	Finlande	Lieu d'incorporation
31	France	Autorité compétente
32	Gabon	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, le siège de direction effective
36	Guyane	Autorité compétente
38	Hongrie	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, le siège de direction effective
39	Inde	Autorité compétente
40	Indonésie	Autorité compétente
41	Irlande	Autorité compétente
42	Islande	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, le siège de direction effective
43	Israël	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, le siège de direction effective
44	Italie	Autorité compétente
45	Jamaïque	Autorité compétente
46	Japon	Autorité compétente
47	Jordanie	Autorité compétente
48	Kazakhstan	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, le siège de direction effective
49	Kenya	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, l'autorité compétente
50	Kirghizistan	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, le siège de direction effective
51	Koweït	Lieu d'incorporation
52	Lettonie	Lieu d'incorporation
53	Lituanie	Lieu d'incorporation
54	Luxembourg	Autorité compétente
55	Malaisie	Autorité compétente
56	Malte	Autorité compétente
57	Maroc	Autorité compétente

Pays		Règle de bris d'égalité
58	Mexique	Autorité compétente
59	Moldavie	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, le siège de direction effective
60	Mongolie	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, le siège de direction effective
61	Nigeria	Lieu d'incorporation
62	Norvège	Autorité compétente
63	Nouvelle-Guinée Papouasie	Lieu d'incorporation
64	Nouvelle-Zélande	Autorité compétente
65	Oman	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, le siège de direction effective
66	Ouzbékistan	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, le siège de direction effective
67	Pakistan	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, le siège de direction effective
68	Pays-Bas	Autorité compétente
69	Pérou	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, l'autorité compétente
69	Philippines	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, l'autorité compétente
70	Pologne	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, le siège de direction effective
71	Portugal	Autorité compétente
72	République Tchèque	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, l'autorité compétente
73	République Dominicaine	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, le siège de direction effective
74	Roumanie	Autorité compétente
75	Royaume-Uni	Autorité compétente
76	Russie	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, le siège de direction effective
79	Sénégal	Autorité compétente

	Pays	Règle de bris d'égalité
80	Singapour	Autorité compétente
81	Slovaquie	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, le siège de direction effective
82	Slovénie	Lieu d'incorporation
83	Sri Lanka	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, le siège de direction effective
85	Suède	Autorité compétente
86	Suisse	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, l'autorité compétente
88	Tanzanie	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, le siège de direction effective
89	Thaïlande	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, le siège de direction effective
90	Trinidad et Tobago	Autorité compétente
91	Tunisie	Autorité compétente
93	Ukraine	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, le siège de direction effective
96	Venezuela	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, le siège de direction effective
97	Vietnam	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, le siège de direction effective
98	Zambie	Autorité compétente
99	Zimbabwe	Lieu d'incorporation Si la société n'a été constituée ou créée dans aucun des États contractants, le siège de direction effective

**NOUVEAUTÉS À SURVEILLER
EN FISCALITÉ INTERNATIONALE**



Nicolas Legault
CMA, M. Fisc., associé,
fiscalité internationale
Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.



Philippe-Antoine Morin
Avocat, D. Fisc.
Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

1.	AMENDEMENTS À LA DÉFINITION DE « BIEN CANADIEN IMPOSABLE » ET MODIFICATIONS CONNEXES	9:3
2.	ACCORD D'ÉCHANGE DE RENSEIGNEMENTS FISCAUX	9:6
3.	GÉNÉRATEUR DE CRÉDIT D'IMPÔT ÉTRANGER.....	9:9
4.	DIVERSES NOUVEAUTÉS D'INTÉRÊT	9:15
4.1.	PRIX DE TRANSFERT.....	9:15
4.1.1.	Révision des Principes de l'OCDE en matière de prix de transfert.....	9:15
4.1.2.	Jurisprudence.....	9:20

4.2. CINQUIÈME PROTOCOLE À L'ÉGARD DE LA *CONVENTION FISCAL*
ENTRE LE CANADA ET LES ÉTATS-UNIS (CLAUSE SUR LES ENTITÉS HYBRIDES) 9:29

4.3. RÈGLES SUR LES ENTITÉS DE PLACEMENT ÉTRANGÈRES 9:30

Le présent texte a pour objet de faire un bref tour d'horizon des nouveautés en matière de fiscalité internationale. Bien que les 12 derniers mois aient été moins fertiles en faits nouveaux que l'année qui les a précédés, un certain nombre d'éléments requièrent notre attention, et ce, tant à l'égard de planification fiscale que des pièges à éviter.

Certaines nouveautés ont été brièvement abordées par d'autres conférenciers dans le cadre du Congrès 2010, notamment en ce qui a trait au concept de résidence des sociétés et à la notion d'établissement stable. En conséquence, le présent texte traitera sommairement des développements récents suivants :

- les amendements à la définition de « bien canadien imposable » et modifications connexes;
- les récents développements relatifs aux accords d'échange de renseignements fiscaux (« AÉRF »);
- les générateurs de crédit d'impôt étranger;
- diverses nouveautés d'intérêt.

1. AMENDEMENTS À LA DÉFINITION DE « BIEN CANADIEN IMPOSABLE » ET MODIFICATIONS CONNEXES

En vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹, un non-résident est assujetti à l'impôt sur le revenu canadien² s'il 1) est employé au Canada, 2) exploite une entreprise au Canada ou 3) dispose d'un bien canadien imposable. En vertu des règles en vigueur en date du 4 mars 2010, les actions d'une société privée résidente du Canada constituaient des biens canadiens imposables. De plus, les actions cotées à une Bourse de valeurs désignée constituaient aussi des biens canadiens imposables si leur détenteur, seul ou avec des personnes avec lesquelles il a un lien de dépendance, détenait 25 % ou plus des actions de n'importe quelle catégorie d'actions de la société à un moment quelconque au cours de la période de 60 mois qui précède la disposition. En conséquence, la disposition d'actions décrite précédemment par un vendeur non résident du Canada faisait en sorte que celui-ci devait produire l'avis requis en vertu de l'article 116 L.I.R. et pouvait être assujetti à l'impôt sur le

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

² En vertu du paragraphe 2(3) L.I.R.

revenu canadien à l'égard du gain en capital réalisé aux fins de la disposition, à moins qu'il ne soit résident d'un pays ayant conclu une convention fiscale avec le Canada où le gain en capital est protégé contre l'impôt canadien. De plus, dans certaines circonstances, une déclaration de revenus canadienne devait être produite à l'égard de ladite disposition.

Ces exigences ont engendré des coûts et des obstacles administratifs importants pour les investisseurs non résidents, et particulièrement les fonds d'investissement privés. En effet, ces fonds, qui sont généralement constitués en société de personnes avec un nombre élevé d'associés, devaient fournir de l'information à l'égard de chacun des associés afin d'obtenir le certificat prévu à l'article 116 L.I.R.

Le Budget fédéral du 4 mars 2010³ a introduit une modification longuement attendue à la définition de « bien canadien imposable »⁴ en réduisant la portée de cette définition. En conséquence, il s'agit d'une bonne nouvelle pour les investisseurs étrangers qui verront leurs obligations canadiennes de conformité fiscale réduites considérablement. De manière générale, un bien canadien imposable consiste désormais en l'un ou l'autre des éléments suivants :

- un bien immeuble canadien (y compris un avoir minier);
- un bien utilisé dans le cadre d'une entreprise exploitée au Canada;
- les biens d'assurance désignés d'assureurs;
- les actions (ou les participations dans des fiducies ou des sociétés de personnes) qui constituent des intérêts dans des biens immeubles.

Les options permettant d'acquérir ces types de biens constitueront également des biens canadiens imposables.

Ainsi, en vertu de la législation amendée, une action constituera généralement un intérêt dans des biens immeubles à un moment déterminé seulement dans la mesure où, à ce moment donné ou à tout moment au cours

³ Les modifications proposées à la définition de « bien canadien imposable » dans le cadre du budget fédéral du 4 mars 2010 ont obtenu la sanction royale le 12 juillet 2010 par l'adoption du Projet de loi C-9.

⁴ Comme il est défini au paragraphe 248(1) L.I.R.

des 60 mois précédents, plus de 50 % de sa juste valeur marchande a été dérivée, directement ou indirectement, de biens immeubles canadiens tels que :

- des biens immeubles ou réels situés au Canada;
- des avoirs miniers canadiens;
- des avoirs forestiers;
- des options ou des intérêts sur les biens qui précèdent.

Cette période rétrospective de 60 mois est importante et exigera une vérification diligente poussée dans le cadre de transactions. Cette période pourra aussi constituer un piège pour les non-avertis lorsque les actions auront fait l'objet d'un transfert et que le choix du paragraphe 85(1) L.I.R. aura été effectué.

En effet, le budget proposait également de modifier diverses dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui prévoient que les actions reçues en contrepartie de la disposition de biens canadiens imposables soient elles-mêmes des biens canadiens imposables. Ainsi, le nouvel alinéa 85(1*i*) L.I.R. se lit comme suit :

« Lorsqu'un contribuable a disposé, au cours d'une année d'imposition, d'un bien admissible en faveur d'une société canadienne imposable et pour une contrepartie comprenant des actions du capital-actions de la société, et que le contribuable et la société en ont fait le choix sur le formulaire prescrit et conformément au paragraphe (6), les règles suivantes s'appliquent : [...]

i) lorsque le bien dont il a été ainsi disposé est un bien canadien imposable du contribuable, la totalité des actions du capital-actions de la société canadienne qu'il a reçues en contrepartie du bien sont réputées être, à tout moment de la période de 60 mois suivant la disposition, des biens canadiens imposables lui appartenant. »

Tel que l'on peut le constater à la lecture du libellé de cette disposition, les actions de sociétés privées, se qualifiant de biens canadiens imposables en raison du fait qu'au cours des 60 derniers mois leurs valeurs étaient dérivées principalement de biens immobiliers et faisant l'objet d'un transfert dans le cadre d'une réorganisation d'entreprise où le choix du paragraphe 85(1) L.I.R. aurait été utilisé, demeureront des biens canadiens imposables pour une période additionnelle de 60 mois.

En somme, cet allègement servira à attirer plus facilement le capital de risque étranger au Canada par le truchement de sociétés de capital privées et de sociétés de capital de risque étrangères en éliminant l'obligation d'obtenir un certificat de conformité par le non-résident au moment de la disposition de son placement. En pratique, il n'y aura pas de conséquence majeure sur l'assiette fiscale canadienne puisque le gain réalisé au moment de la disposition d'actions de sociétés privées dont la valeur ne provient pas principalement d'immeubles réels situés au Canada est généralement protégé par une convention fiscale conclue entre le Canada et la juridiction de résidence de l'investisseur.

Cependant, les amendements à la définition de bien canadien imposable seront profitables à un certain nombre d'investisseurs non résidents en exemptant généralement de l'impôt sur le revenu canadien 1) les personnes qui résident dans des pays n'ayant pas signé de convention fiscale avec le Canada, 2) les personnes qui résident dans un pays (le Japon, l'Australie ou la Nouvelle-Zélande, par exemple) ayant signé avec le Canada une convention fiscale qui n'exempte pas de l'impôt canadien les gains réalisés sur la disposition d'actions de sociétés résidentes du Canada et 3) les personnes qui résident dans un pays signataire d'une convention fiscale mais qui n'auraient pas le droit autrement de se prévaloir des avantages conférés par la convention fiscale en question.

En conclusion, il importe de mentionner que ces règles sont applicables pour les dispositions réalisées après le 4 mars 2010. De plus, le ministère des Finances du Québec a confirmé dans son Budget du 30 mars 2010 qu'il s'harmonisera avec ces mesures.

2. ACCORD D'ÉCHANGE DE RENSEIGNEMENTS FISCAUX

Le Budget fédéral du 19 mars 2007 a annoncé l'introduction de mesures relatives aux AÉRF en vue d'inciter les gouvernements étrangers n'ayant pas conclu de convention fiscale avec le Canada à conclure un AÉRF afin que les sociétés étrangères affiliées (« SÉA ») de résidents canadiens exploitant une entreprise dans une telle juridiction puissent bénéficier d'un régime fiscal favorable. Le présent texte se veut une mise à jour des ententes conclues depuis l'annonce et des dernières nouveautés en la matière. Pour une revue des mesures proposées originalement, on se référera au texte

publié dans le cadre du Congrès 2009⁵ de l'Association de planification fiscale et financière (« APFF »).

AÉRF conclus depuis le Congrès 2009 de l'APFF

Le ministère des Finances a été assez prolifique entre octobre 2009 et la fin de l'année 2010 relativement à la conclusion d'AÉRF avec de nouvelles juridictions. À cet effet, se trouve ci-après un tableau indiquant les AÉRF conclus au cours de cette période ainsi que les juridictions avec lesquelles des négociations ont été entamées :

AÉRF conclus

Juridiction	Date de conclusion
Bermudes	14 juin 2010
Saint-Kitts-et-Nevis	14 juin 2010
Bahamas	17 juin 2010
Sainte-Lucie	18 juin 2010
Îles Turks et Caicos	22 juin 2010
Saint-Vincent-et-les-Grenadines	22 juin 2010
Îles Caïmans	24 juin 2010
Dominique	29 juin 2010
Saint-Marin	17 novembre 2010
Anguilla	17 novembre 2010

Négociations entamées pour des AÉRF

Juridiction	Date du début des négociations
Liberia	14 juin 2010
Liechtenstein	22 juillet 2010
Belize	22 juillet 2010
Brunei	22 juillet 2010
Vanuatu	22 octobre 2010
Îles Cook	22 octobre 2010

⁵ Nicolas LEGAULT, « Nouveautés à surveiller en fiscalité internationale », dans *Congrès 2009*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, pp. 40:1-20.

À ce jour, seul l'AÉRF conclu avec les Antilles néerlandaises est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011.

Problématiques issues des mesures proposées

Dans le cadre des mesures relatives aux AÉRF, la définition de « pays désigné » a été élargie afin d'englober un pays avec lequel le Canada a conclu un AÉRF. Ainsi, le revenu net tiré d'une entreprise exploitée activement par une SÉA dans un tel pays sera inclus dans le surplus exonéré plutôt que dans le surplus imposable. L'élargissement du régime de surplus exonéré, pour y inclure les pays ayant conclu un AÉRF, permettra de nouvelles possibilités de planification pour les opérations étrangères de multinationales canadiennes. Auparavant, seuls les pays ayant conclu une convention fiscale avec le Canada pouvaient faire partie des pays désignés.

L'élargissement de la définition de « pays désigné » entraîne aussi une certaine inégalité, ou un double standard, entre les juridictions ayant conclu un AÉRF et celles ayant conclu une convention fiscale avec le Canada. En effet, en vertu de la définition de « pays désigné » prévue au paragraphe 5907(11) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*⁶, un pays souverain ou un territoire constitue un pays désigné, pour une année d'imposition d'une SÉA d'une société, s'il a conclu une convention fiscale visant l'élimination de la double imposition ou un AÉRF avec le Canada. Ainsi, une SÉA d'une société canadienne exploitant une entreprise activement dans une juridiction étrangère ayant conclu un AÉRF avec le Canada pourra inclure son revenu net dans le surplus exonéré et bénéficier du traitement fiscal favorable si celle-ci réside dans cette juridiction étrangère.

Cependant, il en est tout autrement pour une SÉA exploitant une entreprise activement dans une juridiction ayant conclu une convention fiscale avec le Canada. En effet, une condition additionnelle doit être remplie afin de bénéficier du traitement fiscal favorable lié au surplus exonéré. Le paragraphe 5907(11.2) R.I.R. prévoit qu'une SÉA peut être résidente d'un pays désigné si le Canada a conclu une convention fiscale avec ce pays et que les diverses dispositions de la convention ne l'excluent pas. En conséquence, la SÉA doit être résidente du pays désigné en vertu des principes de common law et des règles énoncées dans la convention fiscale applicable.

⁶ C.R.C., 1978, ch. 945 et mod. (« R.I.R. »).

À la lumière de ce qui précède, nous pouvons nous interroger quant à la politique fiscale sous-jacente liée à l'introduction de ces incitatifs fiscaux pour les juridictions ayant conclu un AÉRF avec le Canada, alors que les SÉA résidentes de juridictions ayant conclu une convention fiscale exhaustive visant l'élimination de la double imposition doivent répondre à un standard plus élevé afin de bénéficier du régime de surplus exonéré.

3. GÉNÉRATEUR DE CRÉDIT D'IMPÔT ÉTRANGER

Le Budget fédéral de mars 2010 prévoyait de nouvelles mesures fiscales concernant certains stratagèmes engendrant artificiellement des crédits d'impôt étranger. En effet, puisque les pays étrangers peuvent aussi imposer le revenu gagné sur leur territoire par un résident canadien, le Canada accorde généralement un crédit d'impôt au titre de l'impôt étranger (« CIÉ ») payé sur ce revenu. De tels allègements sont aussi accordés aux sociétés canadiennes qui ont des SÉA qui génèrent du revenu étranger accumulé tiré de bien (« REATB ») par le truchement des mécanismes de l'impôt étranger accumulé (« IÉA ») et du montant intrinsèque d'impôt étranger (« MIIÉ ») dans le cas de distributions de dividendes à même le surplus imposable.

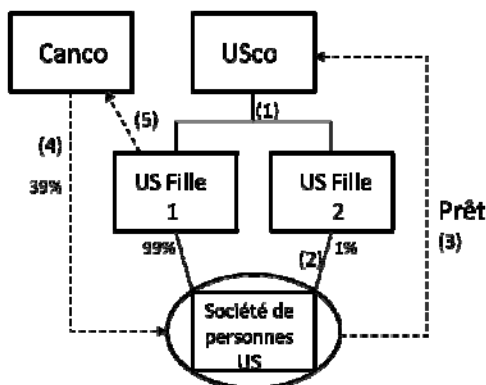
Dès lors, les autorités fiscales ont observé un certain nombre de procédés visant essentiellement à tirer profit de l'asymétrie, entre les lois fiscales du Canada et celles d'un pays étranger, dans la qualification directe ou indirecte de la société canadienne dans une entité étrangère qui gagne le revenu assujéti à l'impôt étranger. La résultante de ces stratagèmes était que ces contribuables engendraient artificiellement un impôt étranger que la société canadienne réclamait à titre de CIÉ, ou déduisait à titre d'IÉA ou de MIIÉ, afin de réduire l'impôt au Canada payable par ailleurs.

De manière générale, les propositions annoncées dans le budget cherchaient à atteindre cet objectif en refusant des allègements par ailleurs applicables sous forme de CIÉ en vertu du paragraphe 126(4.11) L.I.R., de déductions pour IÉA en vertu du nouveau paragraphe 91(4.1) L.I.R., et de déductions pour le MIIÉ en vertu du nouveau paragraphe 5907(1.03) R.I.R., et les dispositions connexes pour chaque cas. Toutefois, ces allègements ne seraient refusés qu'en présence de ce qui pourrait être décrit comme une « non-concordance de propriétés » dans la chaîne de propriétés ou d'entités entre le contribuable et l'impôt étranger.

Ce type de stratagème peut être difficile à comprendre sans un exemple illustré. Nous vous présentons donc brièvement un exemple de planification utilisée qui a été décrit par le ministère des Finances au congrès 2010 de

l'Association fiscale internationale (IFA) afin d'illustrer l'application des nouvelles mesures.

Illustration 1 – Générateur de crédit d'impôt (structure)



De façon sommaire, les étapes suivantes ont été effectuées afin de structurer les opérations :

- 1) USco investit du capital dans chacune de ses filiales, soit US Fille 1 et 2;
- 2) Chacune des filiales US Fille 1 et 2 capitalise la société de personnes américaine (« USSP ») à hauteur de respectivement 99 % et 1 %;
- 3) USSP prête les capitaux obtenus de US Fille 1 et 2 à USco;
- 4) Canco achète une participation (39 %) dans USSP de US Fille 1 en contrepartie d'un paiement comptant (soit un « REPO »);
- 5) Simultanément, US Fille 1 prête un montant équivalent au prix d'achat de la participation dans USSP à Canco et Canco conclut une entente de vente future de la participation (*forward sale agreement*) de USSP avec US Fille 1.

Conséquences fiscales

En procédant de la sorte, au point de vue de la fiscalité américaine, il y a une déduction d'intérêt pour USco et un impôt pour USSP qui effectue le choix d'être considérée comme une société aux fins de la fiscalité américaine et ne consolide pas ses revenus et dépenses avec d'autres sociétés du groupe. En ce qui a trait à US Fille 1, les opérations effectuées sont neutres à l'égard des revenus et des dépenses d'intérêt. Ainsi, du point de vue américain, le prix d'achat payé par Canco est considéré comme un prêt à US Fille 1 faisant

en sorte que US Fille 1 est toujours considérée comme détenant la totalité de la participation dans USSP, soit 99 %.

Cependant, au point de vue de la fiscalité canadienne, il y a un revenu d'intérêt imposable provenant de USSP en raison des intérêts payés par USco. La dépense d'intérêt payée par Canco à US Fille 1 suivant le prêt effectué à l'étape 5 est déductible du revenu de Canco en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. Un montant d'impôt sur le revenu américain payé par USSP sera alloué à Canco en proportion de sa participation, ce qui lui permettra de réclamer un crédit d'impôt étranger à cet égard. En conséquence et de manière globale, la déduction d'intérêt payée à US Fille 1 annulera l'inclusion de la portion du revenu attribué à Canco par USSP et permettra à Canco d'utiliser le CIÉ à l'encontre de revenu gagné par ailleurs.

Application des dispositions législatives proposées

Tel qu'il a été mentionné précédemment, les propositions annoncées dans le budget avaient pour objet de contrer les stratagèmes visant à hausser artificiellement les CIÉ. Ainsi, afin d'atteindre cet objectif, trois mesures sont proposées, soit :

- 1) En vertu du paragraphe 126(4.11) L.I.R., qu'aucun CIÉ ne soit disponible au titre de l'impôt étranger sur le revenu tiré ou non d'une entreprise applicable au revenu d'une société de personnes si la part du revenu de la société de personnes qui revient au contribuable en vertu de la législation fiscale du pays étranger est inférieure à la part de ce revenu qui lui revient pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.
- 2) En vertu du paragraphe 91(4.1) L.I.R., l'IEA et l'IEA visé par règlement ne comprendront pas l'impôt étranger payé si, selon la législation fiscale du pays étranger, i) la part du revenu de la société de personnes qui revient à tout associé de celle-ci qui réside au Canada est inférieure à la part de ce revenu qui lui revient pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ou ii) la détention d'actions du contribuable dans une SÉA (dans laquelle il a un pourcentage d'intérêt) est considérée comme étant moindre qu'en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.
- 3) Finalement, en vertu du paragraphe 5907(1.03) R.I.R., le MIIÉ et les paiements compensatoires qui l'augmentent ne comprendront aucune somme relativement au revenu gagné ou à un dividende reçu par une SÉA d'une société si, selon la législation fiscale du pays étranger en cause, i) la part qui revient à la société du revenu de la société de personnes est inférieure à la part de ce revenu qui lui revient pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ou ii) la détention d'actions du contribuable dans une SÉA (dans laquelle il a un

pourcentage d'intérêt) est considérée comme étant moindre qu'en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

En somme, les paragraphes 91(4.1) L.I.R. et 5907(1.03) R.I.R. visent essentiellement des situations où un contribuable est considéré, selon la législation étrangère, comme étant propriétaire de moins que la totalité des actions d'une SÉA qui sont considérées comme étant sa propriété en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Pour sa part, le paragraphe 126(4.1) L.I.R. vise des situations où la part du revenu du contribuable est, selon la législation étrangère, considérée comme étant inférieure à celle qui lui revient en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

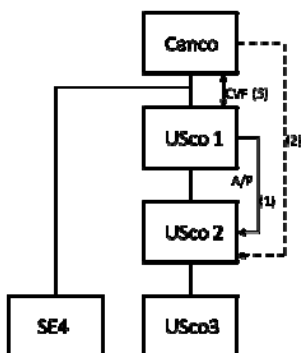
À cet égard, le ministère des Finances a déposé en août 2010 des propositions législatives fiscales à des fins de consultation⁷, dont certaines ont trait aux générateurs de CIÉ. En vertu des propositions révisées, la même approche est utilisée pour refuser des CIÉ ainsi que des déductions pour l'IEA et le MIIÉ, par ailleurs applicables. Néanmoins, une exigence est imposée pour les CIÉ seulement, soit que la non-concordance de propriété doit se situer au sein de la chaîne de propriétés ou d'entités en question. Ainsi, selon les propositions révisées, les CIÉ ainsi que les déductions pour l'IEA et le MIIÉ peuvent être refusés même si absolument aucun lien fonctionnel ou structurel ni aucune relation fonctionnelle ou structurelle n'existent entre la non-concordance de propriété et l'impôt étranger correspondant.

De plus, conformément aux propositions révisées, il se peut que le montant des CIÉ ainsi que des déductions pour l'IEA ou le MIIÉ pouvant être refusés n'ait absolument aucun lien avec le montant de tout avantage fiscal correspondant lié à une entente de générateurs de CIÉ. En effet, il est possible de démontrer objectivement que les propositions révisées, telles qu'elles sont rédigées, pourraient s'appliquer même dans des circonstances où la non-concordance de propriété est causée par une entente qui permet simplement de diminuer l'IEA et le MIIÉ (en réduisant les impôts étrangers) et ainsi d'augmenter l'impôt payable en vertu de la loi sur le revenu correspondant, dans ce que l'on pourrait qualifier de « générateur de CIÉ inverse », ce qui produit un résultat pouvant difficilement être considéré comme allant à l'encontre du système fiscal canadien.

⁷ CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives concernant la Loi de l'impôt sur le revenu, la Loi sur le droit pour la sécurité des passagers du transport aérien, la Loi de 2001 sur l'accise et la Loi sur la taxe d'accise*, publiées avec le *Communiqué* 2010-074, « Le gouvernement du Canada publie des propositions législatives fiscales aux fins de consultation », Ottawa, 27 août 2010.

Il est également possible de démontrer que ces propositions peuvent entraîner non seulement une double imposition, mais aussi une double imposition de l'impôt canadien, par exemple lorsque le RÉATB provient de sources canadiennes et qu'il est déjà assujéti à l'impôt canadien dans les mains d'une SÉA contrôlée, puisque l'IÉA et le MIIÉ peuvent inclure des impôts canadiens. Prenons l'exemple d'une planification de type « REPO » afin d'illustrer l'incidence des propositions législatives révisées.

Illustration 2 – REPO touché par les nouvelles mesures



De façon sommaire, les étapes suivantes ont été effectuées afin de structurer les opérations :

- 1) USco 2 émet des actions privilégiées à USco 1;
- 2) USco 1 vend les actions privilégiées à Canco;
- 3) Au même moment de la vente, Canco convient de revendre les actions privilégiées à USco 1 ultérieurement à une date et à un prix déterminés (contrat de vente future).

Conséquences fiscales

En vertu des règles fiscales américaines, Canco est considérée comme ayant prêté un montant à USco 1 et ne pas être le propriétaire des actions privilégiées de USco 2. Cependant, en vertu des règles fiscales canadiennes, Canco est considérée comme étant le propriétaire des actions privilégiées.

De ce fait, il appert que les mesures proposées aux paragraphes 91(4.1) L.I.R. et 5907(1.03) R.I.R. pourraient trouver application afin de refuser tout IÉA et MIIÉ à l'égard du RÉATB généré dans la structure ou du revenu imposable de USco 1, USco 2 ou USco 3.

La question demeure entière lorsqu'on doit déterminer si Canco, dans le présent exemple, a droit à un CIÉ/IEA/MIIÉ si le RÉATB ou des impôts étrangers sont plutôt assujettis à SE4 qui n'est pas résidente des États-Unis aux fins de l'exemple. En effet, à la lecture des propositions révisées du 27 août 2010, il appert qu'en vertu des paragraphes 91(4.1) L.I.R. et 5907(1.03) R.I.R., il y a l'obligation qu'un lien soit présent entre la non-concordance de propriété et le IEA ou le MIIÉ afin de refuser d'accorder ledit IEA ou MIIÉ, mais uniquement lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- Il y a une personne ou une société de personnes particulière qui est, à tout moment de l'année d'imposition de la SÉA, une « personne ou société de personnes intéressée » à l'égard du contribuable;
- Il y a une « législation étrangère applicable » – soit toute loi fiscale étrangère en vertu de laquelle tout revenu de la SÉA particulière est assujetti;
- La « personne ou société de personnes intéressée » est considérée, en vertu de la législation étrangère applicable, comme étant propriétaire de moins de la totalité des actions du capital-actions de la société affiliée donnée, qui sont considérées comme étant sa propriété pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

En vertu de la législation proposée, une « personne ou société de personnes intéressée » inclut toute personne qui est résidente du Canada et qui est liée au contribuable, et toute SÉA du contribuable ou de cette personne.

Exceptions quant à l'application des règles concernant les générateurs de CIÉ

Les propositions législatives révisées du 27 août 2010 prévoient aussi des exceptions à l'application de ces règles. En effet, en vertu des paragraphes 91(4.2) et 91(4.3) ainsi que 126(4.12) et 126(4.13) L.I.R., une « personne ou société de personnes intéressée » ne sera pas considérée comme étant propriétaire de moins de la totalité des actions du capital-actions d'une société particulière selon la législation étrangère applicable, qui sont considérées comme étant la propriété de quelqu'un pour l'application de la présente loi du seul fait que la personne ou société de personnes intéressée est une entité « hybride ».

En conclusion, il faut souligner que ces modifications proposées s'appliquent pour les années d'imposition se terminant après le 4 mars 2010. Des représentations ont été déposées auprès du ministère des Finances afin qu'il restreigne la portée de ces mesures dans le but de mieux cerner l'objectif premier qui est de mettre fin à ces stratagèmes de création de crédits d'impôt étranger fictifs. Ainsi, il ne serait pas surprenant que d'autres modifications soient apportées aux mesures décrites précédemment.

4. DIVERSES NOUVEAUTÉS D'INTÉRÊT

4.1. PRIX DE TRANSFERT

4.1.1. Révision des Principes de l'OCDE en matière de prix de transfert⁸

Grâce aux rapports récemment publiés par l'Organisation de coopération et de développement économiques (« OCDE »), l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») disposera de beaucoup plus de lignes directrices dans le cadre de la vérification des contribuables canadiens, surtout quant au volet essentiel de l'allocation des risques entre parties liées aux fins de l'établissement des prix de transfert.

Le 22 juillet 2010, l'OCDE a rendu publiques les révisions finales des chapitres I à III des Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert qui traitent de la comparabilité et de la sélection des méthodes de détermination des prix de transfert, de même qu'un nouveau chapitre IX qui porte sur les aspects relatifs aux prix de transfert des réorganisations d'entreprises. Ces modifications sont le fruit des efforts déployés principalement par le groupe de travail N° 6 de l'OCDE qui, depuis 2005, a le mandat de réviser ces volets des Principes de l'OCDE.

⁸ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, 10 août 2010 (« Principes de l'OCDE »).

Chapitres I à III : Comparabilité et sélection des méthodes de détermination des prix de transfert

Les chapitres I à III constituent des assises essentielles d'une structure commune pour la détermination des prix de transfert à l'échelle mondiale. Ces chapitres portent sur :

- I – Le principe de pleine concurrence
- II – Les méthodes de détermination des prix de transfert
- III – L'analyse de comparabilité

Voici les principales modifications apportées à ces chapitres :

- adoption du principe de la « méthode la plus appropriée aux circonstances du cas d'espèce » pour la sélection d'une méthode de détermination des prix de transfert;
- lignes directrices supplémentaires pour l'application des méthodes transactionnelles de bénéfices (c'est-à-dire la méthode transactionnelle du partage des bénéfices et la méthode transactionnelle de la marge nette (« MTMN »));
- autre exposé détaillé sur l'importance d'une « analyse de comparabilité » et ses exigences.

L'utilisation de la « méthode la plus appropriée » plutôt que d'une hiérarchie des méthodes est complètement à l'opposé de la politique établie par l'ARC. Auparavant, les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions, dont la méthode du prix comparable sur le marché libre, du prix de revente et du coût majoré, étaient préférées aux méthodes transactionnelles de bénéfices, dont celle de partage des bénéfices et la MTMN.

Les Principes de l'OCDE révisés précisent maintenant qu'« il existe des situations dans lesquelles les méthodes transactionnelles de bénéfices s'avèrent plus appropriées que les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions ». Toutefois, les Principes de l'OCDE révisés continuent de soutenir que la méthode du prix comparable sur le marché libre est préférable à une autre méthode qui pourrait être appliquée de manière aussi fiable. De plus, ils soulignent maintenant qu'« une méthode transactionnelle

de bénéfices n'est pas plus appropriée simplement parce que les données concernant des transactions sur le marché libre sont difficiles à obtenir ou sont incomplètes sur un ou plusieurs points ». Cet énoncé pourrait donner à penser qu'une méthode du prix comparable sur le marché libre imparfaite pourrait être préférable à la meilleure méthode suivante. Par exemple, la méthode du prix comparable sur le marché libre a été utilisée dans la décision de la Cour canadienne de l'impôt dans la récente affaire *GlaxoSmithKline c. La Reine*⁹ au Canada, et dans certaines autres affaires clés dans le monde entier.

La *Circulaire d'information 87-2R*¹⁰ indique que « l'article 247 endosse le principe de pleine concurrence énoncé dans les Principes de l'OCDE ». Même si cette circulaire fait expressément référence aux Principes de l'OCDE publiés en 1995, on peut raisonnablement croire que l'appui de l'ARC s'étend aux Principes de l'OCDE révisés.

Toutefois, l'ARC affirme également dans la *Circulaire d'information 87-2R* que « le Ministère estime qu'il existe une hiérarchie naturelle des méthodes ». À cet égard, la position de l'ARC ne cadre plus avec les Principes de l'OCDE. À moins que la *Circulaire d'information 87-2R* ne soit révisée de manière à supprimer la mention d'une hiérarchie des méthodes, les contribuables pourraient devoir rester vigilants lorsqu'ils choisissent une méthode de détermination des prix de transfert alors qu'une méthode d'un rang hiérarchique plus élevé pourrait également être appliquée.

En ce qui a trait aux comparables, les Principes de l'OCDE expliquent aussi que « [l]orsque des bases de données commerciales sont utilisées, la quantité ne doit pas prendre le pas sur la qualité ». On pourrait voir dans cet énoncé un appui à la pratique de l'ARC d'utiliser les comparables considérés comme les plus semblables, même si les recherches dans une base de données ne révèlent qu'un petit nombre de comparables.

Bon nombre des révisions des chapitres I à III sont plutôt des précisions que de véritables modifications des notions de la version précédente. Dans la mesure où les modifications sont adoptées par l'ARC, elles toucheront toutes les années visées par la vérification, même les années antérieures.

⁹ 2008 CCI 324; cette affaire sera traitée ci-après.

¹⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information 87-2R*, « Prix de transfert international », 27 septembre 1999.

Chapitre IX : Risques et réorganisation

Depuis plusieurs années, les travaux de l'OCDE sur les réorganisations d'entreprises sont une question délicate pour les multinationales. Les préoccupations portent notamment sur l'application des règles en matière de prix de transfert pendant et après une réorganisation d'entreprise, l'existence d'établissements stables et la possible requalification des transactions.

Le nouveau chapitre IX des Principes de l'OCDE révisés traite principalement des cas où un paiement est exigible lorsqu'une entreprise ferme ou qu'un ou que plusieurs actifs sont transférés dans le cadre d'une réorganisation et de la manière dont cela est fait.

Le chapitre IX analyse aussi la question de savoir si une partie doit dédommager une autre partie lorsqu'un changement substantiel survient dans leur relation. Par exemple, l'OCDE rejette l'idée qu'une perte de profits est suffisante pour justifier un paiement. La première partie du chapitre IX présente également une analyse très intéressante sur l'importante question de l'allocation des risques, qui constitue un volet essentiel de l'analyse fonctionnelle.

Bien que la réorganisation d'entreprise soit au cœur du chapitre IX, celui-ci expose d'importants principes applicables pour déterminer, dans toute situation liée aux prix de transfert, quelle entité assume quels risques.

Il ne suffit pas de qualifier une entité comme étant « à faible risque » dans la documentation des prix de transfert pour qu'elle en soit une. Le contribuable qui fait pareille désignation sans la justifier pourrait contrevenir aux Principes de l'OCDE ou aux pratiques de vérification de l'ARC.

Selon l'ARC, la partie qui assume les risques et l'importance de ces risques sont des facteurs qui ont une influence cruciale sur les prix de transfert. Une administration fiscale est justifiée de contester l'allocation du risque qui est indiquée dans un contrat entre entreprises associées si elle n'est pas conforme à la nature économique et à la contribution fonctionnelle des parties à la transaction.

Pour déterminer si l'allocation des risques dans une transaction contrôlée est conforme au principe de pleine concurrence aux fins de l'établissement des prix de transfert, le contribuable doit tout d'abord déterminer si des données fiables existent concernant l'allocation des risques dans des situations de pleine concurrence comparables. De plus, il faut tenir compte de qui, dans l'organisation du contribuable, assume et contrôle ce

risque, du fait que le risque puisse ou non être contrôlé et que l'entité en question ait la capacité financière d'assumer ce risque. Le chapitre IX donne des exemples utiles de ces éléments.

Le contrôle des risques est une question complexe. En effet, les entités font souvent appel à d'autres entités pour gérer les risques en dehors de tout lien de dépendance. Ainsi, la détermination du contrôle dépend de la mesure dans laquelle une entité assume et gère le contrôle du risque à un niveau élevé. Selon les Principes de l'OCDE, la capacité financière d'assumer les risques est un facteur pertinent, mais non déterminant en soi. Le contribuable doit prendre bien soin de tenir compte de tous les faits pertinents aux fins de cette détermination. Les contribuables n'accordent souvent pas assez d'importance aux risques lorsqu'ils préparent la documentation des prix de transfert, ce qui peut créer des différends avec l'ARC au sujet de la qualification des entités et des prix de transfert appropriés.

Pertinence pour les vérifications des prix de transfert au Canada

Les contribuables canadiens ne devraient pas sous-estimer la pertinence de ces modifications dans le cas des vérifications individuelles. Des représentants de l'ARC ont participé activement à l'élaboration des Principes de l'OCDE révisés.

Premièrement, le Canada est généralement perçu comme jouant dans la cour des grands dans le cadre de ces discussions avec les membres de l'OCDE. Or, un représentant de l'ARC a récemment été nommé président du groupe de travail N° 6. Bien que les Principes de l'OCDE révisés soient le résultat d'un consensus entre tous les participants, l'influence considérable du Canada au sein du groupe de travail N° 6 porte à croire que les révisions apportées correspondent probablement aux positions de l'ARC sur ces questions.

Deuxièmement, l'ARC a depuis longtemps affirmé son adhésion aux Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert. Par conséquent, ceux-ci continueront d'avoir une forte incidence sur l'application des règles en matière de prix de transfert au Canada.

Conclusion

Ces modifications aux Principes de l'OCDE sont les premières d'importance depuis 1998 et, en raison de la participation de l'ARC au sein du groupe de travail N° 6, elles représentent probablement les positions de l'ARC applicables dans les vérifications de prix de transfert au Canada. Il est

fortement recommandé aux contribuables de consulter les Principes de l'OCDE révisés pour élaborer leurs politiques en matière de prix de transfert, créer leur documentation des prix de transfert et mettre au point leurs arguments de défense contre les vérifications de l'ARC.

4.1.2. Jurisprudence

4.1.2.1. L'affaire *GlaxoSmithKline c. Canada*¹¹

Le 26 juillet 2010, la Cour d'appel fédérale a rendu sa décision relativement à l'appel par GlaxoSmithKline. Bien qu'elle ait accueilli l'appel de la contribuable, la Cour d'appel fédérale a agi de façon inhabituelle en retournant le dossier à la Cour canadienne de l'impôt pour qu'elle se penche de nouveau sur les questions de fond.

La jurisprudence canadienne sur les questions relatives aux prix de transfert étant rare, les observateurs espéraient que la Cour d'appel fédérale donnerait des précisions sur l'application des principes d'établissement des prix de transfert dans son jugement. La décision de retourner le dossier à la Cour canadienne de l'impôt signifie que ce ne sera pas le cas. Cette décision était principalement liée aux faits et aux circonstances de l'affaire plutôt qu'à l'application des règles en matière de prix de transfert au Canada.

Décision de la Cour canadienne de l'impôt

La décision du 30 mai 2008 de la Cour canadienne de l'impôt¹² concernait les anciennes dispositions relatives aux prix de transfert du paragraphe 69(2) L.I.R. Dans sa décision, le juge Gerald Rip, alors juge en chef adjoint de la Cour canadienne de l'impôt, a retenu les arguments de la Couronne selon lesquels, entre 1990 et 1993, Glaxo Canada avait surpayé son fournisseur suisse avec lequel elle avait un lien de dépendance pour l'achat de ranitidine, l'ingrédient actif utilisé dans la fabrication du Zantac®, médicament breveté contre les ulcères. La conclusion du juge Rip selon laquelle le prix payé par Glaxo Canada n'était pas « raisonnable dans les circonstances », comme l'exigeait l'ancien paragraphe 69(2) L.I.R., était fondée sur la méthode du prix comparable sur le marché libre (« PCML ») où le prix payé par Glaxo Canada pour l'achat de ranitidine a été comparé à

¹¹ 2010 CAF 201 (« *GlaxoSmithKline* »).

¹² Précité, note 9.

celui payé à l'époque par les fabricants de produits pharmaceutiques génériques exerçant des activités au Canada.

Pour tirer cette conclusion, le juge Rip s'est fondé sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Singleton c. Canada*¹³ établissant que le contrat de licence de Glaxo Canada avec Glaxo Group était un accord juridique distinct du contrat d'achat de produits et, en conséquence, a conclu que le contrat de licence n'était pas pertinent pour déterminer si le prix payé pour l'achat de ranitidine était raisonnable dans les circonstances aux fins de l'établissement des prix de transfert. Ce faisant, le juge Rip a rejeté la méthode du prix de revente majoré en faveur de celle du PCML.

Décision de la Cour d'appel fédérale

Selon la Cour d'appel fédérale, le juge Rip a commis une erreur de droit en concluant, en se basant sur l'affaire *Singleton*, que le contrat de licence n'était pas pertinent. Selon le juge Marc Nadon de la Cour d'appel fédérale, l'affaire *Singleton* (qui porte sur la déductibilité de l'intérêt en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R.) n'est pas pertinente pour l'application du paragraphe 69(2) L.I.R.

De plus, la Cour d'appel fédérale a soutenu que le juge Rip s'est trompé dans son interprétation du critère approprié en vertu du paragraphe 69(2) L.I.R. en ne tenant pas compte de toutes les circonstances pertinentes qu'un acheteur sans lien de dépendance aurait eu à prendre en considération.

Le juge Nadon a établi¹⁴ que pour déterminer si le prix payé par Glaxo Canada était « raisonnable dans les circonstances », il faut se renseigner sur les circonstances qu'un acheteur sans lien de dépendance, se trouvant à la place de l'appelante, considérerait comme pertinentes pour décider s'il devrait verser le prix payé par l'appelante à Adechsa pour l'achat de ranitidine. Il a conclu que le contrat de licence était un élément essentiel pour les raisons suivantes¹⁵ :

- La marque de commerce Zantac appartenait à Glaxo Group et lui aurait appartenu même si l'appelante avait été une détentrice de licence sans lien de dépendance.

¹³ 2001 CSC 61 (« *Singleton* »).

¹⁴ *GlaxoSmithKline*, précité, note 11, par. 73.

¹⁵ *Id.*, par. 79.

- Le prix du Zantac était supérieur à celui des médicaments génériques à base de ranitidine.
- Glaxo Group possédait le brevet sur la ranitidine et l'aurait possédé même si l'appelante avait été dans une relation sans lien de dépendance.
- Sans le contrat de licence, l'appelante n'aurait pas été en mesure d'utiliser le brevet sur la ranitidine et la marque de commerce Zantac. Par conséquent, dans ces circonstances, la seule possibilité qui s'offrait à l'appelante aurait été d'entrer sur le marché des médicaments génériques, ce qui lui aurait probablement coûté cher étant donné que d'autres entreprises pharmaceutiques y sont déjà bien positionnées.
- Sans le contrat de licence, l'appelante n'aurait pas eu accès à la gamme d'autres produits brevetés et produits de marque auxquels elle avait accès en vertu du contrat de licence.

Le juge Nadon partageait l'avis de l'appelante en ce que ces circonstances ne découlaient pas du lien de dépendance entre l'appelante et Adechsa. Il soutient qu'elles provenaient plutôt de la position dominante sur le marché venant du fait que Glaxo Group possède la propriété intellectuelle associée à la ranitidine, à la marque de commerce Zantac et aux autres produits compris dans le contrat de licence. Autrement dit (en référence à la décision de l'Administrative Appeals Tribunal de l'Australie dans l'affaire *Roche Products Pty Ltd. and Commission of Taxation*¹⁶), c'est la propriété intellectuelle qui est le vrai produit, et non la pilule ou la capsule au moyen de laquelle le médicament est distribué.

Bref, le critère approprié en vertu du paragraphe 69(2) L.I.R. n'était pas de déterminer le prix que tout acheteur de ranitidine sans lien de dépendance était prêt à payer, mais plutôt d'établir si un distributeur canadien du médicament breveté Zantac sans lien de dépendance aurait été prêt à verser le prix payé par Glaxo Canada à Adechsa pour l'achat de ranitidine.

Bien que le juge Nadon ait accueilli l'appel de la contribuable, il a statué sur le fait que le juge de première instance était mieux placé que la Cour d'appel fédérale pour déterminer si le prix payé était raisonnable dans les circonstances, puisque ce dernier avait entendu plus de 40 jours de témoignage relativement aux faits applicables.

¹⁶ [2008] AATA 639 (« Roche »).

Par conséquent, l'affaire a été retournée au juge Rip pour qu'il la réexamine à la lumière du dossier complet et de toute autre preuve et soumission qu'il pourrait demander par suite de la décision de la Cour d'appel fédérale.

Bien que la décision de la Cour d'appel fédérale n'ait pas fourni de précisions ou de lignes directrices, comme beaucoup l'espéraient, cette affaire aura plusieurs conséquences sur l'établissement des prix de transfert au Canada :

- En affirmant que la Cour doit tenir compte de toutes les circonstances pertinentes qu'un acheteur sans lien de dépendance aurait eu à prendre en considération, la décision favorise une approche plus « holistique » pour la révision des prix de transfert plutôt que l'approche « transactionnelle » préconisée par la Cour canadienne de l'impôt dans sa décision initiale.
- Les Principes de l'OCDE seront considérés comme pertinents pour l'application du principe de pleine concurrence au Canada.
- En retournant l'affaire devant la Cour canadienne de l'impôt, la Cour d'appel fédérale appuie l'idée que le témoignage de témoins experts pèsera lourd dans les affaires portant sur l'établissement des prix de transfert.
- En faisant référence à l'affaire *Roche* de l'Australie, la Cour d'appel fédérale indique que la jurisprudence provenant d'autres pays de la common law peut être pertinente pour l'administration des règles canadiennes en matière de prix de transfert.

Tout aussi importante est la pertinence de la décision de la Cour d'appel fédérale pour l'actuel paragraphe 247(2) L.I.R., qui applique le critère « sans lien de dépendance » plutôt que « raisonnable dans les circonstances » de l'ancien paragraphe 69(2) L.I.R.

L'affaire *GlaxoSmithKline* retourne maintenant devant la Cour canadienne de l'impôt. Une telle décision est rare dans les affaires en matière d'impôt sur le revenu entendues devant la Cour d'appel fédérale. De nouvelles auditions de témoins pourraient être nécessaires en raison des conclusions de la Cour d'appel fédérale. De plus, lorsque le juge Rip rendra sa décision, celle-ci pourrait très bien être portée en appel devant la Cour d'appel fédérale.

Le 27 septembre 2010, la Couronne a déposé sa demande d'autorisation d'appeler de la décision de la Cour d'appel fédérale devant la Cour suprême du Canada qui, à ce jour, n'avait toujours pas rendu sa décision sur la demande d'autorisation.

4.1.2.2. L'affaire *Canada c. General Electric Capital Canada Inc.*¹⁷

Le 15 décembre 2010, la Cour d'appel fédérale a prononcé les motifs fondant le rejet de l'appel de la Couronne dans l'affaire *GE Capital*. Ce faisant, elle a souscrit à l'argument de la Couronne et à la conclusion du juge de la Cour canadienne de l'impôt voulant que l'« effet de halo » ou le « soutien tacite » d'une société mère soit un facteur pertinent dans les affaires relatives aux prix de transfert, du moins celles qui mettent en cause des opérations financières telles que des garanties ou des prêts entre des parties ayant un lien de dépendance. Cependant, la notion d'effet de halo pourrait avoir de vastes répercussions dans d'autres situations relatives aux prix de transfert.

Faits

Pendant les années visées par l'appel, Capital Générale Électrique du Canada Inc. (« GE Canada ») était une société de services financiers qui exerçait un certain nombre d'activités au Canada, notamment des services de financement de matériel, de véhicules et d'immeubles ainsi que des services de gestion de la technologie. Elle était une filiale indirecte en propriété exclusive de la société américaine General Electric Capital Corporation (« GECUS »).

GE Canada finançait ses activités en empruntant de l'argent sur les marchés financiers au moyen de l'émission de titres de créance sous la forme de papier commercial et de débentures non garanties. GECUS avait commencé à garantir les titres de créance de GE Canada en 1988, mais elle n'avait facturé des commissions de garantie, calculées au taux annuel de 1 % du montant en capital des titres de créance en circulation, qu'à compter de 1995. Au cours des années d'imposition en cause (1996 à 2000), les commissions de garantie avaient totalisé 135,4 M\$.

L'ARC a établi de nouvelles cotisations à l'égard de GE Canada, refusant l'intégralité de la déduction des commissions de garantie, au motif que GECUS aurait accordé son soutien à la contribuable, même en l'absence

¹⁷ 2010 CAF 344 (« *GE Capital* »).

de garantie explicite, de sorte que la garantie était superflue et n'avait aucune valeur.

Décision de la Cour canadienne de l'impôt

La Cour canadienne de l'impôt a accueilli l'appel de GE Canada et annulé les cotisations de l'ARC. La Cour a rejeté l'argument de GE Canada selon lequel sa cote de solvabilité devait être déterminée en tant qu'entreprise autonome, jugeant qu'on ne pouvait faire fi du « soutien tacite » de la société mère. La Cour a accepté qu'une méthode fondée sur le taux effectif soit la meilleure méthode pour déterminer les commissions de garantie entre des parties sans lien de dépendance.

La Cour canadienne de l'impôt a conclu que sans soutien explicite, la cote de solvabilité finale de la contribuable se serait établie entre BBB- et BB+, soit nettement en deçà de la cote AAA (obtenue grâce à la garantie) et un ou deux crans au-dessus de la cote de solvabilité en tant qu'entreprise autonome (BB), exclusion faite du soutien tacite de GECUS. L'économie réalisée par la contribuable au titre des frais d'intérêt grâce à l'écart entre une cote de solvabilité de BBB-/BB+ et une cote de AAA a été estimée à environ 1,83 % (à la lumière de l'un des rapports d'expert). La Cour canadienne de l'impôt a donc conclu que la commission de garantie de 1 % était inférieure à la commission dont auraient convenu des parties sans lien de dépendance dans les circonstances.

Décision de la Cour d'appel fédérale

La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel de la Couronne. Elle a d'abord examiné les arguments de GE Canada voulant que le juge de la Cour canadienne de l'impôt ait commis deux erreurs fondamentales dans l'application du principe de pleine concurrence. Toutefois, GE Canada soutenait que ces erreurs, même si elles étaient corrigées, devaient mener au même résultat : la contribuable devait avoir gain de cause, et l'appel devait être rejeté. GE Canada a néanmoins pressé la Cour d'appel fédérale de se pencher sur ces questions de manière que la Couronne, les contribuables dans leur ensemble et les autorités fiscales à l'étranger ne puissent pas interpréter à tort son silence comme un acquiescement à l'égard des conclusions du juge de la Cour canadienne de l'impôt.

En premier lieu, selon GE Canada, le juge de la Cour canadienne de l'impôt avait erré en tenant compte du « soutien tacite », parce que le principe de pleine concurrence exigeait que les parties à l'opération soient traitées comme si elles n'appartenaient pas au même groupe de sociétés. En

second lieu, la méthode fondée sur le taux effectif n'était pas la norme applicable pour déterminer le montant de la garantie de pleine concurrence, lequel aurait dû être fondé sur la valeur marchande de la garantie et non sur l'avantage que représentait la garantie pour la contribuable.

La Cour d'appel fédérale a indiqué qu'il n'était pas, à strictement parler, nécessaire de déterminer s'il était approprié de tenir compte du soutien tacite, puisque la Couronne devait de toute façon être déboutée en appel (étant donné que s'il fallait faire fi du soutien tacite, comme le prétendait GE Canada, le prix de la commission aurait seulement augmenté), mais a déclaré qu'elle aborderait néanmoins la question, celle-ci ayant été au cœur de la décision de la Cour canadienne de l'impôt.

La Cour d'appel fédérale a affirmé que la question de savoir si tous les facteurs propres à la relation entre les parties ayant un lien de dépendance devaient être écartés était une question de droit et devait donc être évaluée en fonction de la norme de la décision correcte. La Cour d'appel fédérale mentionne ceci :

[TRADUCTION LIBRE] « Le principe qui sous-tend le paragraphe 69(2) et les alinéas 247(2)a) et c) est simple. Dans une affaire donnée, il s'agit de déterminer le prix qui aurait été payé dans les mêmes circonstances si les parties n'avaient pas eu de lien de dépendance. Cela suppose de tenir compte de toutes les circonstances qui influent sur le prix, que celles-ci découlent de la relation ou d'autre chose¹⁸. »

La Cour d'appel fédérale a laissé entendre que cette interprétation découle du texte et de l'objet concernant les dispositions relatives aux prix de transfert. L'objet, soit l'évitement de l'impôt résultant des distorsions de prix susceptibles de survenir dans le cadre de relations avec lien de dépendance, est réalisé lorsque les distorsions de prix sont éliminées en utilisant des « repères objectifs », mais autrement, « tous les facteurs qu'une personne sans lien de dépendance jugerait pertinents dans les mêmes circonstances que l'intimée devraient être pris en compte »¹⁹.

Comme des parties sans lien de dépendance jugeraient que le soutien tacite est un facteur pertinent dans l'établissement du prix de la garantie, il doit être pris en compte. La Cour d'appel fédérale a cité à l'appui de sa conclusion les Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de

¹⁸ *Id.*, par. 54.

¹⁹ *Id.*, par. 55.

transfert et la récente décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *GlaxoSmithKline*.

La Cour d'appel fédérale a également rejeté l'argument de la contribuable voulant que la méthode fondée sur le taux effectif, qui consiste à mesurer l'avantage tiré de la garantie par la contribuable, n'était pas appropriée, la contribuable prétendant que le critère à utiliser était le prix de pleine concurrence que la contribuable aurait dû payer pour la garantie. D'après la Cour d'appel fédérale, une personne sans lien de dépendance n'aurait rien payé pour la garantie explicite si elle n'avait conféré aucun avantage. L'évaluation de l'avantage n'est qu'un moyen de déterminer si une commission de garantie aurait été payée par une partie sans lien de dépendance²⁰.

Ce raisonnement s'attarde à la question fondamentale suivante : la contribuable aurait-elle dû payer quelque chose pour la garantie? En revanche, il ne traite pas expressément de la question, soulevée par GE Canada, visant à savoir quel serait le montant de la commission de garantie une fois qu'il a été établi qu'une telle commission aurait été payée.

La Cour d'appel fédérale s'est ensuite penchée sur les arguments de la Couronne, qui soutenait que le juge de la Cour canadienne de l'impôt avait commis certaines erreurs de droit et de fait manifestes et dominantes. Elle prétendait par ailleurs que certains manquements à l'équité procédurale étaient survenus dans cette affaire.

La Cour d'appel fédérale a donné raison à la Couronne : le juge de la Cour canadienne de l'impôt a commis une erreur de droit en examinant le retrait de la garantie explicite afin de repérer l'opération pertinente. Par contre, la Cour d'appel fédérale a jugé qu'il convenait de postuler l'absence de garantie explicite aux fins de l'évaluation de l'avantage qu'elle représentait pour GE Canada.

Le juge de la Cour canadienne de l'impôt avait inféré qu'étant donné que GECUS avait garanti les obligations de la contribuable depuis 1988, le retrait de cette garantie aurait tendance à dévaluer le soutien tacite de la société mère aux yeux des éventuels titulaires de titres de créance, ce qui placerait la contribuable dans une position de plus grande vulnérabilité et augmenterait du coup la commission de garantie qu'un garant sans lien de dépendance pourrait exiger.

²⁰ *Id.*, par. 60.

De l'avis de la Cour d'appel fédérale, la méthode fondée sur le taux effectif a pour but de mesurer l'avantage que représente la garantie explicite, et le juge de la Cour canadienne de l'impôt ne pouvait pas remanier l'opération sous prétexte que la garantie explicite avait, en fait, été retirée et évaluer l'incidence du retrait²¹.

Toutefois, après avoir examiné le rapport d'expert qui tenait compte de ce facteur (rapport de l'un des experts de GE Canada), la Cour d'appel fédérale a indiqué qu'il s'agissait uniquement d'un facteur parmi d'autres, pris en compte par le juge de la Cour canadienne de l'impôt, que l'erreur n'avait pas d'incidence sur sa conclusion de l'existence d'un écart entre la cote de solvabilité que l'intimée aurait obtenue avec et sans la garantie explicite et que la commission de garantie de 1 % s'établissait dans la fourchette de l'écart en question²².

La Cour d'appel fédérale a sommairement rejeté les autres allégations d'erreurs de droit et de fait manifestes et dominantes ainsi que de manquements à l'équité procédurale.

Incidences de l'acceptation de l'effet de halo par la Cour d'appel fédérale

Bien que tous les commentaires de la Cour d'appel fédérale sur le soutien tacite ne fassent pas tous clairement partie de la *ratio decidendi* qui lie les tribunaux (contrairement à un *obiter*), ce qui peut en atténuer la valeur de précédent, ils constituent probablement l'élément le plus important des motifs de la Cour d'appel fédérale sur le plan de la jurisprudence établie au Canada en matière de prix de transfert, vu leurs incidences sur la manière d'appliquer le principe de pleine concurrence en l'espèce et dans des circonstances semblables.

Si, par exemple, une garantie est fournie à une société (« Société X ») par une société sœur plutôt que par sa société mère, la relation qui n'est pas prise en compte en appliquant le principe de pleine concurrence est celle qui existe entre la Société X et sa société sœur. Dans le cas où une société sans lien de dépendance tiendrait compte du soutien tacite de la société mère pour établir la commission de garantie payable par la Société X (comme le suggérerait la preuve présentée au procès dans l'affaire *GE Capital*), le soutien

²¹ *Id.*, par. 66.

²² *Id.*, par. 74.

tacite de la société mère à l'égard de la Société X est un facteur pertinent qui doit être pris en compte pour déterminer la commission de garantie de pleine concurrence payable à la société sœur.

La décision de la Cour d'appel fédérale laisse néanmoins planer une incertitude considérable quant à l'établissement du prix des opérations financières. Avant la décision de la Cour canadienne de l'impôt dans cette affaire, les contribuables et leurs conseillers considéraient souvent l'emprunteur ou la partie bénéficiaire de la garantie comme une entité autonome, sans tenir compte d'éléments comme le « soutien tacite ». Depuis cette décision, et plus encore depuis la décision de la Cour d'appel fédérale, les commissions de prêt ou de garantie doivent être établies en fonction d'une cote de solvabilité qui s'inscrit quelque part entre la cote de solvabilité en tant qu'entité autonome et celle de la société mère. Or, les deux cotes peuvent être fort différentes, et même si les agences de notation donnent des indications qualitatives sur la manière dont elles combent normalement pareils écarts, une incertitude notable persiste, notamment parce que la Cour canadienne de l'impôt n'a énoncé aucune méthodologie claire dans sa décision initiale.

4.2. CINQUIÈME PROTOCOLE À L'ÉGARD DE LA CONVENTION FISCALE ENTRE LE CANADA ET LES ÉTATS-UNIS²³ (CLAUSE SUR LES ENTITÉS HYBRIDES)

En début d'année 2010, l'ARC a publié une interprétation technique²⁴ favorable au contribuable dans laquelle elle permettait la distribution de bénéfices non répartis (« BNR ») par le truchement d'une augmentation de capital versé (« CV ») afin d'éviter les conséquences négatives de la clause sur les entités hybrides prévue aux paragraphes IV(6) et IV(7) de la Convention Canada-États-Unis.

Dans cette interprétation technique, une société (« S corp. ») résidente des États-Unis (« USco ») détient la seule action ordinaire émise d'une société canadienne imposable incorporée en tant que société à responsabilité illimitée (« Canco »). USco a effectué le choix « check the box » aux fins fiscales américaines faisant en sorte que les actionnaires devront inclure les revenus et déduire les dépenses de leurs revenus propres. Pour sa part, Canco est « disregarded » aux fins fiscales américaines. Canco exploite une

²³ S.C. 1984, ch. 20 et mod. (« Convention Canada-États-Unis »).

²⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2009-0350471R3(E), 1^{er} janvier 2010.

entreprise au Canada de développement immobilier et possède des BNR. La loi sur les sociétés en vertu de laquelle Canco est incorporée prévoit la possibilité d'ajouter au compte de capital déclaré les BNR et les surplus d'apport.

Les opérations proposées sont les suivantes : 1) USco désire ajouter un montant X, inférieur aux BNR, au compte de capital déclaré de l'action ordinaire. Dès lors, aux fins fiscales canadiennes, un dividende est réputé payé, en vertu du paragraphe 84(1) L.I.R., d'un montant équivalent à l'augmentation du CV de cette catégorie d'action, en vertu du paragraphe 89(1) L.I.R. Ce dividende est assujéti à une retenue à la source en vertu de la partie XIII L.I.R. 2) Une fois l'augmentation du CV effectuée, USco procèdera à une réduction de capital de l'action ordinaire du même montant que celui de l'augmentation prévue à l'étape 1. Canco retournera le CV à USco par le truchement d'un paiement comptant.

En procédant de la sorte, même si un dividende est réputé payé aux fins fiscales canadiennes, aucun revenu ne sera reconnu aux fins fiscales américaines. Tel qu'il a été mentionné précédemment, l'objectif de ces opérations était de distribuer partiellement les BNR de Canco tout en évitant l'application de l'article IV(7)(b) de la Convention Canada-États-Unis.

L'ARC a donné son aval à ces opérations en mentionnant que le dividende réputé sera considéré comme un revenu, comme il est décrit à la définition de « dividende » de l'article X de la Convention Canada-États-Unis, reçu par USco. De plus, l'ARC a confirmé que l'article IV(7)(b) de la Convention Canada-États-Unis ne s'appliquerait pas afin que USco soit réputée ne pas avoir tiré un revenu ou réalisé un profit à l'égard du dividende.

Cette interprétation technique est une bonne nouvelle pour les contribuables américains qui sont nombreux à avoir des structures d'entreprises similaires à l'égard de leurs opérations canadiennes.

4.3. RÈGLES SUR LES ENTITÉS DE PLACEMENT ÉTRANGÈRES

Le gouvernement a annoncé une révision en profondeur des règles proposées applicables aux entités de placement étrangères (« EPÉ »). Les nouvelles règles tablent sur le régime visant les biens d'un fonds de placement non résident actuellement prévu à l'article 94.1 L.I.R. et rendent totalement superflues les propositions controversées relatives aux EPÉ annoncées antérieurement qui devaient entrer en vigueur pour les années d'imposition commençant après 2006.

Il est proposé que les mesures concernant les EPÉ s'appliquent aux années d'imposition qui se terminent après le 4 mars 2010. Les contribuables qui se sont conformés volontairement aux mesures proposées non encore édictées relativement aux EPÉ lors des années d'imposition antérieures auront la possibilité de demander une nouvelle cotisation pour ces années ou pour l'année d'imposition en cours, une déduction pour le revenu excédentaire déclaré antérieurement. Les nouvelles règles feront l'objet d'une consultation publique et seront soumises à un groupe de fiscalistes qui se joindra au ministère des Finances pour réviser les commentaires reçus et émettre des recommandations.

Les principaux changements proposés à l'article 94.1 L.I.R. sont les suivants :

- Majoration du taux prescrit pour le calcul de l'inclusion d'un montant dans le revenu relativement à une participation dans un bien d'un fonds de placement non résident passant au taux moyen des bons du Trésor à trois mois plus deux points de pourcentage;
- Élargissement des circonstances dans lesquelles les bénéficiaires de certaines fiducies non résidentes ou les personnes ayant fourni un bien à une fiducie non résidente sont tenus de déclarer le RÉATB selon une méthode modifiée;
- Prolongation de trois années de la période de nouvelle cotisation applicable à l'égard de participations dans un bien d'un fonds de placement non résident et de participations dans des fiducies décrites au paragraphe précédent.

Ces dispositions ne s'appliqueront pas aux bénéficiaires de fiducies non résidentes qui sont réputés résider au Canada en vertu des propositions révisées applicables à ces fiducies.

TABLE RONDE SUR LA FISCALITÉ INTERNATIONALE



Coordonnateur

Yves Coallier

BAA Fin. Int'l, M. Fisc.

GCI inc.



Maurice Mongrain

Avocat, président-directeur général
Association de planification
fiscale et financière



Gilles N. Larin

Ph. D. écon., professeur titulaire
Chaire en fiscalité et en finances
publiques – Université de Sherbrooke



Nathalie Goyette

Avocate, M. Fisc., associée
Osler, Hoskin & Harcourt
s.e.n.c.r.l./s.r.l.



Robert Duong

Avocat, M. Fisc.
Ministère des Finances
Canada

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (MAURICE MONGRAIN)

Fourniture entre les membres d'un groupe étroitement lié

1.	CONTEXTE.....	10:5
2.	L'ARRÊT <i>MINISTERO DELL'ECONOMICA E DELLE FINANZE V. FCE BANK</i>	10:6
	CONCLUSION	10:7

PARTIE B (GILLES N. LARIN)

DIVERSES CONSIDÉRATIONS ENTOURANT LA DÉTERMINATION DES PRIX DE TRANSFERT.....

		10:8
1.	LES DIFFICULTÉS GÉNÉRALES PRÉSENTES DANS L'ANALYSE DES PRIX DE TRANSFERT	10:8
2.	STATISTIQUES RELATIVES AUX PRIX DE TRANSFERT ET LEURS LIMITATIONS	10:9
3.	CROISSANCE DES ARRANGEMENTS PRÉALABLES EN MATIÈRE DE PRIX DE TRANSFERT AU CANADA	10:12
4.	QUELQUES ÉLÉMENTS SUPPLÉMENTAIRES IMPORTANTS DANS TOUTE ANALYSE IMPLIQUANT DES PRIX DE TRANSFERT	10:13

QUESTIONS PROPOSÉES.....

1.	CONVENTIONS EN VIGUEUR	10:14
1.1.	ÉTAT DE LA SITUATION DES CONVENTIONS FISCALES CANADIENNES EN VIGUEUR.....	10:14
1.2.	MODÈLE DE CONVENTION FISCALE	10:15
1.3.	EFFICACITÉ DES DISPOSITIONS SUR L'ÉCHANGE DE RENSEIGNEMENTS EN VIGUEUR.....	10:16
1.4.	NOUVELLES NORMES D'ÉCHANGE DE RENSEIGNEMENTS	10:16
2.	ACCORDS D'ÉCHANGE DE RENSEIGNEMENTS À DES FINS FISCALES.....	10:17
2.1.	SURVEILLANCE DU BON FONCTIONNEMENT DES ACCORDS D'ÉCHANGE DE RENSEIGNEMENTS FISCAUX	10:17
2.2.	OUTILS POUR ENCOURAGER LA COOPÉRATION ET LA BONNE FOI DE L'AUTRE PAYS	10:18

2.3.	ENTRÉE EN VIGUEUR DES ACCORDS D'ÉCHANGE DE RENSEIGNEMENTS FISCAUX.....	10:21
2.4.	DEMANDES DE RENSEIGNEMENTS RELATIFS AUX IMPÔTS ENTRANTS.....	10:21
3.	DÉNOMBREMENT DES EFFECTIFS GOUVERNEMENTAUX.....	10:22
4.	PROCÉDURE D'ACCORD AMIABLE ET COOPÉRATION DES AUTORITÉS COMPÉTENTES À L'ÉTRANGER	10:22
4.1.	CAS DE DOUBLE IMPOSITION NON ALLÉGÉE EN RAISON DE L'ABSENCE DE RÉPONSE DE L'AUTRE ADMINISTRATION FISCALE	10:22
5.	LA CONVENTION FISCALE ENTRE LE CANADA ET LA CHINE	10:23
6.	L'EFFET DE L'INFLATION ET LE MONTANT DE 5 M\$ CA INSCRIT DANS L'ALINÉA 247(3)B) DE LA <i>LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU</i>	10:27

PARTIE A**Fourniture entre les membres d'un groupe étroitement lié**

Maurice Mongrain, avocat

Président-directeur général

Association de planification fiscale et financière

1. CONTEXTE

- Tous les pays de la communauté économique européenne (« CEE ») doivent percevoir une taxe sur la valeur ajoutée (« TVA »).
- Chacun des pays participants doit prévoir des mesures pour les fournitures entre membres d'un groupe étroitement lié, afin de simplifier l'application de la loi et de prévenir les abus, comme la multiplication des entités admissibles au seuil de petit fournisseur.
- Au Canada, le paragraphe 145(2) de la *Loi sur la taxe d'accise*¹ permet à deux membres d'un groupe admissible de faire un choix conjoint pour que les fournitures taxables effectuées entre eux soient réputées effectuées sans contrepartie. L'article 334 de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*² est au même effet.
- Au sein de la CEE, les pays membres doivent prévoir que les membres d'un groupe admissible doivent avoir des liens financiers, économiques et organisationnels.
- En Europe comme au Canada, les institutions financières n'ont généralement pas le droit aux crédits de taxe sur intrants (« CTI »), puisque leurs fournitures de services financiers sont exonérées. Elles pourraient donc abuser des dispositions relatives aux groupes étroitement liés, en évitant de payer des taxes qu'elles n'auraient pas le droit de récupérer sous forme de CTI.
- Ainsi, des dispositions particulières s'appliquent aux groupes étroitement liés dont certains membres sont des institutions financières, tant en Europe qu'au Canada et au Québec.

¹ L.R.C. (1985), ch. E-15 et mod.

² L.R.Q., c. T-0.1 et mod.

2. L'ARRÊT *MINISTERO DELL'ECONOMICA E DELLE FINANZE V. FCE BANK*³

- La FCE Bank est une banque à charte établie en Angleterre.
- La FCE Bank exerce des activités bancaires en Italie, par le biais d'une succursale.
- La succursale italienne a reçu des fournitures de services de consultation, de gestion et d'informatique de la FCE Bank. Elle a acquitté la TVA sur ces fournitures pendant les années 1996 à 1999, et elle a réclamé des CTI pour des montants équivalents, en se fondant sur des factures qu'elle s'était établies à elle-même (« autofacturation »).
- À la suite du refus des autorités fiscales italiennes d'accorder les CTI, la FCE Bank interjeta appel auprès de la Cour européenne de justice, par suite de la décision défavorable rendue par la Cour de cassation de Rome.
- La FCE Bank fit valoir que sa succursale italienne n'est pas une personne juridique distincte et que, par conséquent, il n'y a pas eu de fournitures entre deux personnes morales distinctes. Ainsi, la FCE Bank réclama le remboursement des taxes payées par erreur, plutôt que des CTI.
- La Cour européenne de justice nota en premier lieu l'existence d'une entente de partage de coûts entre la FCE Bank et sa succursale italienne, et se demanda si une telle entente pouvait être considérée comme créant une relation juridique de fournisseur à client, au sens de la Directive N° 6 de la CEE.
- La Cour jugea dans un premier temps que la succursale italienne n'est pas une personne morale distincte de sa société mère et n'a aucune personnalité juridique.
- LA FCE Bank affirma qu'elle ne pouvait par conséquent s'être effectué des fournitures taxables à elle-même.
- Le ministère des Finances d'Italie plaida le fait qu'en vertu de la Huitième Directive de la CEE, un établissement stable peut être considéré comme un contribuable imposable indépendant.

³ Case C-210/04.

- La Cour cita l'arrêt *Kennemer Golf & Country Club v. Staatssecretaris van Financiën*⁴, selon lequel une fourniture de services ne peut exister que lorsqu'il y a une relation juridique réciproque entre le fournisseur et le récipiendaire.
- Pour déterminer si la succursale italienne de FCE Bank exerce une activité économique autonome et peut être traitée comme une entité juridique indépendante, il faut établir si elle supporte les risques économiques de son entreprise.
- La Cour jugea que, advenant qu'un emprunteur italien fasse défaut de rembourser un prêt, alors la FCE Bank d'Angleterre, en sa qualité d'unique personne morale, supporte cette perte économique.
- En sa qualité de succursale, l'établissement d'Italie est dépourvu de capital et ne peut par conséquent supporter les risques économiques.
- La Convention modèle de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) est inapplicable, puisqu'elle ne vise que l'impôt sur le revenu.
- Pour ces motifs, la Cour européenne de justice annule la cotisation établie par le ministère des Finances d'Italie à la FCE Bank d'Angleterre.

CONCLUSION

- Une personne morale qui exerce des activités commerciales dans deux ou plusieurs pays membres de la CEE a avantage à exercer de telles activités par le biais de succursales plutôt que par l'intermédiaire de filiales, puisqu'elle évite ainsi le risque de double taxation, surtout lorsque la taxe n'est pas remboursable sous forme de CTI.
- Une entreprise canadienne qui fait affaire en Europe pourrait en certains cas, aux fins de la TVA, n'avoir qu'une seule filiale en Europe et exercer ses activités commerciales dans les autres pays membres de la CEE par l'intermédiaire de succursales.

⁴ [2002] ECR 3283.

PARTIE B

Gilles N. Larin, Ph. D. écon., professeur titulaire
Chaire en fiscalité et en finances publiques
Université de Sherbrooke

DIVERSES CONSIDÉRATIONS ENTOURANT LA DÉTERMINATION DES PRIX DE TRANSFERT**1. LES DIFFICULTÉS GÉNÉRALES PRÉSENTES DANS L'ANALYSE DES PRIX DE TRANSFERT**

1) Littérature abondante sur la question :

- a) Secteur gouvernemental : législation, influences multiples encadrant leur traitement (circulaire, conventions, travaux de l'Organisation de coopération et de développement économiques (« OCDE »));
- b) Secteur privé : multiples planifications, limitations des opérations, règlement des différends;
- c) Organismes internationaux : cohérence internationale, cadre théorique à clarifier sur le principe de pleine concurrence (PPC).

2) Plusieurs lacunes pratiques :

- a) Lente évolution des principes : un nombre élevé de pays avec des objectifs différents (refuges fiscaux, centres financiers extraterritoriaux (CFO));
- b) Peu de décisions devant les tribunaux, ce qui limite l'éclairage de la jurisprudence;
- c) Les litiges se rendent rarement devant les tribunaux;
- d) Désuétude des outils : les conventions fiscales canadiennes datent de plusieurs années, le développement des échanges de services a été beaucoup plus rapide et important que celui des biens (voir un projet récent de l'OCDE pour affronter ce problème).

- 3) Statistiques inadéquates :
- a) Ne permettent pas de tenir compte du commerce adéquatement (voir plus loin);
 - b) La directive des Nations-Unies à cet effet date de 1995 (« FATS » pour *Foreign Affiliates Trade in Services*) et progresse à pas d'escargot. Aucune vision mondiale n'est disponible.
- 4) En somme, il y a nécessité d'avoir une analyse impartiale de la question dans toutes ses dimensions.
- 5) Il est utile en particulier d'évaluer l'ampleur et la diversité des échanges commerciaux où les prix de transfert sont déterminants, et de mettre à jour des outils désuets qui ne font pas l'objet d'accord parmi tous les pays.

2. STATISTIQUES RELATIVES AUX PRIX DE TRANSFERT ET LEURS LIMITATIONS

Cerner de manière quantitative l'ampleur des transactions pouvant être touchées par les prix de transfert s'avère une tâche fort complexe.

Traditionnellement, ce sont les statistiques de la balance des paiements qui offrent la meilleure évaluation des transactions effectuées entre un pays et les autres. Globalement, pour l'ensemble des pays du monde, les importations et les exportations représentent un peu moins du quart du produit intérieur brut (« PIB ») (23,4 % pour 2008).

Tableau 1

Statistiques sur le commerce extérieur (2008)

En pourcentage du PIB	Monde	Zone euro	OCDE	Canada	États-Unis
Exportations	23,4	35,0	20,3	38,5	10,3
Pourcentage des biens	80,4	79,3	78,0	87,1	71,0
Importations	23,4	79,3	20,8	36,0	13,4
Pourcentage des biens	80,4	79,4	79,9	82,7	83,7

Banque mondiale 2010, données interactives

- **Commentaires**

Le Canada est un pays plus ouvert sur l'extérieur et le taux se situe au-delà du taux d'ouverture mondial : exportations à 38,5 % du PIB et importations à 36,0 %. C'est comparable aux taux des pays de la zone euro (exportations à 35,0 % et importations à 34,2 %) et largement supérieur à l'ensemble des pays de l'OCDE (exportations : 20,3 % et importations : 20,8 %). Les États-Unis se situent à 10,3 % pour les exportations et à 13,4 % pour les importations.

Mais les statistiques de la balance des paiements se heurtent à des contraintes importantes qui découlent de sa définition même : pour être comptabilisées, il faut que les diverses composantes (biens ou services) traversent un poste douanier.

En ce qui a trait aux biens, cette définition ne s'avère pas très limitative mais en ce qui a trait aux services, ceux-ci font de plus en plus l'objet d'échanges sans devoir passer par ces postes.

- **Commentaires**

C'est ce que nous observons dans les statistiques du tableau 1 où les biens représentent presque la totalité des importations et des exportations (taux supérieurs à 70 %).

Or, les transactions visées par les prix de transfert visent souvent les services, plus particulièrement les **propriétés intellectuelles** ou des **services intraentreprises** comme des services de gestion des ressources humaines ou financières. Ces services sont plus susceptibles d'échapper à la compilation de la balance des paiements.

Alors que les biens peuvent généralement être exportés de manière relativement facile, il n'en est pas de même pour les services. Que ce soit pour offrir des services ou des biens près de leurs clientèles ou de leurs sources d'approvisionnement, plusieurs entreprises choisissent de s'installer à l'extérieur.

Les ventes de ces entreprises ne sont pas comptabilisées dans les statistiques de la balance des paiements puisqu'elles ne transitent pas par un poste frontière. Elles sont directement offertes dans le pays où elles sont installées, ou ailleurs dans le monde.

Pour pallier cette situation, un regroupement d'organismes internationaux sous l'autorité des Nations-Unies a conçu, en 1995, un **cadre théorique** permettant de **compiler des informations précises** à l'égard des entreprises affiliées œuvrant à l'étranger.

Ces données, connues sous l'appellation FATS, comprennent notamment les ventes de ces entreprises, le nombre de celles-ci, le nombre de leurs employés...

Toutefois, les pays ne disposent pas tous des mêmes ressources pour compiler ces informations, ce qui occasionne des délais dans la mise en application de ce cadre. Cette situation limite beaucoup la disponibilité de ces informations et empêche de dresser un portrait mondial de la situation.

Le Canada produit depuis la fin des années 1990 des statistiques relativement aux ventes et au nombre d'employés des entreprises affiliées canadiennes à l'étranger. Ces statistiques sont réparties selon le pays où ces sociétés affiliées sont installées et selon qu'il s'agit d'un fournisseur de biens ou de services.

Tableau 2

Valeur des ventes des sociétés affiliées canadiennes à l'étranger

	2000			2004			2008		
	G\$	% PIB	% Total	G\$	% PIB	% Total	G\$	% PIB	% Total
Ens. Ent.	367,7	34,2		381,0	29,5		508,0	31,8	
Ent. biens	217,7		59,2	250,0		65,6	352,0		69,3
Ent. services	150,0		40,8	131,0		34,4	156,0		30,7
É.-U.	243,0		66,1	219,0		57,5	259,0		51,0
U E	67,0		18,2	82,0		21,5	92,0		18,1
Autres	57,7		15,7	81,0		21,3	157,0		30,9

Statistique Canada 11F 0027MIE, et divers numéros du Quotidien de Statistique Canada

• **Commentaires**

Le tableau 2 nous indique que les ventes des sociétés affiliées à l'étranger sont très importantes et représentent en pourcentage du PIB presque autant que les exportations du Canada. C'est principalement aux

États-Unis que ces sociétés sont établies, mais on remarque une hausse importante et constante du groupe des « autres pays » durant la période, principalement la Chine, Taïwan...

Tableau 3

Emplois dans les sociétés affiliées canadiennes à l'étranger

	2000			2004			2008		
	Milliers	% emploi total	% Total	Milliers	% emploi total	% Total	Milliers	% emploi total	% Total
Ens. Ent.	906	6,1		950	6,0		1141	6,7	
Ent. biens	565		62,4	596		62,7	681		59,7
Ent. services	341		37,6	354		37,3	460		40,3
É.-U.	551		60,8	549		57,8	610		53,5
U E	158		17,4	189		19,9	213		18,7
Autres	197		21,7	213		22,4	318		27,9

Statistique Canada 11F 0027MIE, et divers numéros du Quotidien de Statistique Canada

• **Commentaires**

Les personnes employées par ces sociétés représentent un peu plus de 6 % de l'emploi total au Canada. Les mêmes remarques que pour les ventes s'appliquent pour les emplois, soit l'importance des sociétés établies aux États-Unis et la croissance des « autres pays ».

3. CROISSANCE DES ARRANGEMENTS PRÉALABLES EN MATIÈRE DE PRIX DE TRANSFERT AU CANADA

- Ce mécanisme d'arrangement préalable en matière de prix de transfert (« APP » ou APA pour *Advance Pricing Arrangements*) a connu une forte croissance au cours des dernières années, plusieurs contribuables voulant établir une certitude sur leurs arrangements; 253 cas ont été étudiés et 142 cas (dont 113 étaient des arrangements bilatéraux ou multilatéraux) ont été conclus depuis sa création en 1993 (l'inventaire de fermeture ne comptait alors que cinq cas).
- La totalité ou presque portent sur des ententes bilatérales ou multilatérales.

- On observe qu'en moyenne, le processus requiert un total de 49 mois.
- Seulement 49 % des APP portaient sur des biens corporels en 2009-2010.
- La méthode transactionnelle de la marge nette a majoritairement (53/100) été utilisée.

4. QUELQUES ÉLÉMENTS SUPPLÉMENTAIRES IMPORTANTS DANS TOUTE ANALYSE IMPLIQUANT DES PRIX DE TRANSFERT

- Les efforts engagés par toutes les parties impliquées amènent-ils des recettes fiscales supérieures aux coûts d'observation?
 - Les vérifications de premier niveau sont plus nombreuses, mais il est difficile d'évaluer la qualité de l'approche,
 - Coûts croissants des efforts des autorités compétentes,
 - Les principes directeurs de l'OCDE sont relativement rigides, la demande et la production de documentation ponctuelle sont-elles adéquates?
 - Effort intensif pour produire des APP, quasi-absence de référence jurisprudentielle;
- Le principe de pleine concurrence existe depuis la Ligue des Nations au début du 20^e siècle. Devrait-il encore être le point de référence?
 - Les comparables sont quasi introuvables,
 - Car les produits sont de plus en plus très distincts entre entreprises multinationales (« EMN ») (image de marque) – il en est de même pour les structures de production (économies d'échelle différentes),
 - Le secteur des incorporels est en croissance et la réflexion est encore en démarrage au sein de l'OCDE;
- Émergence de pays en développement et difficultés de réconcilier leurs objectifs (conserver des profits) avec ceux des pays industrialisés – forces et compétences en présence très inégales;

- Les informations sur l'explication des chaînes de valeur ajoutée par chaque affilié sont encore imparfaites;
- Opportunité de développer des règles plus souples, puisque chaque analyse demande une étude au cas par cas (enfoncez des cubes dans des trous circulaires ne satisfait personne).

QUESTIONS PROPOSÉES

La présente partie de la table ronde sur la fiscalité internationale ne compte que des questions qui, en raison d'événements imprévisibles de dernière minute, n'ont pu recevoir de réponses.

1. CONVENTIONS EN VIGUEUR

1.1. ÉTAT DE LA SITUATION DES CONVENTIONS FISCALES CANADIENNES EN VIGUEUR

Le Canada a 88 conventions fiscales en vigueur¹. Nombre d'entre elles datent d'avant 1990. Plus précisément, le Canada compte 26 conventions fiscales en vigueur qui n'ont été l'objet d'aucun avenant subséquent, ni sous forme de protocole ni sous forme de nouvelle convention, entrées en vigueur il y a plus de 20 ans².

Par contre, la durée moyenne d'une convention fiscale dans les pays de l'OCDE avant l'introduction de changements (sous forme de protocole ou de nouvelle convention) est de 15 ans³.

¹ CANADA, ministère des Finances, Avis sur l'évolution des conventions fiscales (en ligne : http://www.fin.gc.ca/treaties-conventions/treatystatus_-fra.asp), 2010.

² Ces conventions et les dates d'entrée en vigueur sont notamment celles entre le Canada et Israël (1976); la République Dominicaine (1977); Singapour (1977); le Pakistan (1977); les Philippines (1977); le Maroc (1978); la Malaisie (1980); la Barbade (1980); l'Espagne (1980); la Jamaïque (1981); la Nouvelle-Zélande (1981); l'Égypte (1984); la Tunisie (1984); le Bangladesh (1985); la Thaïlande (1985); Chypre (1985); la Côte d'Ivoire (1985); le Brésil (1985); le Sri Lanka (1986); la Chine (RPC) (1986); le Kenya (1987); Malte (1987); le Cameroun (1988); la Pologne (1989); la Papouasie-Nouvelle-Guinée (1989) et la Zambie (1989).

³ Brian J. ARNOLD, Jacques SASSEVILLE et Eric ZOLT, « Summary of the Proceedings of an Invitational Seminar on Tax Treaties in the 21st Century », (2001), vol. 50, n° 1 *Revue fiscale canadienne* 65-144, aux pages 65-81, publié à nouveau dans *ProQuest* (56 pages), p. 22.

L'un des résultats d'un réseau de conventions fiscales datant de plus de 20 ans est que ces conventions fiscales ne reflètent plus les positions courantes du Canada⁴.

Question

Est-ce que le Ministère a une stratégie en place pour mettre à jour les conventions fiscales canadiennes? Quelles sont les grandes lignes de cette stratégie?

1.2. MODÈLE DE CONVENTION FISCALE

De nombreux pays (les Pays-Bas, les États-Unis, entre autres) ont établi et publié un modèle de convention propre à leur pays. Un tel modèle sert à mettre en lumière la position fiscale du pays sur les divers enjeux dont la résolution se fait par le biais d'une convention fiscale en vigueur. Elle sert aussi d'outil de base lors du début de nouvelles négociations.

Question

Un modèle de convention fiscale canadienne existe-t-il? Dans l'affirmative, est-ce que le Ministère prévoit publier ce modèle de convention fiscale canadienne?

Sinon, est-ce que le ministre prévoit en développer et en publier un? Ou encore le ministre prévoit-il publier la position générale du gouvernement canadien sur ses conventions fiscales? Ou encore le ministre a-t-il l'intention de rendre publique (d'une façon ou d'une autre) l'approche du gouvernement canadien sur la négociation de conventions fiscales?

⁴ Tel qu'il a été noté par Brian J. ARNOLD, *Reforming Canada's international tax system: toward coherence and simplicity*, Toronto, Canadian Tax Foundation, 2009, p. 323, note 8, ces conventions ne refléteraient pas la position courante du Canada envers les établissements stables de services, les retenues à la source, la non-discrimination et l'allègement de la double imposition, entre autres enjeux.

1.3. EFFICACITÉ DES DISPOSITIONS SUR L'ÉCHANGE DE RENSEIGNEMENTS EN VIGUEUR

En général, les conventions fiscales canadiennes contiennent un article basé sur le Modèle de l'OCDE⁵ ou le Modèle de l'ONU⁶ portant sur l'échange de renseignements relativement aux impôts⁷.

Questions

- Comment l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») caractériserait-elle le fonctionnement de cet article jusqu'à maintenant? Plus précisément, d'après l'expérience de l'ARC, lorsque celle-ci présente une demande de renseignements relative aux impôts à l'administration fiscale d'un pays signataire d'une convention fiscale avec le Canada, est-il plus probable qu'improbable que cet autre pays réponde?
- Quelles sont les raisons les plus fréquentes pour un manque de réponse de l'autre pays? Classer par ordre d'importance.
- Comment l'ARC caractériserait-elle la qualité de l'information acquise? Est-ce que cette information a été efficace dans la poursuite des vérifications de contribuables? Quel a été le délai moyen avant de recevoir les renseignements demandés? Jusqu'à quel degré en moyenne est-ce que la réponse obtenue a été complète?

1.4. NOUVELLES NORMES D'ÉCHANGE DE RENSEIGNEMENTS

Dernièrement, l'OCDE en partenariat avec le G20 a élaboré de nouvelles normes de transparence et d'échange de renseignements⁸. Par

⁵ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, Comité des Affaires fiscales, *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, mise à jour 2008, Paris, OCDE, juillet 2008 (« Modèle de convention de l'OCDE »).

⁶ NATIONS UNIES, Département des affaires économiques et sociales, *Modèle de convention des Nations Unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement*, New York, 2001 (« Modèle de convention de l'ONU »).

⁷ Ces dispositions se trouvent à l'article 26 des deux modèles.

⁸ Voir ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (en ligne : http://www.oecd.org/topic/0,3373,fr_2649_33767_1_1_ (à suivre...))

ailleurs, les nouvelles normes en matière d'échanges de renseignements sont articulées dans les révisions du Modèle de convention de l'OCDE en juin 2005⁹. Pourtant, la grande majorité des conventions fiscales canadiennes sont entrées en vigueur avant cette date. (Plus précisément, 84 des 88 conventions sont entrées en vigueur avant 2005¹⁰.) Par la suite, les conventions fiscales canadiennes en vigueur ne reflètent pas les nouvelles normes en matière d'échanges de renseignements.

Questions

- Est-ce que le ministre voit cela comme étant un enjeu qui devra être abordé?
- Dans l'affirmative, comment est-ce que le ministre compte clarifier cet enjeu? Serait-il en mesure de partager avec nous ses priorités à cet égard?
- Quelle est la position du ministre envers la nouvelle norme d'échanges de renseignements? Prévoit-il la privilégier lors de négociations concernant les conventions fiscales canadiennes?

2. ACCORDS D'ÉCHANGE DE RENSEIGNEMENTS À DES FINS FISCALES

2.1. SURVEILLANCE DU BON FONCTIONNEMENT DES ACCORDS D'ÉCHANGE DE RENSEIGNEMENTS FISCAUX

Ceci a été noté dans un communiqué de presse du ministère des Finances lié à l'annonce de l'**initiative d'équité en matière de fiscalité internationale**¹¹ :

(...suite)

1_1_37427,00.html) ou encore le Sommet 2009 du G-20 à Londres (en ligne : <http://www.londonsummit.gov.uk/en/summit-aims/key-documents/>).

⁹ En ligne : http://www.oecd.org/document/53/0,3343,fr_2649_33747_33614242_1_1_1_1,00.html.

¹⁰ D'ailleurs, les quatre conventions fiscales entrées en vigueur depuis ce temps (avec Oman (2005), l'Arménie (2005), l'Azerbaïdjan (2006) et le Gabon (2008)) ne reflètent pas la nouvelle norme sur les échanges de renseignements. (Cela est vraisemblablement causé par le fait que ces conventions avaient été signées avant l'adoption des nouvelles normes par l'OCDE en 2005.)

¹¹ CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2007-041, « L'évitement fiscal international et les "paradis fiscaux" » (en ligne : http://www.fin.gc.ca/n07/data/07-041_2-fra.asp), 14 mai 2007.

« Tout pays ayant conclu avec le Canada un AERF qui demeure en vigueur profitera d'un important avantage sur le plan de la concurrence : le revenu que les sociétés étrangères affiliées de compagnies canadiennes y gagnent sera admissible aux règles canadiennes sur le surplus exonéré¹². »

Question

Comment le ministre propose-t-il de mesurer le bon fonctionnement de ces accords d'échange de renseignements fiscaux (« AERF »)? Y a-t-il des facteurs de réussite décisifs qui ont été établis?

Dans l'affirmative, est-ce que le ministre peut partager ces facteurs avec nous?

Sinon, comment est-ce que le ministre prévoit surveiller le fonctionnement de ces nouveaux instruments bilatéraux? Cette question se pose en particulier dans la perspective de la difficulté d'assurer le bon fonctionnement de ces accords. Quelques facteurs qui pourraient rendre ce fonctionnement difficile sont les suivants :

- l'autre pays (par exemple, un paradis fiscal) n'aurait pas d'intérêt à coopérer avec le Canada;
- l'autre pays pourrait avoir une pénurie d'effectifs pour répondre à ces demandes; et/ou
- les informations faisant l'objet d'une demande de renseignements n'existeraient pas.

2.2. OUTILS POUR ENCOURAGER LA COOPÉRATION ET LA BONNE FOI DE L'AUTRE PAYS

Ce même communiqué de presse¹³ explique que, afin d'encourager les pays à conclure un AERF avec le Canada, un seuil de cinq années à compter de la date du début des négociations jusqu'à la date de conclusion d'un

¹² La version anglaise semblerait insister de manière plus importante sur le bon fonctionnement des AERF. Elle se lit comme suit : « A jurisdiction that has a functioning TIEA with Canada will gain an important competitive advantage: income earned there by the foreign affiliates of Canadian companies will be eligible for Canada's exempt surplus system. » (Notre soulignement)

¹³ CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 11.

AERF sera fixé. Dans ce délai, si un AERF n'a pas été conclu entre le Canada et ce pays, alors « le revenu gagné par des sociétés étrangères affiliées dans des pays qui n'ont conclu ni un AERF ni une convention fiscale avec le Canada sera imposé au Canada à mesure que ce revenu est gagné ».

Cet outil dont le ministre veut se munir pour lutter contre la non-coopération possible des pays non signataires d'un AERF ou d'une convention fiscale semblerait tout à fait approprié. Par contre, une question se pose en ce qui concerne les efforts antérieurs du gouvernement pour renégocier d'anciennes conventions fiscales ou négocier de nouvelles conventions fiscales.

Par exemple, le site Web du ministère des Finances nous apprend que des pourparlers ont eu lieu entre le Canada et la Barbade en décembre 1997 et en novembre 1998 concernant la modification éventuelle d'une convention existante¹⁴. Mais ni une nouvelle convention fiscale ni un protocole à la convention fiscale en vigueur n'ont résulté de ces discussions. Par contre, l'article XXVIII (Échange de renseignements) de la présente convention fiscale entre le Canada et la Barbade¹⁵ ne reflète pas les dispositions du Modèle de convention de l'OCDE en ce qui concerne l'échange de renseignements. Ces dispositions sembleraient privilégier la position du paradis fiscal¹⁶.

D'autres pays avec lesquels le Canada aurait commencé des négociations ou demandé des négociations sur une convention fiscale nouvelle ou une convention existante sans que les négociations soient efficaces et qui datent de plus de cinq ans sont : la Bolivie (2003); le

¹⁴ CANADA, ministère des Finances (en ligne : <http://www.fin.gc.ca/treaties-conventions/nego--fra.asp>).

¹⁵ *Accord entre le Canada et la Barbade tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune* signée le 25 janvier 1980 (« convention entre le Canada et la Barbade »).

¹⁶ Pour ne citer qu'un exemple, tandis que l'article 26 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE (2005) commence par : « Les autorités compétentes des États contractants échangent les renseignements raisonnablement pertinents [...] », l'article XXVIII de la convention entre le Canada et la Barbade commence par ceci : « Les autorités compétentes des États contractants échangent les renseignements nécessaires [...] ». » (Notre soulignement)

Costa Rica (2003); Cuba (2003); l'Égypte (1998); la Serbie et Monténégro (2005) et Singapour (2004)¹⁷.

Questions

En vue de l'**initiative d'équité en matière de fiscalité internationale** annoncée par le ministre en 2007 et quant à l'outil pour encourager la coopération et la bonne foi de l'autre pays, est-ce que le ministre a l'intention d'utiliser cet outil avec les pays qui, étant donné une demande de longue date de la part du Canada d'ouvrir des négociations sur une convention fiscale déjà en existence, n'ont pas fait preuve de coopération ni de bonne foi? Et ce, notamment en imposant le revenu gagné par des sociétés étrangères affiliées à des contribuables canadiens dans ces pays à mesure que ce revenu est gagné?

Sinon, de quelle manière le ministre prévoit-il s'attaquer à cette faille apparente dans le système fiscal : d'un côté, les pays ayant engagé des discussions sur un AERF n'auront que cinq années pour le conclure avec le Canada tandis que d'autres pays qui, pour une raison ou une autre, ont déjà une convention fiscale avec le Canada et ne sont pas disposés à la renégocier, seraient épargnés de l'application des mesures qui rendent ce pays désavantageux pour les investissements canadiens.

Quelle est la position du ministre envers les pays qui, à la suite d'une demande de la part du Canada d'ouvrir des négociations sur une première convention fiscale, ou la renégociation d'une convention fiscale en vigueur, n'ont pas fait preuve de coopération ni de bonne foi? Est-ce que le ministre planifie d'ouvrir des négociations pour un AERF? Et dans l'affirmative, ces pays auront-ils cinq années à compter de la date d'ouverture des négociations pour conclure un AERF, nonobstant les efforts historiques pour conclure une convention fiscale (par exemple, le Costa Rica)?

(À long terme, si des juridictions telles que la Barbade ou le Costa Rica demeurent hors de la portée des nouveaux standards d'échanges de renseignements, cela ne fera-t-il qu'accroître la valeur de ces pays aux yeux des planificateurs fiscaux?)

¹⁷ Le Canada et le Costa Rica ont commencé des négociations pour un AERF en 2010 (en ligne : <http://www.fin.gc.ca/treaties-conventions/tieaaerf-nego-fra.asp>).

2.3. ENTRÉE EN VIGUEUR DES ACCORDS D'ÉCHANGE DE RENSEIGNEMENTS FISCAUX

D'après le site Web du ministère des Finances¹⁸, de nombreux AERF ont été négociés et signés, mais aucun n'est en vigueur.

Questions

Quand le ministre prévoit-il l'entrée en vigueur des AERF auxquels il a été signataire ces dernières années?

Est-ce que le gouvernement canadien a déjà entrepris toutes les démarches nécessaires pour l'entrée en vigueur de ces AERF (par exemple, la ratification des ententes)? En le disant autrement, est-ce que le Canada attendrait que les démarches nécessaires soient suivies par l'autre pays signataire?

En ne tenant pas compte du fait que les AERF ne sont toujours pas en vigueur, est-ce que l'ARC aurait déjà présenté une ou des demandes de renseignements fiscaux sous l'égide de ces AERF? Dans l'affirmative, quelle est l'incidence de réponse à ces demandes? Comment est-ce que l'ARC caractériserait en général la qualité de l'information obtenue? Quel a été le délai moyen pour la réception de ces informations?

2.4. DEMANDES DE RENSEIGNEMENTS RELATIFS AUX IMPÔTS ENTRANTS

Questions

Lors de la réception d'une demande de renseignements relative aux impôts par l'administration fiscale d'un autre pays avec lequel le Canada a soit une convention fiscale, soit un AERF en vigueur, est-ce que c'est l'ARC qui répond à cette demande?

Est-ce que l'ARC pourrait quantifier de façon approximative le nombre de demandes reçues? Quel a été le délai moyen de réponse à ces demandes?

¹⁸ En ligne : http://www.oecd.org/document/7/0,3343,en_2649_33767_38312839_1_1_1_1,00.html.

Est-ce que la *Loi sur l'accès à l'information*¹⁹ serait applicable lors d'une telle réception?

3. DÉNOMBREMENT DES EFFECTIFS GOUVERNEMENTAUX

Questions

- 1) Quel est le nombre de personnes à l'ARC qui répondent aux demandes de renseignements relatifs aux impôts? (Soit en vertu d'une convention fiscale ou d'un AERF?)
- 2) Quel est le nombre de personnes au ministère des Finances travaillant à la négociation des conventions fiscales? Des AERF?
- 3) Quel est le nombre de personnes qui travaillent au ministère des Finances à l'application des conventions fiscales (par exemple, en prêtant assistance à l'ARC dans le contexte de vérification, etc.)? Des AERF?

4. PROCÉDURE D'ACCORD AMIABLE ET COOPÉRATION DES AUTORITÉS COMPÉTENTES À L'ÉTRANGER

4.1. CAS DE DOUBLE IMPOSITION NON ALLÉGÉE EN RAISON DE L'ABSENCE DE RÉPONSE DE L'AUTRE ADMINISTRATION FISCALE

Parmi les rapports de l'ARC sur le programme de la procédure d'accord amiable (« PAA »)²⁰, deux de ceux-ci font mention d'instances où l'allégement de la double imposition par suite d'une demande n'a pu être obtenu en raison du manque de réponse de l'autre administration fiscale²¹ (un pays) ou de la faillite de ce dernier d'« appliquer efficacement le processus de la PAA » (quatre pays)²².

¹⁹ L.R.C. (1985), ch. A-1.

²⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA (en ligne : http://www.cra-arc.gc.ca/tx/nrrsdnts/cmp/cs_mp-fra.html).

²¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Rapport sur le programme de la PAA*, 2004, p. 12.

²² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Rapport sur le programme de PAA*, 2007, p. 13.

Il convient de mentionner que dans l'ensemble de ces rapports, parmi les raisons citées pour les 58 cas où l'allègement de la double imposition n'a pas eu lieu, ou a lieu seulement de façon partielle, ces raisons sont minoritaires.

Questions

Nonobstant ce fait, est-ce l'ARC dans son rôle d'autorité compétente dans l'administration de l'article de **procédure amiable** dans les conventions fiscales canadiennes considère le manque de réponse de la part de ses contreparties comme étant un problème potentiel futur?

Quelles démarches peut-elle suivre lorsque, en mettant les dispositions de cet article en marche, sa contrepartie ne répond pas à ses communications?

Le cas échéant, quelles sauvegardes existent pour le contribuable canadien? Est-ce que dans ces cas l'ARC serait disposée à effectuer un allègement de la double imposition de façon unilatérale?

Quelle est l'opinion du ministère des Finances sur ces cas? Un tel manque de la part de l'autorité compétente de l'autre pays de répondre à une demande de procédure en vertu de l'article de **procédure amiable** d'une convention fiscale en vigueur serait-il interprété comme une raison de suspendre ou de mettre en cause la validité de cette convention fiscale?

5. LA CONVENTION FISCALE ENTRE LE CANADA ET LA CHINE

À la date de la signature de la convention fiscale entre le Canada et la Chine²³ en 1986, les flux commerciaux entre ce pays et le Canada étaient bien différents qu'ils le sont aujourd'hui. Alors que cette convention a été négociée et signée, la Chine s'identifiait comme un pays en voie de développement et le Canada venait de commencer à verser de l'aide publique au développement par le biais de l'Agence canadienne de développement international à celle-ci. Depuis ce temps, les réalités économiques ont changé. Tandis que les États-Unis demeurent de loin le partenaire commercial le plus important pour le Canada, le commerce entre le Canada et la Chine a vu une croissance importante au cours des dernières années.

²³ *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République populaire de Chine en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu*, signé le 12 mai 1986 (« convention entre le Canada et la Chine »).

Une étude récente du Fraser Institute²⁴ constate que les échanges avec la Chine ont augmenté de plus que 350 % dans la période 1998 à 2007²⁵.

La convention entre le Canada et la Chine signée en 1986 reflète donc les réalités économiques d'une autre ère. Aussi, cette convention est basée sur le premier modèle de convention fiscale de l'ONU²⁶.

Modèle de convention de l'ONU

Le premier modèle de convention de l'ONU a été rédigé durant les années 1960 et 1970, un premier modèle ayant été produit en 1979. Le Modèle de convention de l'ONU est basé sur un modèle élaboré par l'OCDE²⁷ compte tenu de plusieurs exceptions et modifications qui valorisent le droit d'imposition du pays de la source²⁸. Ces changements ont été apportés en reconnaissance du fait que la position économique des pays en voie de développement était bien différente de celle des pays (dits) développés²⁹.

Le Modèle de convention de l'ONU représente donc un compromis sur le droit d'imposition, accordant un droit d'imposition plus élargi au pays de la source aux dépens du pays de la résidence. Elle tient pour acquis que les flux de bénéfices et les flux d'investissement seront unilatéraux³⁰.

En ce qui concerne les enjeux typiques dont la résolution implique l'application d'une convention fiscale, la convention entre le Canada et la Chine contient plusieurs dispositions que l'on pourrait caractériser comme étant désuètes. Voici des exemples.

²⁴ Raaj TIAGI et Lu ZHOU, « Canada's Economic Relations with China », dans *Studies in Chinese Economic Policy*, Fraser Institute, février 2009.

²⁵ *Id.*, 24-28. En comparaison, les échanges canadiens avec le reste du monde à part la Chine n'auraient augmenté que de 33 %.

²⁶ Depuis, une deuxième version a été publiée en 2001. Toutes les mentions proviennent de cette deuxième version : NATIONS UNIES, *op. cit.*, note 6.

²⁷ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *op. cit.*, note 5.

²⁸ Modèle de convention de l'ONU, par. 9 et 17.

²⁹ Voir par exemple l'introduction au Modèle de convention de l'ONU, par. 3.

³⁰ C'est-à-dire que les revenus proviendront du pays de la source tandis que les investissements proviendront du pays de la résidence.

Le paragraphe 3 de l'article 7 (Bénéfices des entreprises)

Le paragraphe 3 de l'article 7 de la convention entre le Canada et la Chine³¹ exclut tout élément de profit des allocations de coûts qui peuvent être faites à un établissement stable (« ES »). Cette disposition représente une version exagérée de la disposition à cet égard dans la convention modèle de l'ONU³². Cette disposition pourrait nuire à l'applicabilité du PPC par les EMN canadiennes lorsqu'elles effectuent des opérations internes avec un ES chinois³³.

L'article 9 (Entreprises associées)

L'article 9 de la convention entre le Canada et la Chine ne contient pas de paragraphe 2. Par contre, le Modèle de convention de l'ONU et le Modèle de convention de l'OCDE contiennent un deuxième paragraphe identique qui porte sur l'allègement de la double imposition en accord avec l'application du principe de pleine concurrence et pouvant impliquer un rôle pour les autorités compétentes des pays³⁴. Dans l'absence d'un tel paragraphe, il est

³¹ « [...] Toutefois, aucune déduction n'est admise pour les sommes qui seraient, le cas échéant, versées (à d'autres titres que le remboursement de frais encourus) par l'établissement stable au siège central de l'entreprise ou à l'un quelconque de ses bureaux, comme redevances, honoraires ou autres paiements similaires, pour l'usage de brevets ou d'autres droits, ou comme commission, pour des services précis rendus ou pour une activité de direction ou, sauf dans le cas d'une entreprise bancaire, comme intérêts sur des sommes prêtées à l'établissement stable. De même, il n'est pas tenu compte, dans le calcul des bénéfices d'un établissement stable, des sommes (autres que le remboursement des frais encourus) portées par l'établissement stable au débit du siège central de l'entreprise ou de l'un quelconque de ses autres bureaux, comme redevances, honoraires ou autres paiements similaires, pour l'usage de brevets ou d'autres droits, ou comme commission pour des services précis rendus ou pour une activité de direction ou, sauf dans le cas d'une entreprise bancaire, comme intérêts sur des sommes prêtées au siège central de l'entreprise ou à l'un quelconque de ses autres bureaux. »

³² De plus, à la lumière de l'élargissement du PPC aux ES, cette disposition a été rayée de la version 2010 du Modèle de convention de l'OCDE destiné à la négociation de nouvelles conventions.

³³ Par exemple, lorsque, en accord avec le PPC, une EMN canadienne alloue des frais de gestion comprenant un élément de profit à son ES chinois.

³⁴ Lorsqu'un État contractant inclut dans les bénéfices d'une entreprise de cet État – et impose en conséquence – des bénéfices sur lesquels une entreprise de l'autre État contractant a été imposée dans cet autre État, et que les bénéfices ainsi inclus sont des bénéfices qui auraient été réalisés par l'entreprise du premier État si les conditions convenues entre les deux entreprises avaient été celles qui auraient été convenues entre des entreprises indépendantes, l'autre État procède à un rajustement approprié du (à suivre...)

concevable que l'administration fiscale ne se sente pas contrainte à accorder l'allègement à la double imposition.

Le paragraphe 3 de l'article 12 (Redevances)

Le paragraphe 3 de l'article 12 inclut dans la définition de redevances : « la concession de l'usage d'un équipement industriel, commercial ou scientifique ». Tandis que les conventions fiscales, ou protocoles afférents, convenus par la Chine avec la France, les États-Unis et la Grande-Bretagne contiennent une définition comparable, l'imposition par le pays de la source sur de tels revenus dans ces conventions est limitée à 60 %, 60 % et 70 % respectivement des redevances brutes³⁵. En ce qui concerne cette disposition particulière (et sans pour autant exclure la possibilité que le Canada ait obtenu des avantages nets à d'autres égards que ces trois pays ne l'auraient fait), il semblerait que le Canada aurait une disposition sur les redevances qui ne la favorise pas comme pays de résidence.

Dernièrement, en matière de fiscalité internationale tels les prix de transfert et les conventions fiscales bilatérales, l'administration fiscale chinoise a commencé à adopter l'approche de l'OCDE³⁶.

Questions

Étant donné un état d'affaires où des dispositions de la convention entre le Canada et la Chine ne sont plus à jour, soit parce que les flux de revenus et d'investissements présumés lors de la négociation de la convention ne sont plus les mêmes, ou que le modèle sur lequel est basée la convention n'est plus pertinent ni à jour, est-ce que le ministère des Finances prévoit faire une demande à son partenaire chinois pour l'ouverture de pourparlers en vue de renouveler cette convention?

(...suite)

montant de l'impôt qui y a été perçu sur ces bénéfices. Pour déterminer ce rajustement, il est tenu compte des autres dispositions de la présente convention et, si c'est nécessaire, les autorités compétentes des États contractants se consultent.

³⁵ France, protocole de 1984 : 60 %; États-Unis, protocole de 1984 : 60 %; Grande-Bretagne, convention de 1984 : 70 %.

³⁶ Voir par exemple : « China clarifies treatment of royalty payments in tax treaties », *TP Week*, 20 octobre 2009 (en ligne : <http://www.tpweek.com/Article.aspx?ArticleID=2319816>) ou encore « China asks for translation of OECD report », *TP Week*, 26 avril 2010 (en ligne : <http://www.tpweek.com/Article.aspx?ArticleID=2474087>) pour des mentions récentes à cet effet.

Dans le cas où les dispositions de la convention entre le Canada et la Chine nuiraient à la capacité d'un contribuable canadien d'appliquer le PPC, quelles sauvegardes contre la double imposition l'ARC mettrait-elle à la disposition de celui-ci?

Si, par exemple, à la suite d'une vérification, l'ARC avait déterminé que les services de gestion rendus par la mère résidente au Canada à une succursale chinoise auraient comporté un élément de profit dans un contexte de pleine concurrence, mais que cet élément n'avait pas été alloué en raison des libellés de la convention entre le Canada et la Chine, est-ce que l'ARC s'attarderait à redresser la cotisation du contribuable en considération des libellés de cette convention? Autrement dit, dans une telle instance, l'ARC suivrait-elle les directives du paragraphe 40 des commentaires sur l'article 7 du Modèle de convention de l'OCDE³⁷? De plus, est-ce que l'ARC interpréterait la phrase « tout ajustement dans le calcul des impôts à payer dans ce pays » dans ce paragraphe pour comprendre, là où il y a lieu, non seulement le côté canadien, mais aussi pour compenser l'EMN pour les coûts associés qui ne seraient pas déductibles en Chine par la voie d'un crédit ou une exemption sur l'impôt?

6. L'EFFET DE L'INFLATION ET LE MONTANT DE 5 M\$ CA INSCRIT DANS L'ALINÉA 247(3)B) DE LA LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU³⁸

L'alinéa 247(3)b) L.I.R. établit un seuil de 5 M\$ CA pertinent à la détermination de l'applicabilité d'une pénalité lors d'un redressement effectué selon les dispositions du paragraphe 247(2) L.I.R. Ce seuil est entré en vigueur pour les transactions commencées après 1998.

En dollars indexés, ce même montant serait d'environ 6,3 M\$ aujourd'hui³⁹. Vu sous cet éclairage, il semblerait qu'un seuil de 5 M\$ ne

³⁷ « Il est fort possible qu'au cas où le pays dans lequel est situé le siège central d'une entreprise impute au siège central un certain pourcentage des bénéfices de l'entreprise au simple titre de bonne gestion, alors que le pays dans lequel l'établissement stable est situé ne le fait pas, le total des sommes imposables dans les deux pays qui en résulte soit plus élevé qu'il ne devrait. Dans les cas de ce genre, le pays où se trouve le siège central de l'entreprise devrait prendre l'initiative d'effectuer tout ajustement dans le calcul des impôts à payer dans ce pays qui serait nécessaire pour qu'il n'existe aucune double imposition. »

³⁸ L.R.C. (1985), 5^e supp., ch. 1 et mod. (« L.I.R. »).

³⁹ Le taux moyen d'inflation serait de 2,08 % selon la Banque du Canada (en ligne : http://www.banqueducanada.ca/fr/taux/inflation_calc-f.html).

reflète plus les réalités économiques envisagées lors de la création des lois canadiennes sur les prix de transfert.

Question

Vu l'effet de l'inflation, est-ce que le ministre a l'intention de réviser le seuil de 5 M\$ CA établi dans l'alinéa 247(3)b) L.I.R.? Sinon, dans un avenir proche, le ministre aurait-il l'intention de réviser ce seuil éventuellement, ou encore d'introduire dans le paragraphe 247(3) L.I.R. une disposition pour l'inflation?

SALAIRE-DIVIDENDE : UNE NOUVELLE APPROCHE

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

TABLE DES MATIÈRES

1.	VUE D'ENSEMBLE	11:3
1.1.	LES TROIS THÈMES PRINCIPAUX.....	11:3
1.2.	LES SITUATIONS NÉCESSITANT UN SALAIRE	11:4
1.3.	LA ZONE LITIGIEUSE	11:5
2.	ANALYSE TECHNIQUE PURE.....	11:5
2.1.	LES RÉSULTATS	11:5
2.2.	LES AUTRES NIVEAUX DE REVENUS	11:6
2.3.	LES ERREURS TYPIQUES.....	11:7
3.	LA VALEUR DE LA COTISATION À LA RRQ.....	11:8
3.1.	LA RENTE DE RETRAITE	11:8
3.2.	AUTRES AVANTAGES DE LA COTISATION À LA RRQ	11:11

4.	LA COTISATION AU REÉR	11:11
4.1.	NOTIONS DE BASE	11:11
4.2.	APPLICATION À LA DÉCISION SALAIRE-DIVIDENDE	11:15
5.	SOMMAIRE DES TROIS ÉTAPES	11:19
6.	AUTRES ASPECTS LIÉS À L'APPROCHE DIVIDENDE.....	11:19
ANNEXE 1		11:22
ANNEXE 2		11:23
ANNEXE 3		11:24
ANNEXE 4		11:25
ANNEXE 5		11:27
ANNEXE 6		11:28
ANNEXE 7		11:29
ANNEXE 8		11:30
ANNEXE 9		11:31

1. VUE D'ENSEMBLE

La création d'une société privée par actions implique que l'actionnaire décide de la façon dont il financera son train de vie. Il peut se verser un dividende ou un salaire. Ce sujet a déjà fait l'objet de nombreux textes et conférences. Les sommes impliquées ne sont pas forcément substantielles, mais nous estimons préférable d'effectuer cette analyse une fois pour toutes afin de bien conseiller nos clients par la suite. Chose certaine, lorsqu'une option est proposée à un client sans avoir fait l'objet d'une analyse parce qu'elle n'est pas jugée assez importante pour y consacrer du temps, il ne faut pas par surcroît la justifier en offrant des arguments qui ne tiennent pas la route (par exemple, il faut déclarer un salaire pour pouvoir cotiser au régime enregistré d'épargne-retraite (« REÉR »)!).

1.1. LES TROIS THÈMES PRINCIPAUX

Pour aborder correctement ce type de décision, il faut traiter trois thèmes principaux :

- 1) Le volet purement technique : il s'agit de calculer les impôts et les diverses cotisations qu'implique chacune des options (impôts sur le revenu, Régie des rentes du Québec (« RRQ »), Régime québécois d'assurance parentale (« RQAP »), REÉR, Fonds des services de santé (« FSS »), crédit pour dividende, etc.). Dans ce calcul objectif, chaque professionnel devrait obtenir le même résultat (voir la section 2). Aux fins du présent document, nous avons tenu pour acquis que l'actionnaire n'a pas à cotiser à l'assurance-emploi. Mais dans le cas contraire, l'approche dividende serait plus favorable encore.
- 2) La valeur de la cotisation à la RRQ : l'approche dividende implique un renoncement à une partie des avantages de la cotisation à la RRQ. À quelle valeur renonce-t-on au juste? Ce calcul plus subjectif doit faire appel à diverses hypothèses. Le résultat sera différent selon la situation de chaque actionnaire concerné (voir la section 3).
- 3) L'incidence de la cotisation au REÉR : l'approche dividende implique un renoncement à la cotisation au REÉR. Mais est-ce grave? Vaut-il mieux détenir des placements par l'entremise d'un REÉR ou d'une société? En résumé, de nombreuses hypothèses doivent être analysées, et la situation personnelle de l'actionnaire, notamment son profil d'investisseur, aura une incidence sur le résultat (voir la section 4).

Ces trois thèmes impliquent des calculs, auxquels s'ajoutent quelques facteurs d'ordre qualitatif dont nous discuterons à la section 6.

1.2. LES SITUATIONS NÉCESSITANT UN SALAIRE

D'entrée de jeu, signalons certaines situations où le choix du salaire comme mode de rémunération est obligatoire (du moins, en partie) :

- Le couple prévoit avoir un nouvel enfant. Une cotisation au RQAP est donc nécessaire (pour Monsieur aussi) et requiert un salaire sur une **base annuelle** de 62 500 \$ en 2010. Notons que les calculs effectués pour établir le montant qui sera versé aux parents ne sont pas liés aux années civiles (il n'est donc pas indispensable d'avoir un salaire total de 62 500 \$ l'année précédente, ni même l'année courante). Un calcul des revenus moyens hebdomadaires doit être établi pour une **certaine** durée (par exemple, 16 semaines).
- La société a droit au crédit de recherche scientifique et développement expérimental (« RS & DE ») et le salaire de l'actionnaire pourrait devenir une dépense admissible. Cela est vrai aussi pour toute autre forme de crédit pour lequel le salaire de l'actionnaire peut être considéré (par exemple, le crédit à l'édition de la Société de développement des entreprises culturelles (SODEQ)).
- Si le couple engage des frais de garde, le conjoint qui a le revenu le plus bas doit avoir des revenus admissibles (salaires, revenus d'entreprise, etc.). Le dividende ne se qualifie pas à ce titre. Un certain montant de salaire doit donc être prévu.
- Si la société offre un régime d'assurance collective (ou un régime de retraite collectif) et qu'il est avantageux pour l'actionnaire d'y participer, un salaire doit être prévu (par exemple, si l'actionnaire n'est pas assurable et qu'il s'agit pour lui de la seule façon de conserver une couverture en assurance invalidité).
- Toute autre situation pouvant offrir un avantage quelconque lorsqu'un salaire est versé (redevances, réduction de frais, etc.). Sur le plan strictement quantitatif, la différence entre le salaire et le dividende n'est pas assez importante pour renoncer à des avantages externes admissibles seulement lorsqu'un salaire est versé.

1.3. LA ZONE LITIGIEUSE

Les situations suivantes ne sont pas litigieuses :

- Lorsque le taux d'impôt marginal de la société est de 29,9 % (le « gros taux ») et que le versement d'un salaire aurait pour effet de créer une économie d'impôts à ce taux, il faut privilégier l'approche salaire. Les chiffres sont très clairs à ce sujet (voir annexe 2).
- Notons que le choix précédent est justifié seulement si l'actionnaire a besoin d'autres sommes pour assurer son train de vie, ou s'il compte en avoir besoin dans un avenir proche. Sinon, aucun salaire ni dividende ne seront versés. Il vaut mieux payer l'impôt des sociétés et laisser l'argent dans la société. Toutefois, s'il n'y a pas de société de gestion, certains facteurs d'admissibilité à la déduction pour gains en capital doivent être considérés.
- S'il y a un compte de revenu à taux général (« CRTG ») ou un impôt en main remboursable au titre de dividendes (« IMRTD »), il vaut probablement mieux privilégier l'approche dividende. Bien d'autres facteurs peuvent toutefois influencer cette décision.

En fait, la zone litigieuse se situe à l'intérieur de ce qui suit :

- lorsque le taux d'impôt de la société est de 19 % (profit inférieur à 500 000 \$);
- pour la première portion de salaire de 122 222 \$ en 2010 (le salaire permettant de cotiser au maximum de REÉR).

Voilà donc la zone litigieuse qui fait l'objet du présent texte.

2. ANALYSE TECHNIQUE PURE

2.1. LES RÉSULTATS

L'annexe 1 présente les calculs. Les colonnes de gauche indiquent les divers paiements effectués dans le cas de l'approche salaire. Les colonnes de droite indiquent les mêmes paiements pour l'approche dividende. Dans les deux cas, l'argent disponible pour le train de vie est de 65 618 \$, soit le montant obtenu dans le cas d'un salaire de 122 222 \$ et d'une cotisation au

REÉR de 22 000 \$. Pour obtenir ce même montant disponible avec l'approche dividende, il faut déclarer un dividende de 79 312 \$.

Au bas de l'annexe 1, on peut constater qu'après avoir tenu compte de tous les éléments pertinents, l'option dividende permet d'avoir en main 2 472 \$ de plus (22 000 \$ de REÉR dans l'option salaire par rapport à 24 472 \$ de plus dans la société).

Voici quels seraient les résultats pour des salaires inférieurs à 122 222 \$:

- salaire de 75 000 \$: l'approche dividende sort gagnante par un montant de 3 477 \$;
- salaire de 47 200 \$ (le montant permettant de cotiser au maximum à la RRQ) : l'approche dividende produit 2 627 \$ de plus.

L'annexe 3 présente un sommaire de ces résultats.

2.2. LES AUTRES NIVEAUX DE REVENUS

Voici deux autres situations :

- Après avoir effectué l'analyse pour un revenu égal ou inférieur à 122 222 \$, l'étape suivante consiste à savoir si, pour un revenu supérieur, il vaut mieux verser un dividende ou non. Si la première tranche de revenu de 122 222 \$ est versée en salaire, il faut ensuite utiliser le dividende pour des retraits supplémentaires. À ce niveau, seul l'impôt est pertinent, car les autres facteurs n'ont plus d'incidence (RRQ, RQAP et REÉR). Si cette première tranche est versée en dividende dès le début, il faut poursuivre ainsi pour d'autres retraits. Bref, une fois que le taux marginal maximum est atteint (quel que soit le type de revenu utilisé), il faut privilégier le dividende. L'annexe 3 présente les résultats de ce calcul.
- Lorsqu'on a choisi de profiter de la cotisation à la RRQ (salaire minimum de 47 200 \$) ou au RQAP (salaire minimum de 62 500 \$), il faut utiliser le dividende pour le reste (voir l'annexe 3). Cette suggestion tient compte de l'effet décrit à l'étape 3 (voir la section 4). Comme les résultats sont très serrés, le fait de verser un salaire jusqu'à 122 222 \$ n'entraînerait pas une erreur importante. Vous saisirez mieux le sens de ce paragraphe après la lecture complète du présent texte.

En se limitant aux calculs précédents, l'option dividende sortirait gagnante dans tous les scénarios. Toutefois, il faut tenir compte de deux autres facteurs :

- L'approche dividende implique un renoncement à la valeur de la cotisation à la RRQ. Le tableau tient compte de l'inconvénient de cette cotisation (4 326 \$ déduit du côté de l'approche salaire et totalisant la part de l'employeur et de l'employé), mais il en néglige l'avantage. En effet, cette cotisation apportera un jour un avantage grâce à une rente plus élevée. Que vaut donc cette cotisation de 4 326 \$? Nous en traitons dans la section 3.
- Aussi, l'option salaire implique un REÉR de 22 000 \$ (et aucun REÉR dans l'option dividende), tandis qu'on retrouve 24 397 \$ de plus dans la société selon l'option dividende. Deux différences découlent de ces résultats :
 - Il y a d'abord une différence de 2 397 \$ entre ces deux montants, en faveur de l'option dividende. Cela correspond à un avantage net pour l'option dividende. Cette somme sera imposable au moment du retrait, mais l'impôt sera payable dans de nombreuses années seulement, et l'effet en dollars d'aujourd'hui (valeur actualisée) est immatériel.
 - Mis à part cette différence de 2 397 \$, il faut souligner que les 22 000 \$ restants de part et d'autre ne sont pas dans le même type de plan. L'approche salaire fait appel à un REÉR, tandis que selon l'option dividende, les 22 000 \$ font l'objet d'un placement non enregistré dans une société. Quelle est l'incidence de cette situation? Vaut-il mieux placer l'argent dans un REÉR ou une société de gestion? Nous en traitons à la section 4.

2.3. LES ERREURS TYPIQUES

Nous avons consulté plusieurs analyses du genre au fil des années. Voici deux erreurs typiques que nous rencontrons souvent :

- Comparer le même montant de salaire et de dividende : dans plusieurs cas, un salaire de 122 222 \$ est comparé à un dividende de 122 222 \$, ce qui est erroné et désavantage inutilement l'option dividende (paiement d'impôt personnel inutile). Pourquoi déclarer un dividende plus élevé que les besoins du client? Pour comparer équitablement les options, il faut établir à tâtons le montant de dividende qui permettra à l'actionnaire

d'avoir en poche le même montant qu'avec l'option salaire, puis déterminer ensuite le montant d'argent supplémentaire qu'il reste dans la société.

- Commencer l'analyse en présumant un taux d'impôt marginal maximum : encore faut-il atteindre ce taux! Souvent, les clients concernés par ce type de décision tirent tous leurs revenus de leur société, et la décision salaire-dividende concerne les premiers dollars de revenus. Il ne faut donc pas présumer que le client a déjà 127 000 \$ de revenu par ailleurs. Mais si c'est effectivement le cas, l'annexe 3 indique malgré tout qu'il faut utiliser un dividende.

3. LA VALEUR DE LA COTISATION À LA RRQ

3.1. LA RENTE DE RETRAITE

En dollars d'aujourd'hui, que vaut la somme de 4 326 \$ versée par l'actionnaire à la RRQ (part de l'employeur et part de l'employé)? Autrement dit, en quoi la rente de retraite de la RRQ sera-t-elle touchée par le fait de cotiser ou non cette année? Quel montant faudrait-il placer aujourd'hui de façon qu'il puisse remplacer la perte d'une rente future de la RRQ?

Le taux de cotisation à la RRQ a augmenté substantiellement au cours des dernières années (le taux était encore à 3,6 % en 1986 et il a atteint 9,9 % en 2003). Une hausse plus graduelle aurait évité que les jeunes paient pour ceux qui n'ont pas cotisé suffisamment. En quelque sorte, cette hausse constitue une forme subtile de taxe intergénérationnelle.

La décision de cotiser à la RRQ est une décision annuelle, à réévaluer en fonction des changements dans la situation du client. Par ailleurs, ce qui est cotisé reste en banque et rien n'est perdu s'il n'y a aucune cotisation par la suite. En outre, chaque année de cotisation possède la **même valeur** aux fins du calcul de la rente.

Il faut savoir qu'une personne de 25 ans qui gagne 47 200 \$ paie la même cotisation qu'une autre de 55 ans qui gagne également 47 200 \$. Pourtant, le nombre d'années précédant la rémunération d'une année de service est très différent dans les deux cas. Il est plus coûteux de supporter une année de service pour une personne de 55 ans que pour quelqu'un âgé de 25 ans. Cette réalité s'applique aussi aux régimes de pension à prestation déterminée et aux REÉR (par exemple, une personne qui gagne 100 000 \$ peut cotiser 18 000 \$ au REÉR, quel que soit son âge). Seuls les régimes de

retraite individuels (« RRI ») évitent cette incohérence, étant donné que le montant de cotisation dépend de l'âge.

Ainsi, la valeur d'une somme de 4 326 \$ versée à la RRQ dépendra des facteurs suivants :

- l'âge : plus l'actionnaire est jeune, plus la valeur est faible, et plus il doit éviter de cotiser à la RRQ;
- le profil d'investisseur : plus le profil est audacieux et plus la valeur est faible. Autrement dit, plus une personne adopte une approche prudente dans ses placements et plus elle a avantage à confier à la Caisse de dépôt et placement du Québec la gestion des 4 326 \$;
- l'âge prévu de la retraite (effet moins important) : une retraite à 65 ans augmente la valeur;
- l'âge prévu du décès : plus le décès est tardif et plus la rente de la RRQ a de la valeur. Nos calculs prévoient des âges de décès tardifs. Une erreur fréquente consiste à considérer l'espérance de vie théorique comme l'âge de décès prévu. À ce point, la valeur de la rente de la RRQ est très faible. Pour être prudent dans nos recommandations au client, il faut s'assurer que s'il doit renoncer à la rente de la RRQ, le scénario de remplacement sera durable pendant une longue période;
- les cotisations déjà effectuées : voilà un facteur majeur. Il faut examiner les cotisations passées afin de s'assurer que la « période cotisable » ne soit pas déjà remplie. À un certain moment, il devient inutile de cotiser à la RRQ. Il faut se rappeler que 15 % des pires mois sont enlevés dans le calcul de la rente. De plus, la présence d'une rente de conjoint survivant peut éliminer la valeur future des nouvelles cotisations, car le client aura déjà droit au maximum. Il en est de même pour une rente d'invalidité. Ainsi malgré le fait qu'une personne âgée a avantage à cotiser à la RRQ, cet avantage peut devenir nul au moment où la « période cotisable » est remplie.

Les tableaux 1 et 2 de l'annexe 4 fournissent une partie des résultats. Nous avons établi ce calcul avec l'aide de M. Dany Provost, CFA, Pl. Fin., associé de DELTA Services actuariels. Sans donner ici tous les détails techniques, soulignons que nous avons tenté de trouver le montant qu'il faudrait placer aujourd'hui pour être en mesure de fournir la même rente supplémentaire qu'une année de cotisation supplémentaire aurait produite. Le but consiste à établir la valeur réelle de la contrepartie reçue en échange

d'une cotisation de 4 326 \$. Les tableaux tiennent compte des variables possibles suivantes :

- l'âge de la personne concernée (25 et 50 ans);
- le taux de rendement prévu avant impôts (5 %, 6 %, 7 %);
- l'âge de la retraite : 60 et 65 ans;
- l'âge du décès : 85, 95 et 100 ans.

Voici un exemple tiré du premier tableau de l'annexe 4 : une personne de 25 ans cotise 4 326 \$ à la RRQ, songe à prendre sa retraite à 60 ans et est en mesure de générer un rendement avant impôts de 6 %. La valeur de ce montant sera de 2 201 \$ si l'on détermine l'âge du décès à 100 ans. En épargnant aujourd'hui 2 201 \$, compte tenu d'un taux de rendement moyen avant impôts de 6 %, la personne aura la même rente entre 60 et 100 ans (indexée, bien sûr) que celle qu'elle aurait obtenue si elle avait cotisé à la RRQ durant l'année qui vient de s'écouler.

En examinant l'ensemble des montants de l'annexe 4, vous remarquerez que :

- plus le taux de rendement est élevé et plus la valeur est faible (et inversement si le taux de rendement est bas);
- plus l'âge du décès est précoce et plus la valeur est faible. Dans le cas d'un décès à 85 ans, soit plus ou moins l'espérance de vie moyenne, les montants sont très décevants. Cela signifie qu'en moyenne, les gens n'en auront pas pour leur argent. Le problème, c'est qu'on ne sait pas qui vivra longtemps.

Dans nos calculs synthèses de la section 5, nous avons tenu compte des sommes suivantes :

- 25 ans : 2 201 \$ (avant impôts);
- 50 ans : 3 553 \$ (avant impôts).

Nous avons appliqué un taux d'impôt de 35 % seulement.

Les tableaux 3 et 4 de la même annexe présentent la même réalité, mais sous forme de taux de rendement (le taux de rendement avant impôts qu'il faut réaliser pour égaler la rente de la RRQ).

L'annexe 5 présente tous les résultats, pour tous les groupes d'âge. L'annexe 6 présente la même réalité sous forme de taux de rendement implicite (« TRI »).

3.2. AUTRES AVANTAGES DE LA COTISATION À LA RRQ

La rente de retraite n'est pas le seul avantage de la cotisation à la RRQ :

- La rente d'invalidité : étant donné la difficulté d'obtenir cette rente, nous ne tenons pratiquement pas compte de cette protection dans l'établissement des besoins en assurance invalidité haut de gamme de nos clients. La cotisation à la RRQ n'apporte donc rien sur ce point. Notons qu'en examinant les cotisations passées, il est possible que le client y ait déjà droit de toute façon.
- La rente de décès de 2 500 \$: passons...
- La rente de conjoint survivant ou d'orphelin : en établissant les besoins en assurance vie, il est nécessaire de tenir compte des revenus futurs de la personne qui dépend de l'assuré en cas de décès de celui-ci. Ainsi, la possibilité de recevoir cette rente réduit les besoins théoriques et peut donc entraîner une économie. Cette économie s'arrête à la retraite, car nous avons déjà calculé une valeur pour la rente de 60 à 100 ans. L'économie en assurance vie temporaire est relativement minime, compte tenu des coûts de telles assurances (environ 100 \$ à 200 \$ par année). Encore ici, en examinant les cotisations passées, il est possible que le client y ait droit de toute façon, réduisant l'inconvénient à zéro.

Les autres avantages de la cotisation à la RRQ sont donc minimes pour les clients qui gagnent bien leur vie. Pour les personnes dont le portefeuille de protection est déficient, ces avantages peuvent toutefois être importants.

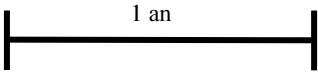
4. LA COTISATION AU REÉR

4.1. NOTIONS DE BASE

Avant de traiter du lien entre le REÉR et la décision salaire-dividende, nous tenons à faire le point sur quelques volets théoriques liés au REÉR.

On dit souvent que le REÉR est un régime d'étalement du revenu imposable. Faux (ou du moins incomplet). On dit souvent aussi que le REÉR comporte deux avantages : l'économie d'impôts et l'impôt différé sur les rendements. Faux. Un REÉR est un abri fiscal pur. À taux d'impôt marginal égal, il permet d'obtenir un rendement après impôts égal au rendement avant impôts. Le jeu de réduction d'impôt lors de la cotisation et du paiement des impôts lors du retrait a pour effet net de rendre les rendements non imposables. Il n'y a pas deux avantages au REÉR (économie d'impôts et impôt différé). Il n'y en a qu'un seul : rendre les rendements non imposables (comme le compte d'épargne libre d'impôt (« CÉLI »)). La figure 1 illustre un exemple simple sur un an qui donne toutes les réponses nécessaires.

Figure 1

Exemple : Cotisation 1 000 \$ – Taux impôt 40 % – Rendement 8 %			
			
REÉR :	1 000 \$	1 080 \$	(8 %)
Personnel :	(1 000)	1 080	
	<u>400</u>	<u>(432)</u>	
	<u>(600)</u>	<u>648</u>	8/600 = 8 %
Sans abri fiscal		648	
(-) impôt : $48 \times 50 \% \times 40 \%$		<u>(10)</u>	
		<u>638</u>	

La figure 1 présente les résultats d'un investissement de 1 000 \$ compte tenu d'un taux de rendement prévu de 8 % et d'un taux d'impôt marginal de 40 %. Deux possibilités sont présentées : avec ou sans cotisation au REÉR.

Voici l'évolution d'un placement avec une cotisation au REÉR de 1 000 \$:

- Au début de l'année, il y aura donc 1 000 \$ dans le REÉR.
- Après un an, il y aura 1 080 \$ (8 %).

- Un retrait des sommes après un an procurera 648 \$ (1 080 \$ moins 40 % d'impôt).
- L'investissement réel du client au début était de 600 \$ (1 000 \$ moins la réduction d'impôt de 400 \$).
- Après le retrait, le client dispose de 648 \$ après impôts.
- Il a donc réalisé un rendement net de 8 % (48/600).
- Par conséquent, le rendement après impôts de 8 % est égal au rendement avant impôts dans le REÉR (8 %).
- Le REÉR est un abri fiscal : il permet d'obtenir un rendement après impôts égal au rendement avant impôts. Le jeu de flux monétaire au début (réduction d'impôt) et à la fin (paiement des impôts) a simplement pour effet de rendre le rendement net d'impôt. Il n'y a pas d'économie d'impôts sur la cotisation en soi.

Voici l'évolution d'un placement sans cotisation au REÉR :

- Sans cotisation au REÉR, le client investirait en réalité 600 \$ (1 000 \$ moins l'impôt de 400 \$ qui aurait été payé immédiatement). Après un an, le placement vaudrait 648 \$. Puisqu'il doit payer des impôts sur le gain en capital, il lui restera 648 \$ moins 10 \$ ($48 \$ \times 50 \% \times 40 \%$) = 638 \$. Le REÉR lui a donc permis d'économiser 10 \$ d'impôts.

Conclusion : le REÉR permet d'**épargner** (et non de différer) l'impôt sur les **rendements**. Il ne permet pas **d'épargner ou de différer les impôts sur les cotisations**. Le résultat final est le même que celui que procure le CÉLI, sauf que la mécanique est plus complexe. D'ailleurs, la plupart des auteurs en viennent à cette conclusion quand ils comparent le CÉLI et le REÉR (ils obtiennent le même résultat compte tenu d'un taux marginal d'impôt identique au début et à la fin), et malgré ces résultats chiffrés, bon nombre d'entre eux continuent d'attribuer diverses vertus au REÉR, faisant ainsi abstraction de leurs propres calculs.

Le calcul sur un an donne déjà une réponse claire. Inutile de faire des calculs sur une plus longue période. Même si les calculs avaient été faits sur 20 ans, en tenant compte de l'intérêt composé, la conclusion resterait la même.

Voici quelques commentaires supplémentaires à ce sujet :

- Notez bien qu'à n'importe quel taux marginal d'impôt, le rendement après impôts demeure 8 %. Si vous n'en êtes pas convaincu, refaites l'exercice en utilisant un taux d'impôt de 30 %. Le résultat resterait le même aussi quel que soit le taux d'inclusion du gain en capital. La cotisation au REÉR permet toujours d'éviter l'impôt, quel qu'en soit le montant. Même à des taux d'inclusion du gain en capital de 25 % ou de 10 %, la cotisation au REÉR serait quand même intéressante. On accorde beaucoup trop d'importance au taux marginal. L'important, ce n'est pas le taux en soi, mais bien que ce taux soit égal (ou supérieur) au taux marginal futur « normal » et probable du client. À un taux marginal normal futur du client de 38 %, il serait quand même rentable de cotiser à un REÉR si le taux marginal de l'année considérée est de 38 %.
- Quand il est question de taux marginal d'impôt lors de la cotisation, il faut tenir compte de tous les éléments pertinents et pas seulement de l'impôt sur le revenu. Il faut évaluer l'effet sur tous les crédits sociaux fiscaux (prestation fiscale pour enfants, régime enregistré d'épargne-études (REÉÉ), crédit de TPS, etc.). Le taux devient parfois très élevé. Le même raisonnement s'applique au retrait (notamment en regard d'une perte du Supplément de revenu garanti ou de la pension de la Sécurité de la vieillesse du Canada).
- Si le taux marginal d'impôt au retrait est plus bas (ou plus haut) qu'au début, il y a un gain (ou une perte) sur l'impôt. On tient souvent pour acquis qu'il sera plus bas, mais ce n'est pas toujours le cas, surtout s'il y a décès prématuré (auquel cas le REÉR entier est imposé dans la même année à un taux d'impôt marginal élevé). La perte de la pension de la Sécurité de la vieillesse du Canada à partir de 66 700 \$ de revenu imposable jusqu'à 107 000 \$ fait aussi augmenter le taux marginal de 8 à 9 % au retrait.
- En général, il y a exagération de l'effet à long terme de la différence de taux marginal entre la réduction d'impôt lors de la cotisation et le paiement futur des impôts au retrait. Bien sûr, il serait désastreux de déduire un montant au taux de 28 % une année et d'effectuer un retrait l'année suivante au taux de 48 %. Par contre, s'il s'écoule plusieurs années entre la cotisation et le retrait, l'effet est considérablement moindre. À titre d'exemple, reprenons les chiffres de la figure 1, en tenant compte d'un taux d'impôt au retrait de 45 %, c'est-à-dire 5 % de plus que le taux applicable au moment de la cotisation. Au lieu de 8 %, voici les taux de rendement après impôts qui s'appliqueraient :

- 1) Un taux de rendement après impôts de 7,5 % si le retrait a lieu 20 ans plus tard;
 - 2) Un taux de rendement après impôts de 7,75 % si le retrait a lieu 40 ans plus tard.
- Malgré tous les commentaires précédents, il faut quand même chercher à optimiser la stratégie liée au REÉR et porter une attention particulière à trois moments clés :
 - 1) Au moment de la cotisation : il faut chercher à déduire la cotisation au taux marginal d'impôt le plus élevé possible, compte tenu du contexte du client. Si le taux d'impôt est maximal au début (cotisation), il y a une meilleure chance de réaliser une économie d'impôts ou, à tout le moins, d'éviter une perte.
 - 2) En cours de route : après la première étape, il faut planifier en fonction du paiement des impôts lors du retrait futur. Dans un portefeuille global donné, il devient avantageux de mettre la portion la plus conservatrice dans le REÉR afin de réduire les impôts futurs. Ainsi, il vaut mieux placer les titres à revenu fixe dans le REÉR et les actions hors REÉR, en supposant que le portefeuille comprenne un compte hors REÉR. Dans le cas contraire où tous les placements doivent être dans le REÉR, il ne faut surtout pas renoncer aux actions pour cette raison. Quel que soit le contexte toutefois, il faut veiller à placer la portion la plus audacieuse du portefeuille dans le CÉLI, qui constitue un régime plus simple où tout est exempté sans nuances.
 - 3) Au moment du retrait : il faut chercher à effectuer les retraits au taux marginal d'impôt le plus bas possible. Plusieurs techniques efficaces permettent de planifier correctement les retraits des REÉR.
 - Il va sans dire qu'il est important de pouvoir réduire l'impôt lors de la cotisation. S'il n'y a que l'impôt lors du retrait sans réduction au moment de la cotisation, ce n'est pas avantageux. Malgré cette évidence, cette situation décrit exactement ce qui se passe pour nos clients incorporés qui décident de se verser un salaire! Nous en traitons dans la prochaine sous-section.

4.2. APPLICATION À LA DÉCISION SALAIRE-DIVIDENDE

L'approche dividende implique un renoncement à la cotisation au REÉR, car un dividende n'est pas un revenu gagné. Mais est-ce grave? Ce

facteur est nettement surévalué par la communauté des conseillers financiers. De toute évidence, il faut épargner pour la retraite, mais il y a de nombreux moyens de le faire. La cotisation à un REÉR n'est pas le seul. L'important avant tout, c'est d'avoir constitué le capital au moment voulu.

Dans la plupart des cas, la cotisation au REÉR d'un actionnaire n'est pas un avantage mais un inconvénient. Réglons d'abord le mythe de la réduction d'impôt lors de la cotisation. Un client incorporé n'a pas des liquidités de 50 000 \$ qui dorment dans un compte de banque personnel. Son argent est concentré dans sa société, et seuls les retraits pour les besoins personnels sont effectués. Pour cotiser à son REÉR, le client doit donc se verser un revenu supplémentaire de 22 000 \$. Il augmente son revenu de 22 000 \$, pour le déduire ensuite de 22 000 \$ grâce au REÉR. Résultat net : aucune économie. Ainsi, pour l'impôt personnel d'un client incorporé, la cotisation au REÉR n'entraîne aucune économie. Le salaire supplémentaire a entraîné une économie d'impôts dans la société, mais cet élément est déjà considéré dans le calcul de l'annexe 1. Comme nous l'avons signalé dans la section précédente, lorsqu'il n'y a aucune réduction d'impôt au moment de la cotisation et qu'il ne reste que le paiement futur lors du retrait, le REÉR perd son attrait.

La cotisation au REÉR a toutefois pour effet de transférer 22 000 \$ de placements non enregistrés de la société vers un produit enregistré (REÉR). D'une part, il est vrai que la réduction d'impôt au début est nulle en cotisant au REÉR et qu'il ne reste que le paiement futur au retrait, mais, d'autre part, l'argent qui était déjà dans une société entraînera aussi des impôts à payer lors d'un retrait futur. Est-ce favorable ou non? Dans la seule perspective des paiements futurs d'impôt, vaut-il mieux placer l'argent dans un REÉR ou dans une société de gestion? Voici les points à considérer :

- Les revenus de placement ne seront pas imposés dans le REÉR avant le retrait.
- Le REÉR sera totalement imposable lors du retrait.
- Une partie du REÉR (transformé en fonds enregistré de revenu de retraite (« FERR »)) pourra faire l'objet d'un fractionnement avec le conjoint, compte tenu des nouvelles règles. Ce volet est toutefois à double tranchant. Si vraiment la situation du conjoint fait en sorte que des stratégies de fractionnement peuvent être pertinentes, il est probable que la présence de la société de gestion permettra de tirer parti de cette situation (fiducie, actionnariat, etc.). L'avantage d'un REÉR est loin d'être certain.

- Les revenus de placement dans la société seront imposés régulièrement au fil des années et aussi à mesure qu'ils seront versés aux actionnaires. Il ne faut pas exagérer cet inconvénient. Le gain en capital est composable à 50 % seulement (avec le jeu du compte de dividendes en capital (« CDC »)), et il n'est pas réalisé chaque année à 100 %. Le dividende est imposé au taux de 33 % en vertu de la partie IV de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ (avec IMRTD). Seuls les revenus d'intérêts font l'objet d'une lourde imposition annuelle.
- L'utilisation de nombreux produits et stratégies permet de réduire les impacts négatifs du traitement de ces revenus de placement. La gestion à structure corporative et de série T ainsi que certains produits dérivés sont tous des moyens de différer l'impôt ou de transformer un revenu d'intérêt en gain en capital. Ce sujet est très vaste. Chose certaine, il ne faut pas se limiter à une analyse superficielle consistant à utiliser pour chaque année un taux de rendement de 6 %, imposable en entier à un taux d'imposition de 50 %, comme cela se voit trop souvent!
- Lors du retrait des sommes de la société (à la retraite ou au décès), les incidences seront toutefois moins grandes que lors d'un retrait d'un REÉR. L'IMRTD, le CDC et les dividendes imposables (déterminés et non déterminés) entraînent des impôts moins élevés que le retrait pleinement imposable d'un REÉR. Diverses stratégies *post mortem* pourront aussi être mises en place après le décès (si les chiffres le justifient) afin de réduire substantiellement le taux d'impôt réel au retrait, de sorte qu'il soit équivalent au taux applicable au gain en capital.
- Les nouveaux taux d'imposition du Québec en vigueur depuis février 2007 éliminent les inconvénients de gagner des revenus de placement dans une société.

Pour déterminer s'il est préférable de détenir l'argent dans un REÉR ou dans une société, nous présentons des scénarios basés sur les hypothèses et les calculs suivants :

- La durée de détention d'un placement : 35, 40 et 45 ans.
- Le taux de rendement avant impôts : 5 %, 6 % et 7 %.

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

- Le profil de l'investisseur :
 - cas extrême : 100 % en titres à revenu fixe;
 - cas extrême : 100 % en gain en capital différé durant toute la durée de détention;
 - cas mitoyen : 20 % en revenu d'intérêt, 20 % en revenu de dividende et 60 % en gain en capital (avec un taux de roulement de 20 %).
- La totalité des placements dans le REÉR et dans la société fait l'objet d'un seul retrait à la fin de l'analyse (35, 40 et 45 ans). Ce sont ces valeurs qui ont été actualisées dans les deux options en vue de déterminer la solution gagnante qui affiche la valeur actualisée la plus élevée.

L'annexe 7 présente les résultats. En voici les principales conclusions².

- Lorsqu'il est question uniquement de revenus d'intérêts, la détention dans un REÉR est préférable. Nous n'avons pas considéré le cas d'un revenu d'intérêts à 7 % qui nous paraissait peu réaliste. Nous estimons qu'à 5 % et 6 %, le résultat du scénario est déjà un peu surévalué.
- Lorsqu'il n'y a que des gains en capital, la détention dans la société est préférable.
- Lorsque le portefeuille est relativement équilibré, la détention dans une société est préférable.
- Plus la période est longue avant le décaissement et plus la détention dans un REÉR devient avantageuse.

Comment faut-il interpréter les résultats de l'annexe 7? Par exemple, que représente le résultat en dernière ligne de la première colonne (1 972 \$)? Ce montant pourrait se définir comme l'inconvénient total, en dollars d'aujourd'hui, d'avoir fait glisser **cette année** 22 000 \$ d'une société de gestion vers un REÉR. Cet inconvénient se répète pour chaque année de salaire versé dans les mêmes conditions.

² Les chiffres négatifs indiquent des scénarios favorisant la détention dans un REÉR.

À vous de choisir le scénario qui s'applique le mieux à la situation du client. Dans le tableau synthèse de l'annexe 8, nous avons utilisé le troisième scénario (à un taux de 6 % sur 40 ans).

5. SOMMAIRE DES TROIS ÉTAPES

L'annexe 8 présente un sommaire des trois étapes en combinant les résultats des calculs pertinents à chacune :

- le calcul purement technique : pour un salaire de 122 222 \$, 75 000 \$ et 47 200 \$;
- la valeur de la rente de la RRQ : à 25 et 50 ans pour le scénario à 6 % prévoyant une retraite à 60 ans et un décès à 100 ans;
- REÉR *versus* société : compte tenu d'un portefeuille équilibré (et d'un montant différent selon le salaire concerné).

Dans les six cas, l'approche dividende sort gagnante. Bien sûr, il faut déterminer des chiffres adaptés à la situation du client, notamment en ce qui a trait à la valeur de la cotisation à la RRQ. Voici quelques conclusions permettant d'établir la règle à suivre :

- En général, l'approche dividende présente un avantage dès le début.
- Plus le client est jeune et que son profil d'investisseur est équilibré ou audacieux, et plus l'approche dividende est favorable. Inversement pour un client âgé de profil conservateur que l'approche salaire peut favoriser en raison d'une valeur plus importante accordée à la cotisation à la RRQ et d'une réduction de l'inconvénient de la cotisation au REÉR.
- Il faut surveiller de près la valeur de la rente de la RRQ qui peut tomber à zéro en une seule année si la période « cotisable » se remplit (ou s'il y a une rente de conjoint survivant ou d'invalidité).
- La décision salaire-dividende est une décision annuelle. Ce qui est vrai à 45 ans ne l'est peut-être plus à 60.

6. AUTRES ASPECTS LIÉS À L'APPROCHE DIVIDENDE

Nous présentons ci-dessous des avantages et des inconvénients supplémentaires de l'approche dividende.

- Elle facilite la déductibilité des intérêts et a un effet positif sur la perte nette cumulative sur placement (« PNCP »).
- Elle est plus simple que l'approche salaire (retenues à la source, feuillet, etc.).
- Elle offre un pouvoir discrétionnaire (par rapport à la rente de la RRQ) permettant de faire des retraits à son rythme et de disposer de sommes en cas de besoin (maladie, décès imminent). Cet avantage devient un inconvénient pour les indisciplinés.
- L'approche dividende complique les relations avec les institutions financières dont les représentants ne sont pas toujours heureux de voir une bonne planification fiscale diminuer les revenus de leurs clients! Les demandes de crédit peuvent être plus complexes en cas d'incompréhension de la part du prêteur, ou de refus de considérer les revenus de façon intégrée (personnel et société).
- L'insaisissabilité des sommes dans une société exploitante n'est pas établie, contrairement au REÉR maintenant. Il peut donc être utile d'avoir une société de gestion, ce qui est souvent nécessaire de toute façon.
- Le fait d'avoir un salaire simplifie la relation avec la Société de l'assurance automobile du Québec (SAAQ) lors d'un accident d'automobile qui entraîne le versement d'une indemnité de remplacement de revenu. Par contre, toutes nos communications avec cet organisme confirment que le dividende n'entraîne aucun problème pour recevoir cette indemnité, pourvu que le dividende soit le reflet d'une rémunération pour du travail. Bien sûr, un dividende versé par Bell n'est pas admissible!
- On dit parfois que le salaire a l'avantage de permettre de créer un RRI plus tard. Cet argument, souvent offert aux professionnels pour les encourager à s'incorporer, n'a pas une grande valeur à nos yeux. Sans approfondir toutes les subtilités d'analyse de cette décision, nous estimons qu'avant d'instaurer un RRI, il faut remplir quatre critères :
 - La société doit être au « gros taux » et la cotisation au RRI doit annuler des revenus qui seraient imposés à ce taux. Pour des profits inférieurs à 500 000 \$, cette solution n'est pas intéressante.

Par conséquent, cela élimine de nombreux clients, dont une bonne majorité de professionnels incorporés.

- Le coût des services passés doit être substantiel lors de la création du RRI. Rien ne sert de créer un RRI uniquement pour les cotisations aux services courants. Ainsi, pour le professionnel qui s'est incorporé depuis peu, cette condition n'est pas respectée. Par ailleurs, il ne faut pas subir l'inconvénient de l'approche salaire durant 15 ans à la seule fin de pouvoir créer un RRI à ce moment-là.
- La société doit disposer des liquidités pour effectuer la cotisation immédiatement (services courants et passés) et profiter ainsi rapidement des réductions d'impôt.
- Le client doit être âgé d'environ 45 à 50 ans au moins, âge à partir duquel les cotisations au RRI au titre des services courants deviennent intéressantes.

En conclusion, le RRI n'est probablement pas un critère de décision. D'autant plus que si le premier des quatre critères est respecté, c'est déjà l'approche salaire qu'il faut utiliser.

- Le REÉR (et la rente de la RRQ) fait partie du patrimoine familial, mais pas les placements dans une société. À vous de décider s'il s'agit d'un avantage ou d'un inconvénient!
- La pression est forte actuellement sur les avantages conférés par la RRQ (finances publiques difficiles, vieillissement de la population, etc.). À long terme, la probabilité d'une diminution des avantages est plus grande que celle d'une augmentation.

L'annexe 9 présente un sommaire des facteurs déterminants dans cette décision.

ANNEXE 2

Montants disponibles et investissements par plan
salaire de 122 000 \$ - gros tax - Dividende déterminé

Salaire Personnel	
Salaire brut	122 222 \$
Dividende (à 0 par défaut)	
(-) RRQ	2 163 \$
(-) RQAP	316 \$
(-) Ass.-emploi	- \$
(-) Soins santé	- \$
(-) Impôt personnel (effet REÉR compris)	32 125 \$
Argent disponible	87 618 \$
REÉR	22 000 \$
Argent disponible-train de vie	65 618 \$

Société

Bénéfice avant salaire	400 000 \$
(-) Salaire	122 222 \$
(-) RRQ	2 163 \$
(-) RQAP	443 \$
(-) Ass.-emploi	- \$
(-) Soins santé	3 300 \$
Revenu imposable	271 872 \$
Taux impôt Société	29.90%
Impôt à payer Société	81 290 \$
Bénéfice net	190 582 \$
(-) Dividendes	- \$
Disponible Société	190 582 \$

Sommaire

Total impôt/taxes/RRQ payés/etc.	
Employeur RRQ	2 163 \$
Employeur Santé	3 300 \$
Employeur RQAP	443 \$
Employeur AE	- \$
Employeur impôt	81 290 \$
Employé RRQ	2 163 \$
Employé RQAP	316 \$
Employé AE	- \$
Employé santé	- \$
Employé impôt	32 125 \$
	121 800 \$
Différence	(4 713) \$
Salaire	Dividende
Plus de REÉR	22 000 \$
Plus dans la Société	17 287 \$
Différence	(4 713) \$

Dividende Personnel	
Dividende reçu (à tâtons)	- \$
Salaire brut	72 530 \$
(-) RRQ	- \$
(-) RQAP	- \$
(-) Ass.-emploi	- \$
(-) Soins santé	437 \$
(-) Impôt personnel	6 476 \$
Argent disponible pour le train de vie	65 618 \$
REÉR	- \$
Argent disponible-train de vie	65 618 \$

Société

Bénéfice avant salaire	400 000 \$
(-) Salaire	- \$
(-) RRQ	- \$
(-) RQAP	- \$
(-) Ass.-emploi	- \$
(-) Soins santé	- \$
Revenu imposable	400 000 \$
Taux impôt Société	29.90%
Impôt à payer Société	119 600 \$
Bénéfice net	280 400 \$
(-) Dividendes	72 530 \$
Disponible Société	207 870 \$
Différence	17 287 \$

Sommaire

Total impôt/taxes/RRQ payés/etc.	
Employeur RRQ	- \$
Employeur Santé	- \$
Employeur RQAP	- \$
Employeur AE	- \$
Employeur impôt	119 600 \$
Employé RRQ	- \$
Employé RQAP	- \$
Employé AE	- \$
Employé santé	437 \$
Employé impôt	6 476 \$
	126 512 \$

Gagnant préliminaire : Salaire

ANNEXE 3**Résultats préliminaires – Scénarios de base**

- Avant valeur RRQ (étape 2)
- Avant REÉR *versus* société (étape 3)

2010			
Salaire			
	122 222 \$ (max. REÉR)	75 000 \$	47 200 \$ (max. RRQ)
Résultats	2 472 \$	3 477 \$	2 627 \$
Gagnants	Dividende	Dividende	Dividende

Autres situations

2010		
	Au taux marginal maximum (environ 25 000 \$ de revenus au dessus de 127 000 \$ de salaire) (les étapes 2 et 3 sont semblables pour les deux options)	Revenus supplémentaires une fois versé un salaire de 47 200 \$ dans chacune des options (l'étape 2 est la même pour les deux options mais il faut considérer l'étape 3)
Résultats	332 \$	(1 241 \$)
Gagnants	Dividende	Salaire (mais il manque l'étape 3)

ANNEXE 4**Valeur de la cotisation à la RRQ****Tableau 1****Cotisation avant impôts (actualisée) pour obtenir la même rente**

Personne de 25 ans			
Âge retraite/décès	5 %	6 %	7 %
60/85	2 300	1 708	1 266
60/95	2 876	2 067	1 489
60/100	3 107	2 201	1 567
65/85	2 317	1 702	1 256
65/95	3 138	2 221	1 572
65/100	3 445	2 408	1 695

Tableau 2**Cotisation avant impôts (actualisée) pour obtenir la même rente**

Personne de 50 ans			
Âge retraite/décès	5 %	6 %	7 %
60/85	3 214	2 757	2 376
60/95	4 019	3 337	2 795
60/100	4 341	3 553	2 941
65/85	3 211	2 816	2 400
65/95	4 445	3 651	3 016
65/100	4 900	3 962	3 229

Tableau 3
Taux de rendement (avant impôts)

Personne de 25 ans		
	60 ans	65 ans
85 ans	2,85 %	2,86 %
95 ans	3,77 %	3,98 %
100 ans	4,05 %	4,30 %

Tableau 4
Taux de rendement (avant impôts)

Personne de 50 ans		
	60 ans	65 ans
85 ans	3,17 %	3,40 %
95 ans	4,64 %	5,15 %
100 ans	5,04 %	5,60 %

ANNEXE 5

Valeur de la cotisation à la RRQ de 4 326 \$ (avant impôts) en argent

Âge retraite Âge décès	5 %										6 %										7 %									
	60	65	70	75	80	85	90	95	100	105	60	65	70	75	80	85	90	95	100	105	60	65	70	75	80	85	90	95	100	105
25	3107	2876	2300	1819	1647	1230	2201	2067	1708	1332	1221	935	1567	1489	1266	1695	1572	1356	1601	1274	1572	1356	1601	1274	1572	1356	1601	1274	1572	1356
26	3151	2917	2333	1849	1667	1243	2247	2113	1743	1367	1256	970	1610	1530	1306	1738	1615	1392	1646	1319	1615	1392	1646	1319	1615	1392	1646	1319	1615	1392
27	3196	2958	2366	1880	1695	1268	2293	2159	1779	1400	1290	1000	1653	1572	1336	1781	1658	1435	1691	1364	1658	1435	1691	1364	1658	1435	1691	1364	1658	1435
28	3241	3002	2399	1911	1720	1290	2339	2197	1815	1431	1321	1030	1698	1616	1367	1824	1700	1476	1736	1449	1698	1476	1736	1449	1698	1476	1736	1449	1698	1476
29	3286	3046	2433	1942	1751	1311	2385	2245	1846	1452	1352	1060	1744	1661	1398	1868	1743	1507	1786	1499	1744	1507	1786	1499	1744	1507	1786	1499	1744	1507
30	3332	3084	2467	1973	1782	1332	2431	2293	1877	1473	1373	1090	1789	1705	1419	1909	1783	1528	1831	1531	1789	1528	1831	1531	1789	1528	1831	1531	1789	1528
31	3379	3128	2501	1999	1803	1353	2478	2341	1908	1494	1394	1120	1834	1749	1440	1950	1824	1549	1872	1562	1834	1549	1872	1562	1834	1549	1872	1562	1834	1549
32	3426	3171	2532	2025	1834	1374	2524	2385	1939	1515	1415	1150	1879	1793	1461	1991	1865	1570	1914	1583	1879	1570	1914	1583	1879	1570	1914	1583	1879	1570
33	3474	3216	2562	2056	1865	1395	2570	2429	1970	1536	1436	1180	1924	1837	1482	2032	1896	1591	1945	1604	1924	1591	1945	1604	1924	1591	1945	1604	1924	1591
34	3523	3261	2593	2087	1896	1416	2617	2474	2001	1557	1457	1210	1969	1868	1503	2073	1931	1615	1976	1625	1969	1615	1976	1625	1969	1615	1976	1625	1969	1615
35	3573	3307	2624	2118	1927	1437	2663	2521	2032	1578	1478	1240	2014	1901	1524	2119	1977	1636	2007	1644	2014	1636	2007	1644	2014	1636	2007	1644	2014	1636
36	3623	3353	2655	2149	1958	1458	2710	2570	2063	1599	1499	1270	2059	1931	1545	2164	2000	1657	2038	1665	2059	1657	2038	1665	2059	1657	2038	1665	2059	1657
37	3673	3400	2687	2180	1989	1479	2757	2619	2094	1620	1520	1300	2104	1966	1566	2213	2049	1678	2069	1685	2104	1678	2069	1685	2104	1678	2069	1685	2104	1678
38	3723	3446	2719	2211	2020	1500	2804	2668	2123	1641	1541	1330	2149	2001	1587	2262	2090	1699	2110	1704	2149	1699	2110	1704	2149	1699	2110	1704	2149	1699
39	3773	3493	2753	2242	2051	1521	2851	2713	2156	1662	1562	1360	2194	2042	1608	2311	2139	1720	2161	1735	2194	1720	2161	1735	2194	1720	2161	1735	2194	1720
40	3824	3539	2831	2273	2082	1542	2898	2764	2187	1683	1583	1390	2239	2087	1629	2360	2160	1741	2192	1766	2239	1741	2192	1766	2239	1741	2192	1766	2239	1741
41	3874	3586	2868	2304	2113	1563	2945	2810	2218	1704	1604	1420	2284	2124	1650	2409	2189	1762	2213	1787	2284	1762	2213	1787	2284	1762	2213	1787	2284	1762
42	3926	3634	2906	2335	2144	1584	2992	2856	2249	1725	1625	1450	2329	2154	1671	2454	2214	1783	2244	1808	2329	1783	2244	1808	2329	1783	2244	1808	2329	1783
43	3978	3682	2945	2366	2175	1605	3039	2901	2270	1746	1646	1480	2374	2184	1692	2500	2244	1804	2265	1832	2374	1804	2265	1832	2374	1804	2265	1832	2374	1804
44	4030	3730	2983	2397	2206	1626	3086	2947	2301	1767	1667	1510	2419	2214	1713	2545	2289	1825	2296	1851	2419	1825	2296	1851	2419	1825	2296	1851	2419	1825
45	4082	3778	3022	2428	2237	1647	3134	2992	2332	1788	1688	1540	2464	2244	1734	2590	2334	1846	2327	1876	2464	1846	2327	1876	2464	1846	2327	1876	2464	1846
46	4134	3826	3060	2459	2268	1668	3181	3039	2363	1809	1709	1570	2509	2274	1755	2635	2364	1858	2358	1895	2509	1858	2358	1895	2509	1858	2358	1895	2509	1858
47	4186	3875	3099	2490	2299	1689	3228	3086	2394	1830	1730	1590	2554	2304	1776	2680	2393	1869	2387	1922	2554	1869	2387	1922	2554	1869	2387	1922	2554	1869
48	4238	3923	3137	2521	2330	1710	3275	3134	2425	1851	1751	1610	2600	2334	1797	2725	2434	1890	2418	1951	2600	1890	2418	1951	2600	1890	2418	1951	2600	1890
49	4290	3971	3176	2552	2361	1731	3322	3182	2456	1872	1772	1640	2645	2364	1818	2770	2464	1911	2449	1982	2645	1911	2449	1982	2645	1911	2449	1982	2645	1911
50	4341	4019	3214	2583	2392	1752	3369	3231	2487	1893	1793	1670	2690	2394	1839	2815	2493	1942	2470	2003	2690	1942	2470	2003	2690	1942	2470	2003	2690	1942
51	4392	4066	3252	2614	2423	1773	3416	3279	2518	1914	1814	1690	2735	2424	1860	2860	2522	1971	2491	2024	2735	1971	2491	2024	2735	1971	2491	2024	2735	1971
52	4440	4110	3291	2645	2454	1794	3463	3326	2549	1935	1835	1710	2780	2454	1881	2905	2551	1992	2512	2045	2780	1992	2512	2045	2780	1992	2512	2045	2780	1992
53	4486	4152	3321	2676	2485	1815	3510	3373	2579	1956	1856	1740	2825	2485	1902	2950	2597	2013	2533	2066	2825	2013	2533	2066	2825	2013	2533	2066	2825	2013
54	4538	4191	3352	2707	2516	1836	3557	3419	2610	1977	1877	1760	2870	2516	1923	2995	2632	2034	2554	2087	2870	2034	2554	2087	2870	2034	2554	2087	2870	2034
55	4582	4223	3384	2738	2547	1857	3604	3466	2641	1998	1898	1780	2915	2547	1944	3040	2669	2055	2575	2108	2915	2055	2575	2108	2915	2055	2575	2108	2915	2055
56	4634	4264	3415	2769	2578	1878	3651	3513	2672	2019	1919	1800	2960	2578	1965	3085	2690	2076	2596	2129	2960	2076	2596	2129	2960	2076	2596	2129	2960	2076
57	4687	4305	3446	2800	2609	1899	3698	3560	2703	2040	1940	1820	3005	2609	1986	3130	2715	2097	2617	2150	3005	2097	2617	2150	3005	2097	2617	2150	3005	2097
58	4740	4346	3477	2831	2640	1920	3745	3607	2734	2071	1961	1840	3050	2640	2007	3175	2740	2118	2638	2171	3050	2118	2638	2171	3050	2118	2638	2171	3050	2118
59	4793	4387	3508	2862	2671	1941	3792	3654	2765	2102	1982	1860	3095	2671	2028	3220	2765	2149	2669	2192	3095	2149	2669	2192	3095	2149	2669	2192	3095	2149
60	4846	4428	3539	2893	2702	1962	3839	3701	2796	2133	2003	1880	3140	2702	2049	3265	2796	2170	2690	2213	3140	2170	2690	2213	3140	2170	2690	2213	3140	2170
61	4899	4469	3570	2924	2733	1983	3886	3750	2827	2164	2024	1900	3185	2733	2070	3310	2827	2201	2711	2234	3185	2201	2711	2234	3185	2201	2711	2234	3185	2201
62	4952	4510	3601	2955	2764	2004	3933	3799	2858	2185	2045	1920	3230	2764	2091	3355	2858	2232	2732	2255	3230	2232	2732	2255	3230	2232	2732	2255	3230	2232
63	5005	4551	3632	2986	2795	2025	3980	3848	2889	2206	2066	1940	3275	2795	2112	3400	2889	2263	2753	2276	3275	2263	2753	2276	3275	2263	2753	2276	3275	2263
64	5058	4592	3663	3017	2826	2046	4027	3897	2910	2227	2087	1960	3320	2826	2133	3445	2910	2280	2774	2297	3320	2280	2774	2297	3320	2280	2774	2297	3320	2280

Note : La diminution importante à 61 ans est normale et vient du fait que la période de cotisation est presque remplie.

ANNEXE 6

Valeur de la cotisation à la RRQ de 4 326 \$ (avant impôts) sous forme de TRI

Âge actuel	Âge retraite Âge décès	60 100	60 95	60 85	65 100	65 95	65 85
25		4,05 %	3,77 %	2,85 %	4,30 %	3,98 %	2,86 %
26		4,08 %	3,80 %	2,86 %	4,40 %	4,08 %	2,95 %
27		4,11 %	3,82 %	2,87 %	4,43 %	4,10 %	2,96 %
28		4,13 %	3,84 %	2,88 %	4,46 %	4,13 %	2,97 %
29		4,16 %	3,87 %	2,89 %	4,49 %	4,16 %	2,98 %
30		4,19 %	3,89 %	2,90 %	4,53 %	4,19 %	2,99 %
31		4,22 %	3,92 %	2,91 %	4,56 %	4,22 %	3,01 %
32		4,25 %	3,94 %	2,92 %	4,60 %	4,26 %	3,02 %
33		4,28 %	3,97 %	2,93 %	4,64 %	4,29 %	3,03 %
34		4,32 %	4,00 %	2,94 %	4,68 %	4,33 %	3,05 %
35		4,35 %	4,03 %	2,95 %	4,72 %	4,36 %	3,06 %
36		4,39 %	4,06 %	2,96 %	4,76 %	4,40 %	3,08 %
37		4,42 %	4,10 %	2,98 %	4,81 %	4,44 %	3,09 %
38		4,46 %	4,13 %	2,99 %	4,86 %	4,48 %	3,11 %
39		4,50 %	4,16 %	3,00 %	4,90 %	4,53 %	3,13 %
40		4,54 %	4,20 %	3,02 %	4,96 %	4,57 %	3,15 %
41		4,58 %	4,24 %	3,03 %	5,01 %	4,62 %	3,17 %
42		4,62 %	4,27 %	3,04 %	5,06 %	4,67 %	3,19 %
43		4,67 %	4,31 %	3,06 %	5,12 %	4,72 %	3,21 %
44		4,72 %	4,35 %	3,07 %	5,18 %	4,77 %	3,23 %
45		4,76 %	4,40 %	3,09 %	5,24 %	4,83 %	3,26 %
46		4,82 %	4,44 %	3,10 %	5,31 %	4,89 %	3,28 %
47		4,87 %	4,49 %	3,12 %	5,37 %	4,95 %	3,31 %
48		4,92 %	4,54 %	3,14 %	5,44 %	5,01 %	3,34 %
49		4,98 %	4,59 %	3,15 %	5,52 %	5,08 %	3,37 %
50		5,04 %	4,64 %	3,17 %	5,60 %	5,15 %	3,40 %
51		5,09 %	4,69 %	3,18 %	5,68 %	5,23 %	3,43 %
52		5,15 %	4,74 %	3,20 %	5,77 %	5,31 %	3,47 %
53		5,21 %	4,79 %	3,21 %	5,86 %	5,39 %	3,51 %
54		5,27 %	4,84 %	3,21 %	5,96 %	5,49 %	3,55 %
55		5,32 %	4,88 %	3,20 %	6,06 %	5,58 %	3,60 %
56		5,36 %	4,91 %	3,17 %	6,17 %	5,69 %	3,65 %
57		5,37 %	4,90 %	3,10 %	6,29 %	5,80 %	3,70 %
58		5,32 %	4,84 %	2,95 %	6,42 %	5,91 %	3,76 %
59		5,10 %	4,59 %	2,58 %	6,55 %	6,04 %	3,82 %
60		4,21 %	3,61 %	1,31 %	6,70 %	6,18 %	3,89 %
61					5,36 %	4,72 %	2,01 %
62					5,53 %	4,88 %	2,09 %
63					5,43 %	4,75 %	1,80 %
64					5,27 %	4,55 %	1,41 %

Note : La diminution importante à 61 ans est normale et vient du fait que la période de cotisation est presque remplie.

ANNEXE 7

REÉR versus société

REÉR versus société (négatif = avantage REÉR)									
	5 %			6 %			7 %		
	35	40	45	35	40	45	35	40	45
100 % intérêt	(932)	(1 204)	(1 435)	(1 893)	(2 404)	(2 888)	s/o	s/o	s/o
100 % gain en capital différé à 100 %	2 568	2 331	2 091	3 382	3 133	2 857	4 375	4 120	3 798
20 % intérêt – 20 % dividende – 60 % gain en capital – roulement 20 %	1 972	1 733	1 497	2 520	2 237	1 934	3 160	2 811	2 399

ANNEXE 8

Synthèse des résultats

Combinaison des trois calculs – 2010 (négatif = avantage salaire)						
	122 222 \$		75 000 \$		47 200 \$	
	25 ans	50 ans	25 ans	50 ans	25 ans	50 ans
Analyse technique	2 472	2 472	3 477	3 477	2 627	2 627
RRQ – 6 % – 60/100						
2 201 – impôt	(1 431)		(1 431)		(1 431)	
3 553 – impôt		(2 209)		(2 209)		(2 209)
REÉR <i>versus</i> CIE						
6 % – 40 ans – équilibre	<u>2 237</u>	<u>2 237</u>	<u>1 675</u>	<u>1 675</u>	<u>1 054</u>	<u>1 054</u>
Résultats finaux	<u>3 278</u>	<u>2 500</u>	<u>3 721</u>	<u>2 943</u>	<u>2 250</u>	<u>1 472</u>
Gagnants	Dividende	Dividende	Dividende	Dividende	Dividende	Dividende

ANNEXE 9

Sommaire des facteurs pertinents

	Favorise	
	Salaire	Dividende
Taux d'impôt dans la compagnie - faible (baisse) - élevé (hausse)	✓	✓
Taux d'impôt sur les dividendes - faible - élevé	✓	✓
Taxes sur la masse salariale : RRQ, RQAP, FSS, AE (ou augmentation des taux ou des montants minimums)		✓
Si masse salariale > 1 M\$ (FSS)		✓
L'actionnaire doit cotiser à l'AE		✓
Fonds de soins de santé (payable sur le dividende)	✓	
Crédit pour emploi (ou déduction)	✓	
Présence d'IMRTD ou d'un CRTG		✓
Le client doit déduire des frais de garde	✓	
Le taux d'inclusion du gain en capital - diminue - augmente	✓	✓
Valeur de la cotisation à la RRQ		
Le client est - jeune - âgé	✓	✓
Le client a un profil d'investisseur - prudent - équilibré/audacieux	✓	✓
Le client compte prendre sa retraite - rapidement (± 60 ans) - tardivement (± 65 ans)	✓	✓
Âge du décès prévu dans la planification de retraite - précoce - tardif	✓	✓
Période de cotisation (période « cotisable ») - déjà optimisée - espace disponible	✓	✓
Le client a besoin d'un filet social - client fortuné - client ayant une situation moins certaine	✓	✓
Changement négatif dans les avantages du régime		✓

	Favorise	
	Salaire	Dividende
Couverture d'assurance invalidité - insuffisante, client non assurable, avec surprime - couverture haut de gamme déjà en main	✓	✓
Couverture d'assurance vie - suffisante - insuffisante, client non assurable, avec surprime	✓	✓
Prestation au décès (2 500 \$ – si elle n'est pas déjà gagnée)	✓	
Aspect discrétionnaire - les sommes sont disponibles en cas de besoin (maladie ou réduction de l'espérance de vie) - nécessite de la discipline (risque)	✓	✓
Création d'espace REÉR (placement dans un REÉR ou dans une société)		
Le client a un profil - prudent (plus de revenus d'intérêts) - équilibré/agressif (plus de dividendes et de gains en capital)	✓	✓
Le client utilise des gestions à structure corporative		✓
Période de détention - courte - longue	✓	✓
Taux marginal d'impôt - élevé - faible	✓	✓
Le client pourra avantageusement fractionner son revenu avec son conjoint	✓	
Réduction des taux d'impôt sur les dividendes et gains en capital		✓
Mesures favorisant les REÉR/FERR (p. ex. : limite d'âge portée à plus de 71 ans)	✓	
Autres aspects		
Patrimoine familial		✓
Le client est un candidat au RRI	✓	
Le client doit déduire des intérêts personnellement		✓
Effet sur PNCP		✓
Assurances collectives de l'entreprise nécessitent un salaire	✓	
Le client est en mode « bébé » (RQAP)	✓	
Le client a droit au crédit RS & DE (ou autres crédits basés sur le salaire)	✓	
Simplicité de gestion		✓
Complexité à expliquer aux institutions financières en cas de demande de prêt	✓	
Poursuite/faillite (nécessite une compagnie de gestion)	✓	

LES FIDUCIES DE BIEN-ÊTRE ET DE SOINS DE SANTÉ



Hélène Marquis
 Avocate, D. Fisc., Pl. Fin., TEP
 Financière Sun Life

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	12:3
1. RÉGIMES DE SOINS DE SANTÉ	12:4
1.1. POLICE D'ASSURANCE VIE COLLECTIVE TEMPORAIRE	12:5
1.2. ASSURANCE COLLECTIVE CONTRE LA MALADIE OU LES ACCIDENTS.....	12:6
1.3. RÉGIME PRIVÉ D'ASSURANCE MALADIE	12:8
2. FIDUCIE DE SANTÉ ET DE BIEN-ÊTRE AU BÉNÉFICE D'EMPLOYÉS	12:10
2.1. PARTICIPANTS À LA FIDUCIE DE SANTÉ ET DE BIEN-ÊTRE	12:11
2.2. CALCUL DU REVENU DE LA FIDUCIE DE SANTÉ ET DE BIEN-ÊTRE	12:12
2.3. CALCUL DU REVENU DE L'EMPLOYÉ.....	12:13

2.4.	CALCUL DU REVENU DE L'EMPLOYEUR.....	12:14
3.	FIDUCIE DE SOINS DE SANTÉ AU BÉNÉFICE	
	D'EMPLOYÉS.....	12:14
3.1.	LES DÉFINITIONS.....	12:15
3.2.	LES CONDITIONS D'EXISTENCE D'UNE FSSBE.....	12:17
3.3.	LE CALCUL DU REVENU DE LA FIDUCIE	12:19
3.4.	LE CALCUL DU REVENU DE L'EMPLOYÉ	12:20
3.5.	LE CALCUL DU REVENU D'UN EMPLOYEUR PARTICIPANT.....	12:21
	CONCLUSION	12:22

INTRODUCTION

La fiducie de soins de santé au bénéfice d'employés (« FSSBE ») a vu le jour le 26 février 2010, lors du dépôt, par le ministre des Finances, de propositions législatives accompagnées d'une consultation publique à laquelle ont répondu plusieurs organismes intéressés par ces questions¹. La similitude des règles régissant la FSSBE avec celles de la fiducie de santé et de bien-être au bénéfice d'employés a tout de suite causé une certaine inquiétude. Cette dernière fiducie doit son existence à une tolérance administrative des autorités fiscales, qui s'est concrétisée dans des directives de l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») que l'on trouve principalement au *Bulletin d'interprétation* IT-85R2² et dans une lettre d'interprétation de Revenu Québec³. Il n'en est nullement fait mention dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁴ non plus que dans la *Loi sur les impôts*⁵. En fait, l'ARC avait vainement tenté de changer les règles relatives aux fiducies de santé et de bien-être, mais elle a renoncé à introduire le nouveau *Bulletin d'interprétation* IT-85R3 à la suite des commentaires et recommandations des intervenants.

Le 27 août 2010⁶, de nouvelles propositions législatives tenant compte de certains éléments soulevés lors de la consultation lancée en février 2010 ont été déposées, suivies un mois plus tard d'un *Avis de motion de voies et*

¹ CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2010-016, « Propositions législatives et notes explicatives concernant la *Loi de l'impôt sur le revenu* concernant les fiducies de soins de santé au bénéfice d'employés », 26 février 2010.

² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-85R2, « Fiducie de santé et de bien-être au bénéfice d'employés », 31 juillet 1986.

³ REVENU QUÉBEC, dans *Taxnet pro* (en ligne : www.taxnetpro.com), lettre d'interprétation 96-010030, 9 juillet 1996, où l'on peut lire ce qui suit :

« Nous confirmons que le Ministère du Revenu adopte, sous réserve des particularités propres au régime d'imposition québécois, une position identique à celle véhiculée par le Ministre du Revenu national dans le bulletin d'interprétation IT-85R2 en ce qui a trait à l'impôt sur le revenu prélevé en vertu de la partie I de la Loi sur les impôts. »

⁴ L.R.C. (1985), 5^e supp., ch. 1 et mod. (« L.I.R. »).

⁵ L.R.Q., c. I-3 et mod. (« L.I. »).

⁶ CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2010-074, « Propositions législatives concernant la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la *Loi sur le droit pour la sécurité des passagers du transport aérien*, la *Loi de 2001 sur l'accise* et la *Loi sur la taxe d'accise* », 27 août 2010.

moyens et du dépôt d'un projet de loi en bonne et due forme⁷. Ce dernier avis propose de modifier la *Loi de l'impôt sur le revenu* afin d'ajouter le nouvel article 144.1, établissant un régime applicable aux FSSBE⁸ qui doivent entrer en vigueur au cours des années commençant après 2009.

Les programmes d'avantages sociaux offerts aux travailleurs peuvent revêtir plusieurs formes. Les plus communes sont le régime de santé financé par un contrat-cadre d'assurance collective contre la maladie et les accidents souscrit par l'employeur auprès d'une compagnie d'assurances et le régime privé d'assurance maladie (« RPAM »). La fiducie de santé et de bien-être au bénéfice d'employés fait depuis longtemps partie des outils accessibles pour bonifier les programmes d'avantages sociaux. Néanmoins, sa nature est souvent mal connue ou mal comprise. La nouvelle FSSBE aurait-elle pour effet de compliquer encore plus la situation?

Dans ce texte, nous déterminerons les différences notoires entre la fiducie de santé et de bien-être au bénéfice d'employés et la nouvelle FSSBE qui doit s'appliquer à partir de l'année 2010. Nous commencerons par faire un rapide survol des notions de base relatives aux régimes qui doivent être réunies pour que chacune des catégories de fiducie soit valablement formée aux fins desquelles elle doit servir, c'est-à-dire le contrat collectif d'assurance médicaments et de soins de santé souscrits auprès d'une compagnie d'assurances ou encore avec les RPAM.

1. RÉGIMES DE SOINS DE SANTÉ

L'implantation d'un régime de soins de santé au sein d'une entreprise vise à concilier deux objectifs fiscaux importants : les employeurs veulent avoir la possibilité de déduire les coûts à titre de dépenses engagées pour gagner un revenu d'entreprise⁹ alors que les employés préfèrent que ces coûts ne soient pas inclus dans le calcul de leur revenu imposable gagné dans l'année au titre d'avantages obtenus dans le cadre de l'exercice d'une charge ou d'un emploi¹⁰. Pour ces derniers, l'offre est encore meilleure quand il est

⁷ CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2010-086, « Le gouvernement du Canada prend des mesures pour assurer des allègements et des avantages fiscaux aux Canadiens », 28 septembre 2010; CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2010-87, « Le ministre des Finances dépose la *Loi de soutien de la reprise économique au Canada* », 30 septembre 2010.

⁸ CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 1.

⁹ Al. 18(1)a) L.I.R.

¹⁰ Al. 6(1)a) L.I.R.

aussi possible d'éviter l'inclusion de la somme payée à titre de prestation dans le calcul du revenu imposable. Pour atteindre ces objectifs, il faut que les autorités fiscales reconnaissent à la fois l'outil utilisé pour structurer le régime et le mode de financement comme se qualifiant dans les limites des exceptions au principe général d'inclusion des avantages établi par la loi¹¹.

Au Québec, il s'agit d'une mission impossible. D'emblée, l'employeur pourra déduire les dépenses raisonnables engagées pour financer un tel régime s'il satisfait aux critères de l'article 128 L.I. Par contre, pour les employés, les contributions ou les primes payées par l'employeur à un tel régime devront être incluses en tout ou en partie dans le calcul du revenu imposable, en vertu des articles 32 et 37 L.I.¹²

1.1. POLICE D'ASSURANCE VIE COLLECTIVE TEMPORAIRE

La *Loi de l'impôt sur le revenu* définit expressément ce qu'est une telle police au paragraphe 248(1) « police d'assurance-vie collective temporaire » L.I.R. En plus des contrats d'assurance de risques relatifs à la vie ou au décès d'une personne, l'expression « police d'assurance-vie » comprend les contrats de rente incluant les contrats de fonds distincts d'assureur¹³ tels qu'ils sont aussi définis au paragraphe 138(12) L.I.R. D'autre part, seules les sommes suivantes payées en vertu d'une police d'assurance vie collective temporaire se qualifient au titre d'une police collective d'assurance vie :

- les sommes payables en cas de décès ou d'invalidité d'un particulier dans le cadre d'une charge ou d'un emploi qui est un employé en services, un ancien employé ou un retraité;
- les participations de police ou les bonifications.

¹¹ S.-al. 6(1)a)(i) et suiv. L.I.R.

¹² REVENU QUÉBEC, *op. cit.*, note 3; REVENU QUÉBEC, *Guide* IN-253, « Avantages imposables », par. 5.1.1. (en ligne : [http://www.revenu.gouv.qc.ca/documents/fr/publications/in/in-253\(2009-10\).pdf](http://www.revenu.gouv.qc.ca/documents/fr/publications/in/in-253(2009-10).pdf)). De façon plus précise, les alinéas 37.0.1.1 a) et 37.0.1.1 b) ainsi que les articles 37.0.1.2 à 37.0.1.6 L.I. établissent une formule mathématique applicable pour déterminer le montant d'une prime d'assurance ou autre montant payé en vertu d'un régime non financé par une assurance souscrite auprès d'un assureur devant être inclus dans le revenu imposable d'un employé pour une année donnée au titre d'avantages imposables.

¹³ Par.138(12) « police d'assurance-vie » L.I.R.

La police d'assurance doit avoir été souscrite auprès d'un assureur. Une police d'assurance collective sur la vie d'employés signifie qu'un même groupe d'employés est assuré en vertu d'un contrat unique qui lie un assureur et un employeur, ce dernier ou, dans le cas qui nous concerne, la fiducie de santé ou de bien-être ou la FSSBE, étant le preneur et le titulaire du contrat.

Contrairement aux autres couvertures offertes, la prime payée par l'employeur doit être incluse dans le revenu de l'employé au titre d'avantage imposable en vertu du paragraphe 6(4) L.I.R. Il en est de même des primes d'assurance vie facultative pour les personnes à charge¹⁴.

L'employeur, pour sa part, peut déduire les primes payées en vertu d'un tel régime¹⁵.

1.2. ASSURANCE COLLECTIVE CONTRE LA MALADIE OU LES ACCIDENTS

Contrairement à la police d'assurance vie collective temporaire, l'assurance contre la maladie et les accidents n'est pas définie dans les lois fiscales. Il faut donc s'en remettre aux définitions contenues dans les lois provinciales. Ainsi, le *Règlement d'application de la Loi sur les assurances*¹⁶ définit ce qu'est l'assurance contre la maladie et les accidents¹⁷. Il en est fait

¹⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, T4130 – *Guide de l'employeur – Avantages et allocations imposables* 2009, « Polices d'assurance-vie collectives temporaires – Primes payées par l'employeur ». (En ligne : <http://www.cra-arc.gc.ca/F/pub/tg/t4130/t4130-f.html>).

¹⁵ Al. 18(1)a) L.I.R.

¹⁶ R.R.Q., 1981, c. A-32, r.1 (« R.A.L.A. »).

¹⁷ Art. 14 R.A.L.A. :

« La catégorie “assurance contre la maladie ou les accidents” est celle en vertu de laquelle l'assureur offre une ou plusieurs des protections suivantes :

1° le paiement d'une indemnité en cas d'atteinte corporelle, y compris le décès, résultant d'un accident subi par une personne assurée;

2° le paiement d'une indemnité en cas de maladie ou d'invalidité d'une personne assurée;

3° le remboursement des frais engagés à la suite d'une maladie ou d'un accident dont une personne assurée est victime;

4° le remboursement des frais engagés pour les soins de santé d'une personne assurée. »

aussi mention dans certaines dispositions d'application générale au chapitre du *Code civil du Québec*¹⁸ portant sur l'assurance de personnes.

Peuvent aussi se retrouver dans la catégorie « assurance collective », les contrats d'assurance individuels souscrits pour financer un régime d'employeur, tels que les polices d'assurance maladies graves et les polices d'assurance soins de longues durées. Il s'agit en quelque sorte d'une série de contrats individuels souscrits par un employeur pour un groupe composé d'au moins deux employés assurés dans le cadre d'un régime d'assurance collective contre la maladie ou les accidents. L'ARC a plusieurs fois énoncé sa position selon laquelle un nombre de polices individuelles regroupées peuvent constituer un régime collectif d'assurance, en ces termes :

« [...] Nous sommes d'avis qu'un régime d'assurance collective vise un régime en vertu duquel un certain nombre d'employés est assuré soit en vertu d'une seule police entre l'assureur et un employeur, soit en vertu de polices individuelles qui sont souscrites dans le cadre du régime mis en place par l'employeur pour le groupe d'employés assurés. La question de savoir si les polices d'assurance individuelles sont souscrites dans le cadre d'un régime d'assurance collective contre la maladie ou les accidents en est une de fait sur laquelle nous ne pourrions nous prononcer sans l'examen d'une situation particulière¹⁹. »

Les contrats individuels ainsi souscrits doivent répondre aux mêmes critères leur permettant de se qualifier comme une police d'assurance contre la maladie et les accidents en vertu de la loi provinciale. Dans les faits, les contrats sont détenus par l'employeur directement ou par le biais d'une fiducie de santé et de bien-être ou d'une FSSBE, alors que les bénéfices du contrat sont payés directement aux employés lors de la réalisation du risque.

La question de savoir s'il s'agit d'un régime collectif est une question de fait qui doit être déterminée selon les circonstances propres à chacun. Il est donc recommandé de documenter la souscription de façon à établir une preuve satisfaisante des intentions poursuivies par l'employeur et de la qualité des personnes qu'il entend avantager par le régime, particulièrement lorsque certaines d'entre elles sont à la fois employées et actionnaires de la compagnie. La position constante des autorités fiscales sur cette question est de considérer qu'un bénéfice accordé à une personne agissant à la fois

¹⁸ L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »).

¹⁹ « 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 48:20-21.

comme actionnaire et employé d'une société est présumé être octroyé pour son rôle à titre d'actionnaire, à moins qu'il ne soit démontré que l'avantage est accordé en sa qualité d'employé²⁰.

Tout comme pour les contrats individuels groupés, l'employeur directement, par le biais d'une fiducie de santé et de bien-être ou d'une FSSBE, peut être à la fois le preneur et le titulaire d'un contrat d'assurance collectif contre la maladie et les accidents.

1.3. RÉGIME PRIVÉ D'ASSURANCE MALADIE

Ce type de régime est défini au paragraphe 248(1) « régime privé d'assurance-maladie » (RPAM) L.I.R. Il s'agit d'un contrat d'assurance pour couvrir soit les frais d'hospitalisation, soit les frais médicaux, ou les deux, régime d'assurance maladie, régime d'assurance hospitalisation ou régime combiné d'assurance maladie et hospitalisation. Les frais couverts ne doivent pas être déjà prévus :

- par une loi provinciale établissant un régime d'assurance santé en vue de la prestation de services de santé assurés²¹;
- par une loi ou un règlement fédéral établissant un tel régime au profit des employés fédéraux ou de leur famille, des membres de la Gendarmerie royale du Canada ou des forces armées régulières²², qu'ils soient en service au Canada ou à l'étranger.

Il s'agit donc de régimes complémentaires aux régimes d'assurance santé étatiques fédéral ou provincial qui couvrent les frais d'hospitalisation et des frais médicaux normalement admissibles au crédit d'impôt pour frais médicaux en vertu du paragraphe 118.2(2) L.I.R.²³ Ces régimes peuvent

²⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 2, interprétation technique 2000-0055145, 9 janvier 2001.

²¹ *Loi canadienne sur la santé*, L.R.C. (1985), ch. C-6, art. 2 « régime d'assurance-santé ».

²² Les forces régulières sont définies au paragraphe 15(1) de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C., 1985, ch. N-5.

²³ Pour plus de détails, voir : AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-519R2 (consolidé), « Crédit d'impôt pour frais médicaux et pour personnes handicapées et déduction pour frais de préposés aux soins », 28 février 2001 et AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Guide* RC4064, « Renseignements relatifs aux frais médicaux et aux personnes handicapées », 18 décembre 2009 (en ligne : <http://www.cra-arc.gc.ca/F/pub/tg/rc4064/rc4064-f.html>).

aussi couvrir complètement ou partiellement les frais dentaires. Ils font normalement partie du contrat de travail qu'un employeur offre à ses employés. Les cotisations ou les primes doivent être payées au bénéfice d'un employé, de son conjoint²⁴ ou d'une personne résidant chez l'employé et qui est une personne liée²⁵. Tout comme pour les fiducies de bien-être et de santé, les RPAM sont définis par ce qu'ils doivent contenir. Les éléments suivants doivent s'y retrouver :

- l'engagement d'une personne;
- d'indemniser une autre personne;
- moyennant une contrepartie convenue;
- par suite d'une perte subie ou d'une obligation contractée à l'égard d'un événement;
- dont l'éventualité demeure incertaine.

Il existe plusieurs modes de financement possibles pour un RPAM. L'employeur peut passer un contrat avec un tiers, un fiduciaire, une compagnie d'assurances, par l'entremise duquel il s'engage à rembourser le montant des indemnités qui auront été réclamées par les employés en vertu de la promesse établie dans un contrat de travail ou une convention collective, ainsi qu'un certain montant constituant les frais d'administration. L'employeur peut aussi rembourser directement les frais réclamés par ses employés sans passer par un fiduciaire ou une compagnie d'assurances. Certaines cotisations peuvent être supportées par l'employé sans modifier la nature du régime. Enfin, un régime d'assurance maladie, d'assurance hospitalisation, d'assurance soins dentaires établi par un assureur se qualifie comme RPAM.

Un RPAM aura les caractéristiques fiscales suivantes :

²⁴ Même si le terme « conjoint » tel qu'il est utilisé dans les lois fiscales englobe très largement toutes les unions possibles, il reste qu'un RPAM est un engagement contractuel d'un employeur à l'égard de ses employés. Ce dernier peut limiter les participants au régime et définir des classes en conséquence. Il est toujours préférable de vérifier les termes du contrat pour déterminer les personnes visées par la couverture.

²⁵ Al. 251(2)a) L.I.R.

- l'employeur peut déduire les primes, cotisations ou autre paiement fait au RPAM comme une dépense pour un débours effectué en vue de gagner un revenu d'entreprise en vertu de l'alinéa 18(1)a) L.I.R.;
- les cotisations payées par l'employeur ne sont pas considérées comme un avantage imposable pour l'employé. Ces montants étant exclus en vertu du sous-alinéa 6(1)a)(i) L.I.R.²⁶;
- les cotisations payées par l'employeur ne se qualifient pas comme frais médicaux de l'employé au sens de l'alinéa 118.2(3)b) L.I.R.;
- les cotisations ou primes payées directement par l'employé ou par le biais de retenue à la source sur le salaire sont admissibles comme des frais médicaux en vertu de l'alinéa 118.2(2)q) L.I.R.

2. FIDUCIE DE SANTÉ ET DE BIEN-ÊTRE AU BÉNÉFICE D'EMPLOYÉS

Une fiducie de santé et de bien-être au bénéfice d'employés est une convention de fiducie avec un employeur au bénéfice d'au moins deux employés aux termes de laquelle l'employeur accepte d'offrir un ou plusieurs avantages à ces employés ou à certains membres de leur famille.

La convention de fiducie est rédigée conformément à la loi et aux règlements régissant les fiducies, qui s'appliquent dans la province ou le territoire où elle est établie. Au Québec, une telle fiducie devrait avoir les caractéristiques d'une fiducie d'utilité privée au sens de l'article 1269 C.c.Q. En général, toutes les conditions suivantes doivent être respectées si l'on veut profiter des avantages fiscaux inhérents à ce genre de convention :

- la fiducie est d'abord et avant tout une fiducie fiscale. Comme son existence repose sur une tolérance administrative, pour plus de sécurité, la fiducie devrait être formellement constituée par un acte de fiducie conforme aux règles du droit civil ou de la common law applicables dans les circonstances;
- le fiduciaire doit agir indépendamment de l'employeur;
- le fiduciaire peut contraindre l'employeur à payer la prime et à remplir ses engagements;

²⁶ Exception faite d'une police collective temporaire d'assurance vie dont la prime est imposable en vertu du paragraphe 6(4) L.I.R.

- la fiducie doit être établie dans le seul but d'offrir des avantages de santé et de bien-être aux employés, qui se limitent à une assurance vie temporaire collective, une assurance contre la maladie ou les accidents ou un régime privé d'assurance maladie;
- les cotisations de l'employeur ne peuvent à aucun moment lui revenir et elles ne peuvent être utilisées pour aucune autre raison que celle d'offrir les avantages pour lesquels les cotisations ont été versées²⁷.

La fiducie peut ne pas être assurée et payer les réclamations au fur et à mesure qu'elles sont présentées. L'employeur peut aussi payer une contribution annuelle calculée de façon à couvrir le montant requis pour verser les avantages promis. L'employeur ne pourrait pas déduire les montants excédentaires versés dans une année. Ces contributions ne satisferaient pas au critère de « cotisations versées dans l'année d'imposition où il (l'employeur) contracte l'obligation légale de verser les prestations ». La dépense doit aussi être raisonnable selon le sens habituel de ce terme dans le cadre de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et être faite dans le but de tirer un revenu d'entreprise ou de biens²⁸. Le fiduciaire peut présenter une demande d'assurance auprès d'un assureur, la prime payée au fiduciaire sera dès lors déductible pour l'employeur. Le fiduciaire doit payer les avantages que l'employeur accepte de parrainer. Le fiduciaire peut contraindre l'employeur à respecter ses obligations dans le cadre d'une poursuite en justice.

Une autre caractéristique intéressante des fiducies santé et bien-être au bénéfice d'employés réside dans le fait qu'il est permis à un regroupement d'employeurs de mettre sur pied une telle fiducie et de nommer un fiduciaire commun pour l'administrer.

2.1. PARTICIPANTS À LA FIDUCIE DE SANTÉ ET DE BIEN-ÊTRE

Le régime visé par la fiducie doit être véritablement collectif, c'est-à-dire qu'il doit être conçu pour offrir des bénéfices à plus d'un employé. Les bénéfices consentis par une fiducie de santé et de bien-être ne peuvent l'être qu'à titre d'employé. Il faut faire preuve de beaucoup de prudence lorsqu'un employé est aussi actionnaire de la société. Il doit être clairement établi que cette personne bénéficie des avantages de la fiducie de santé et de bien-être

²⁷ REVENU QUÉBEC, *op. cit.*, note 3, interprétation technique 2002-0170015, 16 janvier 2003.

²⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 2, par. 8.

en sa qualité d'employé. Ainsi, il devrait pouvoir être démontré que cette personne fait partie d'une catégorie qui contient plusieurs employés ayant les mêmes conditions de travail ou des conditions semblables. Sinon, l'ARC peut décider que cette personne participe à la fiducie en sa qualité d'actionnaire et considérer la cotisation versée par la société comme un avantage conféré à un actionnaire²⁹. Une telle cotisation fiscale s'avérerait très coûteuse pour toutes les parties. L'employeur se verrait refuser la déduction de la dépense alors que l'actionnaire devrait inclure la valeur de l'avantage dans son revenu imposable pour l'année concernée, ce qui constitue en quelque sorte une double imposition sans compter les intérêts et les pénalités éventuelles.

En pratique, il n'y a pas d'exigence voulant que le régime soit enregistré ni approuvé par l'ARC ou par Revenu Québec. L'ARC demeure toutefois ferme dans sa recommandation de faire précéder la mise en place de la fiducie d'une demande de décision anticipée en matière d'impôt afin de déterminer si la fiducie de santé et de bien-être proposée est conforme à toutes les conditions requises pour être admissible. Il est risqué de passer outre cette étape, car la fiducie de santé et de bien-être peut se voir refuser son statut et, par conséquent, les avantages fiscaux y afférents advenant une vérification fiscale. La même règle de prudence s'applique aussi aux relations avec Revenu Québec et dans les situations où des modifications sont apportées ultérieurement au régime³⁰.

2.2. CALCUL DU REVENU DE LA FIDUCIE DE SANTÉ ET DE BIEN-ÊTRE

Du point de vue du droit fiscal, une fiducie de santé et de bien-être est une fiducie entre vifs. Les cotisations versées par l'employeur pour remplir ses obligations ou celles versées par les employés à la fiducie ne sont pas considérées comme un revenu pour la fiducie. Les revenus générés dans la fiducie qui proviennent de placements ou autre revenu accessoire sont assujettis à l'impôt sur le revenu des fiducies³¹. Lorsque ces revenus excèdent 500 \$ dans une année donnée, le fiduciaire est tenu de produire une Déclaration de revenus T3 en bonne et due forme³². Les primes et les indemnités que verse la fiducie, de même que les dépenses raisonnables pour gagner un revenu, sont déductibles d'impôt pour la fiducie, sauf si elles

²⁹ Par. 15(1) L.I.R.

³⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 2, par. 15.

³¹ Art. 104 et suiv. L.I.R.

³² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 2, par. 11.

proviennent d'une source ou d'une prestation elle-même non imposable pour la fiducie³³. Ces prestations ne seront pas imposables pour l'employé. Il en est ainsi pour une prestation d'assurance vie payée à la suite du décès de l'employé ou d'un membre de sa famille assuré en vertu du contrat.

2.3. CALCUL DU REVENU DE L'EMPLOYÉ

Les contributions payées par l'employeur à une fiducie de santé et de bien-être ne sont pas un avantage imposable pour l'employé au sens de l'alinéa 6(1)a) L.I.R. au moment où l'employeur la verse, exception faite de celles qui sont imposables en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Les contributions versées par un employeur relatives à un régime collectif d'assurance vie constituent un avantage imposable. Ces sommes seront donc incluses dans les feuillets fiscaux servant à établir le revenu de l'employé. Les contributions versées directement par un employé peuvent être imposables en fonction de la nature des prestations qui seront reçues en retour. Les distributions faites par la fiducie relatives à des remboursements de sommes engagées par l'employé pour recevoir des soins ou payer des médicaments ne sont pas imposables. Par contre, certaines prestations peuvent être imposables, comme, par exemple, les montants périodiques touchés en vertu d'un régime d'assurance contre la maladie ou les accidents pour remplacer en tout ou en partie le revenu de l'employé tiré d'une charge ou d'un emploi³⁴.

La fiducie de santé et de bien-être peut distribuer des biens de la fiducie aux bénéficiaires en règlement total ou partiel de la participation dans la fiducie³⁵. Cela peut se produire particulièrement lorsque les biens de la fiducie sont constitués de contrats individuels d'assurance invalidité, d'assurance maladies graves ou de soins longue durée. Les parties, soit le fiduciaire et l'employé, peuvent faire le choix de transférer les biens au coût. Dans ces conditions, il n'y aura pas d'incidence fiscale pour la fiducie non plus qu'il n'y en aura pour l'employé qui devrait acquérir le bien au coût. Toutefois, le résultat final en ce qui concerne l'employé peut consister en un avantage imposable dont la valeur pourrait égaler la juste valeur marchande (« JVM ») du bien. Dans le cas de contrats d'assurance, la JVM est établie en tenant compte de facteurs tels que l'âge et l'état de santé de la personne

³³ *Id.*, par. 12.

³⁴ S.-al. 6(1)f)(i) L.I.R.

³⁵ Par. 107(2) à 107(5) L.I.R.

assurée, le montant total des primes payées ou le coût d'achat d'un produit similaire sur le marché au moment du transfert³⁶.

En fonction du type de bénéfices fournis par la fiducie de santé et de bien-être, il peut être possible que soit pris en considération le crédit d'impôt pour frais médicaux. Au fédéral, les cotisations payées par l'employeur afin de remplir ses obligations à l'égard de la fiducie ne sont pas admissibles au crédit d'impôt pour frais médicaux de l'employé. Au Québec toutefois, étant donné que la plupart de ces cotisations sont incluses dans le revenu imposable de l'employé, il peut être possible d'inclure les sommes admissibles dans le calcul du crédit d'impôt si la prestation assurée se qualifie à ce titre.

2.4. CALCUL DU REVENU DE L'EMPLOYEUR

Les cotisations raisonnables de l'employeur au régime sont déductibles de son revenu imposable en tant que dépense admissible pour tirer un revenu d'une entreprise dans l'année fiscale correspondante. Si l'employeur utilise la méthode de comptabilité d'exercice pour établir sa déclaration de revenus, les contributions à la fiducie pourront être déduites dans l'année d'imposition durant laquelle il contracte l'obligation de les verser³⁷. Par ailleurs, si des réserves sont établies pour prévoir des éventualités futures, les fonds ainsi alloués ne seront pas déductibles même s'ils sont certifiés à partir d'études actuarielles documentées³⁸.

3. FIDUCIE DE SOINS DE SANTÉ AU BÉNÉFICE D'EMPLOYÉS

Les règles proposées pour la nouvelle FSSBE ressemblent à bien des égards à celles devant guider la création d'une fiducie de santé et bien-être. Elles ont toutefois l'avantage de préciser certaines questions telles que le calcul du revenu de la fiducie en délimitant clairement le niveau d'application de l'article 104 L.I.R et de clarifier certaines ambiguïtés, entre

³⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 89-3, « Exposé des principes sur l'évaluation de biens mobiliers », 25 août 1989, par. 40 et 41, où l'on indique certains éléments à prendre en considération pour déterminer la JVM d'un contrat d'assurance vie détenue par une société par actions. L'ARC a déjà mentionné que ces mêmes considérations peuvent servir de guides pour l'évaluation de contrat d'assurance en des circonstances autres que la détention par la société uniquement.

³⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 2, par. 8.

³⁸ *Id.*, par. 14.

autres, quant à la qualité des participants et aux limites applicables pour ceux qui sont à la fois des hauts salariés ou des actionnaires de l'employeur.

À cet effet, le nouvel article 144.1 L.I.R. propose une série de définitions, ce qui déjà facilite la compréhension du système.

3.1. LES DÉFINITIONS

La FSSBE est une nouvelle catégorie de fiducie entre vifs imposable qui doit revêtir certaines caractéristiques obligatoires pour bénéficier d'un statut fiscal particulier, eu égard aux diverses dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* touchant le calcul du revenu imposable de la fiducie ainsi que celui des employés et des employeurs qui y participent. Il s'agit obligatoirement d'une fiducie ayant un statut de résidence au Canada dont l'unique objectif est de fournir des « prestations désignées » à des employés, anciens employés ou à des membres de leur famille, formant une ou des « catégories d'employés » d'un ou de plusieurs employeurs participants et pour lesquelles des cotisations ont été payées à la fiducie.

En fait, les expressions « prestation désignée » et « catégorie d'employés » définies au paragraphe 144.1(1) L.I.R. constituent la pierre angulaire du régime proposé. Si les prestations payées par la fiducie ne se qualifient pas au titre de prestation désignée, il n'y a pas de FSSBE qui tienne : « “prestation désignée” Prestation provenant d'une police collective d'assurance temporaire sur la vie, d'un régime d'assurance collective contre la maladie ou les accidents ou d'un régime privé d'assurance-maladie. »

À cet égard, la fiducie de santé et de bien-être et la FSSBE sont identiques. Elles se différencient seulement par les bénéficiaires appelés à recevoir ces prestations désignées. Pour que la fiducie se qualifie comme FSSB, elle doit aussi avoir au moins une « catégorie de bénéficiaires » telle qu'elle est définie au paragraphe 144.1(1) L.I.R. : « “catégorie de bénéficiaires” S'entend, relativement à une fiducie, d'un groupe de bénéficiaires dont les droits sur la fiducie ou les participations dans celle-ci sont identiques. »

Le groupe de bénéficiaires appelés à former une catégorie doit être composé des personnes suivantes, soit à la fois des « membres de la catégorie [qui] représentent au moins 25 % de l'ensemble des bénéficiaires de la fiducie qui sont des employés de l'employeur participant » et d'« au

moins 75 % des membres de la catégorie [qui] ne sont pas des employés clés de l'employeur participant³⁹. »

Le paragraphe 144.1(1) L.I.R. innove encore une fois en définissant le terme « employé clé ».

« “employé clé” s’entend par rapport à un employeur pour une année d’imposition, de tout employé qui, selon le cas :

a) était un employé déterminé⁴⁰ de l'employeur au cours de l'année ou de l'année d'imposition antérieure;

b) était un employé dont le revenu d'emploi provenant de l'employeur au cours de deux des cinq années d'imposition précédant l'année dépassait cinq fois le maximum des gains annuels ouvrant droit à pension au sens de l'article 18 du Régime de pension du Canada, pour l'année civile où le revenu d'emploi a été gagné. »

Pour les années 2010 et 2011, le maximum des gains annuels ouvrant droit à pension était respectivement de 47 200 \$ et de 48 300 \$. Un employé dont la rémunération aurait atteint 236 000 \$ en 2010 et 241 500 \$ en 2011 serait donc un employé clé et serait automatiquement inclus dans cette classe.

Cette disposition vient clarifier certains irritants majeurs pour ce qui est de la fiducie de santé et de bien-être : elle établit la qualité des personnes qui peuvent participer ainsi que le niveau de participation que peuvent avoir les employés clés et les actionnaires déterminés dans les bénéfices offerts aux employés. Toute personne qui est un employé, c'est-à-dire toute personne qui accomplit une fonction dans le cadre d'une charge ou un emploi par opposition à un travailleur autonome, incluant les actionnaires déterminés qui possèdent au moins 10 % des actions émises d'une catégorie donnée du capital-actions de la société ou d'une personne liée à la société qui l'emploie ainsi que les hauts salariés, peut recevoir des bénéfices de la FSSBE, à condition que ces bénéfices soient aussi disponibles à une majorité des autres travailleurs employés dans la société et qu'ils soient identiques. En un mot, les actionnaires, incluant les actionnaires qui contrôlent la société et les hauts salariés, ne doivent pas être avantagés par le fait qu'ils reçoivent des

³⁹ Al. 144.1(2)e) L.I.R.

⁴⁰ L'expression « employé déterminé » est définie au paragraphe 248(1) L.I.R. Cette définition renvoie à la définition d'« actionnaire déterminé » qui se retrouve au même paragraphe.

prestations de la FSSBE. Par ailleurs, il demeure une ambiguïté en ce qui concerne l'usage du mot « identique ». En fait, le mot « identique » ne signifie pas « égal ». Est-ce que certaines prestations d'invalidité basées sur un pourcentage de la rémunération pourraient satisfaire à ce critère si le pourcentage consenti est identique pour tous? C'est fort probable.

3.2. LES CONDITIONS D'EXISTENCE D'UNE FSSBE

Les conditions indiquées au paragraphe 144.1(2) L.I.R. régissant l'existence d'une FSSBE sont toutes obligatoires et doivent exister en tout temps tout au long de l'année d'imposition de la fiducie. L'existence des conditions ne se présume donc pas. Elles doivent être consignées dans un document écrit, soit un acte de fiducie ou un contrat synallagmatique comme une convention collective, un contrat d'emploi ou autre. Les notes techniques déposées en même temps que le projet de loi laissent entendre qu'il s'agit d'une exigence absolue⁴¹.

Les conditions suivantes doivent absolument se retrouver :

- l'objet est unique, soit assurer des prestations désignées aux bénéficiaires;
- il y a restriction sur les personnes pouvant recevoir les biens de la fiducie au moment de la liquidation. Par exemple, les employés clés ne peuvent participer à une distribution. Les biens peuvent être remis à une autre

⁴¹ CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2010-086, « Notes explicatives concernant la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la *Loi sur le droit pour la sécurité des passagers du transport aérien*, la *Loi de 2001 sur l'accise*, la *Loi sur la taxe d'accise* et des lois et règlements connexes », 28 septembre 2010, à l'article 34, sous le paragraphe 144.1(2) L.I.R., on peut lire ceci :

« Le nouveau paragraphe 144.1(2) prévoit les conditions qui doivent être remplies tout au long d'une année d'imposition pour qu'une fiducie soit considérée comme une fiducie de soins de santé au bénéfice d'employés. Étant donné que ces conditions doivent être réunies tout au long de l'année, la fiducie qui déroge à une ou plusieurs d'entre elles à un moment de l'année perdra son statut de fiducie de soins de santé au bénéfice d'employés pour l'année. Les conditions qui régissent la fiducie doivent refléter les exigences énoncées aux alinéas 144.1(2)a) à i). Par conséquent, il devrait être possible de vérifier si une fiducie est une fiducie de soins de santé au bénéfice d'employés en examinant l'acte de fiducie. »

FSSBE ou à défaut d'autres bénéficiaires admissibles, à l'État fédéral ou provincial⁴²;

- la fiducie est tenue de résider au Canada. Advenant cessation de résidence, elle est réputée avoir disposé de ses avoirs à leur JVM immédiatement avant le moment de la disposition. De plus, elle est réputée avoir exercé une entreprise avant ce moment. Chacun de ses biens est réputé être un bien en inventaire dont le coût est nul⁴³. Enfin, elle est réputée avoir acquis de nouveau les biens pour un coût égal à la JVM au moment de la disposition;
- les seuls bénéficiaires sont des employés d'un employeur participant ainsi que les retraités, un particulier membre de leur famille, incluant celle des employés décédés, une autre FSSBE ou l'État fédéral ou provincial. Fait intéressant, la catégorie des bénéficiaires membres de la famille semble assez importante pour inclure les parents âgés s'ils habitent avec l'employé ou s'ils sont à sa charge, ainsi que les frères et sœurs handicapés⁴⁴;
- la FSSBE doit avoir au moins une « catégorie de bénéficiaires » possédant les caractéristiques décrites plus haut. Cette contrainte limite l'accès à ce genre de régime au petit employeur et aux entreprises familiales de taille plus modeste;
- les droits de chaque employé clé ne peuvent pas être plus avantageux que ceux détenus par tous les membres d'une catégorie de bénéficiaires. En un mot, tout employé clé faisant partie d'une catégorie distincte de la catégorie « étalon » prévue au paragraphe 144.1(1)e) L.I.R., laquelle doit respecter les ratios de 25 % et de 75 % décrits plus haut, ne peut pas avoir des droits plus importants que les employés formant cette catégorie. En bref, la FSSBE n'est pas un outil privilégié pour établir un programme de rétention d'employés hauts salariés. C'est un outil qui vaut pour l'ensemble des employés, mais les employeurs devront se tourner vers d'autres régimes pour retenir leurs employés clés;

⁴² Al. 104.4(1)j) L.I.R.

⁴³ Al. 128.1(4)b.1) L.I.R.

⁴⁴ S.-al. 144.1(2)d)(i) et 144.1(2)d)(ii), al. 251(2)a) et par. 251(6) L.I.R.

- un employeur participant ou une personne qui lui est liée peut participer et recevoir des prestations désignées⁴⁵. L'employeur participant a aussi le droit d'exiger des garanties pour l'exécution des conventions de façon à maintenir le caractère de FSSBE en tout temps, le bon fonctionnement de la fiducie et le droit à des paiements prévus par règlement⁴⁶;
- il est interdit à la fiducie de faire des placements dans l'entreprise d'un employeur participant ou à l'égard d'une personne ou d'une société de personnes qui lui est liée ou avec laquelle l'employeur participant a un lien de dépendance, ou de lui consentir un prêt. On ne peut être plus clair, aucun moyen n'est disponible à l'employeur pour se réattribuer les biens de la fiducie, directement ou indirectement⁴⁷;
- les fiduciaires représentant le ou les employeurs participants ne doivent pas constituer une majorité de fiduciaires et ne doivent pas contrôler la fiducie⁴⁸.

Une fois toutes ces conditions remplies, la qualité de FSSBE n'est pas acquise. La fiducie doit se qualifier en tout temps et le test se fait pour chaque année où le statut est réclamé.

3.3. LE CALCUL DU REVENU DE LA FIDUCIE

La FSSBE étant une fiducie entre vifs, elle a donc une année fiscale au 31 décembre de chaque année. Les cotisations patronales versées pour payer les prestations désignées constituent le capital de la fiducie. Les sommes payées ou payables dans l'année au titre de prestations désignées sont déductibles de son revenu⁴⁹. Ces éléments de base étant établis, plusieurs ajouts aux articles pertinents de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont prévus pour édicter des règles particulières applicables au calcul du revenu de la FSSBE.

Ainsi, les paragraphes 111(7.3) et 111(7.4) L.I.R. sont ajoutés afin que les pertes subies lors de la distribution de prestations désignées puissent être

⁴⁵ S.-al. 144.1(2)g(i) L.I.R.

⁴⁶ S.-al. 144.1(2)g(ii) et 144.1(2)g(iii) L.I.R.

⁴⁷ Par. 144.1(2)h L.I.R.

⁴⁸ Al. 144.1(2)i L.I.R.

⁴⁹ Al. 104(6)a.4) L.I.R.

déduites comme des pertes autres qu'en capital (« PAQC ») à condition que la fiducie se qualifie comme une FSSBE pour l'année déterminée et que le montant de la perte soit une somme qui autrement ne serait pas déductible au titre de prestation désignée dans l'année. Dans ces circonstances, le report de perte est limité aux 3 années d'imposition précédentes au lieu du délai de 20 ans applicables normalement et aux 3 années d'imposition suivantes.

La distribution des biens autres que de l'argent se fait pour un produit égal à la JVM du bien. Ainsi, la distribution que fait la FSSBE en faveur d'un bénéficiaire en règlement de sa participation dans la fiducie se fait à la JVM. La fiducie doit donc s'imposer sur les gains réalisés. Le contribuable est réputé avoir acquis le bien pour un produit égal à la JVM au moment de la distribution⁵⁰. Par ailleurs, la distribution ou le transfert de biens à une autre FSSBE se fait au coût⁵¹. Les règles suivantes ne sont pas applicables à une FSSBE :

- la présomption de disposition tous les 21 ans (par. 104(4) L.I.R.);
- avantage conféré par une fiducie (art. 105 L.I.R.);
- participation au revenu d'une fiducie (art. 106 L.I.R.);
- les règles d'attribution relative à la fiducie révocable (par. 75(2) L.I.R.);
- l'impôt minimum de remplacement (s.-al. 127.55f)(iv) L.I.R.).

3.4. LE CALCUL DU REVENU DE L'EMPLOYÉ

Les cotisations versées par l'employeur à la FSSBN ont été ajoutées aux exceptions des sous-alinéas 6(1)a)(i) à 6(1)a)(iv) L.I.R. L'employé n'a donc pas à les inclure dans son revenu imposable pour l'année, exception faite des primes ou cotisation payées pour une police d'assurance vie collective temporaire. Les cotisations versées par l'employé ou celles sur lesquelles il est imposé à titre d'avantages tirés d'une charge ou d'un emploi pourraient être incluses dans le calcul du crédit d'impôt pour frais médicaux⁵².

⁵⁰ S.-al. 107.1(1)a)(i) L.I.R.

⁵¹ Al. 107.4(1j) L.I.R.

⁵² Al. 118.2(2)q) L.I.R.

Les prestations désignées versées par exemple à titre de remboursement de médicaments ou de frais dentaires ne sont pas imposables. Le sous-alinéa 6(1)g(iv) L.I.R. ajouté par le Projet de loi C-47 devrait faire en sorte qu'un employé n'ait pas à s'imposer sur les prestations désignées payées par une FSSBE qui serait contaminée. Par ailleurs, la règle générale veut que les prestations payées périodiquement, comme les prestations de remplacement de revenu en raison d'une invalidité, soient imposables dans les mains de l'employé⁵³. De fait, les prestations payées par la FSSBE qui ne se qualifieraient pas au titre de « prestations désignées » telles qu'elles sont définies dans la loi doivent être incluses dans le revenu de l'employé en vertu du nouvel alinéa 56(1)z.2) L.I.R.

L'employé qui cesse d'être résident du Canada ne voit pas pour autant sa participation dans la FSSBE touchée. En fait, dans ce cas particulier, il n'y a pas de disposition imposable pour l'employé.

Finalement, les sommes imposables dues et reçues après le décès du bénéficiaire de la FSSBE se qualifient au titre de droits et biens et peuvent faire l'objet d'une déclaration de revenus distincte conformément au paragraphe 70(2) L.I.R.

3.5. LE CALCUL DU REVENU D'UN EMPLOYEUR PARTICIPANT

Les cotisations versées par un employeur à une FSSBE sont déductibles de son revenu dans les limites permises par le nouvel alinéa 20(1)s) L.I.R. Les déductions permises à titre de dépense du revenu de l'employeur participant à une FSSBE sont les suivantes :

- les primes versées à une compagnie d'assurances autorisée par une loi fédérale ou provinciale;
- la somme raisonnable versée pour payer des prestations dans l'année;
- la somme basée sur un rapport actuariel et établie avant le paiement de la cotisation est présumée refléter les obligations de l'employeur pour l'année.

Les primes versées pour les années ultérieures ne sont pas déductibles, exception faite de l'année durant laquelle elles ont été réellement utilisées.

⁵³ Al. 6(1)f) L.I.R.

La loi prévoit une formule mathématique⁵⁴ qui empêchera un employeur de déduire plus que les sommes qu'il a réellement payées durant l'année pour couvrir ses obligations de fournir les prestations désignées. Cette même formule veut aussi empêcher un employeur de déduire un montant plus important du fait que les prestations désignées payées durant l'année auraient été plus importantes, en raison d'une meilleure performance des rendements sur les investissements ou à cause de l'inflation.

Même si la FSSBE ne peut consentir de prêt à un employeur participant, un employeur peut délivrer un billet à ordre ou un titre de créance en faveur de la FSSBE en reconnaissance de la dette qu'il a à son égard pour payer sa contribution. Cette reconnaissance de dette ne permet pas de déduire le montant du revenu de l'employeur comme si la dépense était engagée. Toutefois, ce dernier pourra déduire cette dépense lorsque des paiements auront été faits véritablement à la FSSBE à titre de versement de la cotisation et non en remboursement du capital et des intérêts du prêt.

Enfin, en cas de fusion, de liquidation de sociétés affiliées, la nouvelle société est présumée continuer l'ancienne société aux fins des déductions permises à l'employeur.

En ce qui concerne les employeurs multiples, chaque employeur participant peut déduire les cotisations par ailleurs permises. Au choix du ou des fiduciaire(s), il est possible que chaque employeur participant soit considéré comme une fiducie distincte et qu'il soit traité en conséquence quant à ses obligations envers ses employés.

CONCLUSION

L'incertitude créée par le dépôt des propositions législatives de février 2010 a fait en sorte que plusieurs ont cru à la disparition définitive de la fiducie de santé et de bien-être au bénéfice d'employés. Les notes explicatives accompagnant le Projet de loi C-47, du 30 septembre 2010, ont voulu clarifier cette question. Il y est indiqué que, pour l'instant du moins, le gouvernement

⁵⁴ (A) - (B) = maximum des déductions permises dans l'année

(A) Sommes versées à titre de cotisation à la fiducie pour l'année et une année antérieure
Moins

(B) Sommes déduites au cours d'une année d'imposition antérieure.

n'entend pas changer les règles qui lui sont applicables⁵⁵. Cela laisse planer une certaine incertitude quant au sort des nouvelles fiducies de santé et de bien-être au bénéfice d'employés qui pourraient être créées selon les termes du *Bulletin d'interprétation* IT-85R2⁵⁶ après 2009.

La FSSBE est le fruit de la dernière crise financière où des entreprises gigantesques se sont avérées avoir des pieds d'argile et ont bien failli disparaître, emportant avec elles des milliards de dollars qui auraient dû aboutir dans les poches de leurs employés par le biais des régimes d'avantages sociaux, n'eût été le support gouvernemental qui leur a été apporté. La FSSBE est d'abord et avant tout conçue pour la moyenne et la grande entreprise, en vue de protéger les bénéfices des employés dans le cadre de faillite ou de réorganisation majeure pouvant avoir une incidence sur les avantages sociaux.

Malgré leurs ressemblances, il existe des différences notoires entre les deux régimes. Elles ont en commun le fait que ce sont des fiducies entre vifs dont l'année fiscale se termine le 31 décembre. Elles ne se présument pas, les conditions doivent exister en vertu d'un acte de fiducie ou encore d'un contrat de travail ou d'une convention collective. Il s'agit d'un régime collectif d'employés. Les règles applicables au calcul du revenu des employés sont semblables à quelques précisions près. Pour se qualifier de part et d'autre, elles sont limitées à verser des prestations provenant de régimes déterminés, soit : une assurance vie collective temporaire, une assurance collective contre la maladie et les accidents ou d'un RPAM.

La fiducie de santé et bien-être au bénéfice d'employés mise sur pied en vertu du *Bulletin d'interprétation* IT-85R2⁵⁷ reste disponible pour les petites entreprises qui n'ont pas un grand nombre d'employés et les entreprises familiales qui peuvent difficilement se conformer aux règles imposées quant à la participation d'un nombre limité d'employés clés ou d'actionnaires déterminés et de personnes qui leur sont liées. De plus, les grandes

⁵⁵ CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 41, à l'article 34, sous l'article 144.1 L.I.R., il est écrit ce qui suit :

« [...] Les nouvelles règles applicables à ces fiducies reposent en grande partie sur la position administrative de l'Agence du revenu du Canada sur les fiducies de santé et de bien-être. À l'heure actuelle, le gouvernement n'a pas l'intention d'apporter des changements aux règles fiscales applicables aux fiducies de santé et de bien-être. »

⁵⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 2.

⁵⁷ *Id.*

entreprises voulant créer des régimes de rétention plus avantageux pour leurs employés clés que ce que la FSSBE ne permet pourront probablement le faire en utilisant la fiducie de santé et bien-être. Il est évident que, dans de telles circonstances, les fiduciaires devront se montrer très minutieux pour éviter de disqualifier le régime lorsque seules ces catégories d'employés s'y retrouvent. Vu les incertitudes mentionnées plus haut, il serait alors fortement conseillé de faire une demande de décision anticipée auprès de l'ARC.

Il est à noter que le calcul du revenu de la fiducie de santé et de bien-être ne fait pas référence aux précisions apportées par la nouvelle législation sur les FSSBE quant aux dépenses admissibles, à la qualification des pertes comme étant des PAQC et au période admissible au report de ces PAQC, ainsi qu'aux possibilités de déduire ultérieurement des prestations calculées par des actuaires dans l'année où les obligations de l'employeur arriveront à échéance. Il en est de même des règles touchant à l'attribution de bien à un participant en contrepartie de sa participation dans la fiducie, à la liquidation de la fiducie ou aux changements d'employeur initial à la suite d'une fusion ou d'une acquisition ou aux conséquences de la cessation de résidence au Canada, qui ne sont pas précisées dans le bulletin d'interprétation.

Au moment de publier ce texte, le gouvernement du Québec n'a pas encore indiqué s'il allait harmoniser les dispositions de la *Loi sur les impôts* avec la nouvelle législation fédérale permettant la création des FSSBE. En tout état de cause, il faut s'attendre à ce que les mêmes ajustements que ceux qui ont été nécessaires pour la fiducie de santé et de bien-être s'effectuent, notamment, quant à l'application de l'article 37 L.I., faisant en sorte que la plupart des contributions patronales soient imposables entre les mains de l'employé.

COMMENT DONNER DE LA VALEUR AJOUTÉE À VOTRE RÉGIME
D’AVANTAGES SOCIAUX : SOLUTIONS INTÉGRÉES



Éric David
Directeur solutions intégrées
Conseiller en sécurité financière et conseiller
en régime d’assurance collective de personnes
Conseils PPI

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 13:3

1. SOLUTIONS INTÉGRÉES? 13:4

1.1. LE COÛT 13:4

1.2. CONNAÎTRE LES NOUVELLES TENDANCES 13:5

1.3. BESOIN GÉNÉRATIONNEL 13:5

1.4. POSITIONNEMENT 13:6

1.5. COMMUNICATION 13:6

1.6. PARTENAIRE 13:7

2.	STRATÉGIES.....	13:7
2.1.	PREMIÈRE STRATÉGIE : LE CONTRÔLE DES COÛTS.....	13:7
2.1.1.	Dollars flexibles	13:7
2.2.	DEUXIÈME STRATÉGIE : L'EFFICACITÉ FISCALE	13:9
2.3.	TROISIÈME STRATÉGIE : L'ÉMISSION STANDARD GARANTIE	13:13
2.4.	QUATRIÈME STRATÉGIE : LES CONTRIBUTIONS DÉFINIES	13:16
2.5.	CINQUIÈME STRATÉGIE : LA RÉMUNÉRATION GLOBALE	13:17
2.6.	SIXIÈME STRATÉGIE : L'ACCÈS À DES SOINS DE SANTÉ « HAUT DE GAMME ».....	13:19
	CONCLUSION	13:20

INTRODUCTION

Avant de vous expliquer ce que veut dire l'expression « solutions intégrées », il serait important de faire un résumé de l'évolution des régimes d'assurance collective puisque les solutions intégrées en font intégralement partie.

Dans notre introduction, nous aborderons brièvement les coûts, l'importance, l'innovation et le volet d'imposition des régimes d'assurance collective.

Depuis les années 1990, les coûts de ces régimes ont connu une croissance constante. Ils représentent dorénavant une partie non négligeable de la masse salariale, soit environ 8 % de celle-ci. C'est deux fois plus qu'il y a cinq ans, et quatre fois plus qu'il y a 10 ans¹.

Ces augmentations touchent directement l'enveloppe de rémunération globale des employés et elles ont un impact majeur sur les finances de l'entreprise.

En dépit des coûts, les couvertures offertes par les employeurs sont d'une importance grandissante lorsqu'il est question d'embauche et de rétention des personnes clés.

Un régime d'assurance collective est la vitrine de l'entreprise. C'est l'un des éléments que les employés examinent attentivement quand vient le moment de choisir un nouvel employeur. Un régime pauvre amenuise les chances d'embaucher des cadres supérieurs de qualité.

Dans un tel contexte, il est surprenant de constater que l'industrie offre si peu d'innovations pour aider les employeurs à se démarquer de la concurrence lorsqu'il s'agit de recruter de la main-d'œuvre de qualité.

La dernière grande innovation dans le monde des régimes d'assurance collective date des années 1990, avec l'introduction de la carte de paiements directs qui limite le paiement de l'employé à la franchise et la coassurance au moment de l'achat de médicaments.

¹ Dominique FROMENT, « Les régimes d'assurance collective sous haute surveillance » (en ligne : <http://www.lesaffaires.com/archives/générale/les-regimes-d-assurance-collective-sous-haute-surveillance/503971>).

Au cours de cette période, le marché n'a pas été stagnant, mais les nouveautés se sont faites rares.

En plus du fardeau financier que représente l'augmentation des coûts, le marché a dû composer avec la décision du gouvernement provincial d'imposer, entre les mains des employés, les primes d'assurance maladie et dentaire payées par l'employeur.

Dans ce contexte, comment aider les employeurs à bâtir un régime qui se différencie de ceux offerts par les concurrents, tout en restant dans une enveloppe budgétaire acceptable?

Les stratégies que nous vous présentons ont un coût pour l'employeur. Pourtant, il faudrait y voir davantage un investissement qui lui permettra d'attirer et de conserver les personnes clés dans l'entreprise.

1. SOLUTIONS INTÉGRÉES?

Les solutions intégrées sont une nouvelle approche qui propose aux employeurs un moyen de se distancer de la concurrence. Elles offrent des solutions pratiques pour améliorer leurs différentes stratégies d'embauche et de rétention de personnes clés.

Ces stratégies comportent parfois des solutions qui touchent uniquement le volet d'assurance individuelle, mais elles peuvent aussi comprendre des protections individuelles regroupées qui offrent souplesse et flexibilité.

Comme dans toute approche de vente, il est important de bien saisir les besoins du client. Autrement, nous pourrions présenter une maison de 4 000 pieds carrés à une personne qui n'avait besoin que d'un condominium.

Quels sont donc les besoins les plus importants auxquels font face les employeurs en ce moment?

Le premier besoin, et cela n'est pas particulier à l'assurance collective, c'est le coût.

1.1. LE COÛT

Le coût peut être défini de plusieurs manières :

- les taux, c'est-à-dire les primes que le client et les employés payent. N'oublions pas que les primes ont un impact fiscal sur les employés;

- les frais fixes de l'assureur (frais d'administration, facteur d'inflation, etc.);
- les coûts associés à l'absentéisme des personnes clés;
- le coût de l'inertie.

1.2. CONNAÎTRE LES NOUVELLES TENDANCES

Que se passe-t-il sur le marché? Qu'y a-t-il de nouveau qui permettra à l'entreprise d'offrir une meilleure offre d'embauche que ses concurrents?

1.3. BESOIN GÉNÉRATIONNEL

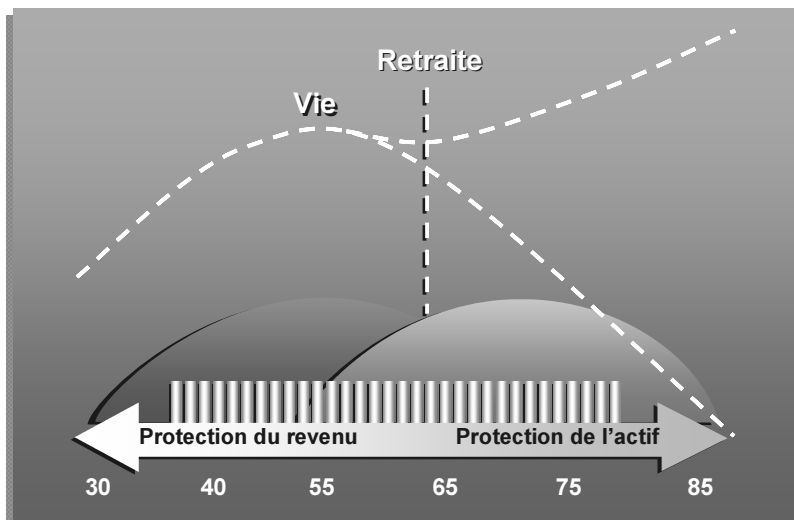
Génération X et Y *versus* les « baby-boomers » : les différences d'âge parmi les employés représentent un défi pour les employeurs.

Les employés des générations X et Y sont de plus en plus conscients des coûts que représentent les protections d'assurance collective et ils veulent donc être certains qu'ils peuvent en retirer quelque chose, autre que d'être imposé sur une prime ou d'en payer une.

Les « baby-boomers », quant à eux, sont les grands utilisateurs du régime. Ils voient l'avantage qu'il représente pour eux, mais ils sont quand même à la recherche d'une protection en cas de problèmes médicaux sérieux. Ils veulent protéger leurs actifs.

Donc, deux pressions et deux besoins différents auxquels l'employeur est confronté.

Cette situation peut être représentée par le « cycle de vie ».



1.4. POSITIONNEMENT

Dans le monde des placements, nous demandons toujours à une personne prête à investir quel est son but? Ou son besoin? Est-ce de faire fructifier son argent sans égard au risque? Ou simplement de mettre un peu d'argent de côté avec un retour d'investissement garanti?

Le même genre de question se pose pour l'employeur. Par rapport à la concurrence, où veut-il se situer en ce qui a trait aux avantages qu'il offre à ses employés importants? Dans le premier quart? Ou au milieu du peloton?

1.5. COMMUNICATION

C'est la pierre angulaire de toute stratégie. On sait jusqu'à quel point une compagnie qui lance un nouveau produit compte sur la publicité et la promotion pour en vanter les mérites. C'est la même chose pour un employeur qui innove avec de nouvelles stratégies. Il est capital que ses employés reçoivent le message et qu'ils connaissent les avantages que leur apportent les nouvelles protections.

Tout comme pour la mise en marché d'un produit tangible, il est utile, voire essentiel, de sonder les besoins des employés afin de s'assurer que les stratégies choisies atteignent la cible en comblant les besoins des employés visés.

1.6. PARTENAIRE

Finalement, les clients ont besoin d'un partenaire, pas d'un vendeur!

Un partenaire chemine avec son client, année après année, pour réévaluer ses besoins et proposer des solutions qui s'adaptent aux changements que vit l'entreprise.

Un partenaire évolue avec l'organisation. Il doit l'aider à élaborer et à formuler les principes directeurs du régime, de manière à harmoniser ceux-ci avec la philosophie et la culture de l'entreprise.

En résumé, plusieurs facteurs influencent l'instauration de nouvelles stratégies.

Maintenant, voyons quelles sont ses stratégies.

2. STRATÉGIES

Plusieurs stratégies existent. Nous nous sommes concentrés sur celles qui offrent les plus grands avantages, tant pour l'employeur que pour les employés.

Pour chacune, nous expliquerons les avantages qu'en retirent les employés et l'employeur.

2.1. PREMIÈRE STRATÉGIE : LE CONTRÔLE DES COÛTS

Il existe plusieurs stratégies pour contrôler les coûts : négociation des coûts avec l'assureur, validation de la compétitivité des frais fixes, évaluation du régime pour limiter les abus, gestion des médicaments, conception d'un bon programme de communication avec les employés.

Dans l'optique des solutions intégrées, nous nous concentrons sur une stratégie qui non seulement permettra à l'employeur et aux employés de réduire leurs coûts, mais également donnera à l'employeur un moyen de se différencier de ses concurrents.

2.1.1. Dollars flexibles

But : permettre aux employés d'avoir accès à des dollars flexibles et ainsi réduire les coûts directs et indirects pour l'employeur et ses employés.

Il existe plusieurs stratégies afin de contrôler les coûts à moyen et long terme.

Nous ne nous concentrerons que sur quelques-unes d'entre elles dans les pages suivantes.

Une des premières stratégies serait de réduire les protections d'assurance collective afin de dégager des fonds et de les redistribuer aux employés sous forme de dollars flexibles.

Cela aurait comme résultats :

- la réduction des primes pour l'employeur (impact direct);
- la réduction de la masse salariale de l'employeur et des coûts indirects reliés à celle-ci;
- la réduction des primes pour les employés;
- une réduction du fardeau fiscal de l'employé égale à la réduction de la participation du paiement des primes de l'employeur.

L'ajout de dollars flexibles au régime d'assurance collective pour les employés et leurs familles permet de couvrir des dépenses non couvertes par le régime de base.

Le montant est déterminé et financé par l'employeur.

Il couvre les frais admissibles en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*² qui ne sont pas couverts par le régime d'assurance collective.

Il contrôle le budget de l'employeur puisque les montants du compte de soins de santé sont définis à l'avance.

Les montants non utilisés dans la première année sont reportés aux 12 prochains mois.

Cela permet à l'employeur de faire une analyse des besoins et des tendances de réclamations des assurés sur une base **hors collectif**.

² L.R.C. (1985), 5^e supp., ch. 1 et mod.

Note importante : au Québec, l'impôt provincial s'applique au montant utilisé (augmenté des frais et taxes applicables) et non au montant alloué.

Avantages des dollars flexibles :

- ils ne sont pas inclus dans les résultats d'expérience;
- ils ne sont pas assujettis aux facteurs d'inflation;
- les coûts administratifs sont moins élevés que dans le cas d'un régime d'assurance collective assuré;
- aucune réserve ne doit être calculée et ajoutée aux résultats d'expérience;
- ils sont déductibles pour l'entreprise;
- cela donne de la flexibilité à l'égard des besoins reliés au « cycle de vie » de l'individu et de sa famille.

Dollars flexibles *versus* modifications au régime d'assurance collective :

- ils peuvent couvrir les soins de la vue;
- ils augmentent la couverture pour les soins paramédicaux;
- ils permettent à l'assuré de payer pour les coassurances en assurance maladie et soins dentaires;
- cela augmente le pouvoir d'achat de chaque individu.

2.2. DEUXIÈME STRATÉGIE : L'EFFICACITÉ FISCALE

Le but de cette stratégie est de permettre à l'entreprise de libérer des fonds pour les investir dans d'autres stratégies qui augmenteront la valeur de son offre à ses employés.

Cette stratégie ne fonctionne pas toujours. Toutefois, lorsque des fonds sont libérés, il est intéressant de constater que cet argent est disponible chaque année et peut donc payer, en partie ou en totalité, certaines nouvelles stratégies.

Dans cette stratégie, nous présumons toujours que la garantie d'invalidité de longue durée est non imposable. La prime est donc payée en totalité par les employés.

La prime payée par l'employé est payée avec des dollars après impôts.

Si un employeur décide de payer cette prime pour ses employés, il en résulte pour ces derniers une augmentation de salaire proportionnelle à la prime qu'ils payaient.

Regardons maintenant les étapes à franchir permettant de déterminer si la stratégie est financièrement viable pour l'employeur.

Nous supposerons que le partage de la prime est de 50 % entre l'employeur et l'employé.

Voici l'évolution de cette stratégie :

- 1) Quel est le montant de prestations nettes que les employés reçoivent en ce moment (gardons en mémoire que c'est un régime dont la prestation est non imposable parce que la prime est payée par l'employé)?
- 2) Puisque l'employeur est maintenant responsable de la prime à 100 %, la prestation d'invalidité sera imposable entre les mains de l'employé. Il faut donc s'assurer de majorer la prestation de telle sorte que l'employé ne reçoive pas une prestation moindre en cas d'invalidité.

Régime non imposable

Revenu annuel brut	Revenu mensuel net
125 000 \$	7 113 \$
91 000 \$	5 514 \$
87 000 \$	5 325 \$
65 000 \$	4 205 \$
63 500 \$	4 121 \$
62 000 \$	4 035 \$
58 000 \$	3 806 \$
57 000 \$	3 748 \$
46 000 \$	3 117 \$
41 500 \$	2 859 \$
35 000 \$	2 466 \$
33 000 \$	2 335 \$
30 000 \$	2 138 \$

Régime imposable

Prestation mensuelle brute	Impôt	Prestation mensuelle nette	Remplacement du salaire net en %
6 615 \$	1 649 \$	4 966 \$	70 %
4 815 \$	1 022 \$	3 793 \$	69 %
4 604 \$	956 \$	3 648 \$	69 %
3 440 \$	594 \$	2 846 \$	68 %
3 360 \$	569 \$	2 791 \$	68 %
3 281 \$	544 \$	2 737 \$	68 %
3 069 \$	484 \$	2 585 \$	68 %
3 016 \$	472 \$	2 545 \$	68 %
2 434 \$	349 \$	2 086 \$	67 %
2 196 \$	298 \$	1 898 \$	66 %
1 852 \$	226 \$	1 626 \$	66 %
1 746 \$	204 \$	1 542 \$	66 %
1 588 \$	170 \$	1 417 \$	66 %

Prestation mensuelle nette	Remplacement du salaire net en %
4 892 \$	69 %
3 758 \$	68 %
3 625 \$	68 %
2 833 \$	67 %
2 771 \$	67 %
2 708 \$	67 %
2 542 \$	67 %
2 500 \$	67 %
2 042 \$	66 %
1 854 \$	65 %
1 583 \$	64 %
1 500 \$	64 %
1 375 \$	64 %

- 3) Une fois que cette analyse confirme qu'il n'y a pas de perte de couverture, nous pouvons faire par la suite les calculs en ce qui concerne les salaires. Pour que la stratégie fiscale fonctionne, le changement d'un régime non imposable à un régime imposable doit être fait conjointement avec une augmentation de salaire. Elle vient donc financer celle-ci à la valeur annuelle de la prime en invalidité de longue durée non imposable.

Voyons tout d'abord l'impact sur l'employé.

Si nous tenons pour acquis que la prime annuelle d'invalidité de longue durée non imposable était de 43 321 \$, il en découle que nous venons de redonner ce revenu net aux employés en faisant payer l'invalidité de longue durée par l'employeur.

Après avoir fait les calculs pour chacun des employés, nous vous donnons la valeur brute du montant précédent, soit 72 797 \$.

Si la masse salariale d'un employeur est de 6 197 500 \$ et l'augmentation prévue était de 3 % (185 925 \$), il vient donc de subventionner cette augmentation de 72 797 \$.

Le résultat est que l'employé recevra le même montant net dans ses poches. L'employeur aura atteint son objectif d'augmenter le revenu net de 3 %.

Et maintenant, voyons l'impact sur l'employeur.

Employeur	ILD payé par les employés	ILD payé par les employés	Couverture ILD payée par l'employeur
Ajustement de salaire proposé	S.Q.	3,0%	1,8%
Masse salariale actuelle	6 197 500 \$	6 197 500 \$	6 197 500 \$
Bonification variable	0 \$	0 \$	0 \$
Ajustement brut sur masse salariale	S.Q.	185 925 \$	113 128 \$
RRQ	149 807 \$	150 243 \$	150 072 \$
AE	54 032 \$	54 190 \$	54 128 \$
RQAP	18 728 \$	18 783 \$	18 762 \$
CSST	83 737 \$	84 114 \$	83 966 \$
FSS	120 851 \$	124 477 \$	123 057 \$
Autres garanties assurance collective	150 000 \$	150 000 \$	150 000 \$
Prime ILD	0 \$	0 \$	56 873 \$
Prime ESG	0 \$	0 \$	0 \$
Compte de crédit santé	0 \$	0 \$	0 \$
Modification à la conception du programme	0 \$	0 \$	0 \$
PAE	0 \$	0 \$	0 \$
Cotû total	6 774 655 \$	6 965 232 \$	6 947 486 \$
Variation vs aucun changement de salaire		190 577 \$	172 831 \$
Variation vs augmentation de salaire seulement			-17 746 \$

Comme nous pouvons le constater dans le tableau ci-dessus, le fait que l'employeur paye maintenant la prime d'invalidité de longue durée et que le reste de la prime soit payée à 50/50, il en résulte une économie annuelle de 17 746 \$ qui peut être utilisée pour subventionner d'autres stratégies de solutions intégrées.

2.3. TROISIÈME STRATÉGIE : L'ÉMISSION STANDARD GARANTIE

But : offrir aux personnes clés et généralement à haut revenu une protection d'assurance invalidité de longue durée égale à leur valeur dans l'entreprise.

Un régime d'assurance collective est un régime de base qui couvre convenablement la majorité des employés. Cependant, certaines définitions ne sont pas adaptées aux besoins des personnes clés et ne permettent pas aux employeurs de se différencier et de protéger adéquatement ces employés importants.

À la deuxième étape de l'efficacité fiscale, nous avons expliqué comment passer d'un régime non imposable à un régime imposable. Dans les deux cas, les employés ne sont pas couverts pour les montants maximums que les assureurs leur permettent de recevoir (85 % du revenu net avant invalidité).

Il y a un manque à gagner d'environ 15 % du revenu net.

À première vue, cela ne semble pas majeur. Pourtant, si nous faisons un calcul rapide, pour une personne de 45 ans, cela peut représenter une perte brute d'un million de dollars d'ici à ce qu'elle atteigne l'âge de la retraite.

Deux possibilités s'offrent aux employeurs.

La première est de modifier le régime collectif (pourcentage des prestations et plafond admissible). Comme nous l'avons déjà mentionné, l'invalidité de longue durée ne répond pas toujours adéquatement aux besoins des hauts salariés.

La seconde, l'émission standard garantie, permettra à l'employeur de combler le manque de couverture par des définitions et des conditions plus adéquates.

Une émission standard garantie comprend des polices d'assurance individuelles, regroupées auprès d'un employeur, émises sans exclusion médicale et sans surprime.

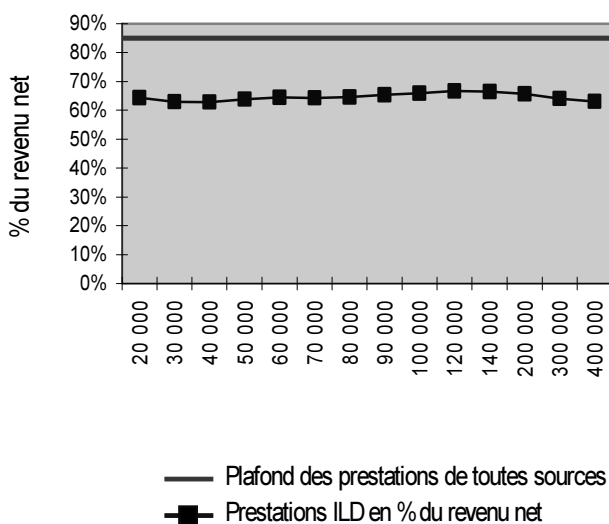
Généralement, lorsqu'une personne souscrit une police individuelle d'assurance invalidité, l'assureur exigera des preuves médicales et financières.

Puisque nous assurons simultanément un groupe de personnes, nous réduisons le facteur risque de l'assureur.

En contrepartie, l'assureur ne demandera pas de preuves médicales. Il se limitera à poser quelques questions à l'employé lorsque ce dernier remplira le formulaire d'adhésion.

Le tableau qui suit montre un régime d'assurance collective qui ne couvre pas adéquatement les employés. La ligne continue représente le montant que l'assureur est prêt à offrir, et la ligne pointillée montre la couverture de chaque employé.

Nous voyons que l'écart entre les deux est important. Les personnes gagnant plus de 100 000 \$ annuellement souffriraient, d'ici à l'âge de la retraite, d'un manque à gagner non négligeable si elles devenaient invalides aujourd'hui.



La stratégie d'émission standard garantie permettra de combler le manque de couverture en offrant des polices individuelles regroupées.

L'avantage de cette stratégie est que les coûts sont garantis et nivelés jusqu'à l'âge de 65 ans (un régime d'assurance collective est renouvelé annuellement).

De plus, l'occupation régulière (propre) de l'individu est protégée jusqu'à l'âge de 65 ans (un régime d'assurance collective ne couvre généralement que deux ans d'occupation propre).

La protection est également transférable aux taux garantis lors de l'émission. C'est une valeur importante pour un employé qui quitte son travail et dont l'état de santé ne lui permet plus d'être assuré.

Enfin, les preuves de revenu sont fournies lors de l'émission de la police et non lorsqu'il y a une réclamation.

Conclusion : combler le manque de couverture en invalidité par des couvertures offrant de meilleures définitions et des coûts garantis et nivelés permettra à l'employeur de mieux protéger ses employés clés tout en se démarquant de ses concurrents.

2.4. QUATRIÈME STRATÉGIE : LES CONTRIBUTIONS DÉFINIES

Un régime d'assurance collective est ce que l'on appelle un régime à « prestations définies ». Il s'applique à tous de façon égalitaire et sans égard au poste occupé dans l'entreprise. Ce type de régime est-il équitable pour les employés les mieux rémunérés?

Il y a peu ou pas de flexibilité à l'intérieur d'un tel régime, mais celui-ci prévoit tout de même une couverture de base, à un coût peu élevé, en cas d'événements catastrophiques.

Un complément au régime traditionnel à « prestations définies » est un régime à « contributions définies ».

Un montant d'argent préalablement déterminé est utilisé pour acheter des garanties à partir d'une liste préalablement établie de produits individuels.

Les fonds de ce compte peuvent être utilisés pour réduire le coût des soins non couverts en santé ou en soins dentaires par un compte de crédits santé, ou encore pour financer les primes de produits d'assurance individuelle.

Ces produits se composent d'un ensemble de garanties personnalisées, choisies sur une base volontaire, et qui s'harmonisent au « cycle de vie » du cadre.

Réduction de l'impact fiscal pour la personne clé

Sommaire des garanties

Jean Tremblay : 45 Homme Non-fumeur, Québec
Revenu : 125 000 \$
Crédits flexibles alloués : 12 500 \$

Avantage imposable		8 918 \$
TMI	48,21 %	3 060 \$

 Assurance vie

1 156 \$

Protection : 125 000 \$
Assurance viagère permanente, coût nivelé

 Assurance invalidité

1 799 \$

Prestation mensuelle : 5 000 \$ imposable
Délai de carence de 730 jours
Période d'indemnisation jusqu'à 65 ans
Définition d'invalidité totale basée sur l'occupation régulière jusqu'à 65 ans
Indexation selon l'IPC

 Assurance maladies graves

3 089 \$

Prestation forfaitaire : 200 000 \$
Versement de la prestation si l'assuré survit plus de 30 jours à une maladie grave
Durée de la protection : jusqu'à 100 ans

Protection soins médicaux

1 018 \$

Protection : 3 000 000 \$ US
Elle donne accès :
À une information de pointe sur les soins de santé
À des soins médicaux de première qualité
À des fonds de 3 000 000 \$ US pour la durée du contrat

 Soins de longue durée

2 931 \$

Prestation quotidienne : 250 \$
Pour soins à domicile ou en établissement
Délai de carence : 90 jours

 Compte de crédits santé

2 500 \$

Les crédits inutilisés sont déposés dans le compte CCS au début de chaque année d'assurance

2.5. CINQUIÈME STRATÉGIE : LA RÉMUNÉRATION GLOBALE

Lorsque toutes les composantes de la rémunération de l'employé lui sont adéquatement communiquées, ce dernier est en mesure de mieux apprécier la valeur réelle de sa rémunération globale.

De nombreux employés n'ont pas les moyens de visualiser l'ensemble de leur rémunération et ne sont donc pas conscients de sa valeur. Une entreprise qui est en mesure de transmettre une information claire et concise à ses employés sur leur rémunération globale bénéficiera davantage des retombées de son investissement.

Parce que la communication aux employés est tout aussi importante que les avantages sociaux eux-mêmes, il existe sur le marché un logiciel pouvant générer un « relevé de rémunération globale » personnalisé pour chacun des employés. Ce relevé donne une description complète de la rémunération de l'employé et de ses avantages sociaux (par exemple : régime enregistré d'épargne-retraite, allocation scolaire, etc.). De plus, le logiciel produit un

sommaire personnalisé des coûts, illustrant ainsi l'impact du régime sur la rémunération globale de chaque employé.

Le relevé de rémunération globale procure :

- une analyse qui démontre à l'employé l'importance de son régime d'avantages sociaux comparativement à la méthode traditionnelle basée surtout sur le salaire et les bonis;
- une description des nombreuses caractéristiques, des points forts et des avantages supplémentaires offerts par le régime d'avantages sociaux de l'entreprise;
- des réponses aux nombreuses questions qu'un employé peut se poser sur son régime;
- une aide permettant de déterminer l'investissement global que l'organisation fait dans ses ressources humaines.

Relevé de rémunération globale

Sommaire de rémunération globale

Marc Boisvert	Contribution de l'entreprise	Votre contribution
Salaire annuel de base	56 200,00 \$	-
Autres compensations financières		
REER collectif	1 500,00 \$	-
Bonus	2 400,00 \$	-
Heures supplémentaires	4 800,00 \$	-
Total Autres compensations financières	8 700,00 \$	-
Programmes gouvernementaux		
QPP	1 989,90 \$	1 989,90 \$
QPIP	327,85 \$	233,79 \$
AE	816,00 \$	584,00 \$
Total Programmes gouvernementaux	3 133,55 \$	2 807,69 \$
Garanties d'assurance collective		
Assurance vie	127,00 \$	-
Assurance vie des personnes à charge	33,00 \$	-
Assurance maladie complémentaire	1 680,00 \$	-
Assurance soins dentaires	960,00 \$	-
Invalidité de longue durée	759,00 \$	-
Total Garanties d'assurance collective	3 569,00 \$	-
Total de rémunération et avantages sociaux	71 592,55 \$	2 807,69 \$

Sommaire de la rémunération – Contribution de l'entreprise

- 78,5 % Salaire annuel de base
- 5,0 % Garanties d'assurance collective
- 4,4 % Programmes gouvernementaux
- 12,2 % Autres compensations financières



Compte tenu des changements aux revenus au niveau des taux durant l'année dans les divers programmes d'assurance, certains des montants illustrés pourraient ne pas être exacts mais devraient s'approcher des montants réels. Ce rapport n'est pas un document légal, n'est pas un contrat et ne modifie pas les documents originaux.

2.6. SIXIÈME STRATÉGIE : L'ACCÈS À DES SOINS DE SANTÉ « HAUT DE GAMME »

En lisant les journaux, nous remarquons que les médias canadiens traitent souvent des problèmes qui accablent le système de santé public.

Il est également facile de conclure que plus nous vieillissons, plus nos frais de santé augmentent.

Selon l'Institut Fraser, le délai d'attente entre la recommandation du généraliste et le traitement est passé de 9,3 semaines en 1993 à 18,3 semaines en 2007 (basé sur la moyenne de 12 spécialistes)³.

Il est aujourd'hui possible d'avoir accès, à un coût étonnamment abordable, à une stratégie qui permettra à l'entreprise de mieux protéger ses personnes clés et son investissement dans ces personnes.

Cette stratégie comporte trois éléments pour protéger la santé des personnes clés si elles ont des problèmes médicaux sérieux :

- avoir accès à un deuxième avis médical dans un rapport complet qui fournira une description de l'affection, des recommandations sur le traitement à suivre et un aperçu du meilleur résultat possible;
- avoir accès à des soins médicaux aux États-Unis ou dans des cliniques privées au Canada;
- avoir accès à des fonds qui couvriront les soins médicaux, les frais hospitaliers (chambre, médecins et chirurgiens, soins infirmiers, salle d'opération, médicaments sur ordonnance, appareils médicaux et autres soins requis par l'hôpital).

CONCLUSION

Le marché de l'assurance collective a peu évolué depuis les années 1990.

Les employeurs cherchent des moyens de se différencier de la concurrence pour attirer et conserver leurs personnes clés.

Les solutions intégrées leur permettent :

- de se différencier et d'apporter de nouvelles idées à leurs clients;
- d'aider les entreprises dans leurs stratégies de rétention et d'embauche;
- de devenir un partenaire stratégique.

³ Nadeem ESMail, « Waiting Your Turn: Hospital Waiting Lists in Canada – 17th Edition », dans *Critical Issues Bulletin*, Fraser Institute, octobre 2007.

LA RETRAITE, OÙ EN SOMMES-NOUS?



Martin Dupras
ASA, Pl. Fin., D. Fisc.
ConFor financiers

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	14:3
1. RÉGIMES DE RETRAITE INDIVIDUELS	14:4
1.1. BRÈVE DESCRIPTION	14:4
1.2. ILLUSTRATIONS À LA CRÉATION	14:6
1.3. OPTIONS DE DÉCAISSEMENT	14:7
2. RÉGIMES SURCOMPLÉMENTAIRES DE RETRAITE	14:8
2.1. BRÈVE DESCRIPTION	14:8
2.2. POSITIONS DE L'AGENCE DU REVENU DU CANADA	14:12
2.3. PARTAGE DES REVENUS DE PENSION ADMISSIBLES	14:17
2.4. DIVORCE.....	14:17
3. SÉCURITÉ DES MÉCANISMES DE RETRAITE	14:18
3.1. RÉGIMES DE RETRAITE À PRESTATIONS DÉTERMINÉES	14:19

3.2.	MESURES TEMPORAIRES AU QUÉBEC.....	14:20
3.3.	DOIT-ON S'INQUIÉTER DE L'ÉTAT DE SANTÉ DES RÉGIMES DE RETRAITE?	14:22
3.4.	PRINCIPAUX RISQUES DES RÉGIMES DE RETRAITE	14:24
4.	NORMES D'HYPOTHÈSES DE PROJECTION DE L'IQPF	14:26
4.1.	INTRODUCTION	14:26
4.2.	PRINCIPES DIRECTEURS DANS L'ÉTABLISSEMENT DES NORMES	14:27
4.3.	HYPOTHÈSES FAISANT L'OBJET D'UNE NORME	14:28
4.4.	NORMES POUR L'ANNÉE 2010.....	14:31
4.5.	EXEMPLE D'APPLICATION	14:32

INTRODUCTION

Le domaine de la planification de la retraite est en constante évolution. Que ce soit en raison des objectifs des particuliers qui évoluent, tant en termes d'âge de retraite visé que de type de retraite souhaité, en raison du niveau de sophistication des épargnants qui s'améliore ou des produits présentés qui se complexifient constamment, l'exercice devient de plus en plus ardu.

L'évolution, ou la non-évolution, des lois et règlements joue aussi un rôle important. En termes fiscaux, les limites applicables à l'épargne retraite enregistrée (plafonds de cotisation des régimes enregistrés d'épargne-retraite (« REÉR »), prestations de retraite maximale payable, etc.) sont restées bien longtemps aux mêmes niveaux avant de commencer à être haussées en 2002-2003. Cette stagnation des limites applicables a assurément causé, du moins en partie, la mise sur pied de nombreux mécanismes de retraite « surcomplémentaires » (les régimes « top-hat » ou « SERP »). Aussi, l'introduction des mesures de partage de revenus de pension admissibles est venue changer la donne, du moins pour les couples.

Les changements apportés au cours des dernières années aux différentes lois encadrant les régimes de retraite permettent aussi généralement un meilleur accès pour les particuliers aux sommes immobilisées. D'un océan à l'autre, les provinces et le fédéral ont haussé la plupart des formes de plafonds de retraits aux comptes immobilisés¹. L'assouplissement des règles encadrant les retraites progressives a aussi un impact sur les options de retraite disponibles, reste à voir si les employeurs vont permettre ces départs progressifs en grand nombre.

Les changements apportés, ou à venir, aux régimes publics que sont le Régime de pensions du Canada (« RPC ») et le Régime de rentes du Québec (« RRQ ») doivent aussi être considérés². Le mouvement mondial de conversion des régimes de retraite à prestations déterminées en mécanismes d'accumulation, qu'il s'agisse de régimes de retraite à cotisations déterminées, de REÉR collectifs, de régimes de participation différée aux bénéfices (« RPDB ») ou autres a aussi un impact non négligeable sur l'exercice de planification.

¹ Jean VALOIS, « Chronique Retraite », (2010), vol. 17, n° 3 *La Cible*.

² Jean VALOIS, « Chronique Retraite », (2010), vol. 18, n° 1 *La Cible*.

Plus récemment, la situation financière de plusieurs régimes de retraite à prestations déterminées a préoccupé de nombreux participants de ceux-ci. Ici aussi les assouplissements législatifs³ apportés plus récemment doivent être considérés.

Finalement, une évolution importante de la vision même que les particuliers ont de leur retraite éventuelle doit aussi être mentionnée. D'un modèle unique il y a 40 ans, la retraite d'aujourd'hui et de demain sera sans doute différente pour tous, ne serait-ce qu'en raison du fait que de nombreux retraités pourraient vouloir retravailler, par choix ou par obligation⁴, durant les premières années de leur retraite.

Dans ce contexte d'évolution constante, trois sujets seront discutés dans les pages suivantes : les régimes de retraite individuels (« RRI »), les régimes surcomplémentaires et la sécurité des mécanismes de retraite. En toute fin de texte, les *Normes d'hypothèses de projection* de l'Institut québécois de planification financière (« IQPF ») seront présentées⁵.

1. RÉGIMES DE RETRAITE INDIVIDUELS

1.1. BRÈVE DESCRIPTION

Le RRI est un régime de pension agréé (« RPA ») à prestations déterminées qui vise principalement un seul haut salarié. Le RRI est normalement encadré par deux lois, soit la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁶ et la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*⁷. Depuis le 1^{er} janvier 2001,

³ Notamment, les mesures découlent de la *Loi modifiant la Loi sur les régimes complémentaires de retraite et d'autres dispositions législatives en vue d'atténuer les effets de la crise financière à l'égard de régimes visés par cette loi* (adoptée le 15 janvier 2009). Ces mesures visent à alléger la charge financière des entreprises offrant un régime à prestations déterminées en leur permettant de réduire l'ampleur des cotisations requises pour amortir leurs déficits de solvabilité.

⁴ Voir notamment Nathalie BACHAND, Josée BLONDIN, Annie BOIVIN et Denis PRESTON, *Tomber à la retraite : Une planification complète*, Montréal, Les Éditions Logiques, 2010.

⁵ Nathalie BACHAND, Martin DUPRAS et Daniel LAVERDIÈRE, *Normes d'hypothèses de projection*, Montréal, Institut québécois de planification financière, 12 avril 2010.

⁶ L.R.C. (1985), 5^e suppl., ch. 1 et mod. (« L.I.R. »).

⁷ L.R.Q., c. R-15.1 (« L.R.C.R. »).

un RRI qui ne s'adresse qu'à une personne rattachée est soustrait, selon l'article 2.1 L.R.C.R., à l'application de la majeure partie de cette loi.

Le RRI permettra habituellement, pour un participant de plus de 40 ans, de verser une cotisation annuelle qui sera supérieure à la cotisation maximale admissible au REÉR. On notera que pour reconnaître une année de participation dans le RRI, un revenu d'emploi selon le Formulaire T4 (salaire, boni, commissions et autres avantages imposables ajoutés au revenu d'emploi) doit être perçu, les dividendes reçus ne peuvent pas être considérés.

La *Solution IQPF* énonce les avantages et inconvénients suivants pour les RRI⁸ :

Les principaux avantages du RRI sont les suivants :

- cotisations plus élevées que dans le REÉR lorsque l'âge du participant dépasse 40 ans;
- possibilité de racheter le service passé auprès de l'entreprise créant ainsi une dépense importante déductible pour la société;
- possibilité d'injecter des sommes additionnelles déductibles si le participant décide de prendre sa retraite avant 65 ans (avantage fiscal annulé s'il y a transfert dans un REÉR ou un compte de retraite immobilisé (« CRI »));
- fractionnement de revenu; avec la mise en place des nouvelles règles de fractionnement des revenus de pension, la rente provenant du RRI pourra faire l'objet du fractionnement dès qu'elle sera payable et non uniquement à 65 ans comme pour un REÉR/fonds enregistré de revenu de retraite (« FERR »);
- possibilité de combler les déficits actuariels; si les hypothèses actuarielles ne sont pas réalisées, par exemple si l'écart entre le rendement réalisé et la croissance de la rente (la hausse du salaire industriel moyen ou l'inflation) est moindre que les écarts prévus dans les hypothèses, l'employeur pourra combler ce déficit par des cotisations additionnelles déductibles;

⁸ INSTITUT QUÉBÉCOIS DE PLANIFICATION FINANCIÈRE, *Solution IQPF* (service en ligne), Module 7, section 5.14.

- un régime de retraite constitue un patrimoine autonome et distinct et est par conséquent insaisissable;
- si le participant est une personne rattachée (qui détient plus de 10 % du capital-actions), lorsqu'il cessera sa participation, la valeur de sa rente pourra être transférée dans un REÉR par opposition à un CRI. Il se peut que la totalité de la valeur ne puisse être transférée dans le REÉR en raison des limites de l'article 8517 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*⁹;
- possibilité de reporter l'impôt au décès du participant sur certaines sommes accumulées dans le RRI dans le cadre d'une relève familiale si le fils ou la fille participe aussi au régime.

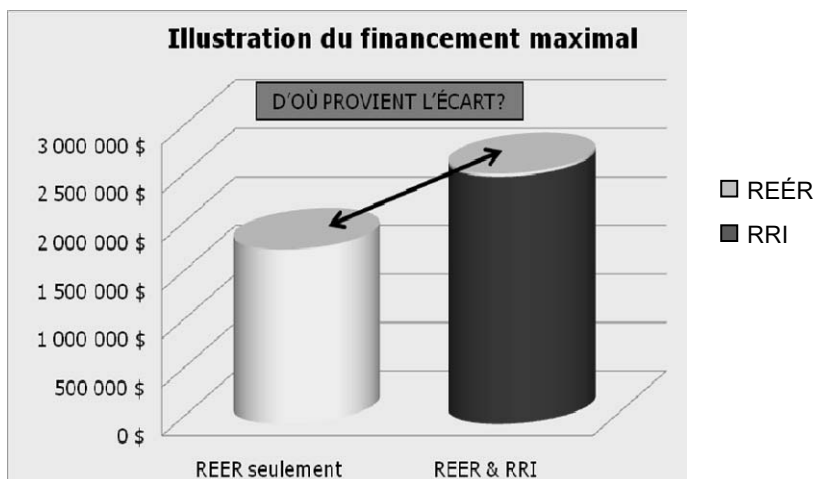
Les principales contraintes du RRI sont les suivantes :

- coûts plus élevés que le REÉR;
- administration plus lourde;
- rémunération moins flexible : un revenu d'emploi doit être versé;
- partage du patrimoine : à l'égard du propriétaire de la compagnie, les sommes que celle-ci transfère dans un RRI feront partie du partage du patrimoine familial en cas de séparation ou de divorce, alors qu'elles ne le sont pas si elles demeurent au sein de la compagnie (dans le cas où le régime matrimonial est la séparation de biens);
- si les rendements sont très élevés et qu'il en résulte un surplus excédentaire, les cotisations devront être temporairement suspendues jusqu'à ce que celui-ci soit totalement utilisé pour couvrir les cotisations. Cela ne touchera en rien les droits de cotisation au REÉR de l'individu puisque le facteur d'équivalence demeurera le même. Il ne pourra pas davantage cotiser au REÉR pendant ce temps.

1.2. ILLUSTRATIONS À LA CRÉATION

Au moment de la mise en place d'un RRI, il est fréquent que des illustrations d'accumulation comme celle-ci soient présentées :

⁹ C.R.C., 1978, ch. 945 et mod. (« R.I.R. »).



On y voit clairement l'avantage relatif de l'option de droite (REÉR et RRI) sur l'option de gauche. Or, une telle illustration ne montre qu'une partie de la comparaison. En effet, s'il est vrai que l'accumulation de capitaux enregistrés sera habituellement beaucoup plus importante avec la mise en place d'un RRI, on doit se demander d'où provient l'écart. Il proviendra en très grande partie du financement supplémentaire que le RRI permet par rapport au REÉR. Cela dit, ces sommes, si elles n'avaient pas été investies dans le RRI, ne seraient pas disparues pour autant. Elles seraient demeurées dans la société. Si l'on considère l'accumulation de ces sommes dans la société aux fins de la comparaison, l'écart entre les scénarios sera sans aucun doute fortement diminué. La question des frais du RRI devrait aussi être considérée dans les projections.

1.3. OPTIONS DE DÉCAISSEMENT

Au moment de la retraite, les options de décaissement du RRI seront les suivantes :

- transfert au CRI ou REÉR (selon le cas);
- souscription d'une rente viagère;
- paiement d'une prestation à même le régime.

Chacune des options présente des avantages et des inconvénients.

Transfert au CRI ou REÉR : Tel qu'il a été indiqué précédemment, depuis le 1^{er} janvier 2001, un RRI qui ne s'adresse qu'à une personne rattachée est soustrait, selon l'article 2.1 L.R.C.R., à l'application de la majorité des articles de cette loi, auquel cas le transfert éventuel des sommes accumulées pourrait se faire dans un REÉR au lieu d'un CRI. Toutefois, si le RRI est mis en place pour un cadre de l'entreprise qui ne s'avère pas être une personne rattachée, le régime sera soumis entièrement à la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*. L'option du transfert, peut-être celle que le participant préférerait, comporte aux moins deux lacunes importantes. D'une part, un tel transfert sera soumis aux plafonds de transfert permis¹⁰, mais aussi, si les retraits subséquents survenaient avant 65 ans, le particulier perdrait la possibilité de partager ceux-ci avec son conjoint.

Souscription d'une rente viagère : Tout comme pour le REÉR, il sera possible d'utiliser le capital du RRI et de faire l'acquisition d'une rente viagère. Sans faire la promotion ou le procès de ce produit par ailleurs très souvent pertinent, il en résultera, pour le particulier, une perte de contrôle sur des sommes possiblement importantes. Est-ce que le particulier au profil entrepreneur appréciera cette option?

Paiement d'une prestation à même le régime : Cette option implique le maintien du régime et le paiement des prestations selon le design dudit régime. Ce faisant, le participant conserve le contrôle des actifs et ne risque pas de voir une portion importante du capital soumis à l'imposition immédiate. Il devra toutefois maintenir le régime en vigueur avec les frais que cela comporte.

2. RÉGIMES SURCOMPLÉMENTAIRES DE RETRAITE

2.1. BRÈVE DESCRIPTION

Il s'agit ici de régimes non enregistrés qui visent à procurer des prestations dépassant les limites fiscales qui apparaissent principalement aux articles 147.1, 147.2 et 147.3 L.I.R. ainsi qu'aux articles 8500, 8503 et 8517 R.I.R. Tel qu'il a été mentionné en introduction, ces limites n'ont malheureusement pas évolué au rythme de l'inflation et sont à un niveau tel que de plus en plus de participants à ces régimes enregistrés ne pourront bénéficier, au moment de leur retraite, de prestations calculées en fonction de leur rémunération réelle.

¹⁰ Art. 8517 R.I.R.

Dans de telles situations, des ententes, plus ou moins élaborées, peuvent être conclues entre l'employeur et le participant (habituellement un cadre supérieur) afin de mettre en place un mécanisme permettant à ce dernier de se prévaloir d'un revenu de retraite adéquat ou, à tout le moins, aligné sur sa rémunération réelle.

Ces régimes sont aussi connus sous de nombreuses appellations, en voici quelques-unes :

- régime de retraite non enregistré;
- régime supplémentaire de retraite;
- régime « top-hat »;
- « SERP » (*Supplementary Executive Retirement Plan*).

Quoique souvent calqués sur la forme (prestations déterminées ou cotisations déterminées) et les caractéristiques (définition du salaire reconnu, âge de retraite, prestation de décès au conjoint survivant, etc.) du régime enregistré (le régime de base) qui les supporte, ces mécanismes pourront prendre un grand nombre de formes. Fréquemment, le régime surcomplémentaire ne vise qu'à reconstituer les prestations que le participant aurait pu recevoir n'eurent été les limites fiscales. On dit alors que le régime surcomplémentaire « déplaçonne » les prestations d'un régime enregistré.

Un régime surcomplémentaire de retraite n'est habituellement pas soumis aux lois encadrant les régimes enregistrés. De ce fait, une différence majeure entre ces régimes et les régimes enregistrés est constatée dans l'obligation de capitaliser la promesse de revenus futurs. Dans le cas d'un régime enregistré, la promesse se doit d'être capitalisée, c'est-à-dire que des fonds suffisants doivent être mis en fiducie afin de financer les prestations futures. L'existence de ces fonds procure une très grande sécurité aux prestations des régimes enregistrés.

Une telle obligation de capitalisation n'existe pas pour les régimes surcomplémentaires de retraite. Si l'employeur décide de ne pas capitaliser le régime, le versement des prestations en découlant sera effectué dans le futur à même les fonds généraux de l'employeur. Le participant supportera donc, du moins pour la portion de ses revenus futurs qui proviendront du régime surcomplémentaire, le risque économique de l'employeur, ce qui pourrait constituer une préoccupation pour le participant. Cette préoccupation s'avérera d'autant plus importante pour le très haut salarié (plus de

250 000 \$ de salaire par année) puisque la majeure partie de ses revenus de retraite proviendra sans doute dudit régime.

Le participant voudra donc, idéalement, que l'employeur capitalise le régime surcomplémentaire. L'employeur, quant à lui, ne souhaitera pas bloquer des fonds durant de longues périodes, d'autant plus que le financement d'un régime complémentaire ne s'avère pas très efficace fiscalement. La capitalisation sera donc effectuée strictement si le(s) participant(s) arrive(nt) à arracher une telle concession à l'employeur par négociation. Si le régime est capitalisé, les deux principales options sont la convention de retraite ou l'assurance vie universelle.

Un compromis possible entre les intérêts de l'employeur (minimiser les coûts du régime) et ceux du participant (profiter d'une sécurité adéquate) sera la sécurisation du régime. Cette solution, acceptée par l'Agence du revenu du Canada (« ARC »)¹¹, consiste à garantir la promesse de prestation au moyen d'une lettre de crédit qui sera renouvelée annuellement. Le coût des lettres de crédit dépend de la situation financière et de la solvabilité de l'employeur et varie généralement entre 0,5 % et 2,5 % du montant à garantir. Ces lettres seront émises et détenues par une fiducie de convention de retraite. Selon ce scénario, la cotisation annuelle à la fiducie de convention de retraite sera égale à deux fois le coût des lettres de crédit afin de respecter la provision d'impôt remboursable (le 50 %). En cas de défaut de paiement, ou si certains éléments déclencheurs surviennent, la lettre de crédit sera appelée et la fiducie de convention de retraite pleinement capitalisée.

Aussi, on notera que certains régimes surcomplémentaires ne seront capitalisés qu'au moment où certains éléments déclencheurs surviendront (retraite du participant, changement de contrôle de l'employeur, etc.)¹². D'autres régimes non capitalisés permettront au participant d'accélérer le paiement des prestations autrement viagères. Par exemple, on offrira au participant qui a droit à une prestation viagère de 100 000 \$ du régime surcomplémentaire de renoncer à celle-ci afin de recevoir cinq paiements annuels garantis de 350 000 \$. Le participant qui opterait pour le paiement sur cinq années y perdrait assurément en termes d'imposition, mais y

¹¹ Voir notamment AGENCE DU REVENU DU CANADA, décision anticipée 9733923, « Retirement compensation arrangement funded with letter of credit », 1998.

¹² Un excellent résumé de ces éléments apparaît dans Jean-Paul ALBERT, *Guide sur les régimes de retraite et les avantages sociaux au Québec*, 2^e éd., Brossard, Publications CCH Ltée, 2008.

gagnerait possiblement en termes de sécurité. Certains régimes vont jusqu'à offrir le paiement en un seul versement comme option.

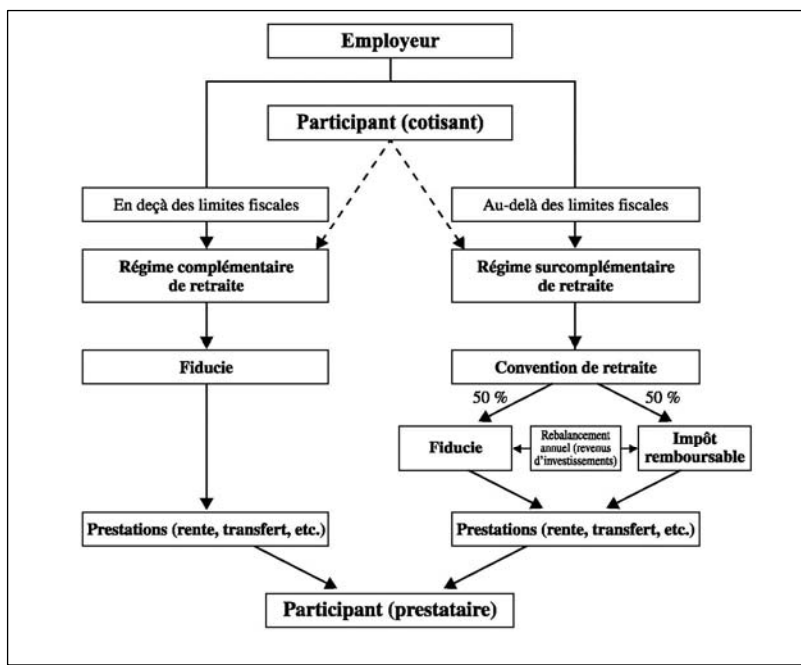
Finalement, on notera que le traitement fiscal des fiducies de convention de retraite, particulièrement l'impôt remboursable de 50 % est critiqué. La firme Towers Watson (anciennement Watson Wyatt) est d'avis que le taux de taxation actuel de ces fiducies est trop élevé pour assurer que le provisionnement des prestations de régimes surcomplémentaires se fasse avec une certaine neutralité fiscale. Un taux de 30 % à 35 % serait, à leur avis, plus raisonnable¹³.

En 2008, Aon & FEI Canada ont publié les résultats d'un sondage sur les régimes de retraite¹⁴. Ainsi, pour les régimes surcomplémentaires des entreprises sondées :

- 36 % sont capitalisés (partiellement ou totalement);
- 20 % sont sécurisés avec une lettre de crédit;
- 44 % ne sont que des promesses de paiement éventuel.

¹³ WATSON WYATT, *Communiqué spécial* 05-02, « Vers un meilleur provisionnement des régimes excédentaires », Toronto, mai 2005.

¹⁴ CANADIAN PENSION PLAN SURVEY (en ligne : http://www.aon.com/about-aon/intellectual-capital/attachments/human-capital-consulting/canadian_pension_plan_survey_08.pdf).



L'illustration ci-dessus¹⁵ présente schématiquement les flux monétaires d'un régime surcomplémentaire capitalisé au moyen d'une convention de retraite. Les lignes pointillées illustrent les cotisations potentielles du participant tant au régime complémentaire de retraite (le régime enregistré de base) qu'au régime surcomplémentaire de retraite.

2.2. POSITIONS DE L'AGENCE DU REVENU DU CANADA

Au cours des dernières années, l'ARC a, de plusieurs manières, signifié son intention de resserrer les règles ou encore de s'assurer que les règles existantes soient bien respectées. Le risque principal pour les participants (et les promoteurs) de régimes surcomplémentaires est probablement de voir leur régime surcomplémentaire considéré, par l'ARC, à titre d'entente d'échelonnement de traitement (« EÉT »)¹⁶. La question a été posée

¹⁵ INSTITUT QUÉBÉCOIS DE PLANIFICATION FINANCIÈRE, *op. cit.*, note 8, Module 7, section 5.13.4.

¹⁶ Par. 248(1) L.I.R.

directement à l'ARC lors de la table ronde de la Conference for Advanced Life Underwriting (CALU) en avril 2008 :

« 5. Supplementary Executive Retirement Plans

A continuing issue for employers is fashioning post-retirement plans for lateral and mid-life hires when such plans cannot be funded out of an existing registered pension plan (RPP). A continuing tax issue resulting from this dilemma is determining whether the proposed plan could be considered to be a salary deferral arrangement rather than a supplementary pension plan.

The CRA has indicated that factors suggesting that a particular plan is a supplementary executive pension plan and not a salary deferral arrangement include whether the plan is a "top-up" to the employer's pension plan, providing benefits that would arise under the RPP but for the limits imposed by the provision of the Act and the regulations. Another factor is whether the plan terms "mirror" the RPP terms.

Question:

In designing a "top-up" arrangement for an executive, employers might look at developing a plan that has a pension formula that takes into account multiples of years of service or salary, or uses delayed vesting beyond the usual two year limit to fashion a plan for a particular executive's situation. These would be points on which the top-up arrangement would not "mirror" the underlying RPP terms. What are the CRA's views on whether such plans could be considered salary deferral arrangements (SDAs)?

CRA's Response:

The CRA has previously stated that a plan will not be treated as an SDA where the plan has the characteristics of an unregistered or supplementary pension plan and the amounts that may be paid out of, or under, the plan can be considered to be reasonable superannuation or pension benefits. Where a plan provides benefits that are not reasonable superannuation or pension benefits, the CRA is of the view that a salary deferral arrangement will exist.

The CRA generally takes the position that supplementary pension benefits will be considered reasonable if the terms of an arrangement are substantially the same as those of the RPP that applies to the same beneficiaries to whom the arrangement applies and the benefits that can be paid under the arrangement are the same as the benefits that would have been paid under the RPP but for the defined benefit or money purchase limit. Where a specific arrangement provides benefits that are not the same as those provided under the registered plan, or are greater than those that could be provided under the registered plan (but for the defined benefit or money purchase limit), then the terms of the arrangement and any other relevant information must be considered to determine if the benefits are reasonable in order to ensure that the plan or arrangement will not be considered an SDA.

When CRA is asked to express its views on whether a particular plan or arrangement is a SDA it must review all the terms of the plan and the factors related to its use in a particular situation in order to determine whether the plan is an SDA.

The CRA cannot provide any definitive answers with respect to any one factor as we would have to look at the arrangement as a whole. However, we would not view the use of multiple years of service or multiple years of salary rather than actual years of service or actual salary as appropriate. In addition, any vesting schedule that is less than the vesting schedule under the pension plan may also not be appropriate¹⁷. »

En bref, l'ARC avance que plus un régime surcomplémentaire se rapproche du régime enregistré qui le supporte, moins il court de risques d'être considéré comme une EÉT. Donc un régime surcomplémentaire qui se limite à dé plafonner le régime de base n'est aucunement à risque. L'ARC mentionne toutefois que dans l'exercice consistant à déterminer si le régime surcomplémentaire constitue une EÉT, tous les éléments devront être considérés.

Dans le dernier paragraphe de sa réponse, l'ARC mentionne ceci : « However, we would not view the use of multiple years of service or multiple years of salary rather than actual years of service or actual salary as appropriate ». Pourtant, il s'agit ici d'une position qui pourrait poser problème. Imaginons le cas suivant : on engage une personne à titre de président d'une entreprise et un régime surcomplémentaire lui est offert. Or, elle a dû renoncer au régime surcomplémentaire de son ancien employeur pour accepter cette offre. Cette personne a 58 ans. Si l'on respecte l'énoncé de l'ARC, on ne pourra d'aucune façon compenser sa perte de l'ancien régime en reconnaissant une forme de service passé dans son nouveau régime. Elle n'acceptera peut-être pas cette offre.

L'ARC a aussi précisé sa pensée au Congrès 2008 de l'Association de planification fiscale et financière (APFF) :

« Question 11

Lors de la table ronde de l'Association canadienne des compagnies d'assurances de personnes 2007, l'ARC a récemment confirmé sa prise de position selon

¹⁷ « Tax Roundtable 2008 », dans *CALU Report*, Conference for Advanced Life Underwriting, avril 2008, question 5; AGENCE DU REVENU DU CANADA, document 2008-0270531C6, 2008 CALU Roundtable, Question 5, « Salary deferral arrangements and pensions ».

laquelle un régime supplémentaire de retraite pour employés pourrait être assujéti aux règles de la *Loi de l'impôt sur le revenu* régissant les “ententes d'échelonnement du traitement” si un tel régime prévoit des prestations de retraite ou de pension “déraisonnables”.

La définition d’“entente d'échelonnement du traitement” s'applique uniquement à l'échelonnement du “traitement ou salaire” et la définition de “traitement ou salaire” exclut clairement les “prestations de retraite ou de pension”.

L'ARC peut-elle nous expliquer la raison de sa position?

Réponse de l'ARC

La question à savoir si un régime constitue une entente d'échelonnement du traitement au sens du paragraphe 248(1) L.I.R. en est une de fait qui ne peut être établie que par un examen du régime et de tous les faits pertinents. À cette fin, il faut déterminer entre autres si un des principaux objets du régime est de reporter l'impôt payable en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sur un montant revenant à un contribuable au cours de l'année au titre d'un salaire ou traitement pour des services rendus dans l'année ou une année d'imposition antérieure.

À notre avis, un régime de retraite supplémentaire non agréé qui prévoit des prestations de retraite ou de pension raisonnables ne satisfait pas le test de l'objet mentionné précédemment et n'est pas une entente d'échelonnement du traitement. Par conséquent, nous sommes d'avis qu'un régime de retraite supplémentaire non agréé qui prévoit des prestations de retraite ou de pension qui ne sont pas raisonnables est une entente d'échelonnement du traitement parce qu'un des principaux objets du régime est de reporter l'impôt payable en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sur un montant revenant à un contribuable au cours de l'année au titre d'un salaire ou traitement pour des services rendus dans l'année ou une année d'imposition antérieure¹⁸. »

Devant une certaine forme de flou, la revue *Compensation & Benefits Compliance Insider* a évoqué quatre critères qui permettaient de déterminer si les prestations d'un régime surcomplémentaire étaient raisonnables :

- « • Is the combined SERP & Registered pension plan (RPP) benefit less than what could have been paid under the RPP if not for the defined benefit or contribution limits?
- Is the SERP benefit amount and structure consistent with the employer's previous compensation practices?

¹⁸ « Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 46:1-30, question 11, aux pages 46:22-23.

- Is the SERP benefit consistent with the employee's previous compensation (assuming his position hasn't changed)?
- Is the SERP benefit in line with what other employees in that situation – both within the company and the industry – receive¹⁹? »

À défaut de mieux, ces critères semblent probablement raisonnables.

Finalement, en mai 2010, l'ARC a envoyé une demande de renseignements du vérificateur aux employeurs et aux fiduciaires de conventions de retraite. Cette lettre indiquait qu'une vérification était menée depuis la création de la convention de retraite. Dans les renseignements/documents demandés, on trouve notamment :

- le but de la création de la convention de retraite;
- le nom des participants de la convention de retraite, leur historique d'emploi et leur contrat de travail;
- les détails concernant tout autre régime d'incitation, d'avantages ou de retraite que la société offre à ses employés, y compris les détails concernant les régimes ou les conventions abandonnés au moment de la création de la convention de retraite;
- les détails concernant les régimes d'incitation, d'avantages ou de retraite qui protègent les participants de la convention de retraite;
- les critères utilisés pour déterminer le montant de l'avantage qui sera versé par la convention de retraite à ses bénéficiaires, y compris les évaluations actuarielles réalisées sur la convention;
- la liste de toutes les cotisations versées dans la convention de retraite;
- la provenance des fonds utilisés pour les cotisations ainsi que les documents et les pièces s'y rapportant;
- les détails concernant tout investissement dans des polices d'assurance vie.

¹⁹ « How to keep your SERP out of the CRA "Deferred Salary" dragnet », *Compensation & Benefits Compliance Insider*, septembre 2007 (en ligne : http://www.safetysmart.com/sample/cc_i_sample.pdf).

Même si cette démarche ne touche pas seulement les régimes surcomplémentaires, on peut clairement y voir un resserrement de la vérification.

2.3. PARTAGE DES REVENUS DE PENSION ADMISSIBLES

La question de savoir si les prestations de régimes surcomplémentaires pourront faire l'objet d'un partage aux fins de l'impôt avec un conjoint a aussi fait couler beaucoup d'encre. À ce moment-ci, les revenus d'un régime surcomplémentaire ne se qualifient pas à titre de revenu de pension admissible et ne peuvent pas être partagés.

2.4. DIVORCE

La question de savoir si la valeur d'un régime surcomplémentaire sera partagée automatiquement en cas de divorce fait l'objet d'opinions contradictoires. Au moment d'un divorce, afin de pouvoir effectuer correctement le partage du patrimoine familial, on devra d'abord établir ce que contient ledit patrimoine. L'article 415 du *Code civil du Québec*²⁰ se lit ainsi :

« 415. Le patrimoine familial est constitué des biens suivants dont l'un ou l'autre des époux est propriétaire : les résidences de la famille ou les droits qui en confèrent l'usage, les meubles qui les garnissent ou les ornent et qui servent à l'usage du ménage, les véhicules automobiles utilisés pour les déplacements de la famille et les droits accumulés durant le mariage au titre d'un régime de retraite. [...] »

Entrent également dans ce patrimoine, les gains inscrits, durant le mariage, au nom de chaque époux en application de la Loi sur le régime de rentes du Québec (chapitre R-9) ou de programmes équivalents.

[...]

Pour l'application des règles sur le patrimoine familial, est un régime de retraite :

- le régime régi par la Loi sur les régimes complémentaires de retraite (chapitre R-15.1) ou celui qui serait régi par cette loi si celle-ci s'appliquait au lieu où l'époux travaille,

²⁰ L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »).

- le régime de retraite régi par une loi semblable émanant d'une autorité législative autre que le Parlement du Québec,
- le régime établi par une loi émanant du Parlement du Québec ou d'une autre autorité législative,
- un régime d'épargne-retraite,
- tout autre instrument d'épargne-retraite, dont un contrat constitutif de rente, dans lequel ont été transférées des sommes provenant de l'un ou l'autre de ces régimes. »

Le Code civil ne définit pas l'expression « régime de retraite ». Il limite toutefois la portée de cette expression en mentionnant les contrats couverts. L'article 415 C.c.Q. donne une liste d'arrangements qui constituent des régimes de retraite pour l'application des règles du patrimoine familial. Enfin, seule la portion accumulée de ces biens durant le mariage sera partagée.

Les régimes surcomplémentaires ne sont pas enregistrés et ne sont habituellement pas soumis aux lois applicables en matière de pension. Pour savoir maintenant si la valeur de ces régimes sera incluse dans le calcul du patrimoine familial, la lecture de l'article 415 C.c.Q. nous éclaire. En effet, aucun des contrats nommés à cet article ne correspond à un régime surcomplémentaire de retraite. Dans le doute, certaines décisions des tribunaux confirment l'exclusion de ce type de régimes du calcul du patrimoine familial. Le jugement *A.C. c. L.S.*²¹ notamment, un jugement étoffé, confirme cette exclusion. De l'avis de plusieurs, toutefois, un jour ou l'autre, la valeur des régimes surcomplémentaires de retraite pourrait faire partie du patrimoine familial.

3. SÉCURITÉ DES MÉCANISMES DE RETRAITE

La planification de la retraite constitue un exercice complexe et de longue haleine. Au-delà de l'évaluation des besoins de revenus et de l'instauration de stratégies optimales d'épargne, une série de risques doivent être analysés et circonscrits. Voici quelques-uns de ces risques (liste non exhaustive) :

- La survie, laquelle paradoxalement devient un risque, plus spécifiquement le risque de survivre à ses épargnes;

²¹ C.S. Montréal, n° 500-12-262668-027, 17 janvier 2005, j. Morneau.

- Le rendement et la volatilité des actifs deviennent un enjeu très important en phase de décaissement;
- Les frais de gestion devront être contrôlés surtout en période de rendements potentiels plus faibles;
- L'inflation et la perte de pouvoir d'achat feront potentiellement très mal aux retraités à moyen et long termes;
- La fin ou la diminution des couvertures d'assurances collectives présenteront deux défis : trouver des couvertures adéquates, et ce, à coûts raisonnables;
- L'augmentation marquée des coûts liés à la santé, fortement liée à l'élément précédent;
- La pérennité des régimes publics, laquelle est préoccupante, du moins sans rajustements;
- La santé financière des régimes de retraite privés, laquelle fait les manchettes depuis quelques années.

Ce dernier élément sera analysé dans les prochaines pages. Au cours des dernières années, la question du niveau de sécurité que procurent les différents mécanismes de retraite a interpellé énormément les Québécois. Qu'il s'agisse de la volatilité des marchés financiers qu'ont dû subir les détenteurs de régimes d'accumulation²², des changements apportés aux régimes de retraite à prestations déterminées, de la conversion de certains de ces derniers régimes en mécanismes d'accumulation ou encore des situations financières précaires de nombreux régimes à prestations déterminées, toutes ces situations ont forcément touché les participants de ces régimes.

3.1. RÉGIMES DE RETRAITE À PRESTATIONS DÉTERMINÉES

Ces régimes prévoient le paiement de prestations viagères au participant dont le montant est prédéterminé. Sur une base régulière, ces régimes doivent faire l'objet d'une évaluation actuarielle. Cet exercice vise à mettre en relation l'actif du régime (les sommes accumulées en fiducie) et le passif

²² REÉR collectifs, régimes de retraite à cotisations déterminées, RPDB, régimes de retraite simplifiés (« RRS »), etc.

du régime (la valeur des engagements dudit régime). Dans la mesure où la valeur des actifs surpasse le passif, on dira que le régime est en surplus actuariel. À l'inverse, la situation la plus fréquente actuellement, si la valeur des engagements du régime, son passif actuariel, surpasse la valeur de ses actifs, on aura alors affaire à un régime en déficit actuariel, déficit qui devra être comblé par l'employeur.

Deux types d'évaluations seront effectués : sur base de capitalisation et sur base de solvabilité. L'évaluation sur base de capitalisation suppose que le régime existera toujours, l'évaluation sur base de solvabilité suppose, quant à elle, la terminaison du régime.

Les résultats de ces évaluations seront présentés à la Régie des rentes du Québec et à l'ARC. Cette dernière doit approuver les cotisations qui seront versées par l'employeur afin de s'assurer que celles-ci ne dépassent pas les limites prévues à la loi. La Régie des rentes du Québec s'assure que les cotisations versées dans le régime sont suffisantes pour assurer l'avenir de ce régime.

3.2. MESURES TEMPORAIRES AU QUÉBEC

Dans le contexte de la crise économique, des mesures d'allègement temporaires ont été proposées²³ pour les évaluations actuarielles au 31 décembre 2008 et pour celles prévues dans les trois prochaines années afin d'éviter que des entreprises se trouvent aux prises avec des difficultés financières causées par des cotisations d'amortissement trop importantes. C'est le 15 janvier 2009 que l'Assemblée nationale du Québec a adopté le Projet de loi 1 qui modifie la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* pour ouvrir la porte à des mesures visant à atténuer les effets de la crise financière sur les régimes de retraite. La *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* s'applique à plus de 900 régimes à prestations déterminées sous la surveillance de la Régie des rentes du Québec. Ces régimes regroupent un million de travailleurs et de retraités.

Ce projet de loi vise les régimes enregistrés au Québec, mais non les régimes créés par d'autres lois (Régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics (RREGOP), Régime de retraite du

²³ La *Loi modifiant la Loi sur les régimes complémentaires de retraite et d'autres dispositions législatives en vue d'atténuer les effets de la crise financière à l'égard des régimes visés par cette loi* a été adoptée le 15 janvier 2009 par le gouvernement du Québec.

personnel d'encadrement (RRPE), etc.). On notera que des dispositions similaires existent aussi en vertu d'autres législations. Au-delà des aspects techniques²⁴, cette loi apporte une nouvelle forme de protection aux retraités²⁵. Ces dispositions visent principalement le cas de régimes se terminant et qui seraient non solvables à la date de la terminaison dans la mesure où cela se produit à l'occasion de la faillite de l'employeur, et ce, entre le 30 décembre 2008 et le 1^{er} janvier 2012. Dans de tels cas, le participant qui aurait droit à une rente immédiate, de même que le retraité, pourra demander à la Régie des rentes de lui verser une rente à même l'actif du régime, plutôt que de s'en tenir aux modes d'acquittement normalement applicables (transfert ou achat de rente auprès d'un assureur). Le fondement de cette option repose sur la prémisse que dans certains cas, l'achat de rentes pourrait devoir se faire dans une conjoncture économique défavorable et qu'il pourrait s'avérer avantageux d'attendre que celle-ci s'améliore.

Par exemple, une retraitée reçoit une rente annuelle de 15 000 \$. À la suite de la terminaison du régime déficitaire, cette rente est réduite à 12 500 \$. Si la retraitée en fait la demande, la Régie des rentes lui versera cette rente de 12 500 \$. Advenant une reprise des marchés, sa rente pourra être augmentée jusqu'à concurrence du montant original; par contre, si la conjoncture se détériore encore, le paiement de la rente de 12 500 \$ sera garanti. La nouvelle loi prévoit que si les fonds provenant de la caisse de retraite deviennent insuffisants pour maintenir le niveau de rente fixé à la suite de la terminaison du régime, alors le gouvernement prélèvera sur le fonds consolidé du revenu les sommes nécessaires pour maintenir le niveau de rente initial. C'est donc l'ensemble des contribuables, bref vous et moi, qui assumera les risques liés à l'application de cette garantie.

Cela s'appliquera pendant une durée pouvant atteindre près de six ans, après quoi la souscription de rente sera obligatoire. La retraitée pourra aussi demander le transfert de ses droits acquis vers un fonds de revenu viager (« FRV »).

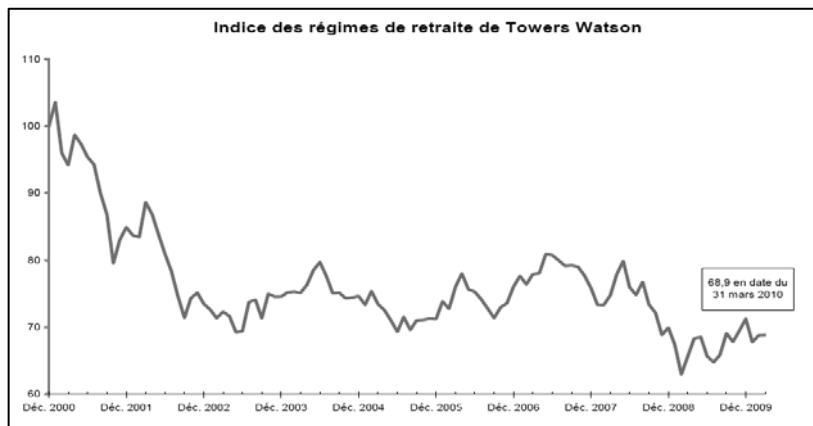
En somme, si la situation se détériore, c'est le gouvernement qui payera la note et si elle s'améliore, les rentes des retraités seront améliorées.

²⁴ Voir Jean VALOIS, « Chronique Retraite », (2009), vol. 17, n° 1 *La Cible*. Voir aussi AON CONSEIL, « Impact de la crise économique sur les régimes de retraite : les employeurs obtiennent des assouplissements importants tandis que les retraités obtiennent plus de protection », *Prêts*, édition spéciale, 16 janvier 2009.

²⁵ RÉGIE DES RENTES DU QUÉBEC, « Le régime de retraite de l'entreprise insolvable », *La Lettre express*, 7 octobre 2009.

3.3. DOIT-ON S'INQUIÉTER DE L'ÉTAT DE SANTÉ DES RÉGIMES DE RETRAITE?

Le graphique suivant présente une analyse de l'évolution de la santé financière des régimes de retraite à prestations déterminées canadiens. Cette analyse est préparée sur une base continue par la firme Towers Watson (autrefois Watson Wyatt).



Source : Towers Watson, Indicateurs financiers de la retraite – Premier trimestre 2010²⁶

L'indice des régimes de retraite de Towers Watson est le ratio entre la valeur marchande de l'actif et les engagements comptables du régime de référence. La variation de l'actif d'un mois à l'autre repose sur le rendement d'un portefeuille constitué à 60 % d'actions et à 40 % d'obligations, ainsi que sur les hypothèses relatives aux cotisations et aux prestations versées. Les engagements varient d'un mois à l'autre en raison du cumul du coût des prestations au titre des services accomplis et du rendement, des prestations versées ainsi que de l'incidence de toute variation de l'indice des engagements des régimes de retraite de Towers Watson. L'indice des régimes de retraite de Towers Watson est une mesure comptable et non une mesure de provisionnement. Par conséquent, elle ne doit pas être utilisée pour mesurer le provisionnement d'un régime de retraite, qui est calculé selon les exigences réglementaires.

²⁶ TOWERS WATSON (en ligne) : <http://www.towerswatson.com/assets/pdf/1696/PFW%20-%20Q1%202010%20-%20FR.pdf>.

On peut constater à la vue de ce graphique que l'état de santé des régimes à prestations déterminées canadiens semble stagner depuis décembre 2002. Devrait-on s'en inquiéter? Évidemment, une crise financière majeure est survenue durant cette période, mais les prestations des retraités sont-elles en danger? Afin de tenter de répondre à cette question, le magazine *MoneySense* a analysé et coté, en décembre 2009, les régimes de 181 grandes entreprises canadiennes. Cette analyse a été reprise par le magazine *L'actualité*²⁷ dans son édition de février 2010.

L'analyse repose strictement sur deux données : le déficit actuariel du régime, exprimé sous forme de pourcentage, et le risque que le promoteur fasse faillite. Pour évaluer ce risque de faillite, l'étude utilise un outil d'analyse fondamentale appelé le modèle d'Altman, une forme d'analyse discriminante multidimensionnelle. La statistique utilisée s'appelle le « z-score d'Altman ». Le z-score d'Altman se veut une mesure de prédiction de risque de faillite. Il a fait la preuve de son efficacité, mais il ne s'avère pas fiable pour tous les secteurs d'activité. Un z-score d'Altman élevé indique un plus faible risque de faillite; à l'inverse, un z-score d'Altman faible indique un risque de faillite plus élevé.

L'étude attribue l'une de trois cotes au régime : « Sûr », « À surveiller », « En danger ». Voici comment les auteurs décrivent les trois cotes :

« **Sûr** : Le régime de retraite d'un employeur est considéré comme sûr lorsqu'il est entièrement capitalisé ou qu'il présente une sous-capitalisation de moins de 20 %. Il doit en outre avoir un z-score d'Altman de 1,8 ou plus (pour certaines entreprises, d'autres scores ont été utilisés; voir ci-dessous). Dans le cas des établissements financiers, pour lesquels le score d'Altman n'existe pas, le régime de retraite est sûr s'il est entièrement capitalisé ou sous-capitalisé à moins de 20 %.

« **À surveiller** : Le régime de retraite d'une société est à surveiller dans deux cas. Il est sous-capitalisé à 20 % ou plus et son z-score d'Altman est de 1,8 ou plus. Ou encore sa sous-capitalisation est de moins de 20 %, mais son z-score est inférieur à 1,8. Quant aux banques, elles ont reçu la cote "à surveiller" si la sous-capitalisation de leur régime de retraite se situe entre 20 % et 50 %.

« **En danger** : Tous les régimes de retraite présentant une sous-capitalisation de 50 % ou plus ont reçu la cote "en danger". Celle-ci a également été attribuée dans le cas d'une sous-capitalisation de 20 % ou plus combinée à un z-score inférieur à 1,8. »

²⁷ *L'actualité.com*, « Votre régime de retraite est-il sûr? »
(en ligne : <http://www.lactualite.com/economie/finances-personnelles/votre-regime-de-retraite-est-il-sur/>).

En conclusion de l'étude, sur 181 régimes analysés :

- 101 se sont vu attribuer la cote « Sûr »;
- 58 se sont vu attribuer la cote « À surveiller »;
- 22 se sont vu attribuer la cote « En danger ».

Est-ce que toutes les conclusions de l'étude sont valables? Est-ce que les paramètres utilisés sont parfaitement adéquats (notamment le niveau de z-score d'Altman à partir duquel une mention « À surveiller » ou « En danger » est attribuée)? Pas nécessairement, mais l'idée de mettre en parallèle la situation financière d'un régime et la probabilité que le promoteur ne disparaisse pas et soit donc en mesure de remplir ses obligations est sans doute pertinente. Certains noms d'entreprise figurant dans cette liste fait réfléchir.

3.4. PRINCIPAUX RISQUES DES RÉGIMES DE RETRAITE

Le tableau suivant résume les principaux risques auxquels s'exposent les participants de différentes formes de régimes de retraite.

Régime	Risque	Notes
Régime à prestations déterminées	Prestations acquises (passé)	La solvabilité déficiente d'un régime combinée à une faible capacité de payer du promoteur pourrait exposer le participant à des risques.
	Prestations futures	La conversion possible du régime à prestations déterminées vers un régime d'accumulation changerait évidemment la donne pour le participant.
	Volet flexible (si cela est applicable)	Une accumulation de cotisations trop importante par rapport aux prestations qui seront disponibles pourrait parfois provoquer une perte financière.

Régime à cotisations déterminées, RRS ²⁸ , REÉR collectif, RPDB	Risque d'investissement	Les revenus éventuels de ces régimes seront évidemment tributaires des rendements obtenus – Des investissements trop conservateurs ou trop « agressifs » exposent le particulier à des risques.
	Gestion des frais (en période de décaissement)	Au moment de la retraite, le participant doit fréquemment transférer ses actifs vers des régimes individuels, perdant ainsi l'avantage (s'il y a lieu) des frais de gestion habituellement plus faibles que ces régimes procurent.
	Risque de survie	Tant la très longue survie que des retraits trop importants en période de décaissement exposent le particulier à des risques.
	RPDB : absence de toute forme de profit	Étant donné que les cotisations d'employeurs, les seules possibles à ces régimes, doivent être basées sur une certaine forme de profit, actuel ou passé, en l'absence de toute forme de profit, l'employeur ne cotisera pas.
Régime de retraite par financement salarial (« RRFS ») ²⁹	Risque d'investissement	Le niveau des cotisations de l'employeur étant totalement fixé d'avance, de faibles rendements pourront se traduire par une augmentation des cotisations des employés ou une diminution des prestations de retraite.
Régimes surcomplémentaires de retraite	Design (risque fiscal)	Pour les designs s'éloignant trop d'un RPA, le régime pourrait être considéré par l'ARC comme une « entente d'échelonnement du traitement ».
	Défaut de paiement	Selon la structure de capitalisation (capitalisé, sécurisé ou simplement une promesse), les prestations du régime pourraient être exposées au risque d'exploitation du promoteur.

²⁸ Le régime de retraite simplifié est une forme de régime à cotisation déterminée créée par la Régie des rentes du Québec en 1994. Ce régime a été modifié en juin 2004 afin de mieux répondre aux besoins.

²⁹ Le RRFS a été créé en mars 2007. Il offre un compromis novateur : pour le participant, la prestation est établie sur une base de prestations déterminées en utilisant une formule prédéterminée; pour le promoteur, l'obligation de financement est limitée à la cotisation déterminée à l'avance.

Pension de la Sécurité de la vieillesse (PSV)	Diminution/non-indexation du seuil de remboursement	Il ne s'agit ici que de suppositions. Considérant l'évolution projetée des coûts de ce régime (augmentation jusqu'en 2030) ³⁰ , il est raisonnable de penser que des rajustements pourraient être considérés. Une diminution ou simplement la non-indexation du seuil de remboursement pourrait facilement se faire.
RRQ/RPC	Forme de diminution des prestations/Augmentation des cotisations	Les mesures proposées au RRQ incluent notamment une hausse des cotisations. Les mesures adoptées au RPC incluent notamment une hausse des réductions pour retraite anticipée ³¹ .

Note : cette liste n'est pas exhaustive.

4. NORMES D'HYPOTHÈSES DE PROJECTION DE L'IQPF

L'IQPF a lancé en 2008 un projet de création de normes d'hypothèses de projection. Un groupe de travail composé de Nathalie Bachand, A.S.A., Pl. Fin., Martin Dupras, A.S.A., Pl. Fin., D. Fisc. et Daniel Laverdière, A.S.A., Pl. Fin., a été mandaté pour ce projet. Une première ébauche des Normes a été présentée au congrès de l'IQPF en juin 2008. Des commentaires de la communauté ont été acceptés durant les six mois suivants et finalement, les Normes furent adoptées le 17 février 2009. Celles-ci seront ensuite mises à jour annuellement, la dernière mise à jour date du 12 avril 2010.

Le texte qui suit est composé d'extraits du texte intégral³².

4.1. INTRODUCTION

« Une facette importante du travail de planification financière consiste à effectuer différents types de projections (besoins et revenus de retraite, besoins d'assurance, planification des études des enfants, etc.). Pour compléter un tel exercice, le planificateur financier n'a évidemment pas d'obligation de résultats

³⁰ CANADA, Bureau du surintendant des institutions financières, Bureau de l'actuaire en chef, 8^e rapport actuariel sur le Programme de la sécurité de la vieillesse, 31 décembre 2006.

³¹ Voir J. VALOIS, *loc. cit.*, note 2.

³² Le texte intégral des Normes peut être téléchargé au www.iqpf.org.

mais plutôt une obligation de méthode. Le présent document vise à baliser l'utilisation d'hypothèses dans la préparation de telles projections.

Si les Normes présentées le sont sous un angle résolument réaliste, le bon usage de celles-ci devrait protéger à la fois le planificateur financier et le particulier pour lequel lesdites normes sont préparées.

Ces normes d'hypothèses de projection s'inscrivent dans la même logique que les Normes professionnelles de l'Institut québécois de planification financière. Les Normes d'hypothèses doivent être perçues et utilisées comme un complément aux Normes professionnelles de l'IQPF dans le cadre d'une planification financière personnelle et intégrée. À titre d'exemple, les Normes professionnelles de l'IQPF recommandent la présentation de plusieurs scénarios de projection de retraite au client afin d'illustrer la sensibilité des résultats :

Le planificateur financier doit identifier clairement chacune des données et hypothèses, leur attribuer une valeur et présenter au minimum deux scénarios illustrant la sensibilité des projections aux hypothèses économiques et démographiques. Le planificateur financier doit bien informer son client des risques d'épuisement de capital lorsque les données utilisées ou les hypothèses varient.

Les présentes normes devraient donc dicter les hypothèses à utiliser et le planificateur financier devrait, selon la situation, voir à présenter un ou plusieurs autres scénarios avec des hypothèses variées afin d'atteindre l'objectif de bien informer le client de la variabilité possible des résultats futurs.

[...]

c) Mise à jour et durée de vie des Normes

Les normes seront mises à jour annuellement et publiées sur le site internet de l'IQPF. Malgré le fait que certaines des hypothèses balisées par ces normes seront appelées à changer de temps à autre, il n'en découle pas qu'une projection préparée avec les hypothèses précédemment publiées ne sera plus considérée valable. Une telle projection était considérée valable au moment de sa préparation.

d) Utilisation et respect de ces Normes

L'utilisation et le respect de ces normes est parfaitement volontaire. Le respect de celles-ci devrait toutefois faire l'objet de l'une des divulgations (volontaires) suivantes : [...]. »

4.2. PRINCIPES DIRECTEURS DANS L'ÉTABLISSEMENT DES NORMES

« Le groupe de travail mandaté par l'Institut québécois de planification financière pour la préparation des présentes Normes s'est notamment basé sur

des sources externes crédibles. Le but de cet exercice était d'établir un consensus dans la préparation de ces Normes. L'utilisation d'un grand nombre de sources tendra aussi à éliminer le biais potentiel que chacune d'entre elles pourrait présenter.

Le fait que certaines sources utilisées varient moins fréquemment, par exemple les hypothèses utilisées pour les analyses actuarielles du Régime de rentes du Québec, assure une bonne stabilité aux Normes.

Ces Normes ne représentent aucunement une prévision sur les rendements à court terme et ne devraient pas être utilisées à cette fin. »

4.3. HYPOTHÈSES FAISANT L'OBJET D'UNE NORME

« a) *Inflation*

Cette hypothèse sera centrale à la préparation de projections à long terme. La base du calcul sera la pondération suivante :

- 20 % de l'hypothèse utilisée pour la plus récente analyse actuarielle du RRQ;
- 20 % de l'hypothèse utilisée pour le plus récent rapport actuariel du RPC;
- 20 % du résultat de l'enquête annuelle des gestionnaires de Watson Wyatt;
- 20 % de l'hypothèse générale de l'indice d'Aon Conseil;
- 20 % de la cible en vigueur de la Banque du Canada.

Le résultat de ce calcul sera arrondi au 0,25 % le plus près.

b) *Rendement nominal (avant frais)*

En termes de rendement, l'on établira trois hypothèses, une première pour les placements à court terme (Bons du Trésor 91 jours); une deuxième pour les placements à revenus fixes canadiens; et une troisième pour les rendements totaux (incluant dividendes) des actions canadiennes. Ces hypothèses représentent des rendements nominaux bruts (incluant inflation).

La base du calcul sera la pondération suivante pour les trois hypothèses précitées :

- 20 % de l'hypothèse utilisée dans la plus récente analyse actuarielle du RRQ;
- 20 % de l'hypothèse utilisée dans le plus récent rapport actuariel du RPC;

- 20 % du résultat de l'enquête annuelle des gestionnaires de Watson Wyatt;
- 20 % de l'hypothèse générale de l'indice d'Aon Conseil;
- 20 % des rendements historiques de ces classes d'actifs sur les 50 années se terminant au 31 décembre précédent (ajustés, pour l'inflation, selon ce qui suit).

Nous utiliserons les hypothèses long terme ou ultimes pour les quatre premières sources. Pour la composante historique, les indices S&P/TSX (actions canadiennes), DEX Universe Bond^{MC} (obligations canadiennes), DEX Bons du Trésor 91 jours et leurs prédécesseurs seront utilisés. Pour fins de cohérence, les indices précités exprimés en rendements réels (rendements diminués de l'indice d'inflation IPC global tel que publié par la Banque du Canada) seront augmentés de l'hypothèse d'inflation future (avant arrondissement) présentée au paragraphe a).

Pour l'hypothèse de placements en revenus fixes du RRQ et du RPC, une marge de 0,75 % sera retranchée afin de convertir une hypothèse d'obligation long terme (la leur) en une hypothèse de portefeuille d'obligations.

Pour les placements en actions canadiennes, nous retrancherons ensuite à cette pondération une marge de sécurité de 0,5 % afin de compenser pour la non-linéarité des rendements à long terme. De plus, pour les actions autres que canadiennes, la même hypothèse devrait être utilisée. Toutefois, un rendement annuel supplémentaire d'un maximum de 1,00 % pourrait être utilisé.

Les résultats de ces calculs seront arrondis au 0,25 % le plus près.

c) *Considérations sur les frais*

Selon le type de gestion dont profite le client (directe, mutualisée, privée, etc.), des frais variant de 0,5 % à 2,5 % devraient être prélevés. Enfin, les hypothèses ne sont pas ajustées afin de refléter une valeur ajoutée potentiellement générée par le gestionnaire.

d) *Taux d'emprunt*

Un grand nombre de facteurs auront évidemment une incidence sur le taux d'emprunt disponible. Le type d'emprunt, le dossier de crédit de l'emprunteur, etc. Toutefois, considérant les relations suivantes :

- Il existe une très grande corrélation entre le Taux cible de financement à un jour (TCFUJ) et le taux des Bons du Trésor 91 jours (BT);
- Le Taux d'escompte (TE) est établi en ajoutant 0,25 % au Taux cible de financement à un jour (TCFUJ);

- Le Taux préférentiel (TP) est établi en ajoutant 1,50 % au Taux d'escompte (TE).

L'hypothèse de taux d'emprunt sera donc égale à l'hypothèse de rendement des Bons du Trésor 91 jours présentée au paragraphe a) augmentée de 2,00 % pour un dossier de crédit moyen.

e) *Espérance de vie*

Toute projection de revenus illustrant le décaissement d'un actif doit tabler sur l'espérance de vie du particulier à l'âge atteint. Nous utiliserons donc une table de mortalité.

Il existe plusieurs tables de mortalité. Chacune d'entre elles est construite à partir d'un groupe cible particulier. Les facteurs suivants sont des exemples d'éléments déterminant le groupe cible :

- Le sexe
- L'usage ou non du tabac
- Le lieu de résidence (ex. province, pays)
- Groupe ayant démontré des preuves de bonne santé (pour tarification d'assurance vie)
- Groupe de retraité

La table de mortalité Génération 1951 de Statistique Canada pour le Québec (91F0015MPF) sera utilisée comme base de calcul. De cette table, on tirera l'espérance de vie. Toutefois, le fait d'utiliser l'espérance de vie du particulier comme date cible d'épuisement des actifs demeure risqué en raison du fait qu'environ 50 % des gens dépasseront cette durée, donc 50 % des particuliers survivraient à leur capital.

L'on propose d'utiliser une probabilité de survie plus basse que 50 %. Une projection en utilisant un risque de survie maximal de 25 % nous apparaît la base minimale à utiliser. D'autres probabilités de survie sont néanmoins proposées (de 10 % à 50 %) pour permettre aux planificateurs de mieux illustrer leur propos à leur client.

Le fait de prendre une probabilité de survie plus basse nous protège également contre d'éventuelles améliorations de la mortalité. À remarquer que le concept d'épuisement du capital et la marge précitée seront surtout pertinents en contexte de préparation de la retraite, donc habituellement après l'âge de 40 ans.

Le tableau suivant présente ces hypothèses.

Espérance de vie selon divers risques de survie

Age	10%			15%			20%			25%			30%			35%			40%			45%			50%		
	H	F	H/F	H	F	H/F	H	F	H/F	H	F	H/F	H	F	H/F	H	F	H/F	H	F	H/F	H	F	H/F	H	F	H/F
10	95	99	99	93	97	96	91	95	97	90	94	96	89	93	95	87	92	94	86	91	93	84	89	92	83	88	91
15	95	99	99	93	97	96	91	95	97	90	94	96	89	93	95	87	92	94	86	91	93	84	89	92	83	88	91
20	95	99	99	93	97	96	91	95	97	90	94	96	89	93	95	87	92	94	86	91	93	84	89	92	83	88	91
25	95	99	99	93	97	96	91	95	97	90	94	96	89	93	95	87	92	94	86	91	93	84	89	92	83	88	91
30	95	99	99	93	97	96	91	95	97	90	94	96	89	93	95	87	92	94	86	91	93	85	90	92	83	88	91
35	95	99	99	93	97	96	92	96	97	90	94	96	89	93	95	87	92	94	86	91	93	85	90	92	83	88	91
40	95	99	99	93	97	96	92	96	97	90	94	96	89	93	95	88	92	94	86	91	93	85	90	92	83	88	91
45	95	99	100	93	97	98	92	96	97	90	94	96	89	93	95	88	92	94	86	91	93	85	90	92	84	88	92
50	95	99	100	93	97	98	92	96	97	90	94	96	89	93	95	88	92	94	86	91	93	85	90	92	84	89	92
55	95	99	100	93	97	98	92	96	97	90	94	96	89	93	95	88	92	94	87	91	93	85	90	93	84	89	92
60	95	99	100	94	97	98	92	96	97	91	95	96	89	93	95	88	92	94	87	91	94	86	90	93	84	89	92
65	95	99	100	94	97	98	92	96	97	91	95	96	90	94	95	89	93	95	88	91	94	86	90	93	85	89	92
70	96	99	100	94	97	99	93	96	98	92	95	97	90	94	96	89	93	95	88	92	94	87	91	93	86	90	93
75	96	99	100	95	98	99	93	97	98	92	95	97	91	94	96	90	93	95	89	92	95	88	91	94	87	90	93
80	97	100	101	95	98	99	94	97	98	93	96	97	92	95	97	91	94	96	91	93	95	90	92	95	86	91	94
85	98	100	101	97	99	100	96	98	99	95	97	98	94	96	98	93	95	97	92	94	96	92	94	96	91	93	95
90	100	101	102	98	100	101	98	99	100	97	98	100	96	98	99	96	97	99	95	97	98	95	96	98	94	95	97
95	102	103	104	101	102	103	100	101	102	100	101	102	99	100	101	99	99	101	99	99	101	98	99	100	98	99	100
100	105	106	106	104	105	106	104	104	105	103	104	105	103	103	104	103	103	104	102	103	104	102	103	104	102	102	103

À la lecture du tableau, une projection pour un retraité de 65 ans serait valable si le capital ne s'épuisait pas avant 91 ans pour un homme ou 95 ans pour une femme (table de 25 %). En présence d'un couple de 65 ans, il faudrait prévoir une durée de capital jusqu'à 96 ans. L'espérance de vie présentée pour un couple illustre la probabilité qu'un des membres du couple vive jusqu'à cet âge.

Il importe de rappeler que cette table reflète la mortalité moyenne pour l'ensemble de la population du Québec. Ainsi, une personne ne faisant pas usage du tabac, une personne issue d'une génération plus récente, une personne plus aisée financièrement ou une personne venant de démontrer des preuves de bonne santé a plus de chance d'être dans le groupe de 10 % de survie.

Le tableau précédent n'est pas une finalité pour couvrir le risque de survie, car il existera toujours des cas qui vivront très longtemps. Puisque même une planification jusqu'à 100 ans ne permet pas d'éliminer toutes les probabilités, le planificateur est encouragé à incorporer une composante "rente viagère" si l'objectif du client est d'assurer un revenu viager en toute situation. »

4.4. NORMES POUR L'ANNÉE 2010

« Pour l'année 2010, l'application des principes évoqués précédemment génère les hypothèses suivantes :

f) *Inflation* 2,25 %

g) *Rendement*

Court terme : 3,75 %

Revenus fixes : 5,00 %

Actions canadiennes : 7,25 %

h) *Taux d'emprunt* 5,75 %

i) *Espérance de vie* La table présentée au point 3 e) »

4.5. EXEMPLE D'APPLICATION

« À titre d'exemple, pour une projection préparée en 2010 d'un portefeuille équilibré constitué de 60 % en actions canadiennes, 35 % en obligations et 5 % en bons du trésor dans un environnement de fonds communs de placements dont le ratio des frais de gestion est de 1,50 %, on utiliserait l'hypothèse de rendement suivante : 4,79 % qu'on arrondirait au 0,25 % le plus près donc 4,75%. On remarquera enfin que cette hypothèse demeure toutefois tributaire du fait que le profil d'investisseur ne change pas au fil des ans. Si le profil est destiné à changer, il faudrait favoriser l'utilisation d'une "répartition cible moyenne". »

**FICHE TECHNIQUE – ÉLÉMENTS IMPORTANTS À CONSIDÉRER
DANS LE CADRE DE LA REVUE D’UNE DÉCLARATION DE
REVENUS DE SOCIÉTÉ**



Marie-Claude Caron
CGA, D. Fisc., chef d’équipe
senior, fiscalité
Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.



Cinthia Nadeau
CA, chef d’équipe,
fiscalité
Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

ÉLÉMENTS À CONSIDÉRER 15:3

1. **CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES** 15:3

2. **CORRESPONDANCE FISCALE** 15:3

3. **SUIVI DES ANNÉES ANTÉRIEURES**..... 15:4

4. **FINS D’ANNÉE RÉPUTÉES** 15:5

5. **ÉTABLISSEMENTS STABLES**..... 15:5

6. **IMMOBILISATIONS**..... 15:6

7. **DÉTENTION DE BIENS ÉTRANGERS**..... 15:8

8.	GROUPE DE SOCIÉTÉS	15:8
9.	RÉSERVES	15:11
10.	ÉLÉMENTS INFLUANT SUR LE REVENU NET	15:11
11.	ÉLÉMENTS INFLUANT SUR LE REVENU IMPOSABLE	15:13
12.	ÉLÉMENTS DE PLANIFICATION	15:13

ÉLÉMENTS À CONSIDÉRER***1. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES**

- Les états financiers sont finaux.
- Les notes aux états financiers ont été revues et considérées dans la déclaration.
- La balance de vérification concorde avec les états financiers finaux.
- Les nouveaux éléments aux états financiers ont été analysés.
- Les comptes de surplus et des autres éléments du résultat étendu (*Other Comprehensive Income* (OCI)) sont analysés et correctement traités aux fins fiscales.
- Les soldes des comptes de surplus, capital-actions et bénéfices non répartis ont été comparés et analysés et les incidences fiscales des écarts sont reflétées, s'il y a lieu.

2. CORRESPONDANCE FISCALE

- Les avis de cotisation sont revus et les écarts avec les déclarations antérieures dégagés, s'il y a lieu.
- Les soldes fiscaux de l'avis de cotisation concordent avec ceux de la déclaration.
- Les changements à la cotisation des années précédentes sont considérés (notamment le refus d'une partie du crédit d'impôt à l'investissement (« CII »), le remboursement d'aide, les soldes de pertes, l'impôt en main remboursable au titre de dividendes (IMRTD)) dans la déclaration.

* M^{me} Cinthia Nadeau est maintenant directrice, fiscalité pour la société AXA Assurances inc.

- Les intérêts et pénalités non déductibles payés ou débités sont ajoutés au revenu net¹.
- Les soldes fiscaux et les acomptes provisionnels ont été confirmés avec les autorités fiscales, si cela est nécessaire.

3. SUIVI DES ANNÉES ANTÉRIEURES

- S'assurer qu'aucun élément déduit ou imposé concernant l'exercice passé ne doit être rajusté dans l'année courante.
- Les soldes fiscaux de fermeture de l'exercice précédent correspondent à ceux de l'ouverture de l'exercice courant :
 - annexe 2;
 - annexe 4;
 - annexe 8;
 - annexe 10;
 - annexe 13;
 - Formulaire T106;
 - Formulaire T661;
 - annexe 31.
- L'expiration des soldes fiscaux (notamment les pertes autres qu'en capital, le CII) est reflétée de façon adéquate².
- Les éléments qui ont une incidence sur plusieurs exercices le sont correctement reflétés, notamment :

¹ *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e supp., ch. 1 et mod. (« L.I.R. »), al. 18(1)t) et art. 67.6.

² Par. 111(1), 127(27) et 127(36) L.I.R.

- les frais de financement³;
- les revenus reportés.

4. FINS D'ANNÉE RÉPUTÉES

- Une fusion ou une liquidation a-t-elle eu lieu pendant l'exercice⁴?
- S'il s'agit de l'exercice suivant la constitution, une fusion ou une liquidation d'une filiale, est-ce que les divulgations nécessaires ont été faites⁵?
- Un événement qui donne lieu à une fin d'exercice réputée s'est-il produit depuis l'exercice précédent⁶?

5. ÉTABLISSEMENTS STABLES

- La société a-t-elle de nouveaux établissements stables dans une province/territoire? Ou en a-t-elle perdu⁷?
- A-t-on analysé quelles sont les personnes qui gèrent les commandes et/ou l'inventaire de la société dans une autre province⁸?
- L'allocation des salaires et des revenus par province est-elle raisonnable par rapport aux années antérieures?
- Est-ce que l'information fournie par la société relativement aux salaires et aux revenus par province est cohérente avec les états financiers?

³ Al. 20(1)e) L.I.R.

⁴ Art. 87 et 88 L.I.R.

⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, T2 – *Déclaration de revenus des sociétés*, annexe 24.

⁶ Par. 249(3.1) et 249(4) L.I.R.

⁷ *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, ch. 945 et mod. (« R.I.R. »), par. 400(2); AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 5, annexe 5.

⁸ Al. 400(2)b) R.I.R.

6. IMMOBILISATIONS

- Une boucle des immobilisations correspondant aux états financiers a été préparée.
- L'aide gouvernementale à l'égard des immobilisations est correctement traitée⁹.
- Il importe de classer et de traiter adéquatement les acquisitions, notamment :
 - logiciel (*software*) vs matériel électronique (*hardware*);
 - brevets (catégories 14 vs 44);
 - améliorations locatives vs additions à un bâtiment.
- En ce qui a trait à l'amélioration locative, la durée du bail plus une période de renouvellement a été considérée.
- La société a-t-elle acquis des biens qui se qualifient aux catégories 1a et 1b¹⁰?
- A-t-on évalué si certains biens devraient être dans une catégorie distincte?
- Un traitement adéquat des dispositions ou radiations comptables d'immobilisations a été effectué¹¹.
- Un gain ou une perte en capital a été calculé lors de la disposition d'une immobilisation, s'il y a lieu¹².

⁹ Al. 12(1)x) et par. 13(7.4) L.I.R.

¹⁰ Par. 1100(a.1), 1100(a.2) et 1101(5b.1) R.I.R.

¹¹ Al. 18(1)b) L.I.R.

¹² Par. 39(1) L.I.R.

- Aucune perte en capital n'a été calculée à l'égard d'un bien amortissable¹³.
- Est-ce que des pertes en capital peuvent être des pertes apparentes¹⁴?
- Il y a perte terminale ou récupération d'amortissement à l'égard d'un bien amortissable qui a été calculée, s'il y a lieu¹⁵.
- La règle de mise en service peut-elle s'appliquer à certains travaux en cours de la société¹⁶?
- Est-ce que la société a disposé de biens à une personne affiliée pendant l'exercice¹⁷?
- Des immobilisations de faible coût ont-elles été enregistrées à titre de dépenses par la société¹⁸?
- Est-ce que l'on a disposé d'un bâtiment et d'un terrain au moment de la même transaction¹⁹?
- Les immobilisations utilisées en recherche scientifique et développement expérimental (« RS & DE ») n'ont pas été incluses à l'annexe 8 mais ont été réclamées sur le Formulaire T661.
- Les immobilisations utilisées en RS & DE dont on a disposé pendant l'année n'ont pas été retirées de l'annexe 8 et la récupération a été calculée sur le Formulaire T661, s'il y a lieu.
- A-t-on évalué s'il est judicieux ou non de prendre la déduction pour amortissement (« DPA »)?

¹³ S.-al. 39(1)b(i) L.I.R.

¹⁴ Art. 54 L.I.R.

¹⁵ Par. 13(1) et 20(16) L.I.R.

¹⁶ Par. 13(26) et 13(27) L.I.R.

¹⁷ Par. 13(21.2) et 40(3.4) L.I.R.

¹⁸ Al. 18(1)b) L.I.R.

¹⁹ Par. 13(21.1) L.I.R.

- S'il y a cessation de l'exploitation d'une des entreprises du contribuable, peut-on déduire le solde du montant cumulatif des immobilisations admissibles²⁰?

7. DÉTENTION DE BIENS ÉTRANGERS

- La société détient-elle, à un moment quelconque de l'exercice, des biens étrangers dont le coût dépasse 100 000 \$²¹?

8. GROUPE DE SOCIÉTÉS

- Un organigramme à jour a été obtenu.
- Les nouvelles sociétés liées ou associées sont déterminées²².
- Les montants devant être répartis à l'intérieur d'un groupe de sociétés sont alloués de façon optimale :
 - déduction pour petite entreprise;
 - limite de dépenses pour la RS & DE;
 - limite de dépenses du Québec;
 - déduction de 1 M\$ du capital versé (« CV ») aux fins du calcul du CV du Québec
- La société détient-elle, ou a-t-elle détenu à un moment de l'année, des filiales étrangères qui satisfont à la définition de **société étrangère affiliée** ou **société étrangère affiliée contrôlée**²³?

²⁰ Art. 24 L.I.R.

²¹ Par. 233.3(1) L.I.R.; AGENCE DU REVENU DU CANADA, T1135 – *Bilan de vérification du revenu étranger*, 9 août 2007.

²² Par. 251(2) et 256(1) L.I.R.; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 5, annexes 9 et 23.

²³ Par. 95(1) L.I.R.; AGENCE DU REVENU DU CANADA, T1134A – *Déclaration de renseignements sur les sociétés étrangères affiliées qui ne sont pas des sociétés étrangères affiliées contrôlées*, 5 août 2005 et T1134B – *Déclaration de renseignements sur les sociétés étrangères affiliées contrôlées*, 18 août 2005.

- Est-ce que certaines de ces sociétés répondent aux critères de société « dormante » ou « inactive » tels qu'ils sont définis dans les politiques administratives?
- Le **revenu étranger accumulé, tiré de biens** est ajouté au revenu net de la société, s'il y a lieu²⁴.
- Est-ce que la société a effectué des transactions avec des non-résidents liés²⁵?
- Les soldes des comptes à recevoir ou à payer avec des non-résidents liés présentés aux états financiers concordent avec l'information sur les Formulaire T106.
- La société a sous la main la documentation justifiant sa politique de prix de transfert²⁶.
- A-t-on discuté avec la société des risques de produire sa déclaration en indiquant la méthode de détermination des prix de transfert « Autre »?
- Si les transactions avec des non-résidents liés ne sont pas divulguées, le dossier contient suffisamment de documentation indiquant que la société est sous le seuil de 1 M\$ de transactions totales²⁷.
- Les transactions présentées sur les Formulaire T106 sont reportées adéquatement dans la Déclaration T2²⁸.
- Si la société reçoit des sommes de l'étranger, l'impôt retenu à la source, s'il y a lieu, est réclamé à titre de crédit d'impôt étranger²⁹.

²⁴ Par. 91(1) et 95(1) L.I.R.

²⁵ Par. 233.1(2) L.I.R.; AGENCE DU REVENU DU CANADA, T106 – *Déclaration de renseignements sur des opérations avec lien de dépendance effectuées avec des non-résidents*, 20 mars 2009.

²⁶ Par. 247(4) L.I.R.

²⁷ Par. 233.1(4) L.I.R.

²⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 5, annexe 29.

²⁹ Par. 126(1) et 126(2) L.I.R.

- Si certains des formulaires plus haut sont produits en retard, a-t-on considéré une divulgation volontaire³⁰?
- Si la société paie des sommes vers l'étranger, les retenues à la source ont été correctement effectuées en fonction du type de paiement et du pays de résidence du destinataire³¹.
- Est-ce que des honoraires, commissions ou autres montants que de la rémunération ont été versés à des non-résidents à l'égard de services rendus au Canada³²?
- Les paiements faits à tous les non-résidents sont rapportés³³.
- Est-ce que des dépenses déductibles dues à des personnes liées depuis deux exercices sont toujours impayées à la fin de l'exercice³⁴?
- Est-ce qu'un prêt a été consenti par la société à un actionnaire ou une personne rattachée à un tel actionnaire qui n'est pas une société canadienne³⁵?
- La société est-elle soumise aux règles de capitalisation restreinte³⁶?
- Est-ce qu'une personne non résidente est débitrice d'une créance de la société qui est impayée depuis plus d'un an sans intérêt ou à taux faible³⁷?

³⁰ Par. 220(3.1) L.I.R.

³¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, Guide T4061 – NR4 – *Retenue d'impôt des non-résidents, versements et déclaration*, 24 décembre 2010.

³² Art. 105 R.I.R.

³³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 5, annexe 29.

³⁴ Par. 78(1) L.I.R.

³⁵ Par. 15(2), al. 20(1)jj) et 214(3)a) L.I.R.

³⁶ Par. 18(4) L.I.R.

³⁷ Par. 17(1) L.I.R.

- Est-ce que certaines transactions concernant des actionnaires, employés ou cadres et qui ne font pas partie de leur rémunération devraient être divulguées³⁸?
- Les actionnaires canadiens et les actionnaires non résidents sont divulgués de façon adéquate³⁹.

9. RÉSERVES

- Est-ce que la société déduit des provisions de nature générale ou contingente⁴⁰?

10. ÉLÉMENTS INFLUANT SUR LE REVENU NET

- Les intérêts composés ont été décaissés par la société⁴¹.
- La rémunération courue et impayée à la fin de l'année va être payée par la société à l'intérieur de 180 jours suivant cette date⁴².
- Les dépenses d'impôts courants et futurs, y compris celles à l'égard d'impôts étrangers, ont été retranchées du revenu net fiscal⁴³.
- Les frais juridiques et autres honoraires professionnels ont été analysés et capitalisés, s'il y a lieu⁴⁴.
- Les frais de repas et divertissement sont-ils raisonnables dans les circonstances⁴⁵?

³⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 5, annexe 11.

³⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 5, annexes 19 et 50.

⁴⁰ Al. 18(1)c) L.I.R.; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 5, annexe 13.

⁴¹ Al. 20(1)d) L.I.R.

⁴² Par. 78(4) L.I.R.

⁴³ Al. 18(1)t) L.I.R.

⁴⁴ Par. 14(15) L.I.R.; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-99R5 (consolidé), « Frais juridiques et comptables », 6 décembre 2000; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 5, annexe 10.

⁴⁵ Par. 67.1(1) L.I.R.

- Y a-t-il eu une émission d'actions ou de titres de dettes susceptibles d'engager des frais de financements⁴⁶?
- La société est-elle associée à une société de personnes au dernier jour de l'exercice de cette société de personnes? Les rajustements au revenu net nécessaires ont été effectués⁴⁷.
- L'analyse des gains et/ou pertes de change étranger a été effectuée⁴⁸.
- La taxe sur le capital a été déduite ou rajustée dans la mesure où trop de dépenses sont incluses dans les états financiers. **La taxe sur le capital doit être ajoutée au revenu en Alberta, s'il y a lieu.**
- Les dépenses à un fonds de pension comptabilisé ont été considérées (vs sorties de fonds)⁴⁹.
- Les rajustements relatifs aux locations-acquisitions ont été effectués⁵⁰.
- Les incidences de règlement de dettes ont été analysées⁵¹.
- A-t-on évalué si certaines dépenses pouvaient être réclamées à titre de dépenses de RS & DE⁵²?
 - Les dépenses ci-dessus sont-elles admissibles à des incitatifs provinciaux?
- Les dépenses de RS & DE sont-elles engagées pendant l'année et ajoutées au revenu net?

⁴⁶ Al. 20(1)e) L.I.R.

⁴⁷ Al. 12(1)l) et par. 96(1) L.I.R.

⁴⁸ Art. 9 et par. 39(2) L.I.R.; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-95R, « Gains et pertes sur change étranger », 1^{er} janvier 1995.

⁴⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 5, annexe 15.

⁵⁰ Par. 16(1) L.I.R.

⁵¹ Art. 80 L.I.R.

⁵² Art. 37 et par. 127(9) L.I.R.

11. ÉLÉMENTS INFLUANT SUR LE REVENU IMPOSABLE

- Les dons de charité ont été analysés et aucun don politique n'est réclamé⁵³.
- Les dividendes payés et reçus pendant l'année ont été correctement indiqués dans la déclaration de revenus⁵⁴.
- Des dividendes déterminés ont-ils été reçus ou payés pendant l'année⁵⁵?

12. ÉLÉMENTS DE PLANIFICATION

Facteurs à prendre en considération :

- Changement de la méthode de calcul des acomptes provisionnels.
- Réduction des dépenses non déductibles.
- Réévaluation de la méthode de réclamation des crédits de RS & DE.
- Analyse des pertes ou crédits venant à échéance et réduction des déductions discrétionnaires pour pouvoir les utiliser.
- Révision des réserves discrétionnaires.
- Réclamation de l'exemption de taxe sur le capital pour les sociétés manufacturières.
- Utilisation de la DPA en vue d'augmenter les pertes autres qu'en capital pour faire un report aux années antérieures où il y a du revenu imposable, s'il y a lieu.

⁵³ Al. 18(1)n) et par. 110.1(1) L.I.R.

⁵⁴ Art. 112 L.I.R.; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 5, annexe 3.

⁵⁵ Art. 89 L.I.R.; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 5, annexes 53 et 55.

- Évaluation de la possibilité de reporter les pertes aux années antérieures :
 - au fédéral;
 - dans chaque province.
- Report à l'exercice suivant du remboursement de l'année courante en guise d'acomptes provisionnels.
- Planification de versement des dividendes pour éviter des désignations excessives (dividende en capital ou dividende déterminé).

**L'IMPOSITION DES SOCIÉTÉS DE PERSONNES
ET LA PERTINENCE DE LEUR UTILISATION
DANS LE CONTEXTE ACTUEL ET PAR LE PASSÉ**



Jenny Contant
Avocate, LL.M. fisc.
Raymond Chabot
Grant Thornton s.e.n.c.r.l.



Belkacem Berredjem
CGA, M. Fisc.
Raymond Chabot
Grant Thornton s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

1.	NOTION DE SOCIÉTÉ DE PERSONNES ET PRINCIPES D'IMPOSITION	16:3
1.1.	EXISTENCE D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES (« SP »)	16:3
1.2.	TYPES DE SOCIÉTÉS DE PERSONNES (LES PLUS COURANTS)	16:3
1.3.	NATURE JURIDIQUE D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES	16:4
1.4.	PRINCIPES D'IMPOSITION GÉNÉRAUX D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES	16:5
1.5.	HISTORIQUE DE L'UTILISATION DES SOCIÉTÉS DE PERSONNES AU QUÉBEC ET AU CANADA	16:6

2.	SUJETS D'INTÉRÊT ET PIÈGES À ÉVITER QUANT À L'IMPOSITION DES SOCIÉTÉS DE PERSONNES	16:9
2.1.	CONFORMITÉ	16:9
2.2.	ÉLÉMENTS À CONSIDÉRER DANS LE CALCUL DU REVENU DE LA SOCIÉTÉ DE PERSONNES ET DE L'ASSOCIÉ.....	16:11
2.3.	CONSIDÉRATIONS FISCALES LORS DU RETRAIT D'UN ASSOCIÉ	16:12
2.4.	CALCUL DU PRIX DE BASE RAJUSTÉ DE LA PARTICIPATION ET DE LA FRACTION À RISQUE	16:15
2.5.	CALCUL DU CAPITAL VERSÉ ET DU CAPITAL IMPOSABLE (QUÉBEC ET ONTARIO).....	16:17
2.6.	AUTRES POINTS ET ÉLÉMENTS DE PLANIFICATION	16:17
3.	ÉLÉMENTS ESSENTIELS À CONNAÎTRE LORS DE RÉORGANISATIONS DE SOCIÉTÉS DE PERSONNES.....	16:20
3.1.	PARAGRAPHE 97(2) L.I.R. – ROULEMENT À L'ENTRÉE DES BIENS.....	16:20
3.2.	DISSOLUTION D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES.....	16:21
3.3.	INCORPORATION D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES	16:26
3.4.	FUSION DE SOCIÉTÉ DE PERSONNES.....	16:29
	CONCLUSION	16:30

1. NOTION DE SOCIÉTÉ DE PERSONNES ET PRINCIPES D'IMPOSITION¹

1.1. EXISTENCE D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES (« SP »)

- En droit civil (Québec) : article 2186 du *Code civil du Québec*² :
 - Deux personnes ou plus;
 - Conviennent d'exercer une activité;
 - En y contribuant chacun par la mise en commun de biens, de connaissances ou d'activités;
 - Et de partager les profits qui découlent de cette activité.
- En common law (autres provinces canadiennes) :
 - Notion d'activité remplacée par notion d'exploitation d'un commerce ou d'une entreprise;
 - Notion d'intention commune des parties de former une SP (*affectio societatis*) : essentielle à l'existence même de la SP.
- Aucun processus formel pour constituer la SP sauf publicité légale et enregistrement.

1.2. TYPES DE SOCIÉTÉS DE PERSONNES (LES PLUS COURANTS)

- Société en nom collectif (« SENC ») et société en nom collectif à responsabilité limitée (« SENCRL ») :
 - Un seul type d'associés;

¹ L'information proposée dans les fiches techniques sur les sociétés de personnes est basée sur des lois et pratiques qui sont susceptibles de changement. Pour ces raisons, on ne doit pas utiliser le contenu du présent texte comme substitut à des conseils professionnels spécialisés en rapport avec 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.

² L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »).

- Formée sous le nom des associés;
 - SENC : obligation conjointe des associés envers les tiers, obligation solidaire des associés pour les dettes contractées pour l'exploitation de l'entreprise de la SP;
 - SENCRL : responsabilité limitée quant aux gestes posés par les autres associés.
- Société en commandite (« SEC ») :
 - Deux types d'associés : commandités et commanditaires;
 - . Les commandités sont seuls autorisés à administrer la société et à conclure des contrats en son nom, solidairement responsables des dettes de la société;
 - . Les commanditaires fournissent l'apport au fonds commun de la société, leur responsabilité est limitée à l'apport fourni à la SEC.

1.3. NATURE JURIDIQUE D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES

- Deux courants de pensée :
 - *Aggregate theory* : une SP n'est que le reflet d'une relation entre certaines personnes qui exploitent en commun une entreprise, elle n'a aucune identité propre, donc elle n'est pas propriétaire des biens qu'elle détient (droits indivis des associés);
 - *Entity theory* : reconnaît certains attributs d'une personne distincte sans la considérer comme une personnalité juridique distincte.
- L'Agence du revenu du Canada (« ARC ») considère qu'une SP n'est pas une « personne » au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*³ à moins que cela ne soit spécifiquement prévu :

³ L.R.C. (1985), 5^e supp., ch. 1 et mod. (« L.I.R. »).

- Une personne aux fins du calcul de son revenu (al. 96(1)a) L.I.R.);
- *Aggregate theory* pour les questions où le calcul du revenu de la société n'est pas en cause;
- Prétend toutefois que les biens appartiennent à la SP aux fins fiscales⁴.

1.4. PRINCIPES D'IMPOSITION GÉNÉRAUX D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES

- Revenus de la SP :
 - Revenus et pertes tirés d'une entreprise ou d'un bien mais pas les revenus d'emploi;
 - Conservent leur nature sauf aux fins des règles d'attribution (par. 96(1.8) L.I.R.);
 - Calculés au niveau de la SP et attribués aux associés.
- Attribution des revenus de la SP aux associés selon le contrat de société :
 - Attention au paragraphe 103(1) L.I.R.;
 - Part incluse au revenu de l'associé pour l'exercice se terminant dans l'année d'imposition de l'associé même si aucune distribution n'est faite (rajustements pour cotisations professionnelles, primes d'assurance maladie, dons de bienfaisance et contributions politiques versés par la SP).

⁴ Voir entre autres *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétations techniques 9625665, 17 avril 1998; 9404575, 20 octobre 1994; 9328657, 7 octobre 1993 et 9131322, 31 janvier 1992.

1.5. HISTORIQUE DE L'UTILISATION DES SOCIÉTÉS DE PERSONNES AU QUÉBEC ET AU CANADA

- Un peu d'histoire :
 - SEC : véhicule d'investissement prisé, car responsabilité limitée à l'apport fait à la SP et règles sur la fraction à risque entrées en vigueur vers 1986;
 - Choix d'entité pour exploitation d'une entreprise – nombreux avantages;
 - Impossibilité pour les professionnels de faire affaire par l'entremise d'une société par actions (« SPA ») avant le 21 juin 2001.
- Avantages et inconvénients du choix d'une SP pour exploiter une entreprise

AVANTAGES	INCONVÉNIENTS
Roulements - À l'entrée des biens des associés (paragraphe 97(2) L.I.R. – moins restrictif quant aux biens admissibles que le paragraphe 85(1.1) L.I.R.) - À la sortie si choix fait de la dissolution de la SP (par. 98(3) ou 98(5) L.I.R.)	Responsabilité - Responsabilité illimitée et solidaire (au-delà du capital investi) sauf pour les commanditaires d'une SEC
Gestion - Simple et peu coûteuse en l'absence de conflits entre associés	Gestion - Conflits potentiels quant aux choix fiscaux à effectuer (à prévoir dès le départ dans des clauses du contrat de société)
Flexibilité quant au partage des revenus et pertes dans les limites suivantes - Paragraphe 103(1) L.I.R. : prévoit que s'il est raisonnable de considérer que la convention de partage de revenus entre les associés avait pour objet principal de réduire les impôts payables ou d'en différer le paiement, le ministre pourrait revoir un tel partage	Risques quant au partage des revenus et pertes - Fraction à risque pour les commanditaires : limitation de la perte pouvant être réclamée - Limite quant à l'attribution préférentielle des profits

AVANTAGES	INCONVÉNIENTS
- Paragraphe 103(1.1) L.I.R. : si plusieurs associés ont entre eux un lien de dépendance, le partage est revu dès qu'il est déraisonnable même si l'objet principal n'était pas de réduire ou de différer les impôts payables	
Détention d'immeubles locatifs - Perte locative attribuée directement aux associés : réduction du revenu imposable des associés - Revenu de location calculé au niveau de la société : avantageux pour un associé qui génère des pertes locatives puisque la DPA est limitée	Détention d'immeubles locatifs - Impossibilité de créer une perte avec la déduction pour amortissement (« DPA ») pour société locative (possibilité de réduire l'ensemble des revenus locatifs à 0 \$), sauf si l'ensemble des associés sont des associés dont la principale entreprise consiste en la vente ou la location de biens immeubles - Restrictions quant aux déductions des frais afférents aux terrains vacants qui permettent de créer une DPA (par rapport à la société)
Fractionnement de revenus - Possible sous réserve des règles sur le revenu fractionné au paragraphe 120.4(1) L.I.R. qui s'appliquent aux revenus attribués aux enfants mineurs qui possèdent une participation dans la SP, si ces revenus proviennent de biens ou de services fournis par la SP à : ▪ une entreprise exploitée par une personne liée à l'enfant mineur; ▪ une société dont une personne liée à l'enfant mineur est actionnaire déterminé (10 %); ▪ une société professionnelle dont une personne liée à l'enfant mineur est actionnaire; - Possibilité de verser un salaire raisonnable à un époux ou conjoint de fait	
Taxe sur le capital - Payable seulement par les sociétés mais doit être calculée pour les associés corporatifs	

AVANTAGES	INCONVÉNIENTS
Droits de mutation - Payables lors du transfert d'un immeuble (sous réserve de certaines exemptions) - Transfert de parts d'une SP qui détient un immeuble au Québec? ▪ À condition que la SP possède un patrimoine distinct⁵	Impôt minimum de remplacement (« IMR ») - Pour les associés qui sont des particuliers ou des fiducies qui doivent tenir compte, dans le calcul de leur IMR, des revenus et pertes attribués par la SP, des frais financiers payés relativement à un emprunt effectué en vue d'investir dans la SP ainsi que des intérêts payés sur les emprunts de la SP
Prêt à des non-résidents (intérêts réputés au taux prescrit) - Non-application de l'article 17 L.I.R. lorsque la personne non résidente est débitrice d'une SP – attention aux paragraphes 17(2), 17(4) et 17(6) L.I.R.	Associés non résidents - Perte du statut de « société de personnes canadienne », donc aucune possibilité de se prévaloir des dispositions de roulement en vertu des paragraphes 97(2), 98(3) et 98(5) L.I.R. - SP non résidente : impôt de la partie XIII L.I.R. pour tous les paiements effectués à la SP - Disposition de biens canadiens imposables assujettis aux demandes de certificat selon l'article 116 L.I.R. ▪ Solution : investir par l'intermédiaire d'une société canadienne
Règles de capitalisation restreinte - Non-application du paragraphe 18(4) L.I.R. à des SP mais sous analyse par l'ARC	Restrictions quant aux dépenses de recherche scientifique et développement expérimental (« RS & DE ») - Le paragraphe 37(1) L.I.R. prévoit que la somme doit être déduite dans l'année où elle est engagée – aucune possibilité de report des déductions - Restrictions quant à l'usage des pertes : réduction de la perte attribuable à un associé déterminé aux fins du crédit RS & DE réclamé par la SP

⁵ Voir les décisions *Ville de Québec c. Cie d'immeubles Allard Ltée*, [1996] R.J.Q. 1566 (C.A.) et *Ville de Laval c. Polytechnique médicale Fabreville, s.e.c.*, 2007 QCCA 426.

- Discussion sur l'avenir des SP – principaux changements législatifs touchant l'utilisation des SP :
 - Abolition de la taxe sur le capital dès le 1^{er} janvier 2011;
 - Adoption par la plupart des ordres professionnels d'un règlement permettant l'exercice des activités professionnelles au sein d'une société.

2. SUJETS D'INTÉRÊT ET PIÈGES À ÉVITER QUANT À L'IMPOSITION DES SOCIÉTÉS DE PERSONNES

2.1. CONFORMITÉ

- Les SP comptant au plus cinq associés durant tout l'exercice financier sont généralement exemptées de l'obligation de produire les Formulaires T5013 et TP-600 à moins qu'un des faits suivants ne se vérifie :
 - Il s'agit d'une SP dont l'un des associés est lui-même une SP;
 - La SP a investi dans des 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 SP;
 - Le ministre du Revenu national en a fait la demande par écrit.
- À noter que l'exemption de l'obligation de produire des Formulaires T5013 et TP-600 ne concerne que ces formulaires. Les autres formulaires prescrits doivent en tout temps être produits, s'il y a lieu, et envoyés aux autorités fiscales dans les délais prescrits. Parmi les autres formulaires prescrits, on retrouve les suivants :
 - T1135, « Bilan de vérification du revenu étranger »;
 - T661, « Demande pour les dépenses de recherche scientifique et développement expérimental (RS&DE) » (RD-222 au Québec);
 - T2060, « Choix concernant la disposition d'un bien lorsqu'une SP cesse d'exister » (au Québec, TP-620).

- La déclaration de renseignements doit être produite dans les délais suivants :
 - Pour une SP dont tous les associés sont des particuliers : le 31 mars de l'année qui suit la fin de l'année d'imposition de la SP;
 - Pour une SP dont tous les associés sont des sociétés : dans les cinq mois qui suivent la fin de l'exercice de la SP;
 - Dans les autres cas : la première des deux dates mentionnées ci-dessus.
- Des pénalités pour production tardive ou omission peuvent être imposées à la SP qui ne produit pas les Formulaires T5013 et TP-600 dans les délais prescrits. Il convient de noter qu'aucune prescription ne court à l'égard des années d'imposition pour lesquelles ces formulaires n'ont pas été produits, même si la non-production de ces documents découle de l'exemption mentionnée précédemment.
- Dans un communiqué de presse émis en septembre 2010⁶, l'ARC a annoncé des modifications aux exigences relatives à la production des déclarations de renseignements des SP pour les exercices se terminant en 2011 :
 - L'exigence relative au nombre d'associés dans une SP sera remplacée par une exigence fondée sur les activités financières;
 - L'exigence de produire une déclaration en fonction du type d'associé sera révisée;
 - Les petites SP dotées de structures simples et dont les activités financières sont moyennes ne seront plus tenues de produire une déclaration de renseignements.

⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Communiqué de presse*, « Nouvelles exigences en matière de production des déclarations des sociétés de personnes », 17 septembre 2010.

2.2. ÉLÉMENTS À CONSIDÉRER DANS LE CALCUL DU REVENU DE LA SOCIÉTÉ DE PERSONNES ET DE L'ASSOCIÉ

- Avantages imposables :
 - L'alinéa 12(1)y) L.I.R. prévoit que le particulier qui est un associé de la SP ou un employé d'un tel associé qui utilise une automobile fournie par la SP doit calculer un avantage imposable relatif à l'utilisation de l'automobile à des fins personnelles. Cet avantage constitue le seul avantage prévu de façon législative par la *Loi de l'impôt sur le revenu*;
 - Dans un bulletin d'interprétation, l'ARC applique la position administrative suivante :

« Tous les frais engagés par la société, qui n'ont pas été admis dans le calcul du revenu de la société et qui constituaient les frais personnels d'un associé, représentent des paiements au nom de cet associé et doivent être considérés comme des prélèvements sur le compte du revenu ou du capital et, par conséquent, ils sont assujettis aux dispositions du sous-alinéa 53(2)c)(v)⁷. »

Ainsi, une réduction du prix de base rajusté (« PBR ») de la participation doit être effectuée avec la possibilité de réaliser un gain en capital;

- En vertu de l'alinéa 96(2.4)b) L.I.R., un associé sera réputé être un commanditaire et ainsi subir une réduction de sa fraction à risque calculée en vertu de l'alinéa 96(2.2)d) L.I.R. s'il utilise un bien de la SP pour un usage personnel⁸.
- Autres éléments :
 - Les dons de bienfaisance effectués par la SP ne peuvent être déduits dans le calcul de son revenu. En effet, le paragraphe 118.1(8) L.I.R. prévoit que le particulier ou la société associée est réputé avoir

⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-353R2 (archivé), « Participation dans une société – Rajustements du prix de base », 14 septembre 1982, par. 6.

⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2006-0209341E5, 14 juin 2007.

effectué le don de bienfaisance au prorata de sa participation. Ainsi, l'associé particulier pourra se prévaloir du crédit d'impôt prévu au paragraphe 118.1(3) L.I.R. et la société pourra se prévaloir d'une déduction dans le calcul de son revenu imposable en vertu du paragraphe 110.1(1) L.I.R.;

- Comme pour les dons de bienfaisance, les contributions politiques effectuées par la SP ne peuvent être déduites dans le calcul de son revenu. En effet, le nouveau paragraphe 123(6) L.I.R. prévoit que les membres de la SP sont réputés avoir effectué les contributions politiques par eux-mêmes et peuvent se prévaloir d'une déduction dans le calcul de leur revenu en vertu du paragraphe 127(3) L.I.R.;
- Le paragraphe 127(8) L.I.R. prévoit que la partie du crédit d'impôt à l'investissement (« CII ») gagné par la SP qui revient à l'associé doit être ajoutée au calcul de son CII. Ainsi, les paragraphes 127(12) et 127(12.1) L.I.R. prévoient le mécanisme d'imposition de ce crédit d'impôt dans le calcul du revenu de la SP et de l'associé;
- Au Québec, les cotisations professionnelles payées par la SP ne sont pas déductibles dans le calcul de son revenu. En effet, ses membres sont réputés avoir payé eux-mêmes la part respective de leurs cotisations. Ainsi, ces derniers peuvent déduire le montant des cotisations qui leur est attribué dans le calcul de leur revenu.
- Les primes d'assurance maladie payées par la SP en faveur des associés particuliers ne sont pas déductibles dans le calcul du revenu de la SP. Au fédéral, le particulier pourra réclamer une déduction pour frais médicaux en vertu de l'article 20.01 L.I.R.; cette déduction viendrait réduire le PBR de sa participation. Au Québec, le particulier pourra réclamer un crédit d'impôt sur les primes d'assurance maladie. Cependant, le PBR de sa participation ne sera pas réduit de ce montant.

2.3. CONSIDÉRATIONS FISCALES LORS DU RETRAIT D'UN ASSOCIÉ

- Le départ d'un associé implique la disposition de sa participation dans la SP. Lorsque le départ d'un associé survient au cours de l'exercice financier de la SP, celui-ci s'expose à un risque de double imposition. En effet, la double imposition est causée :
 - d'une part, par l'alinéa 96(1)f) L.I.R., qui stipule que l'associé doit inclure dans le calcul de son revenu sa part du revenu attribué par la

SP dans l'année d'imposition au cours de laquelle l'année d'imposition de la SP se termine;

- d'autre part, par le sous-alinéa 53(1)e(i) L.I.R., qui exige que ce revenu soit inclus dans le calcul du PBR de la participation de l'associé l'année suivante, soit après la fin de l'exercice de la SP.
- Lorsque la SP réalise une perte d'entreprise, le sous-alinéa 53(2)c(i) L.I.R. prévoit que l'associé doit tenir compte de la part de cette perte qui lui est attribuée dans le calcul de son revenu. Cependant, cette perte ne fera pas partie du calcul du PBR de l'associé dans cette année-là s'il y a disposition de sa participation. Ainsi, le Ministère prévoit un mécanisme semblable à l'élimination de la double imposition afin que le contribuable ne puisse utiliser la même perte deux fois.
- Le paragraphe 96(1.01) L.I.R. s'applique à l'attribution du revenu à un associé qui a cessé d'être associé de la SP avant la fin d'exercice de celle-ci :
 - L'alinéa 96(1.01) L.I.R. prévoit qu'un associé qui a quitté la SP au cours de l'année est réputé être associé de la SP jusqu'à la fin de l'exercice de celle-ci en ce qui concerne l'attribution des revenus;
 - L'alinéa 96(1.01) L.I.R. vient préciser que le revenu attribué par la SP au contribuable pendant la période où il était associé fera partie du calcul de son PBR de participation au moment où il disposera de sa participation.
- 1) On notera que le Projet de loi C-10 en ce qui concerne l'application du paragraphe 96(1.01) L.I.R. n'a pas encore été sanctionné;
- 2) L'ARC préconise le passage par une demande de décision anticipée sur l'application du paragraphe 96(1.01) L.I.R.⁹;
- 3) L'ARC¹⁰ a mentionné qu'il est possible d'appliquer une disposition de la loi qui n'a pas encore été sanctionnée si les

⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 9, 3 mars 1997.

¹⁰ « Table ronde de l'Agence du revenu du Canada », dans *2009 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2010, question 10.

conséquences fiscales de cette application ne sont pas d'une grande importance.

- Le paragraphe 96(1.1) L.I.R. prévoit l'attribution du revenu à un associé qui a cessé d'être associé de la SP lorsque tous les associés ont conclu une convention pour une telle attribution. L'application de ce paragraphe implique ce qui suit :
 - La convention mentionnée ci-dessus doit être signée par tous les membres de la SP, incluant l'associé qui se retire;
 - L'entente relative à l'attribution du revenu ne peut être amendée qu'avec le consentement de tous les signataires originaux, incluant l'associé qui s'est retiré;
 - Le droit à la participation au revenu de la SP ne constitue pas une immobilisation (la disposition de ce droit occasionnera du revenu d'entreprise) (par. 96(1.4) L.I.R.);
 - Le transfert du revenu à la conjointe de l'associé qui s'est retiré pourrait être assujéti à l'application des paragraphes 56(2) et 56(4) L.I.R.¹¹
- Le paragraphe 98.1(1) L.I.R. s'applique à l'attribution du revenu à un associé qui a cessé d'être associé d'une SP dans laquelle il détient une participation résiduelle :
 - En vertu de l'alinéa 98.1(1)a) L.I.R., la participation résiduelle du contribuable n'est pas réputée avoir fait l'objet d'une disposition par ce dernier avant le règlement complet de ses droits;
 - En vertu de l'alinéa 98.1(1)b) L.I.R., lorsque tous les droits du contribuable sont complètement réglés avant la fin de l'exercice de la SP, le contribuable est réputé avoir disposé de sa participation à la fin de cet exercice;
 - En vertu de l'alinéa 98.1(1)c) L.I.R., l'associé membre n'est pas réputé avoir réalisé un gain en capital quant à sa participation

¹¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0006465, 29 avril 2003.

résiduelle à la fin de l'exercice de la SP si le PBR de sa participation est négatif à moins qu'il ne dispose de cette participation.

- Au décès d'un associé, la succession est réputée avoir acquis un droit de recevoir des biens de la SP pour un coût égal à la juste valeur marchande (« JVM ») de la participation de l'associé au moment du décès :
 - L'excédent de la JVM sur le PBR de la participation engendre un gain en capital pour l'associé décédé;
 - Si le dernier exercice financier de la SP a pris fin dans l'année civile au cours de laquelle le décès est survenu, le revenu attribué par la SP dans cet exercice pourra faire l'objet d'une imposition dans une déclaration distincte, comme le prévoit le paragraphe 150(4) L.I.R.;
 - Le contribuable qui avait au moment de son décès un droit de recevoir des revenus de la SP, tel qu'il est prévu par le paragraphe 96(1.1) L.I.R., doit considérer ce revenu comme un droit ou un bien qui doit être inclus dans son revenu (par. 70(2) à 70(4) L.I.R.).

2.4. CALCUL DU PRIX DE BASE RAJUSTÉ DE LA PARTICIPATION ET DE LA FRACTION À RISQUE

- PBR de la participation :
 - Le calcul du PBR de la participation dans une SP se fait en fonction des ajouts en vertu de l'alinéa 53(1)e) L.I.R. (par exemple : revenu attribué de l'année précédente, apport de capital, dividende en capital de la SP) et des déductions en vertu de l'alinéa 53(2)c) L.I.R. (par exemple : retraits de l'année, dons et contributions politiques, CII);
 - Lorsque le PBR de la participation d'un associé actif dans la SP devient négatif (par exemple, les retraits d'un associé sont supérieurs à sa part du revenu réalisé), il n'en résulte aucun gain en capital immédiat pour l'associé. En effet, l'alinéa 98(1)c) L.I.R. prévoit la réalisation d'un gain en capital au moment de la disposition réelle de la participation;
 - En vertu du paragraphe 40(3.1) L.I.R., l'associé « commanditaire » doit déclarer le gain en capital lorsque le PBR de sa participation devient négatif;

- Il faut prendre en considération les règles transitoires du calcul du PBR de la participation acquise avant 1972. En effet, l'imposition du gain en capital à 50 % après 1972 a mené à l'introduction de règles transitoires permettant aux contribuables détenant des participations dans des SP de ne pas s'imposer sur la plus-value accumulée jusqu'au 31 décembre 1971. Un calcul du PBR rajusté et de la JVM de la participation au 31 décembre 1971 doit être effectué;
 - Lors de la disposition de la participation d'un associé, un gain ou une perte en capital sera réalisé. La réalisation d'une perte en capital sera assujettie aux règles de limitation des pertes prévue par le sous-alinéa 40(2)g(i) L.I.R. En effet, si la participation ou un droit dans celle-ci a été acquis par l'associé ou une personne qui lui est affiliée au cours de la période commençant 30 jours avant la disposition et se terminant 30 jours après et que l'associé ou cette personne détient toujours cette participation à la fin de cette période, la perte en capital sera refusée et augmentera le PBR de la participation de ce nouvel acquéreur;
 - Le sous-alinéa 53(1)e(ii) L.I.R. permet à un associé d'augmenter son PBR de participation d'un montant équivalent à sa quote-part du dividende en capital gagné par la SP. L'ajout du montant du dividende en capital au calcul du PBR doit s'effectuer au moment où il est reçu par la SP et non l'année suivante, tel qu'il est prévu par le sous-alinéa 53(1)e(i) L.I.R. Ainsi, l'associé qui dispose d'une partie de sa participation dans l'année où le dividende en capital est reçu par la SP réalisera un gain en capital moins élevé dans cette année;
 - Il faut tenir compte de l'application du paragraphe 96(1.01) L.I.R. dans le calcul du PBR d'un ancien associé de la SP. Ainsi, le revenu attribué à l'ancien associé fait partie du calcul de son PBR immédiatement avant qu'il cesse d'en être associé.
- Fraction à risque :
 - En vertu du paragraphe 96(2.2) L.I.R., la fraction à risque pour un commanditaire d'une société en commandite se calcule sur la base du PBR de sa participation à la fin de l'année, augmentée des revenus de l'année qui lui sont attribués par la SP;
 - Les alinéas 96(2.2)c) et 96(2.2)d) L.I.R. prévoient que la fraction à risque de l'associé est réduite d'un prêt ou d'un avantage quelconque accordé par la SP en faveur de l'associé;

- Le paragraphe 96(2.3) L.I.R. limite le PBR servant au calcul de la fraction à risque d'un acquéreur d'une participation dans une SP par un contribuable auprès d'un associé existant;
- Le paragraphe 96(2.1) L.I.R. permet de calculer le montant de la perte d'entreprise ou de biens qui peut être attribuée à un commanditaire pour une année donnée. Cependant, cette perte ne peut en aucun cas excéder la fraction à risque de sa participation dans la SP calculée à la fin de l'exercice de la SP qui se termine dans l'année donnée;
- L'excédent de la perte qui est attribué à un commanditaire sur sa fraction à risque n'est pas déductible, mais il pourra être reporté indéfiniment sur les années ultérieures (al. 111(1)e) L.I.R.). Cependant, un commanditaire qui est une SP ne peut pas utiliser les pertes attribuées par une SP dans le calcul de son revenu. Ces pertes ne peuvent pas faire l'objet d'un report aux années ultérieures¹².

2.5. CALCUL DU CAPITAL VERSÉ ET DU CAPITAL IMPOSABLE (QUÉBEC ET ONTARIO)

- Malgré l'abolition de la taxe sur le capital au Québec (à compter du 1^{er} janvier 2011) et en Ontario (depuis le 1^{er} juillet 2010), le calcul du capital versé et du capital imposable reste important. En effet, plusieurs incidences fiscales sont influencées par le calcul du capital versé et du capital imposable (par exemple : calcul de la déduction accordée aux petites entreprises (« DPE »), RS & DE, etc.);
- Une société qui a un intérêt dans une SP doit inclure dans le calcul de son capital versé et de son capital imposable sa quote-part du capital versé de cette SP pour son exercice financier se terminant dans l'année d'imposition de la société.

2.6. AUTRES POINTS ET ÉLÉMENTS DE PLANIFICATION

- Attribution des revenus par la SP :
 - L'attribution des revenus par la SP aux associés se fait en fonction du contrat établi par la SP et signé par tous les associés;

¹² AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0062801E5, 14 mai 2004.

- Le salaire ou les honoraires de gestion versés par la SP à un associé ne sont pas déductibles dans le calcul du revenu de la SP¹³;
- Le paragraphe 103(1) L.I.R. permet au Ministère de remettre en cause la répartition des revenus ou de la perte de la SP entre les associés :
 - 1) Voir l'arrêt *Xco Investments c. Canada*¹⁴ (la Cour d'appel fédérale a considéré que l'attribution des revenus par la SP à un nouvel associé dans le but d'utiliser ses pertes était assujettie à l'application du paragraphe 103(1) L.I.R.);
 - 2) Voir l'affaire *Penn West Petroleum Ltd. c. La Reine*¹⁵ (la Cour canadienne de l'impôt a considéré que l'attribution d'un bien de la SP à un nouvel associé dans le but de tirer profit de la SP et d'en ressortir était assujettie à l'application du paragraphe 103(1) L.I.R.);
 - 3) Afin d'éviter l'application du paragraphe 103(1) L.I.R., l'ARC a opté pour une position selon laquelle les professionnels associés peuvent incorporer une SPA qui conclura une convention de services professionnels avec la SP en échange d'honoraires de gestion. Ainsi, ces honoraires de gestion seraient déductibles par la SP.
- En vertu de l'alinéa 96(1)f) L.I.R., un contribuable doit ajouter le revenu attribué par la SP pour une année d'imposition au cours de laquelle l'année d'imposition de la SP se termine. Ainsi, il serait possible dans le cadre d'une planification de reporter d'une année l'imposition du revenu attribué par la SP à un nouvel associé.
- Possibilité de réclamer la déduction pour gains en capital (« DGC ») par un associé (particulier) d'une SP qui détient des actions admissibles de petite entreprise (« AAPE ») :

¹³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 30, 21 mai 2004.

¹⁴ 2007 CAF 53.

¹⁵ 2007 CCI 190.

- Le gain en capital réalisé par une SP sur des AAPE est attribué à l'associé particulier qui peut se prévaloir de la DGC prévue au paragraphe 110.6(2.1) L.I.R.¹⁶;
- Le nouvel alinéa 110.6(14)d.1) L.I.R. prévoit qu'un particulier qui est un associé d'une SP qui est elle-même associée d'une autre SP peut se prévaloir de la DGC prévue au paragraphe 110.6(2.1) L.I.R. lorsque la deuxième SP dispose des AAPE;
- Le particulier qui est bénéficiaire d'une fiducie et qui est un associé d'une SP peut se prévaloir de la DGC prévue au paragraphe 110.6(2.1) L.I.R.¹⁷ lorsque la SP dispose des AAPE.
- Possibilité pour un contribuable actionnaire d'une société associée d'une SP de réclamer une perte déductible au titre d'un placement d'entreprise (« PDTPE ») sur une créance accordée à la SP par le contribuable :
 - Dans l'affaire *Klein c. La Reine*¹⁸, la Cour avait conclu qu'une SP n'était pas une entité distincte de ses membres. Ainsi, la créance consentie par l'actionnaire (particulier) d'une société qui est un associé de la SP a été considérée comme un prêt consenti à la société et non à la SP. Ainsi, le particulier pouvait réclamer une PDTPE sur le prêt consenti à la SP.
- Possibilité d'augmenter la DPE par l'utilisation d'une SP comme véhicule pour l'exploitation d'une entreprise :
 - L'utilisation d'une SP pour l'exploitation d'une nouvelle entreprise permet à des sociétés associées de bénéficier d'un plafond des affaires supplémentaire sur le revenu d'entreprise généré par la nouvelle SP;
 - On notera que le revenu d'entreprise tiré par des sociétés associées d'une SP déterminée doit faire l'objet d'une répartition en ce qui concerne la DPE (par. 125(7) L.I.R.).

¹⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9331645, 21 mars 1994.

¹⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2000-0041165, 15 novembre 2000.

¹⁸ C.C.I. n° 1999-790 (IT) G, 22 mai 2001, j. Lamarre.

3. ÉLÉMENTS ESSENTIELS À CONNAÎTRE LORS DE RÉORGANISATIONS DE SOCIÉTÉS DE PERSONNES

3.1. PARAGRAPHE 97(2) L.I.R. – ROULEMENT À L'ENTRÉE DES BIENS

- Le **paragraphe 97(1) L.I.R.** prévoit que l'apport de biens fait à une SP se fait à la JVM.
- Le **paragraphe 97(2) L.I.R.** prévoit qu'un choix conjoint de l'associé et de la SP sur les formulaires prescrits (T2059 et TP-619) dans les délais prescrits (par. 96(4) L.I.R.) peut être produit afin que le transfert se fasse par roulement.
 - Les alinéas 85(1)a) à f) L.I.R. s'appliquent avec les adaptations nécessaires;
 - Transfert de biens immobiliers en inventaire : aucune disposition semblable à celle prévue à l'alinéa 85(1.1)f) L.I.R.

Dans la *Circulaire d'information 88-2*¹⁹, l'ARC avait mentionné qu'elle utiliserait la règle générale antiévitement (« RGAÉ ») afin de contester une planification dans laquelle un contribuable utilisait le paragraphe 97(2) L.I.R. pour contourner la restriction de transférer par roulement fiscal un bien immeuble en inventaire à une société en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. Selon l'ARC, « le paragraphe 245(2) s'appliquerait puisque le transfert des terrains à la société est contraire au plan de la Loi lue dans son ensemble, étant donné l'interdiction prévue à l'article 85 ».

C'est ainsi que l'ARC a tenté d'appliquer la RGAÉ, dans l'affaire *Loyens c. La Reine*²⁰, au fait que le contribuable se soit servi du paragraphe 97(2) L.I.R. pour transférer des immeubles en inventaire sur lesquels il y avait un gain latent en faveur d'une société ayant des pertes accumulées. Les contribuables en question avaient transféré un terrain qui constituait pour eux un bien immeuble en inventaire en faveur de la SP selon le paragraphe 97(2) L.I.R. La SP avait ensuite transféré le terrain à Perteco en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. et

¹⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information 88-2*, « Disposition générale anti-évitement – Article 245 de la Loi de l'impôt sur le revenu », 1^{er} janvier 1995, par. 22.

²⁰ 2003 D.T.C. 355 (C.C.I.).

Perteco avait vendu le terrain et utilisé ses pertes. La Cour décida que l'esprit de la *Loi de l'impôt sur le revenu* était respecté parce que la transaction n'avait pas eu pour but de transformer un revenu d'entreprise en un gain en capital et que rien dans l'interprétation de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'interdit d'utiliser des pertes à l'intérieur d'un groupe lié.

3.2. DISSOLUTION D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES

Avant de présenter les techniques utilisées afin d'incorporer une SP, il importe de connaître les règles fiscales liées à la dissolution d'une SP.

- Absence de choix fiscal pour différer les impôts – règles générales des paragraphes 98(1) et 98(2) L.I.R. :
 - Moment où une SP cesse d'exister : selon les lois de la province, jurisprudence quant à l'existence d'une SP²¹ et relativement au moment où une SP cesse d'exister²²;
 - La fin d'exercice de la SP survient immédiatement avant le moment où la SP a cessé d'exister (par. 99(1) L.I.R.), mais la fin d'exercice habituelle de la SP surviendra tout de même ultérieurement;
 - Une **modification est actuellement proposée** au paragraphe 99(1) L.I.R. afin d'éviter une double imposition pour l'associé ayant disposé de sa participation. En effet, l'associé doit inclure au calcul de son revenu la part du revenu de la SP pour l'exercice qui se termine immédiatement avant le moment où la société cesse d'exister, mais il doit calculer le PBR de sa participation immédiatement avant le moment où il a disposé de cette participation; ainsi, ce revenu attribué n'entre pas dans le calcul de son PBR à ce moment. La modification proposée fait donc en sorte de présumer que la fin d'exercice a lieu au moment qui survient immédiatement avant immédiatement avant le moment où elle cesse d'exister. La **position**

²¹ *Continental Bank Leasing Corporation c. La Reine*, 98 D.T.C. 6505 (C.S.C.); *Spire Freezers Ltd. et autres c. La Reine*, 2001 D.T.C. 5158 (C.S.C.) et *Backman c. La Reine*, 2001 D.T.C. 5149 (C.S.C.).

²² *Hanalene Investment Ltd. c. MRN*, 65 D.T.C. 152 (C.R.I.) et *Ivan D. Howatt c. MRN*, 89 D.T.C. 215 (C.C.I.).

de l'ARC est **ambiguë** concernant l'application de la modification, proposée en attendant la sanction royale²³;

- Afin d'éviter les conséquences fiscales immédiates de la disposition des participations des associés, une SP ayant cessé d'exister est réputée ne pas avoir cessé d'exister tant que tous ses biens, ou leurs biens substitués n'auront pas été attribués aux associés (al. 98(1)a) L.I.R.);
- **Participation réputée des associés** dans la SP jusqu'au moment où tous ses biens ou biens substitués ont été distribués aux associés et le droit de ces personnes dans le partage de ces biens est réputé être une participation dans la SP (al. 98(1)a) et b) L.I.R.);
- Quant au calcul du PBR, le PBR négatif d'une participation dans une SP ayant cessé d'exister devient un gain en capital imposable pour cet associé dans l'année d'imposition du contribuable qui comprend la fin de l'exercice de la SP (al. 98(1)c) L.I.R.) à **l'exception de l'exercice financier qui comprend la cessation**²⁴;
- La SP ayant cessé d'exister est réputée disposer de ses biens en faveur des associés pour un produit équivalant à leur JVM et les associés seront réputés les avoir acquis pour cette même valeur (par. 98(2) L.I.R.). Le PBR de la participation est donc rajusté au fur et à mesure de la disposition des biens par la SP;
- Dès que tous les biens ont été distribués par la SP, les associés sont réputés avoir disposé de leur participation dans la société pour un produit de disposition (« PD ») égal à la JVM de cette participation, soit la JVM des biens reçus lors de la distribution des biens par la SP (par. 98(2) L.I.R.). La prise en charge des dettes par les associés est considérée comme un apport et **permet d'éviter la réalisation d'un gain en capital sur la portion des dettes prise en charge par l'associé.**

²³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2010-0356111E5, « Administrative policy on proposed changes to 99(1) », 30 juin 2010 *versus* AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-0275471E5, « Société de personnes/Ajustement au PBR », 15 juillet 2008.

²⁴ Voir « Table ronde de Revenu Canada », dans *1988 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1989, pp. 53:91-188, à la page 53:134.

- Choix fiscal visant à transférer les biens aux associés sans impact fiscal – paragraphe 98(3) L.I.R. :
 - L'objectif du paragraphe 98(3) L.I.R. est de remettre entre les mains des associés les biens de la SP sans impact fiscal;
 - Pour bénéficier de ce roulement fiscal, une SP canadienne (par. 102(1) L.I.R. – tous les associés sont des résidents canadiens) doit cesser d'exister et un choix collectif (par. 96(4) L.I.R. – il n'est pas possible d'annuler ou de modifier ce choix²⁵) doit être produit au moyen des formulaires prescrits (T2060 et TP-620) dans les délais prescrits (au plus tard à la première des dates où un membre doit produire une déclaration de revenus pour l'année où la SP a cessé d'exister) selon lequel tous les biens de la SP sont attribués aux associés de sorte que **chacun des associés reçoive un droit indivis dans chacun des biens**, établi en fonction de sa participation au sein de la SP;
 - Pour que cette dernière condition soit remplie, chaque associé doit recevoir la part indivise à laquelle il a droit dans chacun des biens. Ainsi, pour une SP de 100 associés qui détient 100 actions, cela implique que chaque associé reçoive 1/100^e de chaque action **et non** chacun une action;
 - L'application du paragraphe 98(3) L.I.R. fait en sorte que la SP est réputée disposer de tous ses biens à leur coût indiqué (al. 98(3)f) L.I.R.) alors que l'associé dispose de sa participation au plus élevé de son PBR et du total de l'argent et des droits indivis dans chacun des biens qu'il a reçus à la dissolution (al. 98(3)a) L.I.R.). Un gain en capital peut être réalisé mais jamais de perte en capital. Un associé qui prend en charge les dettes ou une partie des dettes de la SP peut augmenter son PBR et ainsi réaliser moins de gain en capital²⁶;

²⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0141981E5, « Application of Subsection 98(3) », 14 février 2006.

²⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-338R2 (archivé), « Participation dans une société de personnes – Incidence de l'admission d'un nouvel associé dans la société de personnes ou du départ d'un associé sur le prix de base rajusté », 10 juillet 1995, par. 6.

- Dans une interprétation technique récente²⁷, l'ARC a indiqué que les gains ou pertes de change pourraient être **réalisés en vertu du paragraphe 39(2) L.I.R. aux fins du choix fiscal prévu au paragraphe 98(3) L.I.R.** quoique cela demeure une question de fait. Il pourrait donc être possible de reconnaître l'augmentation du PBR lorsque des dettes en devises sont prises en charge par les anciens associés;
- Pour chaque associé, le coût du droit indivis sera le total du pourcentage du coût indiqué du bien plus la majoration possible si la perte en capital est réalisée à la disposition de la participation de l'associé dans la SP pour les biens autres qu'amortissables (al. 98(3)b) L.I.R.). De plus, l'ARC considère que les immobilisations admissibles ne peuvent pas faire l'objet d'une majoration puisqu'il s'agit de revenu d'entreprise. Sous réserve d'une analyse plus approfondie et d'une interprétation de l'ARC, si le **choix du paragraphe 14(1.01) L.I.R.** était produit, serait-il possible de majorer le coût de ce bien?
- Le défi dans l'application de cette disposition sera de **retirer les associés de cette indivision**. Si le bien qui est détenu en indivision (détention conjointe de tous les biens remis aux associés) peut être partagé de sorte que l'associé reçoive une part divisée dont la JVM est équivalente au droit indivis qu'il avait dans le bien avant le partage, le paragraphe 248(20) L.I.R. s'appliquera et aucune conséquence fiscale ne résultera de ce partage. Toutefois, il n'est pas toujours possible de partager un bien en parts égales équivalant au pourcentage du droit de l'associé dans le bien (par exemple, un bâtiment). Ainsi, il pourrait y avoir acquisition ou disposition de droits dans le bien, ce qui aurait des conséquences fiscales.
- Choix fiscal visant à transférer les biens à un propriétaire unique – paragraphe 98(5) L.I.R. :
 - Ce paragraphe sera utilisé lorsqu'un des associés désire poursuivre seul l'exploitation de l'entreprise de la SP. Il arrive souvent qu'une SP n'ayant que deux associés utilise ce paragraphe pour éviter les conséquences fiscales du retrait d'un des deux associés. L'objectif est

²⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2009-0317591E5, « Foreign exchange gains/losses when partners assume partnership debt », 16 novembre 2009.

donc de remettre entre les mains d'un associé les biens de la SP sans impact fiscal;

- Pour bénéficier de ce roulement fiscal, une SP canadienne (par. 102(1) L.I.R.) doit avoir cessé d'exister et, dans les trois mois suivant la dissolution de la SP, une seule personne qui était associée de cette SP (particulier, fiducie ou société, sauf une autre SP²⁸) poursuit à titre de propriétaire unique l'exploitation de l'entreprise de la SP et utilise dans l'exploitation de son entreprise les biens qu'elle a reçus au titre de la disposition de sa participation dans la SP;
- L'application de ce paragraphe fait en sorte que la SP est réputée disposer de ces biens à leur coût indiqué (al. 98(5)f) L.I.R.) et le propriétaire unique les acquiert pour leur coût indiqué plus la majoration possible (al. 98(5)b) L.I.R.). L'ARC a récemment rendu une décision anticipée dans laquelle elle confirmait que le **paragraphe 13(21.2) L.I.R. n'était pas applicable lorsque la SP était dissoute en vertu des règles du paragraphe 98(5) L.I.R.**²⁹;
- Le propriétaire unique est réputé disposer de sa participation pour un PD égal au plus élevé de 1) le total du PBR de sa participation dans la SP et du PBR de toutes les autres participations qu'il est réputé avoir acquises et de 2) le total du coût indiqué de tous les biens qu'il a reçus de la SP et du montant de tout autre produit (par exemple, argent reçu ou biens reçus de la SP non utilisés dans l'exploitation de l'entreprise de la SP) qu'il a reçu de la disposition de sa participation dans la SP (al. 98(5)a) L.I.R.). Encore ici, aucune perte en capital n'est possible mais le gain en capital peut être épongé si le propriétaire unique prend en charge des dettes de la SP;
- Les autres anciens associés sont réputés disposer de leur participation pour un PD égal à la JVM de leur participation (al. 98(5)g) L.I.R.).

²⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2000-0060725, « Partnership rollover », 26 janvier 2001.

²⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2009-0347301R3, « Does s.s. 13(21.2) apply on s.s. 98(5) rollover », 23 juin 2010.

3.3. INCORPORATION D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES

Avant le 21 juin 2001, il n'était pas possible pour les professionnels de poursuivre l'exploitation de leur entreprise de services professionnels par l'entremise d'une SPA; à cette date, le *Code des professions*³⁰ a été modifié afin de permettre aux différents ordres professionnels d'adopter un règlement pour permettre l'exercice de leur profession respective par l'entremise d'une SPA. Avant de procéder à l'incorporation d'une société de professionnels, on s'assurera que ce règlement a été adopté.

- Par l'application combinée des paragraphes 85(2) et 85(3) L.I.R.

L'application combinée du paragraphe 85(2) L.I.R., qui permet le roulement des biens de la SP à une SPA, et du paragraphe 85(3) L.I.R., qui prévoit la dissolution de la SP, vise à incorporer une SP.

- La première étape consiste à transférer les biens de la SP en faveur d'une SPA. Afin de bénéficier du roulement prévu au paragraphe 85(2) L.I.R., la SP devra disposer d'un bien en immobilisation (même définition de « bien admissible » qu'en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R., donc impossibilité de « rouler » des immeubles en inventaire) en faveur d'une société canadienne imposable pour une contrepartie comprenant au moins des actions du capital-actions de la société (une contrepartie autre qu'en actions (« CAA ») peut aussi être reçue) et un choix conjoint doit être produit à l'aide des formulaires prescrits (T2058 et TP-529) dans les délais prescrits (par. 85(6) L.I.R. au plus tard à la date où la SP est tenue de produire sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition pendant laquelle le choix est effectué);
- La deuxième étape consiste à dissoudre la SP en vertu des règles du paragraphe 85(3) L.I.R. Afin que le paragraphe 85(3) L.I.R. s'applique à la dissolution, le paragraphe 85(2) L.I.R. doit être appliqué à la disposition des biens de la SP en faveur de la société, les affaires de la SP doivent avoir été mises en liquidation dans les 60 jours suivant la disposition et la SP doit avoir pour seuls biens avant sa dissolution l'argent ou les biens reçus de la société en contrepartie de la disposition;

³⁰ L.R.Q., c. C-26.

- Les associés seront réputés acquérir leur CAA pour un montant égal à leur JVM (al. 85(3)d) L.I.R.), les actions privilégiées pour un montant égal au PBR de leur participation moins la CAA sauf si des actions ordinaires sont aussi reçues, auquel cas le coût des actions privilégiées équivaudra au moins élevé de la JVM des actions privilégiées de cette catégorie et du PBR de leur participation moins la CAA (al. 85(3)e) L.I.R.) et, finalement, le coût des actions ordinaires sera équivalent au PBR de leur participation moins la CAA moins le coût des actions privilégiées (al. 85(3)f) L.I.R.);
- Les associés seront réputés disposer de leur participation pour un montant égal au coût de toutes les actions, tous les biens et tout l'argent reçus en contrepartie de la disposition de leur participation (al. 85(3)g) L.I.R.);
- De son côté, la SP sera réputée avoir disposé de tous les biens à leur coût indiqué (al. 85(3)h) L.I.R.);
- Position incongrue de l'ARC dans une interprétation technique³¹, où la question posée porte sur l'application combinée des paragraphes 85(2) et 85(3) L.I.R. pour le **transfert des biens de la SP à plus d'une société**. Cela permettrait de partager les actifs d'une SP entre deux associés sans impact fiscal et d'éviter d'avoir à gérer les conditions restreintes du paragraphe 98(3) L.I.R. L'ARC mentionne qu'à son avis le paragraphe 85(2) L.I.R. pourrait s'appliquer à la disposition des biens d'une SP en faveur de plusieurs sociétés, mais que le paragraphe 85(3) L.I.R. ne peut être utilisé pour dissoudre la SP puisque les seuls biens de la SP avant la dissolution doivent être les actions reçues de la société en contrepartie de la disposition. Selon l'ARC, il ne peut y avoir d'actions de deux sociétés. Il faudrait donc soumettre la question à l'ARC en argumentant que le passage du paragraphe 85(3) L.I.R. indiquant que les seuls biens de la SP doivent être les actions reçues de la société en contrepartie de la disposition signifie que l'on doit regarder chaque disposition de bien de façon distincte pour chaque société en vertu du paragraphe 85(2) L.I.R.

³¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0071495, « Partnership one corporation rollover », 29 mai 2002.

- Utilisation du paragraphe 98(5) L.I.R.

Bien que le paragraphe 98(5) L.I.R. soit principalement utilisé afin de dissoudre une SP lorsqu'un des associés désire poursuivre seul l'exploitation de l'entreprise de la SP, il est possible de mettre en place certaines transactions afin de l'utiliser pour incorporer une SP.

- La première étape consiste, pour l'un des associés, à transférer la participation qu'il détient dans la SP à une SPA par roulement fiscal en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. La SP a comme associés la SPA et un autre particulier (dans la mesure où la SP n'avait que deux associés, des individus);
- La deuxième étape consiste à transférer la participation du deuxième associé en faveur de la SPA par roulement fiscal. À ce moment, la SP est dissoute puisqu'elle n'a plus qu'un associé. Les conséquences fiscales déjà discutées du paragraphe 98(5) L.I.R. trouvent application;
- Avantages : **délai de trois mois – au lieu de seulement 60 jours – pour mettre les affaires de la SP en liquidation** et non-application du paragraphe 13(21.2) L.I.R.

- Incorporation de professionnels en conservant la structure d'une SP

Plusieurs décisions anticipées ont été rendues depuis 2006 afin que chaque associé membre d'une SP puisse gagner son revenu professionnel par l'entremise d'une SPA sans dissoudre la SP. Cette structure a pour avantage de poursuivre l'exploitation de l'entreprise de la SP en SENCRL mais en faisant passer le revenu gagné par le professionnel par sa SPA.

- La structure initiale est donc une SP (SENC) dont tous les membres sont des individus professionnels;
- La première étape consiste à transformer la SENC en SENCRL afin de limiter la responsabilité des associés à l'égard des fautes commises par les autres professionnels;
- Ensuite, chaque associé membre de la SENCRL, sans disposer de sa participation dans la SENCRL, incorpore une SPA qui signe une convention de services avec la SENCRL. Les professionnels rendent

donc des services professionnels à la SENCRL par l'entremise de leur SPA;

- Le professionnel associé de la SENCRL et actionnaire de sa SPA doit signer une convention d'emploi avec sa SPA (attention aux ententes de rémunération basées sur des dividendes seulement). Les services de promotion et de gestion de la SENCRL sont toujours rendus par les associés personnellement;
- Les avantages fiscaux reliés à l'exploitation de la SP de cette façon sont nombreux. La **DPA est accessible pour tous les professionnels** (sous réserve d'un test annuel en vertu du paragraphe 256(2.1) L.I.R.), les SPA ne sont pas qualifiées d'entreprises de prestation de services personnels puisque les professionnels ne sont pas des employés de la SENCRL (attention aux clauses de non-concurrence), et le revenu de la SP est moindre puisque les dépenses payées aux SPA sont déduites de son revenu; ainsi, le revenu payé aux SPA n'est pas considéré comme un revenu de SP déterminé;
- Un autre point important à considérer : les taxes à la consommation pour les services rendus par la SENCRL aux SPA et par les SPA à la SENCRL.

3.4. FUSION DE SOCIÉTÉ DE PERSONNES

Aucune disposition spécifique de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne prévoit les conséquences fiscales d'une fusion de deux SP. Par contre, **une combinaison de dispositions régissant les réorganisations de SP peut être utilisée afin de fusionner deux SP.**

- La première technique qu'il est possible d'utiliser est la combinaison des paragraphes 97(2) et 98(3) L.I.R. Dans un premier temps, la SP est dissoute en vertu des règles du paragraphe 98(3) L.I.R. et les associés reçoivent chacun une part indivise équivalant à leur participation dans la SP pour chaque bien de la SP. Les associés peuvent ensuite transférer cette part indivise dans chaque bien de l'ancienne SP en vertu du paragraphe 97(2) L.I.R. en faveur de la nouvelle SP à titre d'apport. Tous les droits indivis seront réunis entre les mains du même propriétaire, soit la nouvelle SP;
- La deuxième technique vise à transférer les participations que tous les associés détiennent dans une première SP à une deuxième SP en vertu du paragraphe 97(2) L.I.R. Puisque la première SP n'a qu'un seul

associé à ce moment, elle peut être dissoute en vertu des règles du paragraphe 98(5) L.I.R.

CONCLUSION

Même si de nombreuses raisons pourraient être avancées afin de conclure que les sociétés de personnes seront de moins en moins utilisées comme véhicule d'affaires au Québec et au Canada, nous croyons tout de même que leur existence n'est pas menacée pour autant. Il existe toujours de nombreux avantages à l'utilisation d'une société de personnes afin d'exploiter une entreprise et les fiscalistes continueront à être appelés à étudier l'imposition des sociétés de personnes.

LES PRODUITS D'ASSURANCE UTILES AUX SOCIÉTÉS PRIVÉES ET LEURS ACTIONNAIRES



Valérie Ménard
BAA,
conseillère en sécurité financière
Desjardins, Ménard & Associés Ltée

TABLE DES MATIÈRES

1.	PRODUITS D'ASSURANCE.....	17:3
2.	ASSURANCE VIE.....	17:3
3.	MALADIE GRAVE.....	17:4
4.	INVALIDITÉ : ASSURANCE SALAIRE	17:5
5.	INVALIDITÉ : FRAIS GÉNÉRAUX	17:5
6.	INVALIDITÉ : RACHAT DE PARTS	17:6
7.	FINANCEMENT DE LA CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES.....	17:6
8.	FINANCEMENT DES EMPRUNTS	17:7
9.	PROTECTION DES PERSONNES CLÉS DE L'ENTREPRISE.....	17:7

10.	FINANCEMENT DES IMPÔTS AU DÉCÈS.....	17:8
11.	DONS PLANIFIÉS	17:9
12.	ÉQUITÉ ENTRE LES HÉRITIERS	17:10
13.	TRANSFERT INTERGÉNÉRATIONNEL	17:10
14.	CRÉATION DE REVENU SANS COMPROMETTRE LA SUCCESSION (RENTE « DOS À DOS »).....	17:11
15.	PROTECTION DU REVENU EN CAS D'INVALIDITÉ.....	17:14
16.	L'ASSURABILITÉ DES ACTIONNAIRES	17:15

1. PRODUITS D'ASSURANCE

a) Deux catégories d'assurance :

i) Assurance-vie :

a) Assurance-vie temporaire,

b) Assurance-vie permanente :

i) Vie entière,

ii) Vie universelle,

iii) T100;

ii) Prestations du vivant :

a) Maladie grave,

b) Soins de longue durée,

c) Invalidité :

i) Salaire,

ii) Frais généraux,

iii) Rachat de parts.

2. ASSURANCE VIE

a) Capital-décès payable à un(des) bénéficiaire(s) nommé(s);

b) Non imposable lorsqu'elle est payable à un(des) individu(s);

c) Le capital-décès encaissé par une société est crédité au compte de dividendes en capital (« CDC ») :

- i) Fiscalité :
 - 1) Fonds d'accumulation + capital-décès - coût de base rajusté (« CBR ») du contrat = CDC,
 - 2) Le CBR du contrat est le coût fiscal de la partie épargne d'une police d'assurance vie,
 - 3) Calcul : primes payées - coût net d'assurance pure de la police,
 - 4) Référence : paragraphe 148(9) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹,
 - 5) Référence : alinéa 89(1)d) L.I.R.;
- d) Possibilité d'accumuler des valeurs à l'intérieur d'un contrat :
 - i) Accumulation à l'abri de l'impôt,
 - ii) Se transforme en capital non imposable au moment du décès (contrats exonérés seulement).

3. MALADIE GRAVE

- a) Montant forfaitaire payable lorsqu'un assuré survit 30 jours à un diagnostic de l'une des maladies définies au contrat;
- b) Montant forfaitaire payable au titulaire du contrat;
- c) Fiscalité :
 - i) L'Agence du revenu du Canada n'a pas encore statué sur le traitement fiscal de la prestation et des primes payées;
 - ii) De manière générale :
 - a) Les primes ne sont pas déductibles,
 - b) La prestation n'est pas imposable (ne peut pas être portée au CDC).

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

4. INVALIDITÉ : ASSURANCE SALAIRE

- a) Protège le revenu de l'actionnaire lorsque ce dernier est déclaré invalide par un médecin;
- b) Prestation mensuelle payable après un délai de carence déterminé :
 - i) Délai de carence : délai d'attente entre le début de l'invalidité et le paiement des prestations;
- c) Prestation payable pendant deux ans, cinq ans ou jusqu'à l'âge de 65 ans :
 - i) Peut être payable jusqu'à l'âge de 70 ans si l'assuré travaille un minimum de 30 heures par semaine;
- d) Fiscalité :
 - i) Primes payées par la société :
 - 1) Déductibles pour l'entreprise (al. 18(1)a) L.I.R.),
 - 2) Procurent des prestations imposables dans les mains de l'actionnaire (par. 15(1) L.I.R.);
 - ii) Primes payées par l'actionnaire :
 - 1) Non déductibles,
 - 2) Procurent des prestations non imposables dans les mains de l'actionnaire.

5. INVALIDITÉ : FRAIS GÉNÉRAUX

- a) Procure un revenu pour couvrir les frais fixes d'une entreprise lorsqu'un actionnaire est déclaré invalide par un médecin;
- b) Prestations mensuelles payables après un délai de carence déterminé :
 - i) Délai de carence : délai d'attente entre le début de l'invalidité et le paiement des prestations;

- c) Les primes doivent être payées par une entreprise et sont déductibles;
- d) Les prestations sont imposables.

6. INVALIDITÉ : RACHAT DE PARTS

- a) Procure un montant forfaitaire à une société lorsqu'un actionnaire est déclaré invalide par un médecin;
- b) Le montant doit être utilisé dans le but d'effectuer le rachat d'actions de l'actionnaire invalide (après une invalidité de 365 ou 730 jours);
- c) Primes payées par la société et **non déductibles** pour cette dernière;
- d) Le montant forfaitaire payé **n'est pas** imposable pour la société;
- e) Le montant **ne peut pas être** porté au CDC;
- f) Conditions d'admission de la société :
 - i) Être en affaires depuis au moins trois ans, avoir une valeur nette d'au moins 50 000 \$, la participation de l'actionnaire (ou des actionnaires) doit être d'un minimum de 10 % et d'au plus 90 %, les produits sont limités à 2 M\$ de couverture par actionnaire.

Les sections qui suivent (7 à 15) présentent des scénarios d'utilisation de l'assurance par la société privée et ses actionnaires.

7. FINANCEMENT DE LA CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES

- a) Produits utiles :
 - i) Assurance vie,
 - ii) Assurance-rachat de parts en cas d'invalidité;
- b) Détermination des montants :
 - i) Selon la valeur des parts de chacun des associés,
 - ii) Assurer le plein montant;

c) Utilités :

- i) Création de liquidités immédiates,
- ii) Garantit un marché pour les actions à la pleine valeur,
- iii) Empêche la famille du défunt (ou de l'invalidé) d'entrer dans l'entreprise,
- iv) Rassure les employés, les créanciers et les clients,
- v) Évite l'interruption forcée des affaires,
- vi) Permet le maintien de la détention proportionnelle des actions entre les actionnaires survivants.

8. FINANCEMENT DES EMPRUNTS

a) Produit utile :

- i) Assurance vie;

b) Détermination des montants :

- i) Montant du prêt;

c) Utilités :

- i) Céder en garantie le(les) contrat(s) d'assurance à la banque,
- ii) Création de liquidités immédiates dans le cas du décès de l'un des actionnaires afin de rembourser le prêt,
- iii) Évite de devoir liquider des actifs en cas de rappel du prêt à la suite d'un décès,
- iv) Évite de céder des garanties personnelles ou commerciales.

9. PROTECTION DES PERSONNES CLÉS DE L'ENTREPRISE

Les personnes clés sont des employés qui sont devenus des personnes engagées dans les activités de vente ou qui entretiennent personnellement

d'excellentes relations avec des clients importants. En raison des connaissances ou des compétences spécialisées qu'elles possèdent, leur remplacement se révélerait difficile et très coûteux. Elles possèdent des compétences distinctives qui portent les prêteurs à consentir volontiers des crédits à l'entreprise.

a) Produits et utilités :

i) Assurance vie :

- 1) Injection immédiate de fonds dans l'entreprise,
- 2) Hausser le fonds de roulement,
- 3) Compenser les pertes éventuelles;

ii) Assurance invalidité :

- 1) Garantir le paiement d'une fraction déterminée de la rémunération du collaborateur;

iii) Assurance contre les maladies graves :

- 1) Compenser les pertes occasionnées ou la baisse de productivité,
- 2) Permettre au collaborateur de prendre le temps de se rétablir,
- 3) Assumer les coûts associés au recrutement temporaire.

10. FINANCEMENT DES IMPÔTS AU DÉCÈS

a) Produit utile :

i) Assurance vie;

b) Détermination du montant :

i) Projection des impôts exigibles en cas de décès immédiat;

c) Utilités :

- i) Création de liquidités libres d'impôt afin de régler rapidement la facture d'impôts et régler la succession dans un délai raisonnable,
- ii) Évite d'appauvrir la succession du montant d'impôt payable.

11. DONS PLANIFIÉS

a) Produit utile :

- i) Assurance vie (nouvelle ou déjà en vigueur);

b) Détermination du montant :

- i) Le montant que la personne souhaite donner à l'organisme de charité au moment de son décès;

c) Utilités :

- i) Permet de faire un don considérable à un organisme de charité;
- ii) Évite d'appauvrir sa succession de ce montant;

iii) Fiscalité :

- 1) Contrat détenu personnellement = crédit d'impôt,
- 2) Contrat détenu par une société = déductions fiscales pour la société;
- iv) Obtenir un crédit d'impôt de son vivant égal au montant de la prime versée annuellement **ou** obtenir un crédit d'impôt au moment de son décès égal au montant du capital-décès;
- v) L'application du crédit (ou de la déduction) contre les revenus imposables permet une économie d'impôts importante.

12. ÉQUITÉ ENTRE LES HÉRITIERS

- a) Produit utile :
 - i) Assurance vie (nommer l'enfant qui ne travaille pas dans l'entreprise bénéficiaire unique);
- b) Détermination du montant :
 - i) Valeur actuelle des parts de l'actionnaire dans l'entreprise,
 - ii) Montant cédé à l'enfant impliqué dans l'entreprise;
- c) Utilités :
 - i) Ne met pas la survie de la société en péril à cause d'éventuelles disputes entre les héritiers,
 - ii) Permet le transfert des parts en bonne et due forme à l'enfant impliqué dans l'entreprise,
 - iii) Permet d'obtenir une succession équitable et fiscalement avantageuse.

13. TRANSFERT INTERGÉNÉRATIONNEL

- a) Produit utile :
 - i) Assurance vie sur la tête d'un enfant,
 - ii) Provisionner le contrat avec des dollars qui s'accumuleront à l'abri de l'impôt;
- b) Détermination des montants :
 - i) Capital-décès qui permettra d'investir les sommes souhaitées,

ii) Fiscalité :

- 1) En fonction des limites fiscales imposées par le gouvernement. La **police type aux fins fiscales (p.t.e.)** permet d'établir un plafond de placements qui ne peut dépasser le contrat réel. Contrat exonéré d'impôt uniquement;

c) Utilités :

- i) Création d'un patrimoine à un enfant (le capital assuré),
- ii) Protection de leur assurabilité future,
- iii) Au moment choisi, le parent transfère la propriété du contrat à l'enfant et les valeurs investies sans impact fiscal :

1) Fiscalité :

- a) Référence : dispositions des paragraphes 148(8.1), 148(8.2) et 148(8.8) L.I.R.,
- b) Lorsqu'il y a un transfert entre un parent à un enfant (ou grand-parent), il n'y a pas d'impact fiscal,
- iv) Procure des fonds aux parents qui souhaitent prendre un moment sans travailler advenant le décès d'un enfant.

14. CRÉATION DE REVENU SANS COMPROMETTRE LA SUCCESSION (RENTE « DOS À DOS »)

a) Produits utiles :

- i) Rente viagère (immédiate et prescrite),
- ii) Assurance vie;

b) Détermination des montants :

- i) Investissement souhaité, par exemple 500 000 \$,
- ii) Revenu viager souhaité, par exemple plus ou moins 40 000 \$ par année;

c) Utilités :

- i) La rente procure un revenu viager dont la partie imposable est connue pour la durée du contrat,
- ii) L'assurance vie remplace le capital investi et n'appauvrit pas la succession du rentier,
- iii) De son vivant, l'actionnaire recevra une rente annuelle garantie qui pourra compléter son portefeuille d'investissement,
- iv) Mises en commun, la rente et l'assurance vie procurent un rendement annuel garanti intéressant. Ce rendement est souvent plus élevé que ceux des certificats de placement garanti (« CPG »).

- **Structure d'une rente assurée**

a) Rente viagère :

- i) Le premier élément d'une rente assurée typique a trait à la souscription par un particulier ou par certaines fiducies d'une rente viagère dite prescrite aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*,
- ii) Il doit s'agir de fonds non enregistrés,
- iii) Afin de maximiser le revenu, la rente est généralement versée la vie durant du rentier, et ce, sans période de garantie,
- iv) Une rente prescrite est une rente immédiate non enregistrée détenue par un particulier ou certaines fiducies qui en sont à la fois propriétaire et rentier :
 - 1) Les paiements en vertu de cette rente doivent être faits au propriétaire de la rente à intervalles réguliers au moins une fois par année,
 - 2) Une rente détenue par une société ne peut être une rente prescrite (article 304 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*²);

² C.R.C., 1978, ch. 945 et mod.

- v) Les paiements en vertu d'une rente, avec période de garantie de 5, 10, 15 ans ou plus, sont généralement moins élevés que si la rente ne comporte aucune période de garantie :
 - 1) Une période de garantie représente la période durant laquelle, advenant le décès du rentier, le bénéficiaire continuera à toucher les arrérages de la rente;
- b) Assurance vie :
 - i) Le deuxième élément concerne la souscription d'une police d'assurance vie sur la tête d'un particulier,
 - ii) La partie après impôts des paiements de rente sert à acquitter les primes,
 - iii) Les polices d'assurance dont la valeur de rachat est minimale ou inexistante, comme les régimes temporaires jusqu'à 100 ans ou les polices d'assurance vie universelle à provisionnement minimale sont les polices utilisées le plus souvent à cause du niveau relativement peu élevé des primes exigibles;
- c) Fiscalité :
 - i) Par définition, chaque paiement de la rente prescrite renferme une combinaison d'intérêts imposables et de rendement de capital libre d'impôt,
 - ii) La proportion relative d'intérêt et de capital dans chaque paiement est identique,
 - iii) L'imposition uniforme des intérêts aux termes d'une rente prescrite, plus le rendement du capital original, peuvent fournir des rentrées de fonds après impôts qui sont supérieures à celles offertes aux termes d'autres moyens d'épargne comme les CPG.

Comparaison des résultats

Client : H, 65 ans, NF

Flux monétaire - exemple :

Capital / Montant de la couverture : 500 000 \$
 Taux du CPG : 5,00%
 Taux d'imposition : 48,22%
 Assurance permanente : BMO
 Rente : Empire Vie - Viagère prescrite, 3 ans de garantie

	CPG	Rente assurée
Revenu annuel	25 000 \$	39 184 \$
Impôt payable	12 055 \$	4 958 \$
Dépôt de prime	0 \$	14 465 \$
Flux monétaire annuel net	12 945 \$	19 761 \$
Rendement net	2,59%	3,95%
Rendement brut équivalent	5,00%	7,63%
		53% de plus

15. PROTECTION DU REVENU EN CAS D'INVALIDITÉ

a) Produit utile :

i) Assurance salaire;

b) Détermination du montant :

i) En fonction des revenus annuels au moment de la souscription du contrat;

c) Utilités :

i) Procure un revenu annuel non imposable jusqu'à l'âge de 65 ans,

ii) Évite aux autres actionnaires de verser un revenu sans que l'invalidé participe aux activités de l'entreprise,

iii) La définition de l'invalidité est large et ciblée,

iv) Couvre tous les types de revenus : bonis, dividendes, fractionnement de revenu, etc.,

- v) À partir d'un an d'invalidité, les prestations peuvent être indexées en fonction de l'indice des prix à la consommation,
- vi) L'assurance salaire individuelle est propre à l'assuré et non à son employeur. Advenant un changement de carrière, l'assuré peut conserver son assurance aux mêmes conditions.

16. L'ASSURABILITÉ DES ACTIONNAIRES

- a) L'évaluation de l'assurabilité devrait être la première étape à regarder;
- b) Pour évaluer l'assurabilité, les éléments suivants sont étudiés :
 - i) État de santé (antécédents familiaux, maladies préexistantes, etc.),
 - ii) Style de vie (sports dangereux, activités hasardeuses, consommation d'alcool et de drogue, dossier de conduite, etc.),
 - iii) Données financières de l'entreprise (organigramme, états financiers, nature et activités de l'entreprise, etc.),
 - iv) Intérêt assurable.

LES DIFFÉRENTES ÉTAPES D'UN LITIGE FISCAL : DE LA VÉRIFICATION JUSQU' AUX TRIBUNAUX



Bernard Gaudreau
Avocat, M. Fisc.
Ogilvy Renault
s.e.n.c.r.l., s.r.l.



Danny Galarneau
Avocat
Direction du contentieux du Revenu
Revenu Québec

TABLE DES MATIÈRES

1.	SÉLECTION DU DOSSIER	18:3
2.	VÉRIFICATION	18:3
3.	PROJET DE COTISATION	18:8
4.	COTISATION	18:9
5.	OPPOSITION	18:9
6.	MESURES DE RECOUVREMENT	18:16
7.	APPEL	18:16

1. SÉLECTION DU DOSSIER

Bureau de lutte contre l'évasion fiscale :

- Direction des particuliers;
- Direction des entreprises;
- Enquêtes spéciales.

2. VÉRIFICATION

- Procuration :
 - Revenu Québec : Formulaire MR-69¹,
 - Agence du revenu du Canada (« ARC ») : Formulaire T1013²;
- Entrée en contact avec le vérificateur;
- Prise de connaissance des paramètres de vérification :
 - Vérification ciblée,
 - Vérification générale.

¹ REVENU QUÉBEC, Formulaire MR-69, « Autorisation relative à la communication de renseignements, procuration ou révocation », avril 2011.

² AGENCE DU REVENU DU CANADA, Formulaire T1013, « Demander ou annuler l'autorisation d'un représentant ».

2 Renseignements visés (remplissez les parties 2.1 et 2.2)

2.1 Cette autorisation ou cette procuration vise uniquement les renseignements ou documents qui se rapportent à ce qui suit :

- ☐ ma ou mes déclarations de revenus des particuliers
☐ ma ou mes déclarations de revenus des sociétés
☐ ma ou mes déclarations de revenus des fiduciaires
☐ mes versements anticipés du crédit d'impôt pour maintien à domicile d'une personne âgée
☐ mon allocation-logement
☐ mes déclarations de droits sur les licences ▽ Précisez, s'il y a lieu, le ou les numéros de dossier concernés ▽
☐ mes déclarations de TVQ² et de TPS/TVH en tant qu'entrepreneur : _____
☐ mes déclarations de taxe sur les carburants : _____
☐ mes déclarations d'impôt sur le tabac : _____
☐ mes retenues et mes cotisations à titre d'employeur : _____
☐ ma pension alimentaire : _____
☐ le ou les renseignements ou documents suivants : _____
☐ tous les renseignements que le Ministère détient à mon sujet pour l'application ou l'exécution des lois fiscales et de la Loi sur la taxe d'accise.

2.2 Cette autorisation ou cette procuration s'applique aux années ou aux périodes suivantes : _____

3 Autorisation ou procuration (signez après avoir rempli l'autorisation ou la procuration)☐ **Autorisation**

Moi, _____, j'autorise le ministère du Revenu à communiquer à la personne dont le nom figure à la partie 1.2 les renseignements visés à la partie 2.

ou

☐ **Procuration**

Moi, _____, je nomme comme mandataire la personne dont le nom figure à la partie 1.2. À ce titre elle me représentera auprès du Ministère et aura le pouvoir de fournir au Ministère et de modifier, pour moi et en mon nom, tout renseignement ou document visé à la partie 2. Elle aura aussi le pouvoir de participer à toute négociation avec le Ministère en ce qui concerne de tels renseignements ou documents. J'autorise le Ministère à communiquer au mandataire désigné à la partie 1.2 les renseignements nécessaires à l'exécution de son mandat.

Signature

Cette autorisation ou cette procuration restera valide pour une durée de trois ans à compter de la date indiquée ci-dessous

ou jusqu'au _____ (maximum trois ans), à moins que moi ou mon représentant autorisé ne la révoque.

Signature du particulier ou du représentant autorisé_____
Fonction_____
Date**Remplissez la partie 4 seulement pour modifier une autorisation ou une procuration (une révocation doit être faite avant d'en donner une nouvelle) ou pour une révocation.****4 Révocation**Cochez la case appropriée : ☐ révocation d'une autorisation ☐ révocation d'une procuration

Moi, _____, je révoque l'autorisation ou la procuration

donnée à _____, le _____

Signature du particulier ou du représentant autorisé_____
Fonction_____
Date

2. Les taxes suivantes sont prévues dans la Loi sur la taxe de vente du Québec : taxe de vente du Québec, taxe sur les boissons alcooliques, taxe sur les primes d'assurance, taxe sur le pari mutuel, taxe sur l'hébergement, droit spécifique sur les pneus neufs.

Procuration ARC : Formulaire T1013



Agence du revenu
du Canada

Canada Revenue
Agency

Demander ou annuler l'autorisation d'un représentant

Remplissez ce formulaire pour donner votre consentement à l'Agence du revenu du Canada (ARC) de traiter avec une autre personne (telle que votre époux ou conjoint de fait, un autre membre de votre famille, un ami ou votre comptable) en tant que votre représentant concernant toute question d'impôt ou pour annuler un ou plusieurs représentants sur votre compte. Envoyez votre formulaire dûment rempli à votre centre fiscal de l'ARC. Vous trouverez l'adresse de votre centre fiscal sur la feuille de renseignements ci-jointe. Pour **annuler immédiatement** un consentement existant, appelez-nous au 1-800-959-7383. Vous pouvez aussi donner ou annuler un consentement en ligne en fournissant les renseignements demandés sous « Autoriser mon représentant » sur notre site Web à www.arc.gc.ca/mon dossier.

Veuillez lire les deux pages qui précèdent avant de remplir ce formulaire.

Remarque

Nous n'accepterons les changements d'adresse que s'ils sont effectués par vous ou par votre **représentant légal**. Si vous avez déménagé récemment, visitez **Mon dossier** sur notre site Web ou appelez-nous au 1-800-959-7383 avant de soumettre ce formulaire pour vous assurer que nous avons votre bonne adresse.

Remplissez les parties 1, (2 ou 3), 4 et 6 pour **autoriser** un représentant.

Remplissez les parties 1, 5 et 6 pour **annuler l'autorisation** d'un représentant.

Partie 1 – Renseignements sur le contribuable

Remplissez cette partie pour vous identifier et pour donner votre numéro de compte. Vous devez remplir **une copie** de ce formulaire pour chaque compte.

Prénom	Nom	Numéro de téléphone au travail	Numéro de téléphone à la maison
Particulier Précisez le numéro, selon le cas : Numéro d'assurance sociale _____		Fiducie Numéro de compte de fiducie T _____	T5 Numéro d'identification du déclarant H A _____

Pour accorder l'accès en ligne à votre représentant, remplissez la partie 2, autrement remplissez la partie 3.

Partie 2 – Donner votre consentement à un représentant (incluant l'accès en ligne)

Vous devez remplir un formulaire T1013 distinct pour chaque représentant.

- Pour accorder l'accès en ligne à une personne, inscrivez son **ID Rep**.
- Pour accorder l'accès en ligne à un groupe, inscrivez son **ID Groupe**.
- Pour accorder l'accès en ligne à une entreprise, inscrivez son **numéro d'entreprise (NE)**.

Remarques

Si vous n'indiquez pas de niveau d'autorisation, nous attribuerons le niveau 1.

Nos services en ligne ne permettent pas d'accéder aux renseignements pour une année précise; votre représentant aura donc accès aux données touchant **toutes les années d'imposition**.

ID Rep _____	OU	ID Groupe G _____	OU	Numéro d'entreprise _____

Niveau d'autorisation (niveau 1 ou 2) : _____

Votre représentant doit avoir inscrit le NE auprès du service « Représenter un client » de l'ARC.

Partie 3 – Donner votre consentement à un représentant (autre que pour l'accès en ligne)

Vous devez remplir un formulaire T1013 distinct pour chaque représentant.

- Si vous donnez votre consentement à une personne, inscrivez son nom complet.
- Si vous donnez votre consentement à une entreprise, inscrivez le nom de cette entreprise.

Vous devez inscrire le nom de la **personne** et/ou de l'**entreprise** dans la case ci-dessous.

Nom de la personne		Nom de l'entreprise	
Prénom :			
Nom :		Téléphone : — —	Poste : — —
		Télécopieur : — —	

Continuez la partie 3 à la page suivante ➔

Partie 3 – (suite)

Cochez, selon le cas :

- la case **A** ci-dessous si ce consentement vise **toutes** les années d'imposition et indiquez le niveau d'autorisation; ou
- la case **B** ci-dessous si ce consentement vise une ou des années d'imposition **en particulier** et indiquez le niveau d'autorisation pour **chaque** année d'imposition visée.

Remarque : Si vous n'indiquez pas de niveau d'autorisation, nous attribuerons le niveau 1.

☐ A. Toutes les années d'imposition (passées, courante et futures) Niveau d'autorisation (niveau 1 ou 2) :

☐ B. Inscrivez ci-dessous la ou les années d'imposition visées (passées et/ou courante) et précisez le niveau d'autorisation (1 ou 2) pour chaque année d'imposition visée.

Année(s) d'imposition
Niveau d'autorisation

Remarque : Si ce consentement est pour un **compte de fiducie** et que l'exercice ne se termine pas le 31 décembre, Mois Jour
précisez le mois et le jour de la fin de l'exercice.

Partie 4 – Date d'expiration du consentement

Inscrivez une date d'expiration si vous voulez que le consentement indiqué à la **partie 2** ou **partie 3** se termine à un moment précis. Votre consentement restera en vigueur jusqu'à ce que vous l'annulez, qu'il atteigne la date d'échéance que vous avez choisie ou que nous soyons avisé de votre décès.

Année Mois Jour

Partie 5 – Annuler les consentements existants

Remplissez cette section **seulement** si vous voulez annuler un consentement existant. Cochez la case appropriée.

- ☐ A. Annuler tous les consentements. ☐ B. Annuler le ou les consentements qui ont été donnés à la personne, le groupe ou à l'entreprise suivante :

Nom de la personne Nom de l'entreprise
Prénom : Nom :
 ID Rep ou ID Groupe ou Numéro d'entreprise

Partie 6 – Attestation

Vous ou votre représentant légal (par exemple, la personne à qui vous avez donné une procuration, un tuteur, un exécuteur testamentaire ou un administrateur successoral) devez signer et dater ce formulaire. Si vous signez et dater ce formulaire à titre de représentant légal, envoyez-nous une copie du document juridique complet qui vous identifie en tant que représentant légal si vous ne l'avez pas déjà fait.

En apposant votre signature et la date sur ce formulaire, vous nous autorisez à traiter avec la personne, le groupe ou l'entreprise indiqué à la **partie 2** ou **partie 3** et/ou à annuler le ou les consentements indiqués à la **partie 5**.

Nous ne traiterons pas ce formulaire s'il n'est pas **signé et daté** par vous ou votre représentant légal.

Ce formulaire doit être reçu par l'ARC dans les six mois suivant la date de sa signature. Sinon, nous ne le traiterons pas.

☐ Je suis le représentant légal de ce contribuable.

Nom en lettres moulées

☒ Signature du contribuable ou du représentant légal

Année Mois Jour
Date de la signature

- Possibilité de transfert à la Division des Enquêtes
 - Infractions de natures pénales et criminelles :
 - Fraude fiscale :
 - **Acte ou omission** de poser un acte,
 - Fait sciemment, **intentionnellement** ou en toute connaissance de cause,
 - Dans le **but de contourner une loi fiscale** et d'éluder les droits à payer ou à remettre ou d'obtenir un remboursement indu;
- Fardeau de preuve : Ministère – hors de tout doute raisonnable,
- Perquisition.

3. PROJET DE COTISATION

- a) Représentations : Faire ou ne pas faire?
 - Quand on en fait, il faut être conscient qu'il ne s'agit pas de marchandage et qu'il faut que la cotisation finale soit basée sur le droit³;
- b) Délai pour faire des représentations : 21 jours (avec possibilité de prorogation du délai);
- c) Renonciation à la prescription⁴ :
 - Restreindre la portée⁵,
 - Révocation (6 mois).

³ *In re Galway c. MRN*, 74 D.T.C. 6355 (C.A.F.).

⁴ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »), art. 2883 et 2888.

⁵ *Mah c. La Reine*, 2003 D.T.C. 1312 (C.C.I.).

4. COTISATION

a) Vérification effectuée par l'ARC :

- Politique de concomitance de Revenu Québec;

b) Vérification effectuée par Revenu Québec;

- **Attention** : L'ARC n'a pas de politique similaire à celle de Revenu Québec. On doit donc faire des oppositions aux deux paliers.

5. OPPOSITION

a) Formulaires :

- Revenu Québec :
 - Impôt et TVQ : Formulaire MR-93.1.1⁶,
 - TPS : Formulaire FP-159⁷ ;
 - **Attention** : Bien que la TPS soit la taxe à la consommation fédérale, elle est administrée par Revenu Québec. Les oppositions doivent donc être produites à Revenu Québec;
- Agence du revenu du Canada :
 - Impôt : Formulaire T400a⁸;

b) Délai : 90 jours⁹;

⁶ REVENU QUÉBEC, Formulaire MR-93.1.1., « Avis d'opposition », mars 2008.

⁷ REVENU QUÉBEC, Formulaire FP-159, « Avis d'opposition (TPS/TVH) ».

⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, Formulaire T400a, « Opposition – *Loi de l'impôt sur le revenu* ».

⁹ *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e supp., ch. 1 et mod. (« L.I.R. »), par. 165(1); *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., c. M-31 et mod. (« L.M.R. »), par. 93.1.1 1 et *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15 et mod. (« L.T.A. »), par. 301(1.1).

c) Qu'arrive-t-il si le délai de 90 jours est expiré sans qu'il y ait eu opposition?

- Demande de prorogation du délai impart¹⁰ :
 - Elle n'est pas automatiquement acceptée,
 - La jurisprudence accorde généralement les demandes découlant de la faute du mandataire :
 - Provincial¹¹,
 - Fédéral – Exception : la faute du mandataire ne doit pas être la conséquence de sa négligence¹²;

d) Fardeau de preuve : Prépondérance des probabilités :

- Droits et intérêts : contribuable,
- Pénalités : Ministère;

e) Que soulever dans l'avis d'opposition?

- Faits,
- Principaux arguments,
- Possibilité de soumettre des représentations additionnelles à la suite de la production de l'avis d'opposition.

¹⁰ Art. 166.1 L.I.R., 93.1.13 L.M.R. et 303 L.T.A.

¹¹ REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* LMR. 93.1.3-1, « Prorogation du délai d'opposition », 31 mars 1999.

¹² *Di Modica c. La Reine*, 56 D.T.C. 1290.

Revenu Québec : Formulaire MR 93.1.1

MR-93.1.1
2008-03

Avis d'opposition

Ce formulaire s'adresse à toute personne qui désire

- soit s'opposer à une cotisation, à une détermination ou à une décision de Revenu Québec concernant une demande de remboursement d'impôts fonciers ;
- soit transmettre son opposition relativement à une demande de remboursement en vertu de l'Entente internationale concernant la taxe sur les carburants (International Fuel Tax Agreement (IFTA)) ou en vertu d'une loi fiscale, autre que la Loi sur les impôts ou la Loi sur la fiscalité municipale, pour laquelle cette personne n'a obtenu aucune réponse à l'expiration du délai de 180 jours suivant la mise à la poste de cette demande.

Avant l'envoi d'un avis d'opposition, il est recommandé de communiquer avec un représentant de Revenu Québec pour tenter de régler le litige. Si une solution s'avère impossible, vous devez respecter le délai mentionné ci-contre pour présenter un avis d'opposition.

Un seul formulaire peut être utilisé pour regrouper plusieurs oppositions. **Veillez joindre une copie de l'avis contesté ou de la demande de remboursement** et inscrire à la partie 1 votre adresse, si elle diffère de celle indiquée sur l'avis contesté ou sur la demande de remboursement, et vos numéros de téléphone. Remplissez également la partie 3 et, s'il y a lieu, la partie 4.

Si vous ne pouvez pas annexer une copie de l'avis contesté ou de la demande de remboursement, remplissez les parties 1, 2, 3 et, s'il y a lieu, la partie 4.

Vous devez préciser, à la partie 3, non seulement les faits pertinents et les motifs de votre opposition, mais aussi les questions et les montants en litige, dans le cas :

- d'une cotisation établie en vertu de la Loi sur les impôts pour une société visée à l'un des paragraphes a et c de l'article 1132 de la Loi sur les impôts, pour une société minière qui n'a pas atteint le stade de la production, pour une société d'assurance ou pour une coopérative, à la condition que le capital versé établi conformément à la Loi sur les impôts, pour l'année d'imposition donnée, soit d'au moins 10 000 000 \$;

- d'une cotisation relative à des montants payables en application de la Loi sur la taxe de vente du Québec à l'égard :
 - soit d'une institution financière désignée,
 - soit d'une personne, autre qu'un organisme de bienfaisance au cours de la période en litige, pour qui le montant déterminant calculé conformément à l'article 462 de cette loi dépasse 6 000 000 \$, et ce, pour l'exercice qui comprend la période en litige, ainsi que pour l'exercice précédent.

Ce formulaire doit être expédié au directeur des oppositions à l'adresse indiquée ci-dessous ou à tout autre bureau de Revenu Québec, dans les délais suivants :

- s'il s'agit d'un particulier ou d'une fiducie testamentaire***
 - soit dans l'année qui suit la date d'échéance de production (au sens de l'article 1 de la Loi sur les impôts) qui lui est applicable pour cette année d'imposition,
 - soit dans les 90 jours de la date de la mise à la poste de l'avis contesté, si ce délai est plus favorable ;
- dans les autres cas**, dans les 90 jours de la date de la mise à la poste de l'avis contesté.

Ce formulaire peut aussi être transmis par télécopieur au 418 652-7080 ou au 1 866 374-7286.

- * Il doit s'agir d'un particulier ou d'une fiducie testamentaire qui, pour une année d'imposition, s'oppose à une cotisation ou à une détermination établie en vertu de la Loi sur les impôts, à une cotisation relative à un montant à payer en vertu de l'article 34.1.1 ou de l'article 37.6 de la Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec, à une imposition relative aux gains d'un travail autonome émise en vertu de la Loi sur le régime de rentes du Québec, à une décision de Revenu Québec concernant une demande de remboursement d'impôts fonciers, à une cotisation émise en application des articles 220.2 à 220.13 de la Loi sur la fiscalité municipale ou à une cotisation émise en application des articles 358 à 360 de la Loi sur la taxe de vente du Québec.

1 Renseignements sur le destinataire et sur l'identité de l'opposant

Destinataire	Opposant				
Direction des oppositions Revenu Québec 3800, rue de Marly, secteur 5-1-8 Québec (Québec) G1X 4A5	Nom				
	Adresse				
	Code postal				
	Ind. rég.	Téléphone (domicile)	Ind. rég.	Téléphone (travail)	Ind. rég.
Numéro d'entreprise du Québec (NEQ)		Numéro d'assurance sociale ou numéro d'identification			
Si le capital versé établi conformément à la Loi sur les impôts, pour l'année d'imposition, est d'au moins 10 000 000 \$ pour une société visée à l'un des paragraphes a et c de l'article 1132 de la Loi sur les impôts, pour une société minière qui n'a pas atteint le stade de la production, pour une société d'assurance ou pour une coopérative, cochez ci-après.					

(suite à la page suivante)

2 Renseignements concernant l'avis contesté ou la demande de remboursement et titre des lois visées

Numéro de l'avis	Date de l'avis ou de la demande	Montant	Année d'imposition ou période
1 ^{re}			
2 ^e			
3 ^e			
Indiquez le titre de la ou des lois visées par l'avis d'opposition :			

3 Exposé des faits et des motifs de cette opposition (si l'espace est insuffisant, joignez une feuille)

4 Renseignements sur l'identité du représentant – Procuration et autorisation (s'il y a lieu)

Nom du représentant			
Adresse			
Code postal		Ind. rég. Téléphone	Ind. rég. Télécopieur
J'autorise la personne mentionnée ci-dessus à me représenter au sujet du présent avis d'opposition. Cette personne aura accès à tout renseignement touchant cet avis et pourra discuter de tout sujet s'y rapportant. À cette fin, j'autorise Revenu Québec à communiquer à mon représentant tout renseignement que j'ai pu fournir concernant les années ou les périodes visées.			

Signature

Signature de l'opposant (ou de la personne autorisée, dans le cas d'une personne morale ou d'une fiducie)

Date

Revenu Québec : Formulaire FP-159



Taxe sur les produits et services
Taxe de vente harmonisée



Administrées par Revenu Québec

Avis d'opposition (TPS/TVH)

Ce formulaire s'adresse à vous si vous désirez présenter un avis d'opposition officiel à une cotisation, en vertu de l'article 301 de la Loi sur la taxe d'accise.

Vous devez remplir un avis d'opposition distinct pour chaque avis de cotisation faisant l'objet d'une opposition. Si les faits et les motifs énoncés sont communs à plusieurs avis de cotisation, il suffit de le préciser et de faire un seul exposé des faits et des motifs.

Le présent avis doit être envoyé à l'adresse suivante dans les 90 jours de la date d'envoi de l'avis de cotisation que vous avez reçu de Revenu Québec : Direction des oppositions, Revenu Québec, 3800 rue de Marly, secteur 5-1-8, Québec (Québec) G1X 4A5

Cet avis peut aussi être transmis par télécopieur aux numéros 418 652-7080 ou 1 866 374-7286.

Pour accélérer le traitement de votre dossier, veuillez annexer à l'avis d'opposition un exemplaire de l'avis de cotisation correspondant.

Si vous voulez vous opposer à une cotisation qui vous concerne, vous devriez d'abord communiquer avec le bureau de Revenu Québec de votre région pour essayer de régler le litige avant de présenter un avis d'opposition. S'il est impossible de régler le litige de cette façon, vous devez produire un avis d'opposition dans le délai de 90 jours prévu par la Loi.

Vous recevrez un accusé de réception de votre avis d'opposition qui vous indiquera à quel endroit vous pouvez vous renseigner ou envoyer des renseignements supplémentaires.

Veuillez informer Revenu Québec de tout changement d'adresse.

1 Renseignements sur l'identité de l'opposant

Nom		Langue de communication ☐ français ☐ anglais	
Adresse postale			
Code postal		Ind. rég. Téléphone	Ind. rég. Télécopieur

2 Opposition

La présente est un avis d'opposition à l'égard de la cotisation décrite ci-dessous.

2.1 Détail de la cotisation faisant l'objet de l'avis d'opposition

Numéro de l'avis de cotisation	Période visée	Montant de la taxe en litige	Date d'envoi de l'avis de cotisation	Numéro de compte TPS

(Suite à la page suivante)

2.2 Exposé des faits et des motifs

Veuillez fournir un exposé détaillé de tous les faits pertinents sur lesquels repose l'opposition, ainsi qu'un résumé des motifs de cette opposition. Si l'espace est insuffisant, joignez une feuille supplémentaire.

☐ Cochez si une feuille supplémentaire est jointe.

3 Signature

Je déclare que les renseignements fournis dans ce formulaire et dans tout autre document annexé sont, à ma connaissance, exacts et complets. Dans le cas d'une personne morale : je déclare de plus être autorisée à signer au nom de la personne opposante.

Signature de la personne opposante (ou de la personne autorisée) Date

4 Renseignements sur l'identité du représentant – Procuration et autorisation (s'il y a lieu)

Nom du représentant	Ind. rég. Téléphone
Adresse	Code postal
Personne-ressource	Ind. rég. Télécopieur

Moi, _____, j'autorise la personne mentionnée ci-dessus à me représenter relativement à mon avis d'opposition concernant la période _____. Cette personne aura accès à tout renseignement touchant cet avis et pourra discuter de tout sujet s'y rapportant. À cette fin, j'autorise Revenu Québec à communiquer à cette personne tout renseignement que j'ai pu fournir en ce qui a trait à la période visée.

Je révoque toute procuration ou tout mandat antérieur ayant le même effet que celui-ci.

La présente autorisation prend effet à la date de sa signature.

Signature de la personne opposante (ou de la personne autorisée, dans le cas d'une personne morale) Date

Les renseignements personnels fournis sur le présent formulaire sont protégés en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels et sont conservés dans le fichier des renseignements personnels RND/P-PU-065.

Réserve à Revenu Québec

Numéro d'inscription

ARC : Formulaire T400a

Agence du revenu
du Canada

OPPOSITION – LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU

- Vous pouvez utiliser ce formulaire pour présenter une opposition à un avis de cotisation ou de détermination établi selon la Loi de l'impôt sur le revenu.
- Lisez le formulaire dûment rempli en personne ou expédiez-le par la poste au chef des Appels de votre bureau des services fiscaux ou centre fiscal.
- **Date limite de production** – Si vous êtes un particulier (autre qu'une fiducie) ou si vous présentez une opposition au nom d'une fiducie testamentaire, vous devez présenter l'opposition au plus tard à la dernière des deux dates suivantes : un an après la date limite de production de la déclaration de revenus, ou 90 jours après la date de mise à la poste de l'avis de cotisation ou de détermination. Dans tous les autres cas, vous devez présenter l'opposition dans les 90 jours qui suivent la date de mise à la poste de l'avis de cotisation ou de détermination.
- **Grandes sociétés** – En plus de fournir les faits et les motifs de l'opposition, les grandes sociétés doivent aussi donner une description des points contestés et préciser, pour chacun, le montant du redressement demandé.
- **Mesures de recouvrement** – Nous suspendons habituellement le recouvrement des sommes en litige, jusqu'à 90* jours suivant la date de mise à la poste de la décision du ministre. Dans certaines situations, nous ne suspendons pas les mesures de recouvrement visant les sommes contestées, par exemple lorsqu'il s'agit de montants d'impôt à retenir et à verser. Dans tous les cas, des intérêts continuent de s'accumuler sur toute somme impayée.
- Pour obtenir plus de renseignements, communiquez avec la Division des appels de votre bureau des services fiscaux ou centre fiscal.

Au : Chef des Appels Adresse (selon votre avis) 	De : Nom Adresse Téléphone (y compris ind. rég.) Résidence Bureau () ()

Norm et adresse du représentant autorisé (s'il y a lieu)

.....

Téléphone (y compris ind. rég.)

()

Veuillez fournir les renseignements suivants ou joindre une copie de votre avis de colisation ou de détermination.

Date de l'avis	Numéro de l'avis (s'il est imprimé sur l'avis)	Année d'imposition (pour les T2, indiquez la fin d'exercice)	Numéro d'assurance sociale ou numéro d'entreprise
Année Mois Jour			

Veuillez indiquer les faits pertinents et les motifs de votre opposition (si vous manquez d'espace, annexe une feuille distincte).

 Votre signature (ou celle de la personne autorisée dans le cas d'une société ou d'une fiducie)

Votre signature (ou celle de la personne désignée dans la liste d'une société ou d'une industrie)

Date

Année	Mois	Jour

Loi sur la protection des renseignements personnels – Fichier de renseignements personnels, numéro ARC PPU 005
T400A (09)

(English on reverse)

Canada

6. MESURES DE RECOUVREMENT

a) Suspension des mesures de recouvrement durant les procédures d'opposition et d'appel, sauf :

- taxes (TPS/TVQ);
- retenues à la source (« DAS »/« RAS »);
- saisie avant jugement :
 - requête présentée *ex parte*,
 - crainte raisonnable que les mesures de recouvrement soient devenues obsolètes à l'obtention du jugement.

7. APPEL

a) Délai : 90 jours de la décision sur opposition¹³;

b) Compétences :

- Cour du Québec :
 - Impôt,
 - TVQ,
 - RAS;
- Cour canadienne de l'impôt¹⁴ :
 - Impôt,
 - TPS,

¹³ Art. 169 L.I.R., 93.1.10 L.M.R. et 306 L.T.A.

¹⁴ *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, S.R.C. 1985, ch. T-2 et mod. (« L.C.C.I. »), art. 12.

- DAS;
- c) Tribunaux :
- Cour du Québec¹⁵ :
 - Division administrative et d'appel;
 - Cour canadienne de l'impôt¹⁶ :
 - Procédure informelle¹⁷ :
 - Montants en cause : 12 000 \$ et moins¹⁸,
 - **Attention** : Les décisions rendues selon la procédure informelle ne constituent pas des précédents jurisprudentiels¹⁹,
 - Non-exclusivité de la qualité de représentant à l'avocat²⁰;
 - Procédure générale²¹ :
 - Procédure similaire à la procédure civile provinciale,
 - Représentation par avocat²².
- d) Qu'arrive-t-il si le délai de 90 jours est expiré sans qu'il y ait eu production d'appel?

¹⁵ Art. 93.1.10 L.M.R.

¹⁶ Art. 12 L.C.C.I.

¹⁷ Art. 18 et suiv. L.C.C.I.

¹⁸ Art. 18 L.C.C.I.

¹⁹ Art. 18.28 L.C.C.I.

²⁰ Art. 18.14 L.C.C.I.

²¹ Art. 17 et suiv. L.C.C.I.

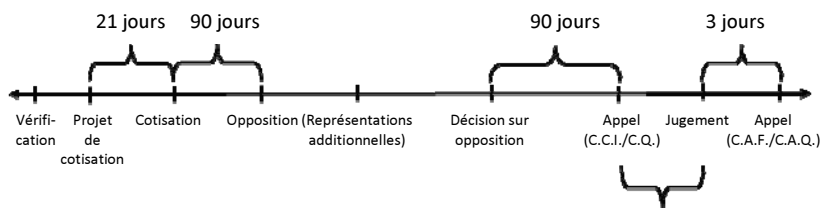
²² Par. 17.1(2) L.C.C.I.

- Demande de prorogation du délai impart²³;

e) Cheminement :

- Avis d'appel (Cour canadienne de l'impôt)/Requête en appel (Cour du Québec) Division administrative et d'appel,
- Entente sur le déroulement de l'instance²⁴,
- Interrogatoires au préalable (avant le procès)²⁵,
- Production d'une liste de documents,
- Audition.

Ligne du temps



²³ À ce sujet, voir les articles 167 L.I.R., 93.1.13 L.M.R. et 305 L.T.A.

²⁴ *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25 (« C.p.c. »), art. 151.1.

²⁵ Art. 17.3 L.C.C.I. et 396.1 C.p.c.

LES ÉCUEILS DU NOUVEL ARTICLE 56.4 L.I.R. SUR LES CLAUSES RESTRICTIVES



Manon Thivierge
Avocate, associée
Heenan Blaikie s.e.n.c.r.l., s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	19:3
1. QU'EST-CE QU'UNE CLAUSE RESTRICTIVE?	19:4
2. POURQUOI RECEVOIR UNE SOMME AU TITRE D'UNE CLAUSE RESTRICTIVE?	19:6
2.1. GÉNÉRALITÉS	19:6
2.2. TYPE D'ENGAGEMENT EXCLU DE L'APPLICATION DE L'ALINÉA 68C) L.I.R.	19:9
2.3. ATTENTION AUX LIENS DE DÉPENDANCE!	19:11
2.4. ATTENTION AUX PAIEMENTS REÇUS PAR UNE AUTRE PERSONNE.....	19:17

3.	SOMME AU TITRE D'UNE CLAUSE RESTRICTIVE	19:19
3.1.	GÉNÉRALITÉS	19:19
3.2.	VENTE D'ACTIF	19:20
3.3.	VENTE D'ACTIONS OU D'UNE PARTICIPATION DANS UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES	19:23
4.	PAIEMENTS À DES NON-RÉSIDENTS.....	19:25
5.	EXEMPLES D'APPLICATION DE L'ARTICLE 56.4 L.I.R.	19:29
	CONCLUSION	19:32

INTRODUCTION

Le 7 octobre 2003¹, le ministre des Finances du Canada annonçait que la *Loi de l'impôt sur le revenu*² serait modifiée afin de traiter des conséquences fiscales relatives aux montants reçus ou à recevoir par un contribuable qui accorde une clause restrictive. Ces mesures faisaient suite aux arrêts de la Cour d'appel fédérale dans les affaires *La Reine c. Fortino*³ et *Manrell c. La Reine*⁴ selon lesquels les paiements reçus en vertu d'un engagement de non-concurrence accordé par un actionnaire qui dispose de ses actions n'étaient pas imposables. Toutefois, les nouvelles règles annoncées par le ministre des Finances du Canada ont une portée beaucoup plus large puisqu'elles visent non seulement l'imposition des paiements reçus en contrepartie d'un engagement de non-concurrence lors de la disposition d'actions, mais également l'imposition de paiements reçus en contrepartie de toutes clauses restrictives, que ceux-ci aient été reçus dans le cadre d'un emploi, de la vente d'actions, de la vente d'une participation dans une société de personnes ou dans le cadre d'une entreprise.

La portée démesurée des nouvelles règles annoncées et les nombreux problèmes d'application qu'elles soulèvent ont donné lieu à de vives critiques de la part des fiscalistes. Le ministère des Finances du Canada a réglé certains de ces problèmes lors de versions subséquentes proposées du nouvel article 56.4 L.I.R. Toutefois, diverses difficultés d'application subsistent et plusieurs fiscalistes espéraient que les nouvelles règles ne verraient jamais le jour par suite de la dissolution du Parlement le 7 septembre 2008, mettant ainsi fin au Projet de loi C-10⁵. Malheureusement, le nouvel article 56.4 L.I.R. a encore été proposé par le ministre des Finances le 16 juillet dernier⁶. Il faut donc se rendre à l'évidence : l'article 56.4 et les

¹ CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2003-049, « Le ministre Manley propose des modifications au traitement fiscal rattaché aux clauses de non-concurrence », et document d'information, 7 octobre 2003.

² L.R.C. (1985), 5^e supp., ch. 1 et mod. (« L.I.R. »).

³ 2000 D.T.C. 6060 (C.A.F.) (« *Fortino* »); confirmant 97 D.T.C. 55 (C.C.I.).

⁴ 2003 CAF 128 (« *Manrell* »).

⁵ CANADA, ministère des Finances, Projet de loi C-10 – Partie 2, qui a été adopté par la Chambre des communes le 29 octobre 2007 et qui était à l'étude par le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce avant la dissolution de la 39^e législature du Parlement le 7 septembre 2008.

⁶ CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2010-068, « Le gouvernement du Canada publie des propositions techniques révisées concernant l'impôt sur le (à suivre...) ».

autres nouvelles dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* connexes à celui-ci⁷ seront probablement adoptées par le Parlement. Il est donc important de connaître leurs modalités d'application⁸.

Le présent texte ne se veut pas une revue exhaustive des règles qui se retrouveront à l'article 56.4 L.I.R. lorsque celui-ci sera finalement adopté⁹. Il vise plutôt à souligner les nouvelles mesures annoncées dans le Communiqué 2010, à sensibiliser les professionnels à certains écueils du nouvel article 56.4 L.I.R. et à proposer, dans la mesure du possible, des pistes de solution.

1. QU'EST-CE QU'UNE CLAUSE RESTRICTIVE?

Le principe général applicable à un contribuable ayant octroyé une clause restrictive (et non nécessairement au bénéficiaire du paiement) se retrouvera au paragraphe 56.4(2) L.I.R.¹⁰ En vertu de cette disposition, un contribuable doit inclure dans le calcul de son revenu le total des sommes dont chacune a trait à une clause restrictive du contribuable qui est reçue ou à recevoir au cours de l'année d'imposition¹¹ par le contribuable¹² ou par un

(...suite)

revenu », propositions législatives et notes explicatives, 16 juillet 2010 (« Communiqué 2010 »).

⁷ Voir notamment le paragraphe 6(3.1), l'alinéa 68c) ainsi que les alinéas 212(1)i) et 212(13)g) L.I.R.

⁸ Au Québec, les règles relatives aux clauses restrictives se retrouvent aux articles 333.4 à 333.16 de la *Loi sur les impôts*, qui ont été sanctionnés le 15 mai 2009, L.Q. 2009, c. 5.

⁹ Pour une revue exhaustive de l'article 56.4 L.I.R., voir notamment Manon THIVIERGE, « Les clauses de non-concurrence : pièges et solutions », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 17:1-30; Katia SEBASTIANI, « Les clauses de non-concurrence », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 37:1-22; Jean-François PELLAND, « Les clauses de non-concurrence dans un contexte de vente d'entreprise », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 8:1-38 et Hughes LACHANCE, « Le nouvel article 56.4 L.I.R. : imposition des clauses restrictives », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 21:1-34.

¹⁰ En vertu du paragraphe 56.4(15) L.I.R., l'article 42 L.I.R. ne sera pas applicable à un montant reçu ou à recevoir au titre d'une clause restrictive.

¹¹ Le paragraphe 56.4(2) L.I.R. prévoit une exception pour un montant qui a déjà été inclus dans le calcul du revenu du contribuable par l'effet de ce paragraphe pour une (à suivre...)

autre contribuable avec lequel il a un lien de dépendance. L'expression « clause restrictive » sera définie au paragraphe 56.4(1) L.I.R. comme signifiant :

« En ce qui concerne un contribuable, accord, engagement ou renonciation à un avantage ou à un droit, ayant force exécutoire ou non, qui est conclu, pris ou consenti par lui et qui influe, ou vise à influencer, de quelque manière que ce soit, sur l'acquisition ou la fourniture de biens ou de services par lui ou par un autre contribuable avec lequel il a un lien de dépendance, à l'exception d'un accord ou d'un engagement qui, selon le cas :

- a) dispose des biens du contribuable;
- b) a pour objet l'exécution d'une obligation visée à l'article 49.1 qui ne constitue pas une disposition, sauf si l'obligation se rapporte à un droit sur des biens ou des services que le contribuable a acquis pour une somme inférieure à leur juste valeur marchande. »

Cette définition est très large et comprend beaucoup plus que les paiements au titre d'un engagement de non-concurrence. D'ailleurs, une clause restrictive n'aura pas à être légalement exécutoire pour que le paragraphe 56.4(2) L.I.R. puisse s'appliquer. Il est donc important d'examiner sérieusement les incidences fiscales de tout engagement donné par un contribuable à faire, ou à ne pas faire, quelque chose, tel qu'un simple engagement de non-sollicitation ou de non-divulgaration. D'ailleurs, l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») a indiqué que la définition d'une « clause restrictive » semble assez large pour inclure un engagement d'agir exclusivement pour le payeur¹³.

Néanmoins, certaines modifications ont été apportées à la définition d'une « clause restrictive » dans le cadre du Communiqué 2010. Ainsi, alors qu'un engagement devra influencer, ou viser à influencer, sur l'acquisition ou la fourniture de biens ou de services pour être vu comme une clause restrictive, la définition antérieure s'appliquait à un engagement qui « influe, ou est de

(...suite)

année d'imposition antérieure ou dans le calcul du revenu de la société admissible du contribuable pour l'année ou une année d'imposition antérieure.

¹² Aux fins de l'article 56.4 L.I.R., le mot « contribuable » inclura une société de personnes.

¹³ Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2007-0243411C6, 5 octobre 2007; « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, pp. 50:5-99, question 31.1, aux pages 50:81-83.

nature à influencer » sur une telle acquisition. En d'autres mots, un *purpose test* a été ajouté lorsque l'influence de l'engagement sur l'acquisition ou la fourniture de biens ou de services n'est pas directe. Le ministère des Finances du Canada a donc quelque peu limité la portée d'une « clause restrictive », mais cette précision ne semble pas suffisamment importante pour exclure un nombre d'accords, d'engagements ou de renonciations. De plus, par suite du Communiqué 2010, les exceptions qui se retrouvaient antérieurement dans une parenthèse au milieu de la définition de « clause restrictive » se retrouveront dorénavant à la fin de celle-ci, clarifiant ainsi que les exceptions ne s'appliquent qu'une fois que toutes les autres conditions auront été remplies.

Compte tenu de la portée limitée des changements à la définition de « clause restrictive » que l'on trouve dans le Communiqué 2010, les professionnels devront rester vigilants quant à l'application possible du nouvel article 56.4 L.I.R. Le nombre d'arrangements commerciaux qui pourront être visés par cet article est significatif et ne saurait se limiter à la situation type d'une vente d'actions ou d'éléments d'actif d'une entreprise. De plus, il est important de souligner que des engagements de non-concurrence (puisque c'est le genre d'engagement qui était initialement visé par ces règles) sont donnés non seulement dans le cadre de vente d'actions ou d'actifs, mais qu'ils se retrouvent fréquemment dans les conventions entre actionnaires ou les contrats d'emploi.

2. POURQUOI RECEVOIR UNE SOMME AU TITRE D'UNE CLAUSE RESTRICTIVE?

2.1. GÉNÉRALITÉS

Étant donné que la règle générale qui sera prévue au paragraphe 56.4(2) L.I.R. est particulièrement punitive, d'aucuns pourraient croire que la meilleure façon d'éviter le problème serait de ne pas attribuer quelque montant que ce soit à la clause restrictive, reprenant ainsi la pratique commerciale usuelle existant avant l'affaire *Fortino*. En effet, ce n'est qu'à la suite de cette décision que les vendeurs ont commencé à exiger de façon régulière qu'une portion du prix d'achat de leurs actions soit attribuée à titre de contrepartie de leur engagement de non-concurrence.

Bien que ce retour à la réalité commerciale soit sage, il n'est pas clair s'il permettra d'éviter l'application du paragraphe 56.4(2) L.I.R. En effet,

l'alinéa 68c) sera ajouté à la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹⁴ de façon à octroyer à l'ARC le droit de réviser la répartition d'une contrepartie entre le produit de disposition de biens, la contrepartie de la prestation de services et la contrepartie au titre d'une clause restrictive lorsqu'une telle répartition est considérée comme n'étant pas raisonnable dans les circonstances. Cette nouvelle répartition s'appliquera au contribuable qui accorde la clause restrictive et à la personne à laquelle ladite clause a été accordée. L'alinéa 68c) L.I.R. pourra même s'appliquer dans des situations où les parties ont choisi de ne pas attribuer quelque montant que ce soit à la clause restrictive. Cela est particulièrement ironique puisqu'une valeur était rarement attribuée à des engagements de non-concurrence avant l'affaire *Fortino*. En effet, les planifications où une somme était payée au titre d'un engagement de non-concurrence visaient généralement à éviter l'impôt. Il est donc à espérer que l'ARC ne verra pas l'alinéa 68c) L.I.R. comme une invitation à réviser les répartitions qui ne sont pas clairement déraisonnables¹⁵. D'ailleurs, les tribunaux canadiens ont déjà indiqué qu'une répartition du montant d'une contrepartie entre parties n'ayant aucun lien de dépendance devrait généralement être considérée comme raisonnable par l'ARC. Voici ce que dit le juge Heald de la Cour d'appel fédérale à ce sujet dans l'affaire *Golden c. La Reine*¹⁶ :

« J'estime cette série de causes concluante quant au critère approprié à utiliser pour faire la détermination requise par l'article 68 ou la disposition prédécesseur, l'alinéa 20(6g). J'estime que la bonne façon d'aborder la détermination prévue à l'article 68 serait, selon la jurisprudence citée ci-dessus, de prendre en considération la question tant du point de vue du vendeur que de l'acheteur et de tenir compte de toutes les circonstances entourant cette opération. Lorsque, comme en l'espèce et ainsi que l'a constaté le juge de première instance, il s'agit d'une opération sans lien de dépendance et non simplement d'une simulation ou d'un subterfuge, la répartition faite par les parties dans l'accord applicable est certainement un fait important dont il faut tenir compte¹⁷. »

¹⁴ L'alinéa 68c) L.I.R. s'appliquera à compter du 27 février 2004, sauf à l'égard des clauses restrictives qu'un contribuable a accordées par écrit avant cette date à une personne avec laquelle il n'a aucun lien de dépendance.

¹⁵ Pour une analyse de l'évaluation d'une clause restrictive, voir D. Jeffrey HARDER, « Valuation and Tax Issues », dans *2004 British Columbia Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2004, pp. 20:1-35 et Richard M. WISE, « Valuation Issues Relating to Shares of Private Corporations », dans *2004 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2005, pp. 13:1-34.

¹⁶ [1983] 2 C.F. 599 (C.A.F.); confirmé par [1986] 1 R.C.S. 209.

¹⁷ *Id.*, 610.

Bien que l'alinéa 68c) L.I.R. ne requière une réattribution de la contrepartie que dans les cas où il est raisonnable de considérer qu'une partie de celle-ci constitue une contrepartie au titre de la clause restrictive, les contribuables qui choisiraient de n'attribuer aucune somme au titre d'une clause restrictive pourraient se retrouver dans une situation précaire. En effet, au moment où une opération sera vérifiée par l'ARC, il sera probablement trop tard pour effectuer un des choix prévus au paragraphe 56.4(3) L.I.R., en formulant l'hypothèse qu'un de ceux-ci aurait été possible dans les circonstances. En réponse à ce problème, le ministère des Finances a annoncé l'ajout des paragraphes 56.4(5) à 56.4(8) L.I.R. en 2005¹⁸ et celui du paragraphe 56.4(8.1) L.I.R. dans le Communiqué 2010. Ces dispositions énumèrent certaines conditions qui, lorsqu'elles sont remplies, font en sorte que l'article 68 L.I.R. ne sera pas applicable de manière qu'une somme soit réputée être reçue ou à recevoir par un contribuable en contrepartie de l'octroi d'une clause restrictive. Cependant, ces conditions sont tellement strictes qu'il sera souvent impossible pour un contribuable de se prévaloir de ces règles¹⁹.

Certaines conditions prévues aux paragraphes 56.4(5) à 56.4(8.1) L.I.R. s'appliquent que la clause restrictive ait été accordée par un employé (par. 56.4(6) L.I.R.), dans le cadre de la vente d'achalandage (par. 56.4(7) L.I.R.) ou dans le cadre de la vente de biens, y compris des actions (par. 56.4(8) et 56.4(8.1) L.I.R.). D'autres conditions prévues à ces paragraphes sont applicables seulement dans un contexte particulier. Le cumul de celles-ci fait en sorte que plusieurs pièges devront être évités par les contribuables qui veulent s'assurer que l'ARC ne puisse réattribuer une partie d'un paiement à une clause restrictive.

¹⁸ CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2005-049, « Publication de propositions législatives révisées concernant l'imposition des fiducies non résidentes et des entités de placement étrangères et d'autres modifications techniques de la Loi de l'impôt sur le revenu », 18 juillet 2005 (« Communiqué 2005 »).

¹⁹ D'ailleurs, il a été suggéré que ces dispositions sont si restrictives d'application qu'elles ne font que mettre en valeur les pouvoirs de l'ARC d'utiliser l'alinéa 68c) L.I.R. afin d'attribuer un montant à une clause restrictive lorsque les conditions prévues aux paragraphes 56.4(5) à 56.4(8) L.I.R. ne sont pas remplies. Voir Michael N. KANDEV, « The Non-Compete Saga Continues.... », dans *Tax Topics*, n° 1747, Don Mills, Ont., CCH Canadian, 1^{er} septembre 2005.

2.2. TYPE D'ENGAGEMENT EXCLU DE L'APPLICATION DE L'ALINÉA 68c) L.I.R.

Dans tous les cas visés par les paragraphes 56.4(5) à 56.4(8.1) L.I.R., un contribuable²⁰ ne pourra exclure l'application de l'alinéa 68c) L.I.R. à une clause restrictive octroyée par lui que dans la mesure où il s'agit d'un engagement à ne pas fournir, directement ou indirectement, des biens ou des services sous un régime de concurrence avec les biens ou services fournis ou à fournir par l'acheteur (ou par une personne liée à l'acheteur²¹) dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise à laquelle la clause restrictive se rapporte. Ainsi, seuls les engagements de non-concurrence peuvent donner lieu à l'application de ces exceptions et non les autres clauses restrictives.

Or, un engagement de non-concurrence viendra rarement seul; il sera généralement accompagné d'un engagement de non-sollicitation des clients ou des employés et d'un engagement de confidentialité. Doit-on conclure que les exceptions prévues aux paragraphes 56.4(5) à 56.4(8.1) L.I.R. ne peuvent jamais s'appliquer à de tels engagements? Nous croyons que la réponse à cette question est non.

En effet, les engagements de non-sollicitation et de confidentialité qui seront généralement exigés par l'acheteur devraient être considérés comme des composantes intégrantes de l'engagement de non-concurrence. D'ailleurs, dans l'affaire *RCI Environnement Inc. c. La Reine*²², une décision qui porte sur l'imposition d'un montant reçu afin de libérer un tiers de ses obligations en vertu d'une entente de non-concurrence pour une année d'imposition antérieure à 2003, le juge Archambault de la Cour canadienne de l'impôt renvoie aux ententes en litige comme à des « ententes de non-concurrence » alors qu'elles comprenaient également des obligations de confidentialité, de non-sollicitation et de non-ingérence.

Il est également possible que les paragraphes 56.4(5) à 56.4(8.1) L.I.R.²³ soient basés sur l'hypothèse que seul l'engagement de non-concurrence ait

²⁰ Dans le cas d'un engagement accordé par un employé, il doit s'agir d'un particulier.

²¹ Dans le cas du paragraphe 56.4(8.1) L.I.R., les biens ou les services doivent être fournis ou à fournir par une personne admissible ou par la société admissible de cette personne.

²² 2007 CCI 647; confirmé par 2008 CAF 419 (« *RCI Environnement* »).

²³ Voir cependant l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R., qui, de façon similaire, ne s'applique qu'aux engagements de non-concurrence.

une valeur. D'ailleurs, dans l'affaire *Manrell*, la Cour d'appel fédérale a indiqué que l'entente de non-concurrence signée par M. Manrell comprenait également un engagement de confidentialité, de non-sollicitation des employés et un engagement à transférer tout droit qu'il pouvait avoir dans la propriété intellectuelle de l'entreprise. Le juge Sharlow s'exprime ainsi quant à ces autres engagements :

« Le dossier ne renferme aucun élément de preuve au sujet de la question de savoir s'il y avait des "innovations" importantes, des renseignements confidentiels ou des employés estimés à protéger. Quoi qu'il en soit, aucune tentative n'a été faite pour répartir la contrepartie payée en vertu des ententes de non-concurrence entre l'engagement relatif à la non-concurrence et les autres engagements. Les deux parties ont débattu la présente affaire en se fondant sur la prémisse selon laquelle presque toute la contrepartie versée à M. Manrell par 3154823 Canada Inc. en vertu de l'entente de non-concurrence était une contrepartie se rapportant à l'engagement relatif à la non-concurrence. Je retiens cette prémisse, puisqu'il n'y a rien dans le dossier qui la contredise²⁴. »

Que l'on considère que de tels engagements n'ont aucune valeur ou qu'ils font partie intégrante de l'engagement de non-concurrence, on se retrouve avec le même résultat. Toutefois, par mesure de précaution, nous préférons que le contrat ou la clause s'intitule simplement « engagement de non-concurrence » et qu'il ne fasse pas référence aux engagements de non-sollicitation et de confidentialité, afin d'augmenter les chances de convaincre l'ARC que ces derniers font partie de l'obligation de non-concurrence. Cet argument est d'ailleurs conforme à la position exprimée par le ministère des Finances lors du dernier congrès de l'Association de planification fiscale et financière où l'un de ses représentants a indiqué qu'un engagement de non-concurrence englobera normalement une obligation de ne pas solliciter les employés de l'acheteur²⁵. Toujours selon le même représentant du ministère des Finances, le fait de préciser dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* qu'un engagement de non-concurrence inclut l'obligation de non-sollicitation ne servirait qu'à soulever de l'incertitude quant à la signification d'un engagement de non-concurrence. Ainsi, le ministère des Finances n'a pas l'intention de proposer une modification à l'article 56.4 L.I.R. pour clarifier ce point.

Force est d'admettre que l'incertitude quant à la signification d'un engagement de non-concurrence demeure, même si la position exprimée par

²⁴ *RCI Environnement*, précité, note 22, par. 9.

²⁵ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2009*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, pp. 49:1-89, question 13, aux pages 49:30-31.

le ministère des Finances peut nous réconforter en partie. Tout ce que l'on sait avec certitude, en lisant la *Loi de l'impôt sur le revenu*, est qu'un engagement de non-concurrence est nécessairement plus limité que la définition de clause restrictive. Par conséquent, on peut certainement s'interroger sur la politique fiscale ayant mené à proposer des règles qui s'appliquent à toutes les clauses restrictives en réponse à des décisions jurisprudentielles portant sur l'imposition des paiements reçus en considération d'un engagement de non-concurrence, mais où seul un tel engagement est visé par les exceptions. L'explication logique ne serait-elle pas que l'alinéa 68c) L.I.R. ne peut s'appliquer qu'à de tels engagements puisqu'il s'agit des seuls qui peuvent avoir une certaine valeur?

2.3. ATTENTION AUX LIENS DE DÉPENDANCE!

En vertu des paragraphes 56.4(5) à 56.4(8) L.I.R., l'article 68 L.I.R. ne permettra pas à l'ARC de réattribuer une partie d'un produit de disposition si, notamment, la clause restrictive est accordée par un contribuable à un autre contribuable (« Acheteur ») avec lequel il n'a aucun lien de dépendance²⁶.

Ainsi, on ne peut généralement exclure l'application de l'alinéa 68c) L.I.R. dans le contexte d'une vente à un membre de sa famille. D'ailleurs, dans le cas d'un employé, l'exception est encore plus restreinte puisque l'employé ne doit pas avoir de lien de dépendance ni avec son employeur ni avec les vendeurs²⁷. En d'autres mots, le paragraphe 56.4(6) L.I.R. ne vise qu'à exclure la situation où un employé qui traite à distance avec son employeur est disposé à accorder une clause restrictive sans recevoir quelque somme que ce soit de façon à permettre la vente de l'entreprise. Ainsi, cette exception ne sera pas disponible à un particulier qui contrôle l'employeur ou qui travaille pour l'entreprise familiale.

Toutefois, une exception à cette règle excluant les opérations entre personnes ayant un lien de dépendance a été annoncée dans le cadre du Communiqué 2010. Ainsi, le paragraphe 56.4(8.1) L.I.R. pourra permettre à un contribuable ayant octroyé une clause restrictive d'éviter une réattribution d'une partie du produit de disposition des actions qu'il détient dans le

²⁶ Dans le cas d'une vente d'un bien (y compris une action), la question de savoir si le vendeur et l'Acheteur ont un lien de dépendance sera déterminée, sans tenir compte de l'alinéa 251(5)b) L.I.R.

²⁷ Al. 56.4(6)c) L.I.R.

capital-actions d'une société²⁸ si, notamment, ce contribuable est **un particulier résidant au Canada au moment de l'octroi de la clause** (cette exception n'est donc pas applicable dans le cas d'une clause restrictive accordée par un non-résident ou par une société) à une personne admissible relativement à lui. Une « personne admissible » s'entend d'un particulier qui est lié au vendeur et qui est âgé d'au moins 18 ans²⁹. De plus, il doit être raisonnable de conclure que la clause restrictive (qui doit nécessairement être un engagement de non-concurrence, tel qu'il est décrit à la section 2.2) fait partie intégrante d'une convention écrite aux termes de laquelle les actions du capital-actions d'une société admissible du contribuable (société cible) sont disposées en faveur de la personne admissible ou d'une société admissible de celui-ci. Une « société admissible » est une société canadienne imposable dont une personne détient, directement ou indirectement, des actions du capital-actions. Comme on peut le constater, le ministère des Finances désire restreindre cet assouplissement aux opérations qui se passent strictement dans un contexte canadien.

D'ailleurs, si les actions de la société cible sont vendues non pas au particulier lié à la personne ayant octroyé l'engagement de non-concurrence mais plutôt à sa société admissible, alors l'alinéa 56.4(8.1)d) L.I.R. prévoit que le vendeur ne doit pas avoir, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, de droit³⁰ sur la société cible ou sur la société admissible après l'octroi de l'engagement³¹. Mais qu'est-ce qu'un « droit sur la société »? Certainement, on peut penser que la détention d'actions du capital-actions de la société cible ou de la société admissible disqualifiera un contribuable de l'application de cette exception. Mais qu'en est-il d'une créance? La réponse est-elle différente selon que cette créance est garantie ou non? Si le contribuable demeure un employé de la société cible, son « droit » de recevoir son salaire de la société cible est-il un droit sur cette société au sens de l'alinéa 56.4(8.1)d) L.I.R.?

La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne définit pas les termes « intérêt » et « droit ». Nous devons donc nous référer aux principes de common law et de

²⁸ L'exception ne saurait donc s'appliquer à la vente d'une entreprise.

²⁹ Par. 56.4(1) L.I.R.

³⁰ Ou d'intérêt en common law.

³¹ Il est intéressant de constater que la restriction quant au maintien d'un intérêt dans la société cible ne s'applique pas si les actions sont vendues à un particulier lié au vendeur et non pas à une société admissible d'un tel particulier. Encore une fois, la politique fiscale sous-jacente à cette distinction n'est pas évidente.

droit civil afin de déterminer ce qui est visé par l'expression « d'intérêt ou, pour l'application du droit civil, de droit sur une société ». D'ailleurs, l'ajout des mots « ou, pour l'application du droit civil, de droit », vise clairement à faciliter l'application de cette disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* au Québec. Puisque cette expression a été proposée dans le cadre de l'harmonisation de la *Loi de l'impôt sur le revenu* avec le droit civil, les commentaires suivants du ministère de la Justice peuvent nous aider à interpréter ces concepts :

« Dans le contexte du droit de la propriété en common law, quelle est la distinction, aujourd'hui, entre un *right* et un *interest*? Selon un auteur, lorsqu'il existe deux ou plusieurs droits, dont celui équivalent au droit de propriété, relatifs à un seul bien, le terme *interest* sera utilisé pour décrire le ou les droits de moindre importance qui portent sur ce bien. Ne s'agit-il pas aujourd'hui de la véritable signification juridique du mot *interest* dans le contexte du droit de la propriété? Le terme *interest* serait en premier lieu un droit. Ce droit se rattache à un bien, mais il est de moindre importance par rapport au droit équivalent à la propriété absolue, soit la tenure franche, qui se rattache à ce même bien. Dans un monde idéal, il serait sans doute préférable d'utiliser plutôt le terme "droit", mais il est illusoire de croire qu'un tel changement au niveau du langage juridique puisse se produire dans un avenir rapproché. À tout le moins peut-on espérer que les juristes formés dans la tradition de common law prennent connaissance des difficultés engendrées par le terme *interest* et qu'ils cessent de l'utiliser à outrance, en prenant soin de préciser plutôt la nature et l'étendue du droit en question (par exemple, droit de "propriété" en vertu d'un acte de vente, droit d'un créancier garanti, droit d'un bénéficiaire en vertu d'une fiducie, droit en vertu d'une licence)³². »

Un autre auteur s'exprime ainsi :

« En common law, le droit de propriété peut se fractionner en un ensemble de droits multiples, allant d'un simple intérêt en tant que locataire jusqu'au fief simple, l'intérêt le plus complet dans un bien. Ainsi, un individu est propriétaire d'un intérêt dans un bien plutôt que du bien lui-même. Ce principe est issu de la doctrine des tenures et des domaines provenant du Moyen-Âge et du système féodal. Le droit de propriété peut donc être fragmenté en plusieurs "intérêts" (*interest*) et à ce titre, le *security interest* n'est autre qu'un des droits sur le bien qui existe indépendamment des autres droits. En droit civil québécois en revanche, il n'existe pas un tel fractionnement du droit de propriété aux fins de garantir le droit d'un créancier. Même si le créancier peut, dans certains cas,

³² Aline GRENON, « Dans un contexte d'harmonisation et d'économies intégrées, quelques réflexions au sujet du concept de propriété en droit civil et en common law », ministère de la Justice, *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien – Deuxième recueil d'études en fiscalité*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 1:1-12, à la page 1:6.

obtenir un droit réel sur un bien du débiteur, cela ne constitue pas une forme de droit de propriété au sens où l'envisage la common law (*beneficial ownership* et *legal ownership*)³³. »

Si ces explications aident à comprendre les différences importantes entre le droit civil et la common law dans le domaine du droit de propriété, elles ne sont pas suffisantes pour nous permettre de déterminer dans quelles situations un contribuable a un droit sur une société. Il y a donc lieu de se référer aux autres dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* où cette expression est utilisée et à l'interprétation donnée à celles-ci par les tribunaux. Par exemple, en vertu du sous-alinéa 12(1)x)(viii) L.I.R., un paiement incitatif ne sera pas inclus dans le calcul du revenu s'il peut raisonnablement être considéré comme un paiement fait au titre de l'acquisition « d'un droit sur le contribuable, sur son entreprise ou sur son bien ».

Dans l'affaire *Supermarché Dubuc & Frère Inc. c. La Reine*³⁴, la Cour canadienne de l'impôt, dans le cadre d'un appel régi par la procédure informelle, devait établir si l'exclusion prévue au sous-alinéa 12(1)x)(viii) L.I.R. s'appliquait à une entente de fidélité intervenue entre l'appelante et Métro. En vertu de ladite entente, Métro n'avait pas acquis d'actions du supermarché ou d'intérêt financier dans celui-ci. De plus, Métro n'avait aucun droit de gérance dans l'entreprise. Métro sécurisait plutôt un point de vente, pendant la période établie dans l'entente de fidélité. Dans l'affaire *Dubuc*, le juge Garon a conclu que les « droits » détenus par Métro ne lui conféraient pas un droit dans l'appelante, mais qu'ils étaient suffisants pour lui octroyer un droit dans l'entreprise de celle-ci :

« 28 Je suis porté à croire que l'acquisition d'un droit "dans son bien" dont il est question dans le sous-alinéa 12(1)x)(viii) implique l'acquisition de droits réels sur les biens d'un contribuable. D'une part, l'utilisation de la préposition "dans" me paraît impropre à décrire des droits personnels ou des droits de créance sur le plan de la terminologie juridique. D'autre part, dans ce contexte d'un droit par rapport à un bien la préposition "dans" désigne un rapport étroit avec ce bien, un "jus in re". Je suis d'avis que la préposition "dans" lorsqu'elle est associée avec le mot "bien" équivaut à la proposition "sur"³⁵. »

³³ Marc CUERRIER, « L'harmonisation de la législation fiscale fédérale », 2000, ministère de la Justice du Canada, Section Harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien (en ligne : <http://www.justice.gc.ca/fra/min-dept/pub/hlf-hfl/f7-b7/bf7.pdf>).

³⁴ [1994] 1 C.T.C. 2215 (C.C.I.) (« *Dubuc* ») pour la version anglaise du jugement.

³⁵ *Id.*, par. 28.

Il continue plus loin :

« 33 Quant à la partie du sous-alinéa 12(1)x)(viii) qui fait mention de l'acquisition "d'un droit sur le contribuable", il me semble que cette partie de ce sous-alinéa ne peut pas s'appliquer si le contribuable est un individu. [...] Dans le cas d'une personne morale, ce sous-alinéa peut s'appliquer à une personne qui possède des actions dans une société par actions. Si, dans le cas présent, Métro avait acquis par cette convention des actions de l'appelante, on pourrait alors dire que Métro a acquis des droits sur la personne morale qu'est l'appelante. Telle n'est cependant pas la situation dans l'espèce qui nous concerne.

34 Il me reste à considérer la partie du sous-alinéa 12(1)x)(viii) où il est question de l'acquisition "d'un droit dans l'entreprise".[...]

35 Étant donné la nature du concept d'entreprise, il me paraît indiscutable que Métro a acquis des droits qui se rapportent aux activités de l'appelante dans le cadre de l'exploitation de son commerce. L'appelante a, en effet, les mains liées à plusieurs égards. Elle est tenue dans l'exploitation de son commerce de s'approvisionner auprès de Métro et des fournisseurs désignés par Métro dans une mesure très substantielle, selon les termes mêmes de la convention. En d'autres mots, l'appelante doit respecter certains quotas ou "ratios de fidélité" en ce qui concerne les achats des catégories de produits visées par la convention. Cet engagement de l'appelante est assorti spécifiquement d'une clause pénale consentie en faveur de Métro. L'appelante ne peut pas non plus cesser de faire affaires en vendant son commerce sans d'abord donner à Métro la possibilité d'acquérir le commerce dans le délai indiqué. Il est aussi prévu que si dans le cas où Métro n'exerce pas son droit d'acquisition du commerce l'appelante doit s'assurer, comme on l'a vu, que l'acheteur du commerce signe une convention d'adhésion à titre de membre de Métro et respecte les droits conférés à Métro par la convention précitée pour la partie non écoulée de la période de cette convention. Métro possède ainsi des droits à l'égard des modalités de cessation par l'appelante de l'exploitation de son entreprise dans les circonstances que je viens d'indiquer³⁶. »

Toutefois, cette interprétation élargie de l'expression « droit dans une entreprise » n'a pas été reprise dans la décision *Supermarché Ste-Croix c. La Reine*³⁷, qui mettait également en cause l'application du sous-alinéa 12(1)x)(viii) L.I.R. à une convention de fidélité conclue avec Métro.

Dans l'affaire *Ste-Croix*, la Cour canadienne de l'impôt a restreint la portée donnée à l'expression « droit dans l'entreprise » dans l'affaire *Dubuc*,

³⁶ *Id.*, par. 33 à 35.

³⁷ 95 D.T.C. 871 (C.C.I.); confirmée par 97 D.T.C. 5211 (C.A.F.) (« *Ste-Croix* »).

tout en acceptant l'interprétation qu'on y trouve des mots « dans le contribuable » :

« Je suis du même avis que notre Cour dans l'affaire *Supermarché Dubuc* en ce qui a trait à la signification de l'acquisition d'un droit sur le contribuable et dans son bien. Il s'agit de l'acquisition d'actions ou d'un droit relatif à des actions ou à l'acquisition d'une part dans une société et de l'acquisition d'un droit réel à l'égard de son bien. Là où je diffère d'opinion, c'est quant à la signification à donner aux mots "acquisition d'un droit dans son entreprise". Je ne crois pas, à l'instar du juge dans *Canada Trust Co. (Shaw Estate)* précité, que les obligations contractuelles de l'appelante accordées en contrepartie du paiement incitatif puissent, dans le langage juridique courant, être comprises comme des droits acquis dans une entreprise. Un droit dans une entreprise serait possiblement une participation dans les bénéfices de l'entreprise, ou encore possiblement un droit de gestion. Je ne veux pas tenter de définir de façon descriptive et exhaustive ce que serait un droit dans une entreprise, mais je peux avec certitude dire ce qu'il n'est pas. Il ne peut s'agir des obligations contractuelles auxquelles s'est engagé le récipiendaire du paiement incitatif. Ici je veux reprendre les mots du tribunal dans *Supermarché Dubuc*, déjà cité, à l'égard de l'utilisation de la proposition "dans" à l'égard du mot "bien".

[...] l'utilisation de la préposition "dans" me paraît impropre à décrire des droits personnels ou des droits de créance sur le plan de la terminologie juridique.

Si les termes "droit dans un bien" ou "droit sur le contribuable" ne pouvaient référer à des droits personnels ou des droits de créance, il en va de même relativement aux termes "droit dans l'entreprise"³⁸. »

La Cour d'appel fédérale, par la voix du juge Marceau, a confirmé la décision de la juge Lamarre-Proulx en première instance et a indiqué ce qui suit :

« Nous croyons, comme elle, que l'expression "acquisition d'un droit sur l'entreprise" (dans la version anglaise, "acquisition of an interest in the taxpayer's business") doit s'entendre d'un droit direct relatif aux activités mêmes de l'entreprise et non seulement de ce que l'on peut encore décrire comme un droit mais de nature personnelle résultant d'une promesse de l'entreprise d'agir d'une certaine manière dans ses relations d'affaires futures. Ici, le "droit", ou l'intérêt que s'est acquis le payeur dans l'entreprise est celui que lui vaut l'obligation assumée par l'appelante, qui opère une épicerie, d'abord de s'approvisionner à l'avenir chez lui, grossiste, jusqu'à concurrence de certains quotas, et ensuite de lui donner un premier choix d'acquisition des actions émises de son capital-actions, si une transaction relative à ces actions était projetée.

³⁸ *Id.*, 877.

Aucun droit ou intérêt direct dans l'entreprise n'est impliqué, aucun droit de propriété ou droit pécuniaire quelconque dans ses profits n'est transféré, aucune participation dans sa direction, ses opérations ou son administration n'est cédée. Attribuer à l'expression "droit" ("interest") dans l'entreprise tel qu'utilisée dans la disposition le sens large que suggère en somme l'appelante, soit celui d'avantage à retirer des activités de l'entreprise, serait d'aller à l'encontre du sens courant attribué dans le langage juridique aux mots "droit" et "interest" lorsque utilisés à l'égard d'un bien, comme en témoignent les définitions fournies par les dictionnaires juridiques. Et ce serait aussi enlever à la disposition la possibilité de jouer vraiment le rôle qu'on lui assignait, soit celui de départager deux types de paiements incitatifs, un tel paiement pouvant difficilement ne pas avoir en contrepartie un intérêt qui se rattache aux activités de l'entreprise³⁹. »

En se basant sur ce qui précède, on doit limiter l'interprétation des termes « intérêt et droit dans la société » aux actions et à tout autre instrument financier conférant un droit de participation dans les profits d'une société. Il est également probable qu'un droit réel (telle une hypothèque) grevant ces actions ou instruments financiers serait également considéré comme un droit sur une société.

Dans un même ordre d'idées, et suivant le raisonnement de la Cour dans l'affaire *Ste-Croix*, l'expression « droit sur la société » devrait être interprétée de façon plus restreinte que « droit dans une entreprise ». Ainsi, ces termes ne sauraient viser des intérêts ou droits relatifs aux activités journalières ou financières de l'entreprise (c'est-à-dire les droits conférés par un contrat), puisqu'un droit dans une société renvoie aux droits dans le véhicule qu'est la société (telles des actions) et non pas ce qui est à l'intérieur dudit véhicule, soit l'entreprise. Bref, les dettes et obligations de l'entreprise ne seraient donc pas incluses dans la définition de « droit sur la société ». Évidemment, comme cette question n'a pas encore été examinée par les tribunaux dans le contexte de l'article 56.4 L.I.R., la prudence est de mise lorsqu'on vend des actions à une personne liée et qu'on désire se prévaloir de l'exclusion prévue au paragraphe 56.4(8.1) L.I.R., tout en conservant un certain lien avec la société cible ou la société admissible qui a acquis les actions de celle-ci.

2.4. ATTENTION AUX PAIEMENTS REÇUS PAR UNE AUTRE PERSONNE

Une des conditions d'application des paragraphes 56.4(7), 56.4(8) et 56.4(8.1) L.I.R. veut qu'aucune partie du montant de la contrepartie de la clause restrictive ne doive être reçue ou à recevoir par un particulier avec

³⁹ 97 D.T.C. 5211, 5212.

lequel le contribuable a un lien de dépendance ou par un autre contribuable dans lequel un tel particulier détient, directement ou indirectement, un intérêt, ou un droit pour l'application du droit civil (« Personne Liée »)⁴⁰. Il appert que cette condition vise à empêcher le fractionnement des revenus en avantageant une personne ayant un taux d'imposition moins élevé que le contribuable ayant octroyé la clause restrictive. Néanmoins, si ladite condition n'est pas remplie, alors le paragraphe 56.4(9) L.I.R. prévoira un allègement limité.

En vertu du paragraphe 56.4(9) L.I.R., l'article 68 L.I.R. ne s'appliquera qu'à la partie attribuable à la Personne Liée (« Partie attribuable »). La détermination de la Partie attribuable peut être complexe et aucune règle n'est prévue à l'article 56.4 L.I.R. quant à la méthode qui doit être utilisée à cette fin. Une possibilité est d'avoir recours à la formule A - B qui se retrouvait dans la version initiale du paragraphe 56.4(3) L.I.R., puisque les notes explicatives ayant trait à ce paragraphe faisaient référence à des situations où plus d'un actionnaire vendait ses actions, mais chaque actionnaire participait de façon différente dans l'entreprise exploitée par la société.

De plus, en vertu de l'alinéa 56.4(9)b) L.I.R., le contribuable ayant octroyé la clause restrictive et la Personne Liée doivent faire un choix conjoint en vertu duquel la Partie attribuable est réputée être reçue par la personne ayant octroyé la clause restrictive à titre de montant pour achalandage ou produit de disposition, selon le cas⁴¹. L'alinéa 56.4(9)c) L.I.R. prévoira alors que la Partie attribuable doit être considérée comme n'ayant pas été reçue par la Personne Liée. Si la Partie attribuable est effectivement reçue ou à recevoir par une société, une société de personnes ou une fiducie, cette contrepartie sera réputée avoir été reçue par le bénéficiaire à titre de mandataire du contribuable ayant octroyé la clause restrictive si elle est transférée à ce dernier dans les 180 jours suivant sa réception, le tout étant conforme à l'alinéa 56.4(9)c.1) L.I.R.

Enfin, la dépense effectuée par l'Acheteur au titre du montant pour achalandage ou du coût des actions sera considérée comme étant de la même nature que si le paragraphe 56.4(7), 56.4(8) ou 56.4(8.1) L.I.R. avait été appliqué à la Partie attribuable.

⁴⁰ Voir la section 2.3 du présent texte pour une analyse de l'expression « un intérêt ou, pour l'application du droit civil, un droit ».

⁴¹ Le choix doit satisfaire aux conditions prévues au paragraphe 56.4(14) L.I.R.

Prenons un exemple concret aux fins de mieux comprendre le fonctionnement du paragraphe 56.4(9) L.I.R. M. X et son épouse détiennent respectivement 75 % et 25 % des actions du capital-actions d'une société. Bien que les deux conjoints soient employés par la société, seulement M. X est un employé-clé. M. X et son épouse vendent leurs actions à un tiers en contrepartie de la somme totale de 2 M\$, soit 1,5 M\$ payables à M. X et 500 000 \$ payables à son épouse. Aucun montant n'est attribué à l'engagement de non-concurrence octroyé par M. X. Dans un tel cas, il est possible que l'ARC tentera d'arguer que l'alinéa 68c) L.I.R. est applicable de façon à considérer qu'une partie du prix de vente des actions constitue une contrepartie au titre d'une clause restrictive. Il pourrait donc être prudent d'effectuer un choix en vertu du paragraphe 56.4(9) L.I.R. aux fins d'attribuer une partie du montant reçu par M^{me} X à son conjoint. La difficulté sera évidemment d'établir le montant qui est raisonnablement attribuable à la clause restrictive.

La situation sera-t-elle différente si un des actionnaires-vendeurs n'a pas de lien de dépendance avec M. X? Formulons l'hypothèse que M. X, M^{me} X et M. Y (qui n'a pas de lien de dépendance avec M. et M^{me} X) détiennent respectivement 50 %, 25 % et 25 % des actions du capital-actions d'une société. Ces actions sont vendues pour la somme totale de 2 M\$; M. X reçoit 1 M\$, alors que M^{me} X et M. Y reçoivent 500 000 \$ chacun. Seul M. X est appelé à donner un engagement de non-concurrence et aucun montant n'est attribué à celui-ci. Une partie du prix de vente des actions peut-il vraiment être attribuable à la clause restrictive dans une telle situation? Si c'est le cas, pourquoi M. X aurait-il fait cadeau de cette contrepartie à M. Y? Et si aucune partie du prix de vente reçu par M. Y ne saurait être attribuable à la clause restrictive, pourquoi le même montant payé à M^{me} X pour le même nombre d'actions serait-il traité différemment? À notre avis, l'exclusion qui vise les Personnes Liées ne saurait être applicable dans les circonstances.

Enfin, nonobstant ce qui précède, l'allégement prévu au paragraphe 56.4(9) L.I.R. ne sera pas applicable lorsque la règle antiévitement décrite au paragraphe 56.4(11) L.I.R. empêche son application puisque ce dernier paragraphe a priorité sur l'allégement prévu au paragraphe 56.4(9) L.I.R.

3. SOMME AU TITRE D'UNE CLAUSE RESTRICTIVE

3.1. GÉNÉRALITÉS

Dans la situation où une somme est effectivement attribuée par les parties à la clause restrictive, ou dans la situation où l'ARC utilisait l'alinéa

68c) L.I.R. pour réattribuer une partie de la contrepartie au titre d'une telle clause restrictive, cette somme sera alors pleinement imposable en vertu du paragraphe 56.4(2) L.I.R. Les nouvelles règles ne prévoient que trois exceptions restreintes à cette règle générale voulant que tout montant reçu ou à recevoir au titre d'une clause restrictive doit être incluse dans le calcul du revenu du contribuable ayant octroyé la clause. D'ailleurs, toutes ces exceptions, lesquelles seront prévues au paragraphe 56.4(3) L.I.R., ne s'appliqueront que si la clause restrictive est accordée par une personne avec laquelle l'Acheteur n'a pas de lien de dépendance⁴². Par conséquent, tous nos commentaires à la section 2.3. de ce texte sont pertinents à cet égard. Ainsi, lorsqu'une clause restrictive est accordée à un membre de la famille, non seulement il ne sera pas possible d'éviter l'application de l'alinéa 68c) L.I.R. (sauf dans le cas très restreint visé au paragraphe 56.4(8.1) L.I.R.), mais en plus aucune exception ne sera disponible afin d'éviter l'application du paragraphe 56.4(2) L.I.R. pour la somme qui devra raisonnablement être attribuée à la clause restrictive, le cas échéant.

3.2. VENTE D'ACTIF

L'alinéa 56.4(3)b) L.I.R. s'appliquera lorsque : i) la somme reçue au titre d'une clause restrictive serait autrement incluse dans le calcul du « montant cumulatif des immobilisations admissibles » du contribuable relativement à l'entreprise à laquelle la clause restrictive se rapporte en vertu du paragraphe 14(5) L.I.R. et ii) le contribuable ainsi que le payeur (dans la mesure où le montant est payable par l'Acheteur relativement à une entreprise qu'il exploite au Canada) font conjointement le choix sur le formulaire prescrit d'appliquer l'alinéa 56.4(3)b) L.I.R. à cette somme. Si ces conditions sont remplies, et que la clause restrictive a été accordée à une personne avec qui le contribuable n'a pas de lien de dépendance, alors le paragraphe 56.4(2) L.I.R. ne sera pas applicable.

Plusieurs observations peuvent être faites eu égard à cette exception :

- 1) Ce choix n'élimine pas complètement l'incertitude quant aux conséquences fiscales afférentes à un paiement effectué en contrepartie d'un engagement de non-concurrence dans le cadre d'une vente d'éléments d'actif puisque le choix ne peut être effectué que dans la mesure où le paiement aurait autrement été inclus dans le calcul du montant cumulatif des immobilisations admissibles du contribuable. Par conséquent, il sera toujours nécessaire d'analyser l'application de

⁴² Cette détermination doit être faite sans référence à l'alinéa 251(5)b) L.I.R.

l'article 14 L.I.R. à un montant payé en contrepartie d'une clause restrictive. Toutefois, un paiement effectué dans le cadre d'une vente d'éléments d'actif en contrepartie d'un engagement de non-concurrence sera généralement considéré comme un montant en immobilisations admissible.

- 2) Le choix ne sera disponible que dans la mesure où la personne qui a accordé la clause restrictive est propriétaire de l'entreprise vendue. Ainsi, ce choix ne pourra être effectué lorsque l'engagement est octroyé par l'actionnaire d'une société qui vend ses éléments d'actif. Or, il est fréquent, lorsqu'une société vend son entreprise, que ses actionnaires devront s'engager à ne pas concurrencer l'acheteur par suite de l'opération. Il est difficilement justifiable qu'un particulier qui vend ses actions aura accès à une exception en vertu de l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R., alors que celui qui choisit de faire en sorte que la société vende ses éléments d'actif n'aura pas la même possibilité. Dans un tel cas, il sera particulièrement important qu'aucune somme ne soit reçue par l'actionnaire pour l'octroi de la clause restrictive de façon à permettre l'application du paragraphe 56.4(7) L.I.R.
- 3) Les deux parties doivent effectuer le choix si le montant est payable par l'Acheteur relativement à une entreprise qu'il exploite au Canada⁴³, mais seule la personne ayant octroyé la clause restrictive doit déposer ce choix auprès de l'ARC. Si le contribuable réside au Canada au moment où l'engagement est accordé, alors le choix doit être produit le ou avant la date d'échéance de production pour l'année d'imposition au cours de laquelle la clause restrictive a été accordée. Si le contribuable ne réside pas au Canada, alors le choix doit être produit auprès de l'ARC par toute personne (bien qu'il soit raisonnable de croire qu'il sera généralement produit par la personne ayant accordé la clause restrictive) le ou avant le jour qui est six mois après la date où la clause restrictive a été accordée. Dans tous les cas, le choix doit être accompagné d'une copie de la clause restrictive⁴⁴.

⁴³ Si l'entreprise n'est pas exploitée au Canada par l'Acheteur, alors seulement le contribuable qui a accordé la clause restrictive est requis de faire le choix en vertu de l'alinéa 56.4(3)b) L.I.R.

⁴⁴ À titre de mesure provisoire, il est prévu que ce choix sera réputé avoir été produit dans le délai imparti s'il est produit au plus tard 180 jours après la date de sanction de l'article 56.4 L.I.R.

- 4) Le formulaire prescrit pour faire ce choix n'était pas encore disponible au moment de la préparation de ce texte. Toutefois, le site Internet de l'ARC fournit un exemplaire d'une lettre qui peut être utilisée à cette fin⁴⁵.
- 5) L'ARC a indiqué que le ministère des Finances examinerait s'il y avait lieu d'inclure le choix prévu à l'alinéa 56.4(3)b) L.I.R. à l'article 600 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*⁴⁶, soit la disposition qui énumère les choix qui peuvent être produits hors délais conformément à une demande en vertu du paragraphe 220(3.2) L.I.R. Le ministère des Finances a confirmé qu'il avait l'intention d'inclure le choix mentionné à l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. à l'article 600 R.I.R. Il est à espérer que tous les choix mentionnés à l'article 56.4 L.I.R. y seront inclus, y compris celui prévu à l'alinéa 56.4(3)b) L.I.R. Il est d'ailleurs intéressant de mentionner que l'exemplaire de lettre que l'on retrouve sur le site Internet de l'ARC traite conjointement des choix prévus aux alinéas 56.4(3)b) et 56.4(3)c) L.I.R.; on pourrait donc s'attendre à ce que ces deux choix puissent être produits en retard en vertu des dispositions en matière d'équité. Toutefois, une telle inclusion à l'article 600 R.I.R. n'aura probablement pas lieu tant que l'article 56.4 L.I.R. n'aura pas été officiellement sanctionné.
- 6) Il est intéressant de noter que cette exception s'applique dans tous les cas où une somme est reçue en contrepartie d'une clause restrictive et qu'elle n'est pas limitée aux engagements de non-concurrence, contrairement à ce qui est prévu aux paragraphes 56.4(5) à 56.4(8.1) et à l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. Cependant, pour que l'exception soit applicable, encore faut-il que le paiement eut autrement été inclus dans le calcul du montant cumulatif des immobilisations admissibles du contribuable.

Il est impératif que le vendeur d'éléments d'actif qui reçoit un paiement au titre d'une clause restrictive soit informé des incidences fiscales si le choix décrit à l'alinéa 56.4(3)b) L.I.R. n'est pas effectué et produit à l'intérieur du délai imparti. Puisqu'il s'agit d'un choix conjoint du vendeur et de l'Acheteur (à moins que l'Acheteur n'exploite pas l'entreprise au Canada), ce choix doit être discuté dans le cadre des négociations entre les parties et devrait devenir une composante automatique de tout agenda de clôture pour la vente d'éléments d'actif lorsqu'un contribuable accorde une clause restrictive si une somme est payable au titre de celle-ci.

⁴⁵ En ligne : <http://www.cra-arc.gc.ca/tx/bsnss/tpcs/lf-vnts/sllng/rstrctv/LISEZ-MOI.html>.

⁴⁶ C.R.C., 1978, ch. 945 et mod. (« R.I.R. »); AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0103551E5, 7 avril 2005.

3.3. VENTE D' ACTIONS OU D' UNE PARTICIPATION DANS UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES

Une des exceptions au traitement décrit au paragraphe 56.4(2) L.I.R. se retrouvera à l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. et s'appliquera dans le cadre de la vente de certaines participations admissibles. Plusieurs conditions doivent être remplies pour que cette exception soit applicable :

- 1) Le montant doit se rapporter directement à la disposition par le contribuable d'une participation admissible. Une « participation admissible » sera définie au paragraphe 56.4(1) L.I.R. comme une immobilisation d'un contribuable qui est :
 - soit une participation dans une société de personnes qui exploite une entreprise;
 - soit une action du capital-actions d'une société qui exploite une entreprise;
 - soit une action du capital-actions d'une société dont au moins 90 % de la juste valeur marchande (JVM) est attribuable à des participations admissibles dans **une** autre société.

De plus, la clause restrictive doit être relative à l'entreprise exploitée par la société ou la société de personnes dont les actions ou participations sont vendues. La seule situation où un choix en vertu de l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. sera disponible à un contribuable qui vend les actions du capital-actions d'une société qui n'exploite pas l'entreprise à laquelle l'engagement se rapporte, vise le contribuable qui vend les actions du capital-actions d'une société de portefeuille lorsque la totalité ou la quasi-totalité de la JVM de cette société de portefeuille est attribuable aux actions de la société exploitante à laquelle la clause restrictive se rapporte.

De façon pratique, cela signifie que le choix prévu à l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. ne sera pas disponible dans les situations suivantes :

- lorsque la société de portefeuille a deux ou plusieurs filiales (dans un tel cas, une fusion pourrait être effectuée afin de résoudre le problème, si c'est possible);

- lorsque plus de 10 % de la valeur de la société de portefeuille est attribuable à des éléments d'actif autres que des actions d'une filiale, tels que des liquidités ou placements (lesquels devront être distribués avant l'opération, si c'est possible);
 - lorsqu'une société exploitant une entreprise a également une filiale qui exploite une entreprise et que la clause restrictive se rapporte à l'entreprise exploitée par la société et sa filiale;
 - lorsque la clause restrictive est octroyée par l'actionnaire de la société de portefeuille, mais que les actions vendues sont celles de la société exploitante et non celles de la société de portefeuille détenues par l'actionnaire.
- 2) La participation admissible (soit les actions ou la participation dans une société de personnes) doit être vendue au contribuable à qui l'engagement a été octroyé ou à une personne liée à celui-ci.
 - 3) Le montant doit être payé en contrepartie de l'engagement du contribuable à ne pas fournir, directement ou indirectement, des biens ou des services en concurrence avec les biens ou services fournis ou à fournir par l'Acheteur ou à une personne qui lui est liée. Ce choix n'est donc pas disponible eu égard à toutes les clauses restrictives, mais seulement en ce qui concerne les engagements de non-concurrence⁴⁷.
 - 4) Il doit être raisonnable de considérer que la clause restrictive a été accordée dans le but de maintenir ou de protéger la valeur de la participation admissible dont il est disposé en faveur de l'Acheteur.
 - 5) Le paragraphe 84(3) L.I.R. ne doit pas s'appliquer à la disposition de la participation admissible⁴⁸.
 - 6) Les roulements prévus à l'article 85 L.I.R. ou au paragraphe 97(2) L.I.R. ne peuvent s'appliquer au transfert de la participation admissible.
 - 7) Le récipiendaire de la somme payée à l'égard de la clause restrictive accordée par celui-ci et l'Acheteur doivent effectuer un choix conjoint,

⁴⁷ Voir section 2.2. plus haut.

⁴⁸ Cette condition s'applique seulement aux clauses restrictives accordées après le 17 juillet 2005.

sur le formulaire prescrit, d'appliquer l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. à cette somme⁴⁹.

- 8) Le choix prévu à l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. ne sera pas disponible si le montant reçu au titre de la clause restrictive était, en l'absence du nouvel article 56.4 L.I.R., inclus dans le calcul du revenu à titre de revenu d'emploi ou de revenu d'entreprise ou de biens⁵⁰. Cette règle antiévitement a pour but d'empêcher un choix en vertu de l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. lorsque le montant reçu en contrepartie de la clause restrictive aurait autrement été imposé à titre de revenu ordinaire. Compte tenu de l'application restrictive de l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R., il n'est pas clair que cette règle antiévitement était nécessaire dans les circonstances.

Lorsque toutes les conditions décrites ci-dessus seront remplies, alors le montant reçu ou à recevoir par un contribuable au titre d'une clause restrictive devra être ajouté au produit de disposition de la participation admissible et, à ce titre, sera un montant de nature capital⁵¹. De façon similaire, ce montant sera inclus dans le calcul du coût de la participation admissible pour l'Acheteur⁵².

4. PAIEMENTS À DES NON-RÉSIDENTS

L'alinéa 212(1)i) L.I.R. prévoira que tout montant payé à un non-résident auquel le paragraphe 56.4(2) L.I.R. aurait été applicable si le non-résident avait résidé au Canada tout au long de l'année d'imposition au cours de laquelle le montant a été reçu ou était à recevoir sera assujéti à l'impôt de la partie XIII L.I.R. de 25 %. Par conséquent, l'alinéa 212(1)i) L.I.R. ne devrait pas être applicable si un choix est effectué en vertu de l'alinéa 56.4(3)b) ou 56.4(3)c) L.I.R. ou si l'alinéa 56.4(3)a) L.I.R. est applicable au paiement. De façon similaire, l'impôt des non-résidents pourra être évité si aucune contrepartie n'est attribuée à une clause restrictive et que la répartition effectuée par les parties n'est pas assujéti à l'alinéa 68c) L.I.R.

⁴⁹ Pour plus de détails sur les modalités de ce choix, voir les paragraphes 3 à 5 de la section 3.2. plus haut, ainsi que le paragraphe 56.4(14) L.I.R.

⁵⁰ Par. 56.4(10) L.I.R.

⁵¹ S.-al. 56.4(3)c)(vi) L.I.R.

⁵² Al. 56.4(4)c) L.I.R.

Cependant, si l'impôt de la partie XIII L.I.R. s'applique, il n'est pas clair que le taux de 25 % pourra être réduit en vertu d'une convention fiscale à laquelle le Canada est partie. D'une part, l'ARC a toujours considéré qu'un engagement de non-concurrence accordé dans le cadre d'une vente d'actif donne lieu à une disposition d'achalandage. Par conséquent, il serait possible d'arguer que le paiement reçu en contrepartie de l'octroi d'un tel engagement devrait être exonéré d'impôt en vertu de la disposition des conventions fiscales qui traite des « Gains » dans le cas d'une vente d'entreprise. D'autre part, il est possible que l'ARC tentera de soutenir que la personne ayant accordé la clause restrictive ne doit pas être considérée comme ayant disposé d'achalandage si aucun choix n'a été effectué en vertu de l'alinéa 56.4(3)b) L.I.R.

Il est intéressant de noter que l'ARC avait précédemment déterminé que des paiements effectués en contrepartie d'un engagement de non-concurrence accordé par un non-résident (à une époque antérieure au paragraphe 56.4(2) L.I.R.) étaient assujettis à l'impôt de la partie XIII L.I.R. en vertu du sous-alinéa 212(1)d)(iv) L.I.R. à titre de paiements effectués en vertu d'un engagement à ne pas « utiliser des biens, inventions, appellations, brevets, marques de commerce, dessins ou modèles, plans, formules secrètes, procédés de fabrication ou toute autre chose »⁵³. Dans la même interprétation technique, l'ARC avait indiqué que les articles 12 (redevances) et 13 (gains en capital) de l'*Accord Canada-Allemagne en matière d'impôts sur le revenu*⁵⁴ ne s'appliquaient pas à de tels paiements. Toutefois, dans les faits soumis à l'ARC, la personne ayant octroyé la clause restrictive était la société mère non résidente du vendeur. Puisque la société mère n'exploitait pas l'entreprise vendue au payeur, cette interprétation technique n'exclut pas la possibilité que la clause restrictive puisse être considérée comme donnant lieu à une disposition de biens lorsque le bénéficiaire du paiement est également celui qui exploitait antérieurement l'entreprise vendue. De plus, cette interprétation technique ne prend pas de position quant à la possibilité de réduire le taux en vertu de la disposition des conventions fiscales relative aux « Autres revenus ».

En se basant sur ce qui précède, on pourrait trouver difficile de convaincre l'ARC qu'un paiement relatif à une clause restrictive reçue par un non-résident d'un résident du Canada n'est pas assujéti à l'impôt des non-résidents de 25 % si le paragraphe 56.4(2) L.I.R. est applicable au

⁵³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0044351E5, 24 mars 2004.

⁵⁴ *Loi de 2001 de mise en œuvre de conventions fiscales*, L.C. 2001, ch. 30, partie 8.

paiement. De plus, il appert qu'un tel impôt s'appliquera même à un engagement à ne pas faire concurrence à l'extérieur du Canada. En effet, l'alinéa 212(1)i) L.I.R. ne prévoit aucune restriction territoriale. Dans d'autres dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, tels que l'alinéa 212(1)d) L.I.R. et le paragraphe 212(5) L.I.R., la partie XIII L.I.R. ne s'applique pas si le bien n'est pas utilisé ou distribué au Canada. Il est surprenant que l'alinéa 212(1)i) L.I.R. ne prévoient pas une exclusion similaire. Il est difficilement concevable que l'impôt de la partie XIII L.I.R. puisse s'appliquer même si le non-résident a convenu de ne pas faire concurrence à un résident canadien mais seulement à l'extérieur du Canada. Il semble néanmoins que le législateur ait véritablement eu l'intention d'assujettir un paiement effectué au titre d'une clause restrictive par un résident canadien à un non-résident, même si la restriction ne vise pas des biens situés au Canada ou des services rendus ici. Cette intention peut s'inférer non seulement du langage utilisé à l'alinéa 212(1)i) L.I.R., mais également du fait qu'une telle limite de territoire sera prévue à l'alinéa 212(13)g) L.I.R. En vertu de cette disposition, l'impôt de la partie XIII L.I.R. sera applicable dans la mesure où un non-résident effectue un paiement à un autre non-résident relativement à une clause restrictive si ce paiement influe, ou vise à influencer, **de quelque manière que ce soit**, sur :

- 1) l'acquisition ou la fourniture de biens ou de services au Canada;
- 2) l'acquisition ou la fourniture de biens ou de services à l'étranger par une personne résidant au Canada; ou
- 3) l'acquisition ou la fourniture à l'étranger d'un bien canadien imposable.

Encore une fois, le ministère des Finances a choisi d'introduire une disposition législative ayant une portée très large qui peut même s'appliquer lorsque la clause restrictive est accordée par un non-résident à un autre non-résident relativement à une entreprise exploitée principalement à l'extérieur du Canada dans la mesure où quelque partie que ce soit de l'entreprise est également exploitée au Canada.

Le problème est exacerbé par le fait que l'application de l'impôt de la partie XIII L.I.R. peut pénaliser non seulement la personne non résidente qui octroie une clause restrictive, mais également la personne à qui l'engagement est accordé. Prenons l'exemple suivant :

- A, B et C sont des particuliers qui résident aux États-Unis.

- A, B et C sont les seuls actionnaires d'ABCCo, une société constituée en vertu des lois du Delaware dont la très grande majorité des ventes sont aux États-Unis.
- Opco, une société canadienne, fait l'acquisition des actions du capital-actions d'ABCCo pour pénétrer le marché américain et demande à A, B et C de signer un engagement de non-concurrence aux États-Unis.

Dans un tel cas, Opco doit se préoccuper de l'application possible de l'impôt de la partie XIII L.I.R. En effet, l'alinéa 212(1)i) L.I.R. prévoit que les montants payés par un résident canadien (soit Opco) à un non-résident (soit A, B et C), auquel le paragraphe 56.4(2) L.I.R. aurait été applicable si le non-résident avait résidé au Canada, sont assujettis à l'impôt des non-résidents de 25 %. Même s'il est difficilement concevable que l'impôt de la partie XIII L.I.R. puisse s'appliquer lorsque le non-résident a convenu de ne pas faire concurrence à l'extérieur du Canada, force est d'admettre que l'alinéa 212(1)i) L.I.R. ne restreint pas son application aux engagements de non-concurrence sur le territoire canadien.

Il sera donc important pour Opco et ses conseillers de s'assurer qu'un choix est disponible en vertu de l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. ou que l'on satisfait aux conditions d'application du paragraphe 56.4(8) L.I.R. pour éviter qu'une partie du prix d'acquisition des actions du capital-actions d'ABCCo payé par Opco puisse être réattribué à l'engagement de non-concurrence. Sinon, Opco devra s'interroger quant à la nécessité de déduire et de remettre 25 % de la contrepartie payable à A, B et C et quant à la portion de cette contrepartie qui devrait être attribuée à l'engagement de non-concurrence.

Changeons maintenant les faits. Opco est une société américaine qui fait l'acquisition des actions d'ABCCo, une autre société américaine, de trois résidents américains, A, B et C, qui s'engagent à ne pas faire concurrence à Opco en Amérique du Nord. Il est difficile de concevoir que, dans un tel contexte, Opco et ses conseillers se préoccuperont du paragraphe 56.4(2) L.I.R. Toutefois, en vertu de l'alinéa 212(13)g) L.I.R., Opco devrait théoriquement s'interroger quant à la nécessité de déduire et de remettre 25 % du montant payable à A, B et C relativement à l'engagement de non-concurrence puisque le Canada est inclus dans le territoire visé par celui-ci.

Il y a donc lieu d'être très vigilant lorsqu'on représente un Acheteur qui effectue des paiements en faveur de non-résidents dans un contexte où une clause restrictive lui a été accordée.

5. EXEMPLES D'APPLICATION DE L'ARTICLE 56.4 L.I.R.

Tel qu'il a été mentionné à quelques reprises dans le présent texte, il est souvent difficile de cerner la politique fiscale sous-jacente aux modalités d'application de l'article 56.4 L.I.R. Cela fait en sorte qu'un contribuable ne saurait présumer dans une situation particulière qu'il aura le droit de se prévaloir des exceptions prévues au paragraphe 56.4(3) L.I.R. ou même qu'il pourra éviter de se préoccuper de ces règles en ne prévoyant aucune contrepartie pour une clause restrictive. Il y aura donc lieu de réviser attentivement l'article 56.4 L.I.R. pour toute opération où une clause restrictive est octroyée par un contribuable, comme le démontrent les exemples qui suivent.

A. M. X exploite seul une entreprise. Il vend à un acheteur des biens utilisés dans l'exploitation de cette entreprise, y compris l'achalandage. M. X accorde un engagement de non-concurrence à l'acheteur.

- Si l'acheteur a un lien de dépendance avec M. X, ce dernier ne peut faire un choix en vertu de l'alinéa 56.4(3)b) L.I.R. De plus, on ne peut écarter la possibilité que l'alinéa 68c) L.I.R. puisse s'appliquer en vertu du paragraphe 56.4(7) L.I.R. même si aucun montant n'est payé à M. X au titre de la clause restrictive.
- Si l'acheteur n'a pas de lien de dépendance avec M. X, ce dernier pourra se prévaloir de l'alinéa 56.4(3)b) L.I.R. ou du paragraphe 56.4(7) L.I.R., selon le cas, s'il satisfait aux autres conditions qui y sont énoncées.

B. M. X détient la totalité des actions d'OpcO. OpcO dispose des éléments d'actif utilisés dans l'exploitation de son entreprise et M. X accorde un engagement de non-concurrence à l'acheteur.

- Quelle que soit l'identité de l'acheteur, M. X ne peut faire le choix en vertu de l'alinéa 56.4(3)b) L.I.R. quant à une somme reçue au titre d'une clause restrictive puisqu'il n'exploite pas lui-même l'entreprise.
- Si M. X n'a pas de lien de dépendance avec l'acheteur, il sera donc important qu'il ne reçoive aucun montant en contrepartie de son engagement, lui permettant ainsi de faire le choix prévu au paragraphe 56.4(7) L.I.R. si les autres conditions énoncées à ce paragraphe sont remplies.

- Si M. X a un lien de dépendance avec l'acheteur, le paragraphe 56.4(7) L.I.R. ne peut exclure l'application possible de l'alinéa 68c) L.I.R.

C. M. X détient la totalité des actions d'Opco. Il dispose des actions du capital-actions d'Opco et accorde un engagement de non-concurrence à l'acheteur.

- Si l'acheteur n'a pas de lien de dépendance avec M. X, ce dernier pourra se prévaloir de l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. ou du paragraphe 56.4(8) L.I.R., selon le cas, s'il satisfait aux autres conditions qui y sont énoncées.
- Si l'acheteur a un lien de dépendance avec M. X, ce dernier ne peut faire un choix en vertu de l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. Toutefois, M. X peut écarter la possibilité que l'alinéa 68c) L.I.R. s'applique en vertu du paragraphe 56.4(8.1) L.I.R. si, notamment, aucun montant ne lui est payé au titre de la clause restrictive et que l'engagement est accordé à un particulier lié à M. X qui est âgé d'au moins 18 ans. Une autre façon de faire est d'octroyer la clause restrictive à une société contrôlée par un particulier lié à M. X; alors le paragraphe 56.4(8.1) L.I.R. ne pourra s'appliquer, puisque ladite société n'est pas une personne admissible. Il est intéressant de noter que les actions d'Opco peuvent être vendues à une telle société, mais l'engagement de non-concurrence doit être octroyé à son actionnaire et non à ladite société si M. X veut bénéficier du traitement prévu au paragraphe 56.4(8.1) L.I.R.

D. M. X détient la totalité des actions d'Opco. Il dispose de 80 % des actions du capital-actions d'Opco en faveur d'une société contrôlée par son frère (« Frereco ») et accorde un engagement de non-concurrence à son frère.

- Le choix prévu à l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. n'est pas disponible puisque M. X a un lien de dépendance avec son frère.
- M. X ne peut faire le choix prévu au paragraphe 56.4(8.1) L.I.R. puisqu'il détient toujours un droit dans Opco, soit 20 % des actions de son capital-actions. Toutefois, il appert qu'une vente de 80 % des actions du capital-actions d'Opco par M. X à son frère (plutôt qu'à Frereco) n'aurait pas empêché M. X d'éviter l'application de l'alinéa 68c) L.I.R.⁵⁵

⁵⁵ L'alinéa 56.4(8.1)d) L.I.R. prévoit des restrictions quant à la détention de droit sur la société cible seulement dans la situation où « il est disposé d'actions de la société cible en faveur de la société admissible de la personne admissible ».

E. M. X détient la totalité des actions de Holdco, laquelle détient la totalité des actions d'Opco. M. X dispose des actions de Holdco et accorde un engagement de non-concurrence à l'acheteur.

- Si l'acheteur n'a pas de lien de dépendance avec M. X, ce dernier pourra se prévaloir de l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. ou du paragraphe 56.4(8) L.I.R., selon le cas, s'il satisfait aux autres conditions qui y sont énoncées. Toutefois, le choix prévu à l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. ne sera pas disponible si Holdco a des éléments d'actif autres que les actions d'Opco qui ont une valeur excédant 10 % de la JVM de tout l'actif de Holdco.
- Si l'acheteur a un lien de dépendance avec M. X, ce dernier ne peut faire un choix en vertu de l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. Toutefois, M. X peut écarter la possibilité que l'alinéa 68c) L.I.R. puisse s'appliquer en vertu du paragraphe 56.4(8.1) L.I.R. si, *inter alia*, aucun montant ne lui est payé au titre de la clause restrictive et que l'engagement est accordé à un particulier lié à M. X qui est âgé d'au moins 18 ans. Une autre façon de faire est d'octroyer la clause restrictive à une société contrôlée par un particulier lié à M. X; alors le paragraphe 56.4(8.1) L.I.R. ne pourra s'appliquer, puisque ladite société n'est pas une personne admissible. Il est intéressant de noter que les actions de Holdco peuvent être vendues à une telle société, mais l'engagement de non-concurrence doit être octroyé à son actionnaire et non à ladite société si M. X veut bénéficier du traitement prévu au paragraphe 56.4(8.1) L.I.R.

F. M. X détient la totalité des actions de Holdco, laquelle détient la totalité des actions d'Opco I et d'Opco II. Les actions d'Opco I et d'Opco II sont d'égale valeur. M. X dispose des actions de Holdco et accorde un engagement de non-concurrence à l'acheteur.

- Quelle que soit l'identité de l'acheteur, M. X ne peut faire le choix en vertu de l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. quant à une somme reçue au titre d'une clause restrictive puisque les actions de Holdco ne sont pas des participations admissibles, Holdco détenant des actions dans deux sociétés. En effet, 90 % de la JVM des actions du capital-actions de Holdco ne sera pas attribuable à des actions dans une autre société. Il serait donc nécessaire de fusionner Opco I et Opco II avant la clôture pour que le choix puisse être effectué dans le cas où une somme serait attribuable à la clause restrictive.
- Si aucune somme n'est attribuable à la clause restrictive, alors le paragraphe 56.4(8) ou 56.4(8.1) L.I.R. sera applicable, selon le cas, sous réserve des commentaires aux exemples C et D ci-dessus.

CONCLUSION

Bien que le Communiqué 2010 ait réglé certains des problèmes soulevés par les fiscalistes depuis la première annonce, en 2003, des nouvelles règles relatives aux clauses restrictives, plusieurs problèmes subsistent. La question principale qui reste sans réponse est la politique fiscale sous-jacente à une disposition de portée aussi large que l'article 56.4 L.I.R., compte tenu de l'application limitée des décisions de la Cour d'appel fédérale dans les affaires *Fortino* et *Manrell*. Toutefois, sept ans après l'annonce de ces nouvelles mesures, il est peu probable que le ministère des Finances modifiera de façon significative sa politique sur le traitement fiscal des paiements reçus en contrepartie d'une clause restrictive. Dans un tel contexte, il ne reste qu'à espérer que le ministère des Finances proposera encore des modifications à l'article 56.4 L.I.R. avant d'intégrer celui-ci dans un projet de loi déposé au Parlement, dans le but de régler les nombreux problèmes techniques qui ont été soulevés, particulièrement dans le cadre de la vente d'une entreprise familiale ou pour les clauses restrictives autres que les engagements de non-concurrence. De plus, l'introduction de l'article 56.4 L.I.R. pourrait ne s'avérer qu'une tempête dans un verre d'eau si l'ARC applique l'alinéa 68c) L.I.R. avec retenue, de façon à ne remettre en question que les arrangements clairement déraisonnables. Dans l'intervalle, il y aura lieu d'analyser tous les faits relatifs à chaque situation afin de déterminer si une des exceptions peut être applicable dans les circonstances.

**LA MAJORATION (BUMP) DE L'ALINÉA 88(1)D)
DE LA LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU
DANS UN CONTEXTE DE FIDUCIE DE REVENU,
DE SOCIÉTÉ DE PERSONNES ET DE SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE AFFILIÉE**



Serge Bilodeau
FCA, associé
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.



Mélissa Dorsaint
Avocate, M. Fisc., MBA
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	20:3
1. LES RÈGLES DE MAJORATION DE L'ALINÉA 88(1)D) DE LA <i>LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU</i>	20:3
2. LA MAJORATION DU COÛT INDIQUÉ ET LA FIDUCIE DE PLACEMENT IMMOBILIER	20:4
3. LA MAJORATION DU COÛT D'UNE PARTICIPATION D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES AYANT UN PRIX DE BASE RAJUSTÉ NÉGATIF	20:9
4. LA MAJORATION DU COÛT DES ACTIONS D'UNE SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE AFFILIÉE	20:13

- 5. MAJORATION SYNTHÉTIQUE DU PRIX DE BASE
RAJUSTÉ DES ACTIONS D'UNE SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE
AFFILIÉE DE L'ALINÉA 95(2)F.1) L.I.R..... 20:27**

INTRODUCTION

Ce texte présente une étude détaillée de divers scénarios de majoration (*bump*) du coût fiscal dans un contexte transactionnel impliquant des fiducies de placement immobilier, des sociétés de personnes et des sociétés étrangères affiliées (« SÉA »).

1. LES RÈGLES DE MAJORATION DE L'ALINÉA 88(1)d) DE LA LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU¹

Quoique l'objectif du présent texte ne soit pas de passer en revue les règles applicables à la majoration (*bump*) du coût indiqué des biens transférés par une filiale à sa société mère dans le cadre d'une liquidation ou d'une fusion, mais plutôt d'étayer certains cas complexes rencontrés par les praticiens, nous avons cru d'importance de passer en revue quelques règles de base s'y rapportant.

Lorsqu'une société canadienne imposable (société mère) possède au moins 90 % des actions émises de chaque catégorie d'actions du capital-actions d'une autre société canadienne imposable (filiale) et que lors de la liquidation des actifs liquidés de la filiale se retrouvent dans la société mère, des règles particulières énoncées au paragraphe 88(1) L.I.R. s'appliquent. Ces mêmes règles trouvent application dans le cadre d'une fusion dite verticale, telles qu'elles sont déterminées par le paragraphe 87(11) L.I.R.

De manière générale, dans le cadre d'une fusion ou d'une liquidation, la société mère est réputée avoir acquis les biens de la filiale à un coût égal au produit de disposition réputé² de la filiale plus, pour les immobilisations de la filiale détenues au moment où la société mère a acquis le contrôle pour la dernière fois, le montant déterminé calculé par l'alinéa 88(1)d) L.I.R.³ Le montant déterminé correspond généralement à l'excédent du prix de base rajusté (« PBR ») des actions de la filiale, tel qu'il est déterminé en vertu du sous-alinéa 88(1)b)(ii) L.I.R., sur l'excédent du total des sommes correspondant au coût indiqué du chacun des biens de la filiale, plus tout argent que la filiale a en sa possession immédiatement avant la transaction, moins le total de ses dettes. Gardons à l'esprit que l'objectif des règles de

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

² Al. 88(1)c) L.I.R.

³ Certains biens énumérés aux sous-alinéas 88(1)c)(iii) à (vi) L.I.R. ne sont pas assujettis à cette majoration.

majoration est de réévaluer les biens de la filiale (autres que ses biens non admissibles) au moment de l'acquisition de contrôle de la filiale par sa société mère. Conséquemment, tel qu'il est prévu au sous-alinéa 88(1d)(ii) L.I.R., le coût des biens admissibles détenus lors de l'acquisition de contrôle de la filiale par la société mère peut être augmenté, et ce, jusqu'à concurrence de la juste valeur marchande (« JVM ») de ces biens détenus par la filiale lors de cette acquisition de contrôle.

Dans le cadre du présent texte, nous étudierons donc l'application des règles générales et de certaines règles particulières relatives à la majoration du coût indiqué des immobilisations d'une filiale lors de leur transfert à une société mère, à la suite d'une liquidation ou d'une fusion, dans différents contextes transactionnels.

2. LA MAJORATION DU COÛT INDIQUÉ ET LA FIDUCIE DE PLACEMENT IMMOBILIER

Les nouvelles règles applicables aux fiducies de revenu entrées en vigueur en 2006 ont restreint de beaucoup les types d'actifs que ces entités peuvent détenir et par conséquent les possibilités transactionnelles dans ce contexte. Selon ces nouvelles règles, une fiducie de revenu sera assujettie à un impôt spécial applicable aux « fiducies intermédiaires de placement déterminées » (FIPD) à moins de se qualifier au titre de fiducie de placement immobilier (« FPI »), tel qu'il est défini à l'article 122.1 L.I.R. Une fiducie cotée en Bourse doit généralement remplir quatre conditions tout au long de son année d'imposition pour se qualifier à titre de FPI :

Test d'actifs⁴ : la fiducie ne peut pas détenir des « biens hors portefeuille » autres que des « biens admissibles de FPI ». Dans ce cadre, la fiducie peut notamment détenir les actifs suivants :

- un « bien immeuble ou réel »⁵;
- des titres de toute « entité déterminée »⁶ qui tire la totalité ou la presque totalité de son revenu de l'entretien, de l'amélioration, de la location ou de la gestion de biens immeubles ou réels qui font partie des

⁴ Par. 122.1(1) « fiducie de placement immobilier », al. a) L.I.R.

⁵ Par. 122.1(1) « biens admissibles de FPI », al. a) L.I.R. Pour la définition de « bien immeuble ou réel », voir le paragraphe 122.1(1) « bien immeuble ou réel » L.I.R.

⁶ Par. 122.1(1) « entité déterminée » L.I.R.

immobilisations de la fiducie ou d'une entité dont elle détient une action ou dans laquelle elle détient une participation, y compris les biens immeubles ou réels que la fiducie ou une telle entité détient de concert avec une ou plusieurs autres personnes ou sociétés de personnes⁷;

- les titres de toute entité déterminée dont les seuls biens sont constitués des biens suivants⁸ :
 - i) le titre de propriété de biens immeubles ou réels de la fiducie ou d'une autre entité déterminée dont l'ensemble des titres sont détenus par la fiducie, y compris les biens immeubles ou réels que la fiducie ou cette autre entité déterminée détient de concert avec une ou plusieurs autres personnes ou sociétés de personnes, ou
 - ii) une propriété accessoire;
- des propriétés accessoires, ou plus précisément les biens qui sont accessoires à l'activité de la fiducie qui consiste à gagner les sommes visées aux sous-alinéas b)(i) et (iii) de la définition de « fiducie de placement immobilier »⁹.

Test de 95 % de revenu¹⁰ : pas moins de 95 % du revenu brut de la fiducie découle de « loyer de biens immeubles ou réels »¹¹, d'intérêts, de gains en capital provenant de la disposition de biens immeubles ou réels, dividendes, redevances;

Test de 75 % de revenu¹² : pas moins de 75 % du revenu de la fiducie découle de loyer de biens immeubles ou réels, d'intérêts d'hypothèque et de gains en capital provenant de la disposition de biens immeubles ou réels;

⁷ Par. 122.1(1) « biens admissibles de FPI », al. b) L.I.R.

⁸ Par. 122.1(1) « biens admissibles de FPI », al. c) L.I.R.

⁹ Par. 122.1(1) « biens admissibles de FPI », al. d) L.I.R.

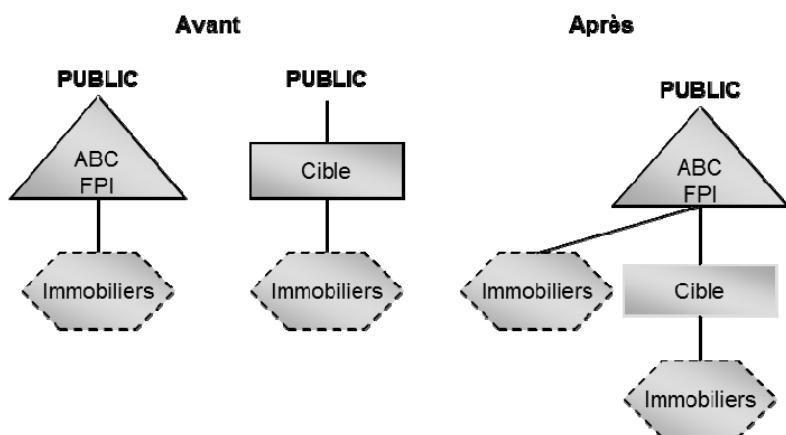
¹⁰ Par. 122.1(1) « fiducie de placement immobilier », al. b) L.I.R.

¹¹ Par. 122.1(1) « loyers de biens immeubles ou réels » L.I.R.

¹² Par. 122.1(1) « fiducie de placement immobilier », al. c) L.I.R.

Test de valeur de capitaux propres¹³ : le total de la JVM de tous les biens détenus par la fiducie dont chacun est un bien immeuble, une acceptation bancaire, des dettes gouvernementales et certains dépôts représentant au moins 75 % de la valeur des capitaux propres de la fiducie.

Notons que ces règles restreignent de beaucoup la possibilité pour une FPI d'acquérir les actions d'une société immobilière, par exemple. En effet, dans un tel contexte, il serait difficile pour la société immobilière ayant fait l'objet de l'acquisition de verser des dividendes sans contaminer la FPI et lui faire perdre son statut, parce que le test de **75 % de revenu** serait plus difficile ou impossible à réaliser. Prenons l'exemple de la fiducie ABC FPI qui souhaite acquérir toutes les actions de Cible, une société immobilière cotée en Bourse, pour de l'argent.



Dans le cas d'une acquisition directe telle qu'elle est illustrée, ABC FPI devra s'assurer qu'une détention continue de la propriété de Cible n'entraîne pas la perte de son statut de FPI. Or, une simple analyse nous permet de conclure que chacun des quatre tests ne pourra être réalisé :

- **Test d'actifs** : les actions de Cible peuvent être considérées comme des biens immeubles ou réels.
- **Test de 95 % de revenu** : les dividendes payés par Cible à ABC FPI se qualifient pour le test de 95 % de revenu.

¹³ Par. 122.1(1) « fiducie de placement immobilier », al. d) L.I.R.

- **Test de 75 % de revenu** : les dividendes (et les intérêts) payés par Cible **ne peuvent se qualifier** pour le test de 75 % de revenu, puisque ce test ne doit prendre en considération que les revenus de loyer de biens immeubles ou réels, d'intérêts d'hypothèque et de gains en capital provenant de la disposition de biens immeubles ou réels.
- **Test de valeur de capitaux propres** : les actions de Cible devraient se qualifier en tant que biens immeubles ou réels.

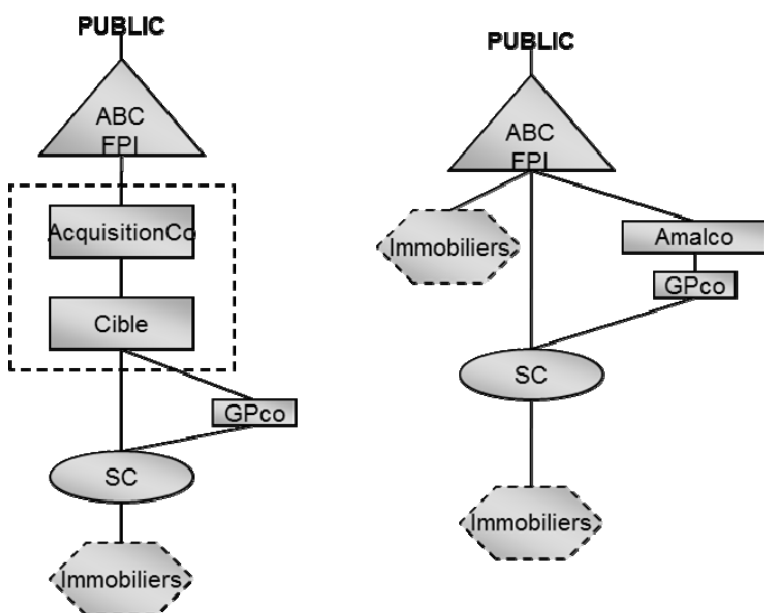
Tel qu'il a été mentionné précédemment, les dividendes et intérêts sur de la dette entre ABC FPI et Cible qui seraient payés par Cible à ABC FPI risqueraient d'entacher le statut de FPI d'ABC FPI. De plus, la présence d'une entité corporative sous FPI serait incompatible avec la nature de conduit de la FPI, car elle pourrait avoir pour conséquence d'augmenter le taux d'imposition effectif au sein de la structure¹⁴. Dans ce contexte, il faudrait envisager le transfert des biens immobiliers de Cible à une entité intermédiaire qui n'alourdirait pas la structure, tout en assurant la majoration du coût indiqué des unités de cette entité intermédiaire jusqu'à concurrence du maximum permis par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, c'est-à-dire la JVM des biens sous-jacents. Cela pourrait d'ailleurs être effectué par le biais des transactions suivantes :

- 1) ABC FPI incorpore une nouvelle société (« AcquisitionCo ») pour acquérir toutes les actions de Cible.
- 2) ABC FPI finance AcquisitionCo avec l'argent nécessaire pour procéder à l'acquisition de Cible (soit par dette, soit par équité).
- 3) Cible incorpore une nouvelle société (« Gpco »).
- 4) Cible et GPco forment une nouvelle société en commandite (« SC »).
- 5) Cible transfère tous ses biens immobiliers à SC par voie de roulement en vertu du paragraphe 97(2) L.I.R. (c'est-à-dire par une opération de préemballage)¹⁵.

¹⁴ Même si Cible avait une bonne capacité de levier pour réduire au minimum le risque de pertes fiscales, le revenu d'intérêts sur la dette non garantie de Cible ne serait pas admissible au test de **75 % de revenu**.

¹⁵ Cible peut continuer de détenir les titres des propriétés immobilières comme personne désignée.

- 6) AcquisitionCo acquiert toutes les actions de Cible du public contre de l'argent¹⁶.
- 7) AcquisitionCo et Cible fusionnent pour former Amalco. Dans le cadre de la fusion, le coût indiqué de la participation dans SC est majoré (« bumpé ») en vertu des alinéas 88(1)c) et d) L.I.R. ainsi que du paragraphe 87(11) L.I.R.
- 8) Amalco distribue sa participation dans SC à ABC FPI afin de repayer la dette et/ou à titre de retour de capital.



¹⁶ En vertu du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, ch. 945 et mod. (« R.I.R. »), par. 4800(2), Cible choisit de ne pas être une « société publique ». Le choix peut aussi être effectué par Amalco (voir *Revenue Canada Views*, dans *Tax Partner* (CD-ROM), Scarborough, Ont., Carswell, décision anticipée 2008-0268961R3, 2008). En l'espèce, l'objectif du choix est d'assurer que la société issue de la fusion puisse effectuer des distributions par voie de réduction de capital sans être assujettie au paragraphe 84(4.1) L.I.R. Cette disposition a pour effet de réputer être un dividende toute somme payée par une société publique au titre d'une réduction de capital versée effectuée autrement que par le rachat, l'acquisition ou l'annulation d'une ou de plusieurs actions d'une catégorie donnée.

Pour l'application des tests de FPI du paragraphe 122.1(1) L.I.R., tous les revenus, les actifs et les recettes de SC seront considérés comme appartenant à ABC FPI et provenant directement de celle-ci, sur la base de la nature de conduit d'une société de personnes. En outre, cette même nature de conduit de SC permet de maintenir peu élevé le taux d'imposition effectif de la structure, en écartant les risques de pertes fiscales résultant de l'imposition de quelque revenu que ce soit au sein d'une société, par l'élimination même de la société (Cible) au sein de la structure.

En plus de permettre le maintien du statut de FPI de ABC FPI, les transactions proposées permettent la majoration du coût indiqué des parts de la société de personnes SC, de manière à minimiser tout gain sur une disposition, en l'occurrence celle effectuée en faveur d'ABC FPI. Notons cependant que la majoration ne sera pas disponible si la contrepartie inclut des unités d'ABC FPI, en raison du fait que les unités de la fiducie tireraient leur valeur au moins en partie des « biens distribués » de la fusion verticale. Par conséquent, les unités seraient des biens décrits au sous-alinéa 88(1)c.3(i) L.I.R. et les exceptions des sous-alinéas 88(1)c.3(iii) et (vi) L.I.R. ou de l'alinéa 88(1)c.4 L.I.R. permettant de majorer le coût indiqué de ces biens ne s'appliqueraient pas. Il reste à savoir si cela est le résultat approprié d'un point de vue de la politique fiscale, les unités d'une FPI étant l'équivalent des actions d'une société publique, pour lesquelles une exception spécifique existe au sous-alinéa 88(1)c.4(i) L.I.R. Par conséquent, la règle ne permettant pas la majoration peut s'appliquer pour limiter la capacité d'une FPI d'utiliser son équité (unités de la fiducie) pour réaliser des acquisitions.

3. LA MAJORATION DU COÛT D'UNE PARTICIPATION D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES AYANT UN PRIX DE BASE RAJUSTÉ NÉGATIF

Dans le contexte des sociétés de personnes, l'utilisation des règles relatives à la majoration du coût indiqué devient particulièrement pertinente lorsque le PBR de la participation d'une société de personnes est négatif. Dans ce cas, il devient difficile d'envisager la disposition des participations de la société de personnes sans déclencher de gain en capital potentiel, soit au moment même de la disposition¹⁷ ou ultimement à la fin de l'exercice de la société de personnes si l'associé est un associé commanditaire ou un associé déterminé¹⁸. À la limite, si les actions de la société de personnes sont

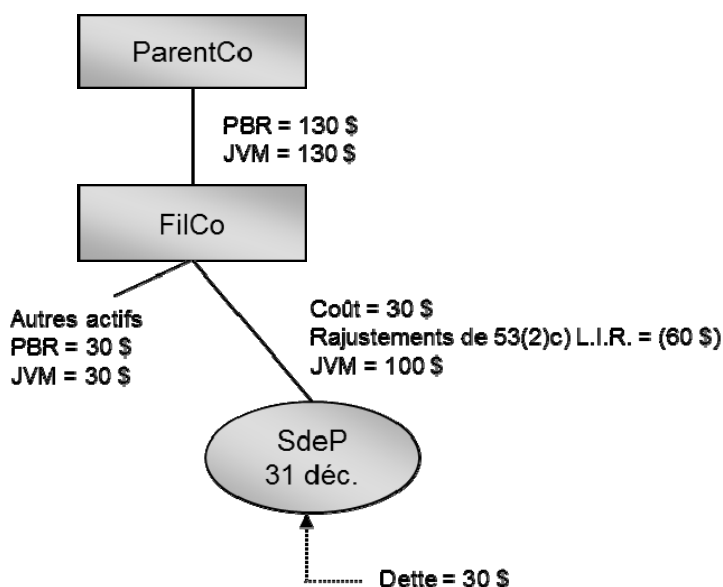
¹⁷ Par. 100(2) L.I.R.

¹⁸ Par. 40(3.1) L.I.R.

détenues par une filiale en propriété exclusive d'une société canadienne imposable, par exemple, il sera possible de disposer des participations de la société de personnes sans déclencher le gain, puisque l'alinéa 88(1)a.2) L.I.R. prévoit que toute participation de la filiale dans une société de personnes, attribuée à la société mère lors de la liquidation, sont réputées¹⁹ ne pas avoir fait l'objet d'une disposition par la filiale aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Conséquemment, le paragraphe 100(2) L.I.R. ne s'appliquerait pas et aucun montant ne devrait être inclus dans le revenu de la filiale au titre d'un gain associé au PBR négatif de ses participations dans la société de personnes. Toutefois, cela ne représente un avantage qu'à très court terme puisque, au moment de la liquidation, la société mère de la filiale hérite des participations de la société de personnes alors que leur PBR est négatif ou qu'un gain sera réputé au moment même de la fin de l'exercice de la société de personnes.

Dans ce contexte, on peut se demander comment la société mère de la filiale peut bénéficier des règles de majoration prévue à l'alinéa 88(1)d) L.I.R. et assurer l'élimination du PBR négatif des participations de la société de personnes. Prenons l'exemple suivant où la société mère (« ParentCo ») détient toutes les actions d'une filiale (« FilCo ») et que le PBR et la JVM de ses actions est de 130 \$. FilCo détient à son tour les participations d'une société de personnes, dont le PBR est de (30 \$) et la JVM est de 100 \$ et certains autres actifs, dont la JVM et le PBR est de 30 \$. Filco a reçu des distributions totalisant 60 \$ de la société de personnes, ce qui réduit le PBR de sa participation en vertu de l'alinéa 53(2)c) L.I.R. donnant ainsi un PBR négatif.

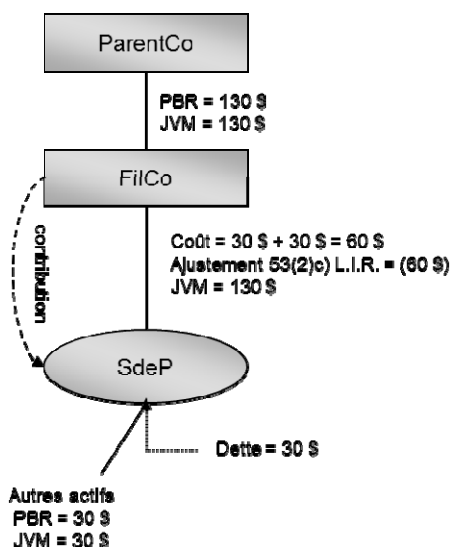
¹⁹ Sauf pour l'application de l'alinéa 98(5)g) L.I.R.



Selon l'alinéa 88(1)d) L.I.R., le montant total de la majoration disponible est de 100 \$, soit l'excédent de la base fiscale externe sur les actions de FilCo (130 \$) sur le coût indiqué²⁰ des actifs nets de FilCo (30 \$). La limite par bien édictée au sous-alinéa 88(1)d)(ii) L.I.R. est également de 100 \$, soit l'excédent de la JVM des participations au moment où ParentCo a acquis pour la dernière fois le contrôle de FilCo sur le coût indiqué de ces biens pour la filiale, au moment précédant immédiatement la liquidation. Ainsi, après la majoration, le PBR sera égal à 70 \$ (c'est-à-dire 30 \$ (coût) + 100 \$ (majoration de l'alinéa 88(1)d) L.I.R.) - 60 \$ (PBR négatif)), aucun gain en capital ne sera déclenché à la fin de l'exercice de la société de personnes pour ParentCo. ParentCo va plutôt réaliser le gain de 30 \$ lorsqu'il disposera de sa participation dans la société de personnes en faveur d'un tiers.

²⁰ En vertu du paragraphe 248(1) « coût indiqué » L.I.R., le coût indiqué des participations de FilCo dans la société de personnes se réfère à leur PBR qui, par définition, ne peut être négatif (voir par. 54(1) « prix de base rajusté », al. d) L.I.R.). Voir également à cet effet *Revenue Canada Views, op. cit.*, note 16, interprétation technique 2008-0268961R3, 2008.

En l'espèce, il importe de souligner qu'il est possible de maximiser le montant de la majoration et de diminuer l'écart entre la JVM des actions de ParentCo dans FilCo et la JVM des participations de FilCo dans la société de personnes, en procédant à la réorganisation de FilCo avant son acquisition de contrôle par ParentCo. En effet, si au moment précédant son acquisition de contrôle par ParentCo, FilCo contribue ses autres actifs à la société de personnes dont elle détient des participations, ParentCo sera en mesure de tirer profit d'une majoration de 130 \$ à la suite de l'élimination du PBR négatif.



Le montant de la majoration correspondra à l'excédent de la base fiscale externe sur les actions de FilCo (130 \$) sur le coût indiqué²¹ des actifs nets de FilCo (0 \$). La limite par bien édictée au sous-alinéa 88(1)d)(ii) L.I.R. est également de 130 \$, soit l'excédent de la JVM des participations de la société de personnes au moment où ParentCo a acquis pour la dernière fois le contrôle de FilCo (130 \$) sur le coût indiqué de ces biens pour la filiale (0 \$), au moment précédant immédiatement la liquidation. Le montant potentiel de la majoration est plus élevé non seulement en raison du fait que le coût indiqué des actifs de la filiale pris en considération pour le calcul de

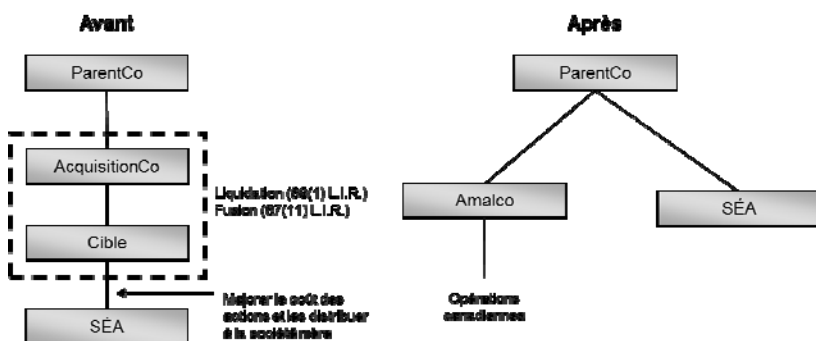
²¹ Le coût indiqué des participations de FilCo dans la société de personnes se réfère à leur PBR qui, par définition, ne peut être négatif.

la majoration en vertu du sous-alinéa 88(1)d)(i) L.I.R. est moins élevée²², mais également en raison de la hausse de la JVM des participations de la société de personnes causée par l'apport d'actifs additionnels. Bref, dans l'exemple illustré, à la suite des transactions de planification proposées devant être effectuées avant l'acquisition de contrôle de FilCo, le PBR des participations de la société de personnes peut être majoré jusqu'à concurrence de sa JVM, soit 130 \$ et aucun gain ne sera réalisé par ParentCo lors de la disposition de ces participations à un tiers. L'élimination du PBR négatif des participations de la société de personnes avant l'acquisition de contrôle de FilCo par ParentCo a donné droit à 30 \$ de majoration additionnelle. Une telle élimination du PBR négatif après l'acquisition de contrôle de FilCo par ParentCo n'aurait pas donné le même résultat car pour le calcul de la majoration de la JVM des participations dans la société de personnes aurait été celle au moment de l'acquisition de contrôle de FilCo soit 100 \$.

4. LA MAJORATION DU COÛT DES ACTIONS D'UNE SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE AFFILIÉE

L'utilisation des règles de majoration prévues à l'alinéa 88(1)d) L.I.R. dans le contexte de la disposition des actions d'une SÉA à un acquéreur étranger est fréquente. Elle est souvent envisagée dans les situations où une société canadienne ou non résidente acquiert une SÉA par l'intermédiaire d'une société canadienne et que l'on souhaite réorganiser les activités du groupe afin de faire en sorte qu'elles soient régionalisées, par exemple. La situation pourrait ressembler à celle-ci :

²² En effet, le coût indiqué des actifs contribués par FilCo à la société de personnes avant l'acquisition de contrôle qui devait autrement être considéré de façon distincte aux fins du calcul du sous-alinéa 88(1)d)(i) L.I.R. sera pris en considération dans le PBR des participations de la société de personnes elle-même, à la suite des transactions de préacquisition de contrôle. Or, le PBR des participations de la société de personnes étant négatif, celui-ci contribuera à réduire l'impact du coût des actifs contribués sur le calcul de la majoration.



Dans ce cas, pour que le transfert des actions de SÉA à ParentCo soit possible sans engendrer de conséquences fiscales importantes, il faudrait que le coût de ses actions soit majoré dans le cadre de la fusion de la société acquéreuse de la cible (« AcquisitionCo ») et la cible elle-même (« Cible »). Ensuite, les actions pourraient potentiellement être transférées par AcquisitionCo à ParentCo, sans impact fiscal. Même s'il est facile d'entrevoir les bénéfices que présente une telle réorganisation, elle peut être difficile à mettre en œuvre, car les règles portant sur la majoration du coût des actions d'une SÉA sont complexes.

Selon la législation actuellement en vigueur, une société canadienne imposable (une société mère) peut procéder à la liquidation, par exemple, d'une autre société canadienne imposable (sa filiale) qui détient les actions d'une SÉA et bénéficier de la majoration du PBR des actions de la SÉA, et ce, jusqu'à concurrence de leur JVM au moment de l'acquisition de contrôle de la filiale par la société canadienne imposable donnée²³. Le calcul de la majoration n'est pas affecté par un quelconque dividende issu d'un surplus déductible en vertu de l'article 113 L.I.R. accumulé avant l'acquisition de contrôle de la filiale et payé par la SÉA à la filiale après le moment de cette acquisition de contrôle. En outre, au moment de la fusion ou de la liquidation de la filiale détenant les actions de la SÉA, la société mère de la filiale hérite de tous les comptes de surplus de sa filiale²⁴. Rappelons ici que tous les dividendes de la SÉA issus des surplus exonérés et des surplus antérieurs à

²³ Al. 88(1)d) L.I.R.

²⁴ Par. 5905(5) R.I.R. Cette disposition permet d'établir les soldes de surplus initiaux d'une SÉA d'une société résidant au Canada dans le cas où des actions de la SÉA font l'objet d'une disposition entre sociétés canadiennes ayant un lien de dépendance ou dans le cadre d'une fusion ou d'une liquidation.

l'acquisition²⁵ de la SÉA sont entièrement déductibles du revenu de la société résidant au Canada qui les reçoit²⁶. Conséquemment, deux des attributs fiscaux de la filiale (surplus antérieurs à l'acquisition qui en pratique sont équivalents au PBR majoré des actions de SÉA et les autres comptes de surplus de la SÉA) prennent en considération une même valeur économique. L'accumulation de valeur au sein de la SÉA – ou autrement dit la JVM de la SÉA – avant l'acquisition de contrôle de la filiale est incluse dans le PBR majoré des actions de la SÉA (ou implicitement dans les surplus antérieurs à l'acquisition) et une partie de cette valeur économique se retrouve dans les surplus exonérés et les surplus imposables (jumelés avec le montant intrinsèque d'impôt étranger) accumulés de la SÉA avant l'acquisition de contrôle. Évidemment, dans une situation où tout est pareil par ailleurs avant et après l'acquisition de contrôle de la filiale par la société mère, tout dividende payé en argent par la SÉA (après l'acquisition de contrôle et avant la liquidation de la filiale) augmenterait théoriquement l'argent en la possession de la filiale au moment immédiatement avant la liquidation et cela aurait pour conséquence de réduire la majoration disponible en vertu de la division 88(1)d(i)(A) L.I.R. Cependant, si la filiale a versé un dividende à son tour avant la fusion ou la liquidation ou si aucun dividende n'a tout simplement été versé par la SÉA entre le moment de l'acquisition de contrôle de la filiale (sa société mère) et la fusion ou la liquidation de cette dernière, le coût indiqué des actions de la SÉA tel qu'il est majoré au moment d'une fusion ou d'une liquidation prendra en considération l'accroissement de la JVM de la SÉA jusqu'au moment de l'acquisition de contrôle de la filiale, alors que cette valeur économique est déjà en partie comprise dans les comptes de surplus accumulés de la SÉA. D'un certain point de vue, on peut considérer que le fait de pouvoir augmenter le coût des actions de la SÉA d'une filiale canadienne jusqu'à concurrence de leur JVM au moment de l'acquisition de contrôle de cette même filiale constitue une duplication d'un attribut fiscal qui est censé être reflété dans les surplus accumulés de la SÉA à ce moment-là et déductibles en vertu de l'article 113 L.I.R.

Le ministère des Finances du Canada considère depuis longtemps que le fait pour une société de pouvoir majorer le coût des actions de sa filiale dans

²⁵ Les surplus antérieurs à l'acquisition sont essentiellement considérés comme étant du capital de la SÉA. Toute distribution émanant des surplus antérieurs à l'acquisition constitue essentiellement un remboursement de capital déductible en vertu de l'alinéa 113(1)c) L.I.R. et doit réduire le prix de base des actions de la SÉA en vertu du paragraphe 92(2) et de l'alinéa 53(2)b) L.I.R.

²⁶ Al. 113(1)a) et 113(1)c) L.I.R.

une SÉA ayant des surplus lui procurait un double avantage, à cause des surplus pouvant être rapatriés sans impôt tel qu'il a été mentionné précédemment. De cette optique ont découlé les propositions législatives du 27 février 2004²⁷ (« Propositions législatives de 2004 »). Ces règles prévoient la réduction de la limite de la majoration du PBR des actions de la SÉA par tous les dividendes reçus par la filiale de la SÉA qui étaient déductibles en vertu de l'article 113 L.I.R. dans le revenu de la filiale donnée, à l'exception des dividendes payés à même les surplus réalisés après l'acquisition de contrôle, et ce, tels qu'ils ont été déterminés sur la base de « dernier entré premier sorti » (« LIFO »)²⁸. De plus, la législation découlant des Propositions législatives de 2004 exige que les comptes de surplus de la SÉA dont le coût des actions a été majoré soient réduits à zéro, éliminant ainsi les surplus accumulés au moment de l'acquisition de contrôle de la filiale par sa société mère²⁹. Le ministère des Finances tente ainsi d'éviter que les contribuables réduisent leur fardeau fiscal sur la base de l'attribut fiscal que constitue le coût fiscal majoré des actions de la SÉA, alors que les surplus accumulés de la SÉA au moment de l'acquisition de la filiale qui la contrôle peuvent être rapatriés sans impôt en vertu de l'article 113 L.I.R. restent disponibles.

Par ailleurs, il importe de souligner que l'ajout proposé à l'alinéa 88(1)d.4) L.I.R. réduit la majoration du PBR du montant de tous les dividendes historiques payés par la SÉA – **même** les dividendes payés avant l'acquisition de contrôle de la filiale détenant les actions de la SÉA par la société mère. Ainsi, cette règle implique que le montant de la majoration du PBR des actions de la SÉA pourrait être réduit à néant dans l'éventualité où un dividende important, issu des surplus exonérés, a été payé par la SÉA à la filiale avant l'acquisition de contrôle de cette même filiale par sa société mère. Or, cette résultante n'est pas justifiée d'un point de vue de la politique fiscale, puisque le montant du dividende payé avant l'acquisition de contrôle par la SÉA n'est pas considéré dans la valeur de la SÉA au moment de l'acquisition de contrôle de la filiale. Qu'est-ce qui justifierait alors que l'on

²⁷ CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives et avant-projets de règlement concernant l'impôt sur le revenu* (Partie 2 – Société étrangères affiliées), 27 février 2004.

²⁸ Al. 88(1)d.4) L.I.R. proposé. Cette disposition s'applique aux fusions et liquidations effectuées après le 27 février 2004. Toutefois, il est permis aux contribuables de faire un choix pour que cette disposition s'applique aux fusions effectuées après le 20 décembre 2002 et aux liquidations commençant après cette date.

²⁹ Par. 5905(5.1) et 5905(5.2) R.I.R. proposés (à l'époque) lesquels ont été remplacés par les paragraphes 5905(5.11) et 5905(5.12) R.I.R.

réduise le montant de la majoration du paragraphe 88(1) L.I.R. de ce montant? En outre, ces nouvelles règles suggèrent que le montant de la majoration soit réduit de tout dividende déductible en vertu de l'article 113 L.I.R.³⁰, incluant les dividendes émanant des surplus antérieurs à l'acquisition de la SÉA qui sont déductibles du revenu de la filiale en vertu de l'alinéa 113(1)d) L.I.R. Or, ceux-ci réduisent déjà automatiquement le PBR des actions de la SÉA³¹. Pour ces raisons, la portée des Propositions législatives de 2004 a été considérée comme trop large par plusieurs et comme ne répondant pas aux objectifs de politique fiscale que s'étaient fixés les autorités fiscales.

En 2005, dans le cadre de la conférence de l'Association fiscale internationale (« AFI »), le ministère des Finances a annoncé qu'il envisageait de modifier la modification proposée à l'alinéa 88(1)d.4) L.I.R. de sorte que le montant de la majoration du PBR des actions d'une SÉA soit réduit des dividendes payés par une SÉA seulement dans la mesure où les dividendes sont :

- déductibles en vertu des alinéas 113(1)a) ou b) L.I.R. (donc n'incluant pas les dividendes issus des surplus antérieurs à l'acquisition de la SÉA visés par l'alinéa 113(1)d) L.I.R.);
- versés après l'acquisition de contrôle de la filiale par la société mère; et
- émanant des surplus gagnés par la SÉA avant le l'acquisition de contrôle de la filiale.

L'objectif est que les dividendes payés par une SÉA à la filiale (sa société mère) avant l'acquisition de contrôle de cette filiale à même le surplus exonéré de la SÉA et les dividendes payés à partir des surplus antérieurs à l'acquisition n'aient pas de répercussion sur le calcul du montant de la majoration du PBR dans le cadre d'une fusion ou d'une liquidation de la filiale, comme c'était le cas en vertu des Propositions législatives de 2004.

Les modifications envisagées par le ministère des Finances en 2005 ont, dans les faits, été présentées le 18 décembre 2009³² (« Propositions

³⁰ Al. 88(1)d.4) L.I.R. proposé.

³¹ Par. 92(2) et al. 53(2)b) L.I.R.

³² CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives, et notes explicatives concernant la Loi de l'impôt sur le revenu*, 27 février 2004.

législatives de 2009 »). Les règles proposées dans ce cadre prévoient deux régimes : l'un pour les transactions effectuées entre le 27 février 2004 et le 18 décembre 2009 alors que l'acquisition de contrôle de la filiale possédant les actions de la SÉA donnée a eu lieu avant le 18 décembre 2009 et l'autre, pour les acquisitions de contrôle ayant eu lieu après le 18 décembre 2009.

Pour les transactions effectuées entre le 27 février 2004 et le 18 décembre 2009

De la même façon que les Propositions législatives de 2004, les Propositions législatives de 2009 prévoient des règles limitant la majoration du PBR des actions d'une SÉA détenue par une société canadienne dans le cadre d'une fusion ou d'une liquidation de cette même société et des règles relatives au calcul des surplus et déficits. Le nouveau sous-alinéa 88(1d)(ii) L.I.R. applicable à cette période réduit le montant de la majoration du PBR du « montant prescrit »³³, soit le montant par lequel le total des dividendes reçus par la filiale après son acquisition de contrôle et déductibles en vertu des alinéas 113(1a) ou b) L.I.R. excède la portion de ce dividende qui peut raisonnablement être considéré comme ayant été appliqué en réduction du surplus exonéré ou du surplus imposable de la SÉA relativement à la filiale, accumulé après l'acquisition de contrôle, tel qu'il est déterminé sur la base de « dernier entré premier sorti » (« LIFO »).

Pour les périodes entre le 27 février 2004 et le 18 décembre 2009, les Propositions législatives de 2009 sont conformes à l'annonce faite lors de la conférence de l'AFI en 2005. Les dividendes payés avant l'acquisition de contrôle de la filiale par la société mère et les dividendes émanant autrement des surplus antérieurs à l'acquisition de la SÉA ne réduiront pas le montant de la majoration du coût des actions de la SÉA détenues par la filiale (sa société mère) dans le cadre de la fusion ou de la liquidation de cette dernière. Toutefois, les dividendes payés après l'acquisition de contrôle, à même les surplus impossibles ou exonérés accumulés avant l'acquisition de contrôle de la filiale par sa société mère, réduiront le montant de cette majoration, et ce, dollar pour dollar. En outre, des règles prévoient des ajustements aux différents comptes de surplus de la SÉA dont le PBR des actions a fait l'objet d'une majoration. Premièrement, chaque montant de surplus exonéré ou de déficit exonéré, de surplus imposable ou de déficit imposable et de montant intrinsèque d'impôt étranger, relativement à la filiale de la SÉA donnée et de l'ensemble des SÉA de la filiale dans lesquelles la SÉA donnée possède un pourcentage d'intérêt avant la

³³ Par. 5905(5.13) R.I.R. proposé.

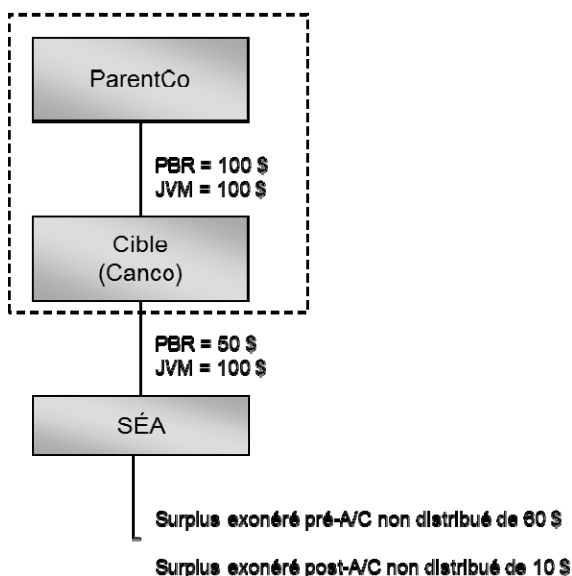
liquidation ou la fusion sera réputé nul immédiatement avant la liquidation ou la fusion³⁴. Deuxièmement, aux fins des rajustements des comptes de surplus de la SÉA donnée et des SÉA de la filiale dans lesquelles la SÉA donnée a un intérêt, les actions détenues par la filiale entre la période de son acquisition de contrôle et la fusion ou la liquidation sont réputées appartenir à la société mère et cette dernière doit déterminer le montant de ses surplus sur la base de cette présomption³⁵. Conséquemment, la société mère pourra à tout le moins bénéficier des surplus accumulés par la SÉA entre le moment de l'acquisition de contrôle de la filiale (sa société mère) et la fusion et la liquidation de cette dernière.

Ainsi, pour les transactions effectuées entre le 27 février 2004 et le 18 décembre 2009, l'acquéreur de la société cible (filiale) qui détient une SÉA peut choisir de majorer ou pas le coût des actions de la SÉA au moment d'une fusion ou d'une liquidation, afin de préserver la balance des surplus existants avant l'acquisition. Lorsque les circonstances sont favorables, cet acquéreur préférera ne pas majorer le coût indiqué des actions de la SÉA au moment de la fusion ou de la liquidation afin de préserver ses comptes de surplus. Ce sera généralement le cas lorsque la valeur des surplus excède le montant de la majoration admissible en vertu de l'alinéa 88(1)d) L.I.R. proposé.

Dans l'exemple illustré ci-dessous, le PBR des actions de SÉA, détenues par la société ayant fait l'objet de l'acquisition (Cible), est de 50 \$. La JVM des actions de SÉA est de 100 \$, alors que ses surplus exonérés accumulés avant l'acquisition de contrôle de Cible s'élèvent à 60 \$ et que ceux accumulés après l'acquisition de contrôle de Cible s'élèvent à 10 \$. Aucun dividende n'a été versé par SÉA à Cible après l'acquisition de contrôle de Cible.

³⁴ Al. 5905(5.12)a) R.I.R. proposé.

³⁵ Al. 5905(5.12)b) R.I.R. proposé.



En l'occurrence, sur la base des règles applicables en 2004 et 2009, il serait plus avantageux de ne pas majorer le PBR des actions de SÉA et de préserver le solde de surplus de 60 \$. En effet, si l'on décidait de majorer le coût indiqué des actions de SÉA, le montant de la majoration serait de 50 \$. Le montant de surplus exonéré accumulé par SÉA après l'acquisition de contrôle de la filiale est de 10 \$ et ce montant ne réduira pas la majoration prévue à l'alinéa 88(1)d) L.I.R.³⁶ Si le PBR des actions est majoré à 100 \$ en vertu de l'alinéa 88(1)d) L.I.R., le paragraphe 5905(5.12) R.I.R. recalculera le surplus exonéré de SÉA accumulé avant l'acquisition de contrôle de la filiale et le réduira à zéro. Les surplus de SÉA relativement à ParentCo seront essentiellement réputés être de 10 \$, soit le montant des surplus accumulés par SÉA entre le moment de l'acquisition de contrôle et sa liquidation ou fusion.

À ce stade, il importe de mentionner que l'interaction entre la majoration du PBR prévue à l'alinéa 88(1)d) L.I.R. et la règle de rétablissement du solde de surplus/déficit aux paragraphes 5905(5.12) et 5905(5.13) R.I.R. peuvent donner ouverture à des planifications fiscales permettant d'effacer le déficit exonéré préexistant à l'acquisition de contrôle en désignant un montant au titre de la majoration du coût indiqué des actions

³⁶ Par. 5905(5.13) L.I.R. proposé.

de la SÉA. Dans l'exemple précédent, si le PBR des actions de la SÉA était de 90 \$ au lieu de 50 \$ et que SÉA avait un compte de déficit exonéré préacquisition de 30 \$ au lieu de surplus exonéré de 60 \$ et qu'il n'y avait aucun surplus accumulé postacquisition, il serait plus avantageux d'effectuer le choix de majorer le PBR des actions de la SÉA. En plus de la majoration du coût des actions de SÉA à 100 \$, cette désignation réduirait à néant le compte de déficit exonéré et permettrait de repartir de zéro le solde du surplus exonéré de SÉA.

Pour les transactions effectuées après le 18 décembre 2009

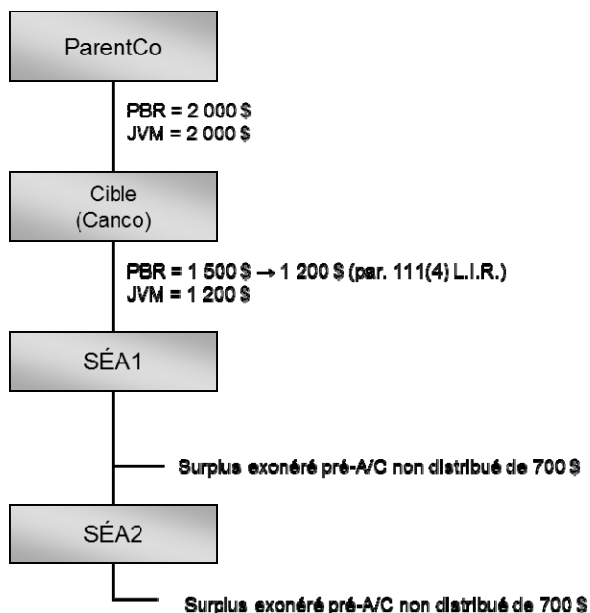
Tel qu'il a été mentionné précédemment, des règles différentes s'appliquent aux transactions effectuées après le 18 décembre 2009. De manière générale, la nouvelle règle prévoit un ajustement aux surplus de la SÉA, qu'une majoration du coût indiqué des actions de la SÉA ait lieu ou pas dans le cadre d'une fusion ou d'une liquidation. En effet, des ajustements doivent être apportés au compte de surplus sous le nouveau régime : non pas au moment de la fusion ou de la liquidation de la filiale qui détient les actions de SÉA, mais plutôt au moment de l'acquisition de contrôle de la filiale. Lorsque le contrôle d'une société résidant au Canada est acquis par une personne et que, à ce moment, la société détient des actions d'une ou de plusieurs SÉA, les surplus de la SÉA de palier supérieur doivent être réduits dans la mesure où le total des surplus exonérés, du surplus imposable couvert par le montant intrinsèque d'impôt étranger et du coût indiqué des actions de la SÉA excède la JVM des actions au moment de l'acquisition de contrôle³⁷. Dans l'exemple illustré ci-dessus, les surplus de SÉA1 devraient être réduits de 1 400 \$, soit le solde de surplus libre d'impôt³⁸ au moment de l'acquisition de contrôle de la filiale (société mère de SÉA) en proportion du pourcentage de droit au surplus de Cible (1 400 \$) + le coût indiqué des actions de SÉA (1 200 \$) - la JVM des actions SÉA1 (1 200 \$) / par le pourcentage de droit au surplus de Cible (100 %). En raison du risque de chevauchement entre le nouveau paragraphe 5905(5.2) R.I.R. et le paragraphe 111(4) L.I.R., le paragraphe 5905(5.3) R.I.R. proposé exige que le coût indiqué des actions visées à l'élément B de la formule du paragraphe 5905(5.2) R.I.R. proposé soit déterminé une fois les rajustements du paragraphe 111(4) L.I.R. effectués. Dans notre exemple, l'alinéa 111(4)c) L.I.R. s'applique. Cette disposition prévoit qu'en cas d'acquisition de contrôle d'une société, l'excédent du PBR pour la société de ses actions détenues dans une SÉA sur leur JVM doit être déduit dans le calcul du PBR

³⁷ Par. 5905(5.2) R.I.R. proposé.

³⁸ Par. 5905(5.5) et 5905(5.6) R.I.R. proposés.

desdites actions. En l'espèce, le PBR des actions de SÉA1 excédant la JVM de celles-ci de 300\$ au moment de l'acquisition de contrôle de Cible devait être réduit de ce même montant et considéré comme étant de 1 200 \$ aux fins de l'application du paragraphe 5905(5.2) R.I.R. proposé.

Sur la base de ce qui précède, il importe de souligner que selon le nouveau régime, il n'est pas possible de choisir entre la majoration du coût indiqué des actions de SÉA et le maintien de ses comptes de surplus comme en vertu du régime transitoire applicable aux transactions ayant eu lieu entre le 27 février 2004 et le 18 décembre 2009.



Tel qu'il a été mentionné précédemment, en plus des ajustements aux comptes de surplus de la SÉA, la majoration du coût indiqué des actions de SÉA sera réduite dans certaines circonstances. Plus précisément, les dispositions proposées selon le nouveau régime prévoient que le sous-alinéa 88(1)d)(ii) L.I.R. réduit le montant de la majoration du coût indiqué des actions de SÉA d'un « montant prescrit »³⁹, soit le solde de surplus libre

³⁹ Par. 5905(5.4) R.I.R. proposé. Le paragraphe proposé 5905(5.12) R.I.R. (Montant prescrit pour la détermination de la majoration) applicable aux transactions effectuées entre le 27 février 2004 et le 18 décembre 2009 est abrogé et n'est pas applicable à cette période.

d'impôt de la SÉA (après la réduction prévue au moment de l'acquisition de contrôle auquel nous avons fait référence précédemment, s'il y a lieu)⁴⁰ déterminé sur une base « consolidée »⁴¹, multiplié par le pourcentage de droit au surplus. Conséquemment, le montant de la majoration du coût indiqué des actions de SÉA sera automatiquement réduit des surplus visés aux alinéas 113(1)a) à 113(1)c) L.I.R. et qui procurent un certain avantage fiscal au contribuable même si ceux-ci ne sont pas versés à titre de dividende. À ce stade-ci, nous portons à votre attention que l'objectif du nouveau régime est de faire en sorte qu'une fois le paragraphe 5905(5.2) R.I.R. applicable à une SÉA au moment de l'acquisition de contrôle de la filiale, aucune majoration n'est possible en vertu de l'alinéa 88(1)d) L.I.R., à moins qu'il n'y ait un gain latent sur les actions de la SÉA au moment de l'acquisition de contrôle de la filiale, lequel est supérieur au solde de surplus libre d'impôt. En l'occurrence, dans l'exemple illustré ci-dessus, la majoration prévue à l'alinéa 88(1)d) L.I.R. n'est pas disponible puisque la JVM des actions de SÉA au moment de l'acquisition de contrôle (1 200 \$) n'excède pas le total du PBR de ses actions (1 200 \$) et du solde de surplus libre d'impôt (0 \$)⁴².

Le nouveau régime applicable aux transactions effectuées après le 18 décembre 2009 présente plusieurs contraintes pour le contribuable. Si la société mère vend les actions de SÉA dans le cadre d'une série de transactions impliquant une fusion ou une liquidation, elle devra calculer les comptes de surplus afin de déterminer le montant de la majoration et le montant du choix de l'article 93 L.I.R., et ce, même si elle n'a pas versé de dividendes issus de ses surplus avant ou après l'acquisition de contrôle. S'il n'est pas possible de déterminer la chaîne de surplus de SÉA d'ici le moment où la désignation de la majoration du coût indiqué des actions de SÉA doit être effectuée, cela risque de constituer une contrainte importante, car la possibilité de déposer en retard un choix de majoration en vertu de l'alinéa 88(1)d) L.I.R. est très limitée. Lorsque les règles du nouveau régime ont originellement été proposées, il n'apparaissait pas possible de modifier *a posteriori* la désignation se rapportant à la majoration pour refléter le calcul de surplus final de la SÉA. Le ministère des Finances a cependant apporté les correctifs nécessaires en proposant certains ajouts à la législation fiscale.

⁴⁰ Par. 5905(5.2) R.I.R. proposé.

⁴¹ Par. 5905(5.6) et s.-al. 5902(1)a)(i) R.I.R. proposés.

⁴² S.-al. 88(1)d)(ii) L.I.R. proposé.

En effet, les nouveaux paragraphes 88(1.8) et 88(1.9) L.I.R. proposés permettent à un contribuable de modifier certaines majorations effectuées par désignation selon l'alinéa 88(1)d) L.I.R. si certaines conditions sont remplies. Le contribuable devra avoir notamment fait tous les efforts nécessaires pour déterminer le solde de surplus libre d'impôt (au sens du paragraphe 5905(5.5) R.I.R. proposé) et modifier la désignation initiale de majoration au plus tard le jour qui suit de 10 ans la date d'échéance de production de sa déclaration de revenus produite pour l'année d'imposition au cours de laquelle il a été disposé des actions de la SÉA dans le cadre d'une liquidation visée au paragraphe 88(1) L.I.R. et d'une fusion visée au paragraphe 87(11) L.I.R.

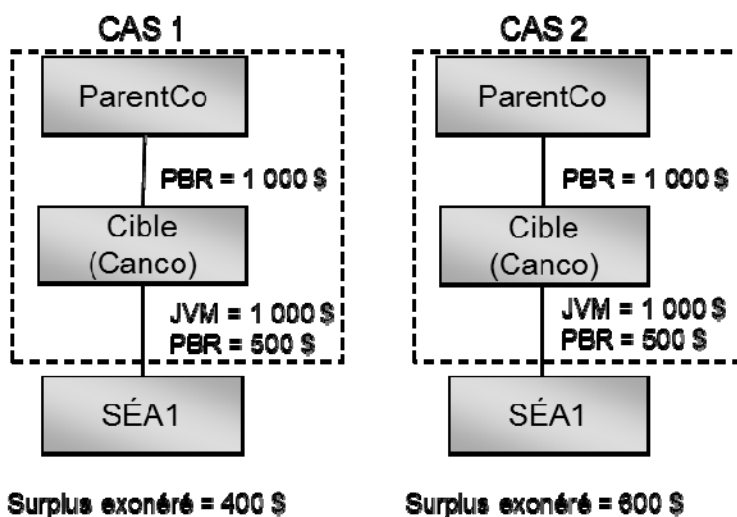
Le tableau ci-dessous situe bien les différents régimes applicables à la majoration du coût indiqué des actions d'une SÉA en vertu du paragraphe 88(1) L.I.R.

	MAJORATION DU CÔÛT INDIQUÉ	AJUSTEMENT AUX SURPLUS
1) Avant 2004	Majoration possible des actions de la SÉA	Préservation des surplus de la SÉA même s'il y a majoration
2) Entre 2004 et le 18 décembre 2009	Majoration possible des actions de la SÉA, mais réduite de tous les dividendes payés par la SÉA après l'acquisition de contrôle de sa société mère à même les surplus gagnés avant l'acquisition de contrôle de la filiale	Élimination de tous les surplus accumulés avant l'acquisition de contrôle de la filiale (mère de la SÉA) s'il y a majoration
3) Après le 18 décembre 2009	Majoration possible et limitée à un montant égal à l'excédent de : - JVM des actions de SÉA; sur - Somme du PBR des actions de SÉA et du solde de surplus libre	Réduction automatique des surplus d'un montant égal à l'excédent de : Somme du PBR des actions de SÉA et du solde de surplus libre d'impôt

	MAJORATION DU COÛT INDICÉ	AJUSTEMENT AUX SURPLUS
	d'impôt (surplus exonéré et surplus imposable couvert par le montant intrinsèque d'impôt étranger)	(surplus exonéré et surplus imposable couvert par le montant intrinsèque d'impôt étranger); sur JVM des actions de SÉA

Sommairement, il est possible d'en conclure qu'entre 2004 et le 18 décembre 2009, en ce qui concerne précisément la majoration du PBR des actions de la SÉA, la politique fiscale fait en sorte que le contribuable se retrouve dans la même situation que s'il avait acquis directement les actions de la SÉA. Par contre, après le 18 décembre 2009, la portée de la politique fiscale des autorités a pris de l'ampleur. La majoration du coût indiqué des actions de la SÉA est disponible si seulement la JVM des actions de la SÉA comprend un gain latent non supporté par le solde de surplus libre d'impôt. Il y aura une réduction des surplus s'il y a une perte latente au sein de la SÉA.

Concrètement, l'exemple ci-dessous, illustré par deux situations (« Cas 1 » et « Cas 2 »), permet de bien saisir les particularités des différents régimes. Les deux cas mettent en lumière la situation d'une société cible canadienne (Cible) dont les actions ont été acquises par ParentCo pour 1 000 \$. Cible détient les actions d'une SÉA, originellement acquise pour 500 \$, mais dont la valeur, au moment de l'acquisition de contrôle par ParentCo de Cible est de 1 000 \$. Dans l'une des situations, le surplus exonéré de SÉA est de 400 \$ et dans l'autre, il est de 600 \$.



	MAJORATION DU PBR	SURPLUS
1) Avant 2004	Cas 1 : 500 \$ Cas 2 : 500 \$	Cas 1 : 400 \$ Cas 2 : 600 \$
2) Entre 2004 et le 18 décembre 2009	Cas 1 : 500 \$ Cas 2* : 500 \$ * Dans le cas 2, il est préférable de ne pas majorer le PBR des actions de SÉA afin de préserver les surplus de 600 \$	Cas 1 : 0 \$ Cas 2 : 0 \$
3) Après le 18 décembre 2009	Cas 1 : 100 \$ Cas 2 : 0 \$	Cas 1 : 400 \$ Cas 2* : 500 \$ * Réduction des surplus de 100 \$ dans la SÉA1

5. MAJORATION SYNTHÉTIQUE DU PRIX DE BASE RAJUSTÉ DES ACTIONS D'UNE SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE AFFILIÉE DE L'ALINÉA 95(2)f.1) L.I.R.

En vertu de l'alinéa 95(2)f) L.I.R., sauf disposition contraire, une SÉA d'un contribuable est réputée résider au Canada en tout temps lorsqu'il s'agit de déterminer, relativement au contribuable pour une année d'imposition de la SÉA, chaque somme qui représente le gain en capital, la perte en capital, le gain en capital imposable ou la perte en capital déductible de la SÉA provenant de la disposition d'un bien⁴³. Conséquemment, aux fins de déterminer le revenu étranger accumulé tiré de biens (« RÉATB ») d'une SÉA se rapportant à la disposition de biens, il doit être tenu compte uniquement des règles canadiennes se rapportant au calcul du gain en capital ou de la perte en capital.

Exception prévue à l'alinéa 95(2)f.1) L.I.R.

L'alinéa 95(2)f.1) L.I.R. prévoit par ailleurs que le revenu ou la perte résultant de la disposition d'un bien par une SÉA ne doit pas être inclus dans le calcul du RÉATB d'un contribuable lorsqu'il est raisonnable de considérer que ce gain ou cette perte s'est accumulé pendant une période au cours de laquelle aucune personne ou société de personnes détenant le bien n'était une personne ou société de personnes déterminée quant au contribuable visé à l'alinéa 95(2)f) L.I.R. Sera considérée comme une personne ou société de personnes déterminée le contribuable ou toute personne (sauf une société acquise désignée⁴⁴) ou société de personnes qui réside au Canada et qui a un lien de dépendance avec le contribuable, une société remplacée déterminée⁴⁵ du contribuable ou d'une personne ou société de personnes déterminée quant au contribuable, une SÉA d'une personne mentionnée ci-dessus et une

⁴³ Une SÉA est également réputée résider au Canada pour calculer son revenu ou sa perte provenant d'un bien, d'une entreprise autre qu'une entreprise exploitée activement ou d'une entreprise non admissible. Autrement dit, le revenu de la SÉA s'établira selon les règles canadiennes dans ces circonstances.

⁴⁴ Par. 95(1) « société acquise désignée », sous-section I de la section B de la partie I L.I.R.

⁴⁵ Par. 95(1) « société remplacée déterminée », sous-section I de la section B de la partie I L.I.R. La société remplacée déterminée d'une société donnée est considérée comme étant toute société antécédente de cette dernière, toute société remplacée (au sens du paragraphe 87(1) L.I.R.) relativement à une fusion dont la société donnée est issue, toute société remplacée déterminée d'une société remplacée déterminée de la société donnée.

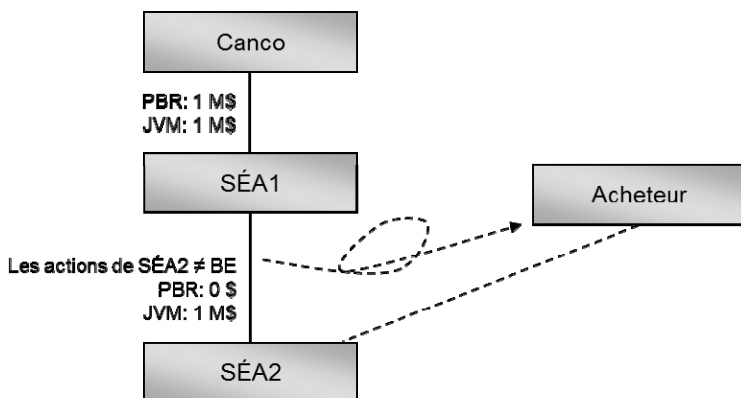
société de personnes dont l'un des associés est une personne mentionnée ci-dessus. À ce stade, mentionnons que l'alinéa 95(2)f.1) L.I.R. exclut d'emblée du calcul du RÉATB la société acquise désignée laquelle est expressément exclue de la définition de personne ou société de personnes déterminée. Une société acquise désignée est définie comme étant une société antécédente donnée⁴⁶ d'un contribuable à l'égard de laquelle les faits suivants se vérifient : le contribuable ou une autre de ses sociétés antécédentes a acquis le contrôle soit de la société antécédente donnée, soit d'une société (appelée « société remplaçante ») dont la société antécédente donnée est une société antécédente et immédiatement avant l'acquisition de contrôle ou une série d'opérations ou d'événements la comprenant, le contribuable, l'autre société antécédente ou une société résidant au Canada dont le contribuable ou l'autre société antécédente est une filiale à 100 %, selon le cas, n'avait aucun lien de dépendance (autrement qu'à cause d'un droit visé à l'alinéa 251(5)b) L.I.R.) avec la société antécédente donnée ou la société remplaçante, selon le cas.

L'exclusion du RÉATB pour les sociétés acquises désignées a été introduite par le deuxième projet de loi d'exécution du budget 2008 et s'applique à l'égard des années d'imposition d'une SÉA commençant après le 2 octobre 2007. En bref, cette exception s'applique lorsqu'un Canadien acquiert par le biais d'une société canadienne les actions d'une autre société canadienne qui détient une SÉA et que par la suite la société acheteuse est regroupée avec la société acquise par fusion ou liquidation en franchise visée au paragraphe 87(11) ou 88(1) L.I.R.

Acquisition directe des actions d'une SÉA

Le cas typique de l'exemption prévue au paragraphe 95(2)f.1) L.I.R. est l'acquisition par une société canadienne des actions d'une SÉA qui détient un bien autre qu'un bien exclu lequel avait une plus-value accumulée au moment de l'acquisition.

⁴⁶ Par. 95(1) « société antécédente donnée », sous-section I de la section B de la partie I L.I.R. La société antécédente donnée est considérée comme étant une société remplacée lors d'une fusion visée au paragraphe 87(11) L.I.R. (soit la fusion verticale) ou une liquidation visée au paragraphe 88(1) L.I.R.



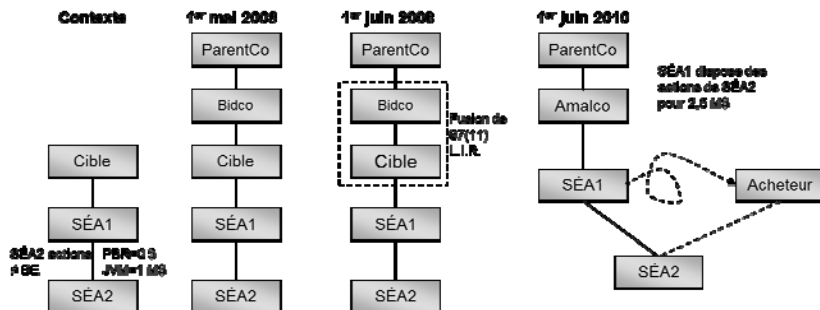
Supposons qu'une société canadienne (Canco) acquiert toutes les actions de SÉA1 au prix de 1 M\$. SÉA1 détient 100 % des actions de SÉA2 dont le PBR est de zéro et la JVM de 1 M\$. Les actions de SÉA2 ne sont pas des biens exclus. Après l'achat, SÉA1 vend les actions de SÉA2 à une tierce partie (Acheteur) pour 1 M\$. Le gain de 1 M\$ réalisé par SÉA1 sur la vente des actions de SÉA2 ne devra pas être inclus dans le RÉATB de Canco. La règle énoncée aux alinéas 95(2)f) et 95(2)f.1) L.I.R. assure qu'aucun gain n'est réalisé par SÉA1 aux fins de la détermination du RÉATB de Canco et du calcul de ses comptes de surplus, parce que la plus-value latente de 1 M\$ sur les actions de SÉA2 s'est accumulée alors que SÉA1 n'était une personne déterminée relativement à Canco.

Exception pour une société acquise désignée

Le ministère des Finances illustre l'exception pour une « société acquise désignée » dans les notes techniques du 28 novembre 2008. Dans l'exemple, Cible, une société canadienne, possède toutes les actions de SÉA1 laquelle possède toutes les actions de SÉA2. ParentCo, une société canadienne sans lien de dépendance avec Cible, incorpore une autre société canadienne (Bidco) pour acquérir toutes les actions de Cible. Au moment de l'acquisition de Cible, les actions de SÉA2 détenues par SÉA1 ont un PBR de zéro et une JVM de 1 M\$. Subséquemment à l'acquisition, Bidco et Cible se regroupent par fusion prévue au paragraphe 87(11) L.I.R. pour former Amalco. Un peu plus tard, SÉA1 vend ses actions de SÉA2 à un tiers (Acheteur) pour 2,5 M\$.

Cible est une société remplacée déterminée d'Amalco au sens du paragraphe 95(1) L.I.R. Sans l'exclusion pour une société acquise déterminée, Cible serait une personne déterminée relativement à Amalco et

l'exclusion du RÉATB prévue à l'alinéa 95(2)f.1) L.I.R. ne serait pas applicable. En tant que tel, Amalco réaliserait 2,5 M\$ de RÉATB (puisque les actions ne sont pas un bien exclu), sans avoir droit à l'exemption de 1 M\$ de gain accumulé au moment de l'acquisition de Cible par Bidco. Toutefois, parce que Cible se qualifie au titre de société acquise désignée, la portion de 1 M\$ de gain accumulé au moment de l'acquisition de Cible par Bidco est exclue dans le calcul du gain de SÉA1 et par conséquent dans le calcul du RÉATB d'Amalco.

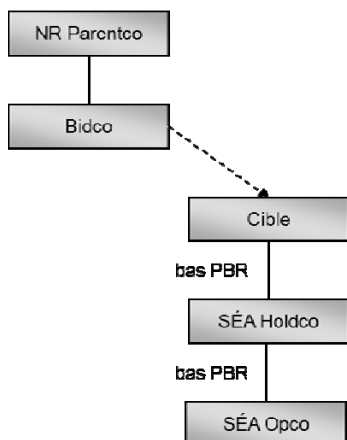


La majoration synthétique du coût indiqué des actions d'une SÉA selon l'alinéa 95(2)f.1) L.I.R.

Dans certaines circonstances, l'alinéa 95(2)f.1) L.I.R. permet de majorer de façon synthétique (c'est-à-dire sans l'utilisation de l'alinéa 88(1d) L.I.R.) le PBR des biens détenus par une SÉA. Prenons l'exemple illustré ci-dessous où la société mère d'un groupe (NR Parentco) souhaite acquérir toutes les actions de Cible et détenir directement les actions de SÉA Opco au lieu de posséder ces actions par le biais de Cible. Ainsi, les profits de SÉA Opco pourront être rapatriés à NR Parentco sans retenue fiscale canadienne et l'accroissement de valeur de SÉA Opco se fera à l'extérieur du Canada. Les actions de SÉA Opco sont les seuls actifs de SÉA Holdco. À supposer que la majoration de l'alinéa 88(1d) L.I.R. n'est pas possible dans cette situation parce qu'une considération inclurait des actions ou des dettes de NR Parentco⁴⁷. L'utilisation de l'alinéa 95(2)f.1) L.I.R. serait envisageable pour majorer le PBR des actions de SÉA Opco. Dans un tel contexte, il faudrait que NR Parentco capitalise Bidco soit en dette, soit en équité. Bidco acquerrait les actions de Cible pour de l'argent et/ou des actions ou en dette de NR Parentco. Pour assurer l'application de l'exception applicable à une société acquise désignée, Cible serait fusionnée verticalement ou liquidée

⁴⁷ S.-al. 88(1)c.3)(i) L.I.R.

dans Bidco. Ensuite, SÉA Holdco est continuée au Canada et ensuite liquidée dans Bidco/Amalco. Finalement, Bidco/Amalco transfère les actions de SÉA Opco à NR Parentco comme retour de capital.



Étant donné qu'à l'immigration, SÉA Holdco est réputée avoir disposé des actions de SÉA Opco pour un produit de disposition correspondant à la JVM et les avoir immédiatement acquises pour un coût correspondant aussi à cette JVM, SÉA Holdco réalisera un gain visé par l'alinéa 95(2)f) L.I.R.⁴⁸ Pourvu que SÉA Holdco n'ait pas de solde de surplus imposable au moment des transactions, son immigration s'effectuera en franchise d'impôt tant qu'il n'y a pas de disposition des actions de SÉA Holdco en droit⁴⁹ (ou qu'aucun roulement n'est disponible)⁵⁰. Normalement, le gain réalisé par SÉA Holdco serait équivalent à l'excédent de la JVM des actions de SÉA Opco sur leur PBR. En l'occurrence, ce gain est réputé nul selon l'alinéa 95(2)f.1) L.I.R. et aucun RÉATB ou surplus imposable n'est créé et c'est à ce stade qu'une majoration synthétique a lieu. Il importe de mentionner que la liquidation de SÉA Holdco par suite de sa migration s'effectue en franchise d'impôt selon le paragraphe 88(1) L.I.R. À la suite de ces transactions, il n'y aurait aucun

⁴⁸ Al. 128.1(1)b) et 128.1(1)c) L.I.R.

⁴⁹ À cet effet, il faut s'assurer que le droit des sociétés (et le droit fiscal étranger) offre la possibilité de continuer SÉA Holdco au Canada sans déclencher de disposition des actions de SÉA Holdco.

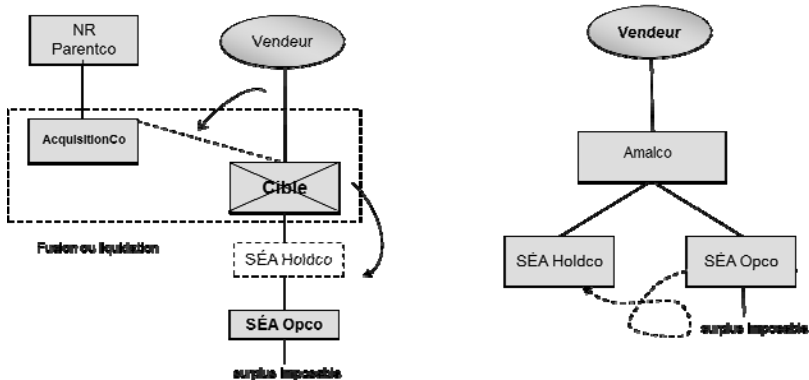
⁵⁰ Tout surplus imposable de SÉA Holdco déclencherait du RÉATB en vertu de l'alinéa 128.1(1)d) L.I.R. et du paragraphe 5907(13) R.I.R. Dans ce contexte, il faudrait considérer une restructuration préacquisition, à laquelle il est fait référence ci-dessous.

gain réalisé sur le transfert des actions de SÉA Opco à NR Parentco puisque le PBR a été majoré à la JVM lors de l'immigration.

On peut se demander si la majoration du PBR des actions de SÉA Opco suivant l'immigration de SÉA Holdco au Canada n'est pas abusive au sens de la règle générale antiévitement (« RGAÉ ») prévue à l'article 245 L.I.R. Selon nous, les majorations disponibles en vertu des alinéas 88(1)d) et 95(2)f.1) L.I.R. ont toutes deux pour intention de refléter le fait qu'il y a eu une transaction de nature imposable au niveau de l'actionnaire. Dans ce cas-ci, par exemple, la migration de SÉA Holdco entraîne une disposition à la JVM de tous ses biens, la seule raison pour laquelle le gain réalisé à la suite de cette transaction n'entraîne pas véritablement d'impôt payable au Canada est l'exclusion prévue à l'alinéa 95(2)f.1) L.I.R. Par ailleurs, si la majoration prévue en vertu de l'alinéa 88(1)d) L.I.R. avait été disponible, il aurait été possible de majorer le coût indiqué des actions de SÉA Holdco à leur JVM et ainsi distribuer cette dernière à NR Parentco en franchise d'impôt. Ainsi, SÉA Opco ne serait plus détenue par une société canadienne mais indirectement par NR Parentco. Or, en l'espèce, cette majoration n'est pas disponible, car les règles de refus de la majoration prévues au sous-alinéa 88(1)c)(vi) L.I.R. s'appliquent : les actions/dettes de NR Parentco ne sont pas des biens déterminés tels que cette expression est définie à l'alinéa 88(1)c.4) L.I.R. Peut-on conclure dans notre exemple que l'utilisation de l'alinéa 95(2)f.1) L.I.R., est abusive? Non, en outre, parce que l'alinéa 95(2)f.1) L.I.R. ne contient pas les mêmes règles antiévitement que le paragraphe 88(1) L.I.R. – la condition la plus importante de son application étant qu'il y ait une acquisition de contrôle sans lien de dépendance –, les transactions envisagées dans le cadre de la majoration synthétique illustrée ci-dessus devraient être admissibles et ne pas être considérées comme étant abusives selon la RGAÉ. Bref, l'absence de limites ou de conditions à l'alinéa 95(2)f.1) L.I.R. suggère qu'un plus grand nombre de transactions est admissible à l'exclusion de l'alinéa 95(2)f.1) L.I.R.

Par ailleurs, dans notre exemple, nous avons fait allusion au fait que la migration de SÉA Holdco au Canada pourrait entraîner certaines conséquences fiscales si la société avait du surplus imposable. Dans l'exemple suivant, NR Parentco souhaite acquérir Cible qui détient toutes les actions de SÉA Opco. SÉA Opco a un surplus imposable à l'égard de Cible. Si nous supposons que la majoration de l'alinéa 88(1)d) L.I.R. n'est pas disponible, parce que l'acquisition des actions de Cible s'effectuera en échange d'actions de NR Parentco, alors une majoration synthétique par le biais de l'alinéa 95(2)f.1) L.I.R. pourrait être envisagée. Cependant,

l'immigration de SÉA Opco au Canada déclenchera du RÉATB pour un montant égal au surplus imposable de SÉA Opco⁵¹.



Les opérations suivantes pourraient être mises en place pour éviter cette conséquence fiscale négative. Avant l'acquisition de contrôle de Cible par une société canadienne créée par NR Parentco, AcquisitionCo, Cible met en place SÉA Holdco dans une juridiction avec régime fiscal privilégié et transfère ensuite ses actions de SÉA Opco à SÉA Holdco en contrepartie d'actions. Sous réserve du paragraphe 85.1(4) L.I.R. et de l'alinéa 95(6)b) L.I.R., le transfert de SÉA Opco sera effectué par voie de roulement selon le paragraphe 85.1(3) L.I.R. Ensuite, AcquisitionCo acquiert les actions de Cible et la fusionne en vertu du paragraphe 87(11) L.I.R. pour former Amalco. SÉA Holdco migre au Canada et est liquidée dans Amalco en vertu du paragraphe 88(1) L.I.R. Finalement, Amalco distribue les actions de SÉA Opco à NR Parentco sous forme d'une réduction de capital versé.

Les conséquences fiscales se rapportant à cette série de transactions sont relativement similaires à celles susmentionnées. Effectivement, le gain en capital réalisé par SÉA Holdco lors de la migration devrait être réputé nul selon l'alinéa 95(2)f.1) L.I.R. parce que Cible est une société acquise désignée relativement à Amalco. Étant donné que SÉA Holdco n'a pas de surplus imposable (celui-ci étant au sein de SÉA Opco), aucun gain ne serait déclenché par l'application de l'alinéa 128.1(1)d) L.I.R. et du paragraphe 5907(13) R.I.R.

⁵¹ Al. 128.1(1)d) L.I.R. et par. 5907(13) R.I.R.

La liquidation de SÉA Holdco migrée dans Amalco s'effectue en franchise d'impôt selon le paragraphe 88(1) L.I.R. À la suite de cette liquidation, les actions de SÉA Opco auront un PBR égal à leur JVM au sein d'Amalco et peuvent être ainsi distribuées à NR Parentco sous forme d'une réduction de capital versé.

Quelques limites d'ordre général pourraient s'appliquer à la majoration synthétique du PBR des actions d'une SÉA en vertu de l'alinéa 95(2)f.1) L.I.R. tel qu'il est illustré ci-dessus. Ces limites résultent essentiellement des règles antiévitement spécifiques énoncées au paragraphe 85.1(4) L.I.R. et à l'alinéa 95(6)b) L.I.R. D'abord, le paragraphe 85.1(4) L.I.R. prévoit que le roulement des actions de SÉA Opco à SÉA Holdco envisagé dans la série de transactions pourrait être refusé si i) la totalité ou presque des biens de SÉA Opco sont des biens exclus; et ii) l'objectif de la transaction est de disposer des actions de SÉA Opco à une personne qui, immédiatement **après** la série d'opérations, est une personne avec laquelle le contribuable (Cible) traite sans lien de dépendance. En l'espèce, la problématique existe du fait qu'à la fin de la série de transactions, Cible (le contribuable) n'existe plus, car elle a été fusionnée ou liquidée afin que l'alinéa 95(2)f.1) L.I.R. s'applique à tout gain qui pourrait potentiellement être réalisé à l'immigration de SÉA Holdco. Alors, comment déterminer si Cible traite ou non sans lien de dépendance avec NR Parentco à la fin de la série? En vertu du paragraphe 251(3.2) L.I.R., Amalco est réputée être liée à Cible, car AcquisitionCo et Cible étaient liées immédiatement avant la fusion. Est-ce que le paragraphe 251(3) L.I.R. continue de réputer NR Parentco comme étant liée à Cible à la fin de la série de transactions, parce qu'elle est liée à Amalco et qu'Amalco est réputée être liée à Cible? À tout le moins, à la lumière du concept de continuité d'existence de Cible relativement à Amalco en droit des sociétés⁵², il serait possible de l'affirmer. En conséquence, la règle antiévitement énoncée au paragraphe 85.1(4) L.I.R. ne devrait pas s'appliquer. De plus, il convient de noter que l'alinéa 95(2)f.1) L.I.R. n'est d'une véritable utilité que lorsque les actions de SÉA Opco ne sont pas des biens exclus et qu'un gain est envisageable sur la disposition. Or, le paragraphe 85.1(4) L.I.R. ne pose pas de problématique ou de contrainte lorsque les actions de SÉA Opco ne sont pas des biens exclus. Il est donc peu probable que cette disposition antiévitement trouve application dans le scénario que nous envisageons.

⁵² *La Reine c. Black and Decker Manufacturing Co.*, [1975] 1 R.C.S. 411. En général, en droit des sociétés, une fusion doit être considérée comme impliquant la continuation des sociétés fusionnées.

L'autre règle antiévitement potentiellement envisageable est énoncée à l'alinéa 95(6)b) L.I.R. qui s'applique lorsqu'il est raisonnable de considérer que la principale raison de l'acquisition des actions d'une société, en l'occurrence les actions de SÉA Holdco, est de permettre à une personne d'éviter, de réduire ou de reporter l'impôt. Cette disposition va réputer l'acquisition des actions comme n'ayant pas eu lieu pour l'application de la sous-division I L.I.R. Or, le paragraphe 85.1(3) L.I.R. se retrouve dans la sous-division H, donc l'émission d'actions de SÉA Holdco ne pourrait pas être ignorée pour l'application de cette disposition. Toutefois, si SÉA Holdco est formée dans le cadre de la série d'opérations, l'alinéa 95(6)b) L.I.R. risque de trouver application et de réputer que SÉA Holdco n'est pas une SÉA de Cible en application des dispositions applicables dans la sous-division I L.I.R., ce qui peut faire en sorte que le paragraphe 85.1(3) L.I.R. ne soit pas applicable. Quoique cette position soit contestable, une solution potentielle pour éviter cette contrainte qui pourrait être imposée par l'alinéa 95(6)b) L.I.R. est de transférer les actions à une SÉA existante de Cible.

RÉORGANISATION DE SOCIÉTÉS DE PERSONNES



Hugues Lachance
CA, associé délégué, fiscalité
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TEXTE NON REMIS

LES TRACKING SHARES, UN OUTIL MÉCONNU ET FORT UTILE



Jean-François Thuot
CGA, M. Fisc., associé, fiscalité
Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 22:3

1. LES TRACKING SHARES, QU’EST-CE QUE C’EST? 22:3

1.1. PRÉSENTATION DU CONCEPT..... 22:3

1.2. DÉCISION ANTICIPÉE 9716813 DE L’ARC 22:4

1.3. FAÇON D’INTÉGRER LES *TRACKING SHARES* AU
CAPITAL-ACTIONS 22:7

1.3.1. Dividendes discrétionnaires et convention
unanime des actionnaires..... 22:7

1.3.2. Désignation dans les statuts de la société 22:13

**2. PROBLÉMATIQUE POTENTIELLE À L’UTILISATION
DES *TRACKING SHARES* : L’IMPÔT DES PARTIES IV.1
ET VI.1 L.I.R.** 22:14

2.1. IMPÔT DES PARTIES IV.1 ET VI.1 L.I.R. 22:15

2.2.	CONCEPTS D'« ACTION PRIVILÉGIÉE IMPOSABLE » ET D'« ACTION PRIVILÉGIÉE À COURT TERME »	22:17
2.2.1.	Action privilégiée imposable.....	22:17
2.2.2.	Action privilégiée à court terme	22:18
2.3.	NOTION DE « DIVIDENDE EXCLU »	22:19
2.4.	ACTIONS PRIVILÉGIÉES ÉMISES DANS LE CADRE DE RÉORGANISATIONS	22:25
2.5.	CONCLUSION SUR L'IMPACT DE L'IMPÔT DES PARTIES IV.1 ET VI.1 L.I.R. AUX FINS DE L'UTILISATION DES <i>TRACKING SHARES</i>	22:26
3.	CAS D'APPLICATION	22:26
3.1.	MÉTHODES TRADITIONNELLES DE DIVISION DE L'ACTIF D'UNE SOCIÉTÉ	22:27
3.1.1.	Versement d'un dividende en nature	22:27
3.1.2.	Réorganisation « papillon ».....	22:28
3.2.	CAS D'APPLICATION DU CONCEPT DE <i>TRACKING SHARES</i>	22:34
3.2.1.	Acquisition d'une société possédant des attributs fiscaux, sans en acquérir le contrôle	22:34
3.2.2.	Division de l'actif d'une société privée	22:38
	CONCLUSION	22:44

INTRODUCTION*

Il arrive fréquemment qu'une société désire procéder à la division de ses éléments d'actif entre deux ou plusieurs actionnaires ou encore entre entités distinctes. Plusieurs types de réorganisations peuvent alors être mis en place afin de procéder à un tel partage mais, dans certaines situations, le recours aux méthodes traditionnelles de division des éléments d'actif (par exemple, une réorganisation « papillon » ou encore le versement d'un dividende en nature consistant en des biens à diviser) est impossible. Plusieurs exigences ou contraintes liées à la mise en place d'une réorganisation papillon peuvent décourager son utilisation et l'imposition immédiate résultant d'un dividende en nature rebute assurément certains contribuables.

Le présent texte aborde donc la question de l'utilisation des *tracking shares* dans le cadre de réorganisations d'entreprises. Nous décrirons tout d'abord les caractéristiques principales des *tracking shares* et tenterons de vous convaincre de leur utilisation comme solution potentielle à l'impossibilité de procéder à la division des éléments d'actif d'une société par les méthodes traditionnelles. Nous exposerons ensuite les problématiques liées à l'utilisation des *tracking shares* et, finalement, nous présenterons des réorganisations où les *tracking shares*, un outil méconnu, mais qui peut être fort utile, peuvent être utilisées.

1. LES TRACKING SHARES, QU'EST-CE QUE C'EST?

1.1. PRÉSENTATION DU CONCEPT

Pour certains, ce sont des *flowthrough shares*, des *alphabet shares*, des *dividend access shares*, des actions dérivées ou encore des actions de suivi, mais ces expressions visent toutes les mêmes actions, que nous appellerons *tracking shares*. L'utilisation de ce type d'actions dans le capital-actions d'une société permet aux administrateurs d'une société d'attribuer les résultats fiscaux et financiers à des actionnaires précis, sur des biens précis.

* L'auteur tient à remercier M^e Jenny Contant, avocate, LL.M. fisc., chez Raymond Chabot Grant Thornton, de sa collaboration à la rédaction de ce texte. La documentation proposée est basée sur des lois et pratiques qui peuvent être modifiés. Pour ces raisons, on ne doit pas utiliser le contenu du présent texte comme substitut à des conseils professionnels spécialisés en lien avec 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 juridique relativement à son contenu ou aux conséquences pouvant résulter de son usage.

Les administrateurs peuvent vouloir attribuer le revenu provenant d'une division propre à un actionnaire en particulier et ainsi prévoir une catégorie d'actions particulières sur laquelle les dividendes versés proviendront des résultats de cette division. Il s'agit là d'une utilisation fort simple du concept et nous verrons que les *tracking shares* peuvent aussi être utilisées pour réaliser des opérations beaucoup plus complexes.

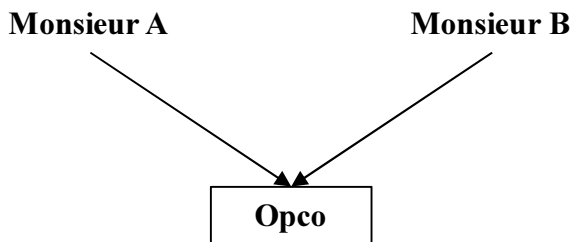
Avant de présenter les aspects liés à la mise en place des *tracking shares*, nous croyons pertinent de présenter d'entrée de jeu une décision anticipée dans laquelle l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») affiche sa position concernant l'utilisation des *tracking shares* dans le cadre d'une division d'éléments d'actif entre deux actionnaires.

1.2. DÉCISION ANTICIPÉE 9716813¹ DE L'ARC

Le professionnel qui souhaite mettre en place une structure de *tracking shares* sera certainement désireux de consulter la décision anticipée 9716813, qui visait le partage d'une entreprise entre deux frères (« Monsieur A » et « Monsieur B »).

Dans le cadre de cette décision, on indiquait que, à la suite d'une mésentente entre les deux frères, il avait été convenu de diviser les éléments d'actif de la société exploitante. Monsieur A et Monsieur B désiraient atteindre leur objectif sans incidence fiscale et, pour des raisons d'ordre technique, une réorganisation papillon n'était pas possible.

Une série d'étapes est envisagée afin de diviser l'actif de la société en question, mais nous n'aborderons que les opérations se rapportant à l'utilisation des *tracking shares*. La situation initiale est la suivante :



¹ *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 9716813, « Tracking shares », 5 janvier 2000.

Réorganisation proposée

Dans un premier temps, l'entreprise exploitée par Opco est divisée en deux entreprises distinctes (« Division n° 1 » et « Division n° 2 »). Une liste des biens compris dans chacune des divisions est dressée et il est prévu que chacune des deux divisions exploite son entreprise de façon distincte et qu'à cet égard, elle tienne des livres distincts, ait son propre compte de banque et fasse ses achats de façon indépendante.

Dans un deuxième temps, Opco procède à un remaniement de son capital-actions en vertu du paragraphe 86(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*². Dans le cadre de ce remaniement, les actions ont les caractéristiques suivantes :

- Catégorie « A » : avec droit de vote, participantes.
- Catégorie « B » : actions dont les droits, privilèges, conditions et restrictions se rapportent à la Division n° 1, avec droit de vote à toute assemblée des actionnaires qui concerne les décisions relatives à la Division n° 1 donnant droit à un dividende à même les surplus disponibles à cet effet de la Division n° 1 d'Opco pour l'exercice en cours. En cas de dissolution ou de liquidation de la société ou d'une autre distribution des biens de la société, volontaire ou forcée, les détenteurs d'actions de la catégorie « B » auront le droit de recevoir tous les biens de la Division n° 1, mais rien de plus.
- Catégorie « C » : actions dont les droits, privilèges, conditions et restrictions se rapportent à la Division n° 2, avec droit de vote à toute assemblée des actionnaires qui concerne les décisions relatives à la Division n° 2 donnant droit à un dividende à même les surplus disponibles à cet effet de la Division n° 2 d'Opco pour l'exercice en cours. En cas de dissolution ou de liquidation de la société ou d'une autre distribution des biens de la société, volontaire ou forcée, les détenteurs d'actions de la catégorie « C » auront le droit de recevoir tous les biens de la Division n° 2, mais rien de plus.

Dans un dernier temps, Monsieur A procède à l'échange des actions ordinaires qu'il détient dans le capital-actions d'Opco contre des actions de catégorie « B » du capital-actions d'Opco, et Monsieur B échange les actions

² L.R.C. (1985), 5^e supp., ch. 1 et mod. (« L.I.R. »).

ordinaires qu'il détient dans le capital-actions d'Opco contre des actions de catégorie « C » du capital-actions d'Opco.

Commentaires de l'ARC

Quant à l'opération visant à intégrer des *tracking shares* au capital-actions d'Opco, l'ARC a fourni les commentaires suivants. Tout d'abord, elle a confirmé que la formation par Opco de deux divisions distinctes ne constitue pas en soi une disposition de biens par la société au sens de l'article 54 L.I.R.³ L'ARC a aussi confirmé que le paragraphe 86(1) L.I.R. s'appliquera à l'échange d'actions par Monsieur A et Monsieur B⁴. Finalement, l'ARC est d'avis que le paragraphe 245(2) L.I.R. ne s'applique pas par suite et en raison des opérations projetées pour en déterminer à nouveau les conséquences fiscales.

Remarques préliminaires

Dès à présent, la présentation de cette décision anticipée suscite certaines remarques quant à l'utilisation des *tracking shares* dans un contexte où une seule société est utilisée. D'une part, l'usage d'une seule société comportant deux divisions a comme avantage de simplifier la structure par rapport à une situation où chaque division se serait retrouvée dans une société distincte et où les *tracking shares* auraient été liées aux dividendes versés par chaque société. Il sera toutefois important d'analyser les obligations juridiques liées au fait de n'utiliser qu'une seule société, avant de mettre en place une telle structure. En effet, la question se posera : une poursuite dans une des divisions peut-elle avoir une incidence sur les éléments d'actif de l'autre division? Le risque nous semble plus important que dans le cas où l'on trouve des sociétés distinctes. D'autre part, puisque certains attributs fiscaux se retrouveront confondus dans la situation où une seule société est utilisée (par exemple, si l'une des divisions subit une perte, celle-ci sera automatiquement disponible pour l'autre division), il faudra veiller à conclure une convention entre les parties afin de régir la répartition de ce type d'attributs fiscaux.

³ La définition de « disposition » est maintenant contenue au paragraphe 248(1) L.I.R.

⁴ Il est à noter qu'en présence d'une opération entre personnes liées, la règle prévue au paragraphe 86(2) L.I.R. concernant un avantage qu'un contribuable veut conférer à une personne liée doit être examinée.

1.3. FAÇON D'INTÉGRER LES TRACKING SHARES AU CAPITAL-ACTIONS

Puisque nous savons maintenant que l'ARC permet l'utilisation des *tracking shares* dans un contexte de division d'une entreprise, voici maintenant nos commentaires concernant la façon d'intégrer les *tracking shares* au capital-actions d'une société.

1.3.1. Dividendes discrétionnaires et convention unanime des actionnaires

Il existe apparemment deux façons pour une société d'intégrer des *tracking shares* dans son capital-actions⁵.

Il semble que la méthode la plus fréquemment utilisée par les professionnels consiste à prévoir au capital-actions de la société une ou plusieurs catégories d'actions ordinaires ou privilégiées à dividendes discrétionnaires, le pouvoir discrétionnaire de déclarer les dividendes devant être exercé en vertu des principes établis par la convention entre actionnaires. Ainsi, dans cette situation, les administrateurs doivent déclarer des dividendes sur ces catégories d'actions de la façon prescrite par la convention entre actionnaires.

Selon cette méthode, la formulation des statuts constituant ou modifiant le capital-actions apparaît fort simple : il s'agit d'inscrire, eu égard aux droits aux dividendes d'une catégorie d'actions, que les actions de cette catégorie donneront droit à des dividendes discrétionnaires et les clauses régissant ce type d'actions doivent prévoir un droit prioritaire de recevoir un dividende. La convention entre actionnaires vient quant à elle prévoir la façon dont le pouvoir discrétionnaire de déclarer ces dividendes doit être exercé, c'est-à-dire sur quels résultats financiers ou attributs fiscaux les dividendes sont versés pour les différentes catégories de *tracking shares*.

Afin que la convention entre actionnaires puisse retirer les pouvoirs du conseil d'administration de déclarer des dividendes, cette convention doit être une convention unanime des actionnaires, puisqu'une convention qui n'est pas « unanime » ne peut pas influencer la déclaration de dividendes, ni

⁵ Nous tenons à préciser que nous nous sommes inspirés de discussions avec des conseillers juridiques ainsi que de documents juridiques obtenus dans le cadre de nos recherches afin de mentionner ce qui suit. Nul ne peut interpréter nos propos comme étant des exigences des lois sur les sociétés en matière de désignation de dividendes dans le capital-actions d'une société.

restreindre ou retirer les pouvoirs des administrateurs de déclarer de tels dividendes⁶. Cette convention doit donc être signée par tous les actionnaires, et toute personne devenant actionnaire de la société comportant une telle convention deviendra automatiquement partie à cette convention, sous réserve de certaines règles si cette dernière n'a pas été portée à sa connaissance⁷.

Certains sont d'avis que la convention unanime des actionnaires doit être rédigée de façon très précise à l'égard de tous les éléments qui peuvent faire l'objet du pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire tous les types de montants qui peuvent faire partie des dividendes à distribuer aux actionnaires détenteurs de ces *tracking shares* afin d'éviter tout litige entre les actionnaires. D'autres juristes sont plutôt d'avis que si trop d'éléments sont prévus dans cette convention entre actionnaires, il est facile d'en oublier et de créer un vide juridique laissant place à l'interprétation.

Il semble que, pour être modifiée, une convention unanime des actionnaires requiert la signature de l'ensemble des actionnaires, mais un auteur est plutôt d'avis que la convention unanime des actionnaires ne nécessite pas que les décisions des actionnaires prises sous son autorité soient unanimes puisqu'il est possible de gérer l'exercice des votes par une telle convention unanime des actionnaires⁸. Cela signifie-t-il qu'une modification au droit d'un actionnaire de recevoir des dividendes de la manière initialement prévue par la convention unanime des actionnaires peut être effectuée par une décision prise à la majorité? Quoi qu'il en soit, une consultation avec les conseillers juridiques sera nécessaire afin de déterminer la façon de procéder la plus appropriée pour un contribuable lors de la rédaction d'une convention unanime des actionnaires.

⁶ *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, ch. C-44 (« L.C.S.A. »), par. 146(1). Au Québec, la nouvelle *Loi sur les sociétés par actions*, L.Q. 2009, c. 52 (« L.S.A. »), qui a été sanctionnée le 4 décembre 2009 et qui devrait entrer en vigueur au début de 2011, a intégré une série de règles concernant les conventions unanimes des actionnaires : art. 213 L.S.A. Voir aussi Charles P. MARQUETTE, « Particularités du droit des sociétés pertinentes à la fiscalité concernant les dividendes », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 4:1-44, section 5.3., à la page 4:32.

⁷ Par.146(3) L.C.S.A. et art. 218 L.S.A.

⁸ Maurice et Paul MARTEL, *La compagnie au Québec : Les aspects juridiques*, vol. I, éd. feuilles mobiles, Montréal, Wilson & Lafleur/Martel ltée, 2008, par. 27-53.

Prenons le cas d'une société exploitant une entreprise de fabrication de portes et fenêtres qui s'est aussi spécialisée, grâce à un employé clé, dans le transport des portes et fenêtres surdimensionnées. Afin d'intéresser cet employé clé dans l'actionnariat de la société, une réorganisation du capital-actions est proposée afin d'y intégrer des *tracking shares* qui viseront essentiellement à lui attribuer une partie des résultats fiscaux et financiers liés au transport de portes et fenêtres surdimensionnées. Voici une série d'éléments à considérer lors de la rédaction de la convention unanime des actionnaires. La même série d'éléments peut aussi être considérée, à notre avis, lors de l'élaboration ou de la modification des statuts de la société en ce qui concerne un capital-actions devant comprendre des *tracking shares*, que nous verrons à la section 1.3.2.

Résultats financiers distincts

L'actionnaire qui détient des *tracking shares* liées à l'exploitation de l'entreprise de transport voudra vérifier son investissement et exigera probablement d'avoir accès à des résultats financiers distincts. Cela permettra de déterminer quel type de revenus est généré par cette entreprise. Quoi qu'il en soit, nous voyons mal comment une société pourrait déterminer les dividendes à attribuer à un tel actionnaire en l'absence d'états financiers distincts.

Gestion

Il est important de prévoir la façon dont les décisions seront prises relativement à cette entreprise dont les profits seront nécessairement attribués à un actionnaire particulier. Cet actionnaire aura tout intérêt à prendre part aux décisions importantes relativement à cette entreprise, même dans le cas où des décisions eu égard à la société devraient être prises qui influeraient sur le rendement ou l'exploitation de l'entreprise de transport spécialisé. La façon dont les décisions seront prises dans la société devra être minutieusement analysée. Comme il est indiqué ci-dessus, une convention unanime des actionnaires peut régir l'exercice des votes à l'intérieur d'une société. Dernier point : la convention unanime des actionnaires peut faire en sorte de changer le contrôle d'une société. Avant de procéder à la signature de la convention unanime des actionnaires, il faudra analyser les conséquences d'un changement de contrôle potentiel.

Les dividendes en capital

L'actionnaire détenant des *tracking shares* voudra certainement se voir attribuer un dividende provenant du compte de dividendes en capital

(« CDC ») à la suite de la vente d'une immobilisation utilisée dans l'entreprise de transport, en préférence sur un autre actionnaire. Le CDC doit tout de même être calculé pour la société et, ensuite, être versé sur une catégorie d'actions en particulier, soit les *tracking shares* détenues par cet actionnaire. Il faut alors prévoir que le CDC puisse être versé précisément sur ces actions avant toute autre action. Il peut arriver que la vente d'un élément d'actif d'une des divisions donne lieu à une perte en capital, ce qui a pour effet de modifier négativement le solde du CDC créé, par exemple, par la réalisation d'un gain en capital par l'autre division. Afin de régler cette embûche qui risque de survenir souvent, une structure à plusieurs sociétés doit être utilisée. Ainsi, les éléments d'actif de chacune des divisions peuvent être transférés par roulement fiscal à des sociétés distinctes. De cette façon, le CDC est calculé de façon indépendante pour chacune des divisions et un CDC négatif n'influe pas sur le CDC positif de l'autre division.

Nous nous sommes demandé si le paragraphe 83(2.1) L.I.R. peut trouver application dans un tel contexte et contrevenir au droit de l'actionnaire de recevoir un tel dividende en capital. Le paragraphe 83(2.1) L.I.R. prévoit ceci :

« (2.1) Malgré le paragraphe (2), le dividende versé par une société sur une action de son capital-actions qui serait, sans le présent paragraphe, un dividende en capital est réputé, pour l'application de la présente loi – à l'exception de la partie III et sauf pour le calcul du compte de dividende en capital de la société – reçu par l'actionnaire et versé par la société comme dividende imposable, et non comme dividende en capital, et l'alinéa (2)b) ne l'applique pas à ce dividende si l'actionnaire a acquis l'action – ou une action qui lui est substituée – par une opération, ou dans le cadre d'une série d'opérations, dont un des principaux objets consistait à recevoir ce dividende. » (Notre soulignement)

Un des principaux objets de l'acquisition des *tracking shares* par l'actionnaire particulier peut-il être de recevoir le dividende en capital?

Comme l'application de cette disposition nécessite l'examen de tous les faits propres à une situation donnée⁹, il faut en l'espèce s'assurer d'avoir de bons arguments à l'encontre de la position selon laquelle l'acquisition de ces *tracking shares* avait pour objet principal de se voir attribuer ce dividende en capital. Il semble évident que l'utilisation et l'acquisition de *tracking shares* visent l'attribution en priorité des résultats financiers de biens précis à un

⁹ *Tax Window Files*, op. cit., note 1, interprétation technique 2008-0296371E5, « Capital dividends », 29 juin 2009.

actionnaire donné et que si par chance un solde de CDC est créé à la disposition d'un de ces biens, cela ne peut être qu'un heureux hasard.

Par ailleurs, les notes explicatives concernant le paragraphe 83(2.1) L.I.R.¹⁰ précisent que cette règle antiévitement s'applique, par exemple, à la situation où une société privée contrôlée par des non-résidents pour qui les dividendes en capital versés sur les actions qu'ils détiennent sont des dividendes imposables peuvent vouloir vendre leurs actions à une autre société et ainsi transférer le CDC à cette autre société dans le but de permettre à celle-ci de réduire les impôts payables sur les distributions faites aux actionnaires canadiens de cette autre société. De la même façon, le paragraphe 83(2.1) L.I.R. est conçu pour contrecarrer les situations où une société ayant un CDC important qui n'est pas en mesure de verser des dividendes à ses actionnaires vend ses actions à une autre société qui paie pour sa part des dividendes en capital à ses propres actionnaires.

Nous voyons que, dans ces deux situations, le but principal de l'acquisition de ces actions est de se voir verser le CDC. Dans le cas des *tracking shares*, le but principal est plutôt d'attribuer le revenu provenant d'entreprises particulières à un actionnaire donné.

Il est fort utile de déterminer si les exceptions prévues aux paragraphes 83(2.2) à 83(2.4) L.I.R. pourraient s'appliquer et ainsi d'éviter toute discussion quant à l'application du paragraphe 83(2.1) L.I.R.¹¹

En conclusion, il nous semble que le paragraphe 83(2.1) L.I.R. ne s'appliquera pas afin de réputer que le dividende en capital est un dividende imposable dans une situation où des *tracking shares* sont utilisées, à moins que les faits ne démontrent clairement que l'émission de ces actions à un actionnaire particulier visait à lui attribuer un dividende en capital.

Impôt en main remboursable au titre de dividendes

De la même façon que pour le CDC, il peut arriver que l'impôt en main remboursable au titre de dividendes (« IMRTD ») de la société soit généré par des revenus de placement gagnés en grande partie sur des éléments d'actif d'une entreprise par rapport à une autre dont les résultats financiers sont versés sur des *tracking shares*. Encore une fois, afin d'éviter la situation

¹⁰ CANADA, ministère des Finances, *Notes explicatives sur le projet de loi concernant l'impôt sur le revenu*, juin 1988, par. 83(2.1) (en ligne : taxnet.pro).

¹¹ Le présent texte ne constitue pas une analyse approfondie de ces dispositions.

où les activités d'une des divisions influent sur le montant de l'IMRTD de l'autre division, une structure à sociétés multiples peut être envisagée.

Encore ici, nous nous sommes demandé si le paragraphe 129(1.2) L.I.R. peut s'appliquer au versement d'un dividende sur ces actions en particulier :

« (1.2) Pour l'application du paragraphe (1), le dividende versé sur une action du capital-actions d'une société est réputé ne pas être un dividende imposable si l'actionnaire a acquis l'action – ou une action qui lui est substituée – par une opération, ou dans le cadre d'une série d'opérations, dont un des principaux objets consistait à permettre à la société d'obtenir un remboursement au titre de dividendes. »

Le même test semble s'appliquer ici : l'un des principaux objets de l'acquisition des *tracking shares* est-il de verser un dividende sur ces actions afin de permettre à la société d'obtenir un remboursement au titre de dividendes (« RTD »)? La question paraît toujours être une question de fait, mais nous voyons mal comment l'acquisition de *tracking shares* peut engendrer l'application de ce paragraphe.

Les notes explicatives concernant le paragraphe 129(2.1) L.I.R.¹² indiquent que cette disposition pourrait s'appliquer à une situation où une société qui possède un important compte d'IMRTD émettrait des actions à valeur de rachat élevée, mais à faible capital versé, à une société exonérée d'impôt ou à une autre société recevant des dividendes ordinaires libres d'impôt, et où elle obtiendrait un RTD au rachat de ces actions.

Alors que l'utilisation des *tracking shares* vise l'attribution d'un revenu particulier à un actionnaire donné, nous croyons que ce but est loin de s'apparenter à la situation décrite ci-dessus où la société payante reçoit un RTD, alors que l'actionnaire qui reçoit le dividende n'a pas à s'imposer sur la réception de ce dividende. Ainsi, nous croyons qu'il est plus qu'improbable que le paragraphe 129(1.2) L.I.R. puisse s'appliquer à l'émission de *tracking shares* à un actionnaire particulier.

Dividendes déterminés

Finalement, il est possible de prévoir que le versement de dividendes provenant du compte de revenu à taux général (« CRTG ») soit effectué en priorité sur les *tracking shares* de la division qui génère ce CRTG. Une

¹² CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 10, par. 129(1.2) (en ligne : taxnet.pro).

structure à sociétés multiples peut toujours être prévue afin d'éviter qu'une division abaisse le CRTG créé par l'autre division.

Il faudra une fois de plus faire attention à la règle antiévitement qui prévoit que toute opération ou série d'opérations dont l'un des principaux objets consiste à maintenir ou à augmenter artificiellement le CRTG de la société, ou à maintenir ou à diminuer artificiellement son compte de revenu à taux réduit (« CRTR ») sera considérée comme une désignation excessive de dividendes déterminés¹³. Il appert que cette règle antiévitement ne trouverait pas application en l'espèce puisque les notes explicatives concernant cette disposition semblent avoir circonscrit l'application de cette règle, quoique son analyse demeure pertinente¹⁴ :

« En termes généraux, on considère qu'une société a maintenu ou augmenté artificiellement son CRTG si l'opération ou la série d'opérations donne naissance à un CRTG qui ne tient pas compte du revenu de la société une fois payé (par la société en cause ou par une autre société) l'impôt prévu de la partie I de la loi à un taux au moins égal à celui qui s'applique au revenu imposable au taux complet, au sens du paragraphe 123.4(1) de la loi. Dans le même ordre d'idées, on considère de façon générale qu'une société a maintenu ou réduit artificiellement son CRTR si l'opération ou la série d'opérations donne naissance à un CRTR qui ne tient pas compte de son revenu une fois payé (par la société ou par une autre société) l'impôt prévu par la partie I à un taux inférieur à celui qui s'applique au revenu imposable au taux complet. »

1.3.2. Désignation dans les statuts de la société

La deuxième méthode utilisée par certains professionnels consiste à prévoir directement dans les statuts de la société ces différentes catégories d'actions ordinaires ou privilégiées, dites *tracking shares*, et la façon de déclarer les dividendes à verser sur ces catégories d'actions. Voici un exemple de formulation dans le cas d'actions privilégiées *tracking shares* : les détenteurs d'actions de catégorie A auront le droit de recevoir, sous réserve que les administrateurs déclarent un tel dividende, un dividende déclaré et payé en totalité à même les profits de la société réalisés sur les activités de la division X de la société.

¹³ Par. 89(1) « désignation excessive de dividende déterminé », al. c) L.I.R.

¹⁴ CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives et notes explicatives concernant la Loi de l'impôt sur le revenu – Imposition des dividendes*, 29 juin 2006, par. 89(1) « désignation excessive de dividende déterminé », p. 35.

Cette façon de faire apporte probablement plus de complexité pour les administrateurs chargés de déclarer ces dividendes, et certains éléments mentionnés ci-dessus peuvent être oubliés. Selon nous, cette façon de faire apportera toutefois de la lourdeur au capital-actions. Il semble toutefois moins approprié d'alourdir le capital-actions en mentionnant tous les éléments de la société à verser sur cette catégorie d'actions en particulier, tels que ceux mentionnés ci-dessus.

Une modification aux statuts de la société concernant son capital-actions ne semble requérir que les deux tiers des voix exprimées par les actionnaires habiles à voter¹⁵, mais il peut être prévu qu'une modification concernant les *tracking shares* fasse l'objet d'un vote unanime. Une autre solution peut être de prévoir dans la description du capital-actions que l'actionnaire qui détient ces *tracking shares* fasse partie de la majorité afin que tout changement sur cette catégorie d'actions soit approuvé par celui-ci.

Une consultation auprès d'un conseiller juridique sera nécessaire afin de déterminer la façon la plus appropriée de prévoir les *tracking shares* au capital-actions de la société.

2. PROBLÉMATIQUE POTENTIELLE À L'UTILISATION DES TRACKING SHARES : L'IMPÔT DES PARTIES IV.1 ET VI.1 L.I.R.

Les règles relatives à l'impôt des parties IV.1 et VI.1 L.I.R. peuvent présenter un obstacle à l'utilisation des *tracking shares* dans le cadre d'une réorganisation d'entreprise. En effet, dans la plupart des cas, les *tracking shares* émises en faveur d'un actionnaire se qualifieront d'« actions privilégiées imposables » (« API ») ou d'« actions privilégiées à court terme » (« APCT »).

Nous faisons ci-après un survol des règles de l'impôt des parties IV.1 et VI.1 L.I.R. afin de bien cerner l'enjeu¹⁶.

¹⁵ Par. 2(1), « résolution spéciale » et art. 173 L.C.S.A.; art. 2, « résolution spéciale » et art. 241 L.S.A.

¹⁶ Pour une analyse complète et détaillée du concept d'API, nous invitons le lecteur à consulter : Alain PÉRUSSE, « Actions privilégiées imposables et réorganisation », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 25:1-22.

2.1. IMPÔT DES PARTIES IV.1 ET VI.1 L.I.R.

L'impôt de la partie IV.1 L.I.R. est un impôt de 10 % s'appliquant à toute société qui reçoit un dividende, **sauf un dividende exclu**, sur une API et qui a droit à une déduction dans le calcul de son revenu imposable en vertu des articles 112 et 113 L.I.R. ou du paragraphe 138(6) L.I.R. à l'égard de ce dividende¹⁷. Nous verrons plus loin ce qu'est un dividende exclu.

Quant à l'impôt de la partie VI.1 L.I.R., il s'applique plutôt à la société canadienne imposable qui verse un dividende, **sauf un dividende exclu**. Il est actuellement de 66 2/3 % des dividendes imposables versés sur des APCT. Selon les propositions du ministre des Finances du 16 juillet 2010, ce pourcentage doit être réduit à 50 % s'il s'agit de dividendes versés au cours des années d'imposition 2003 à 2009, à 45 % s'il s'agit de dividendes versés au cours des années d'imposition se terminant en 2010 et 2011 et 40 % s'il s'agit de dividendes versés au cours d'une année d'imposition se terminant après 2011¹⁸. Il est par ailleurs de 25 % des dividendes imposables versés sur des API qui ne sont pas des APCT¹⁹. La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit toutefois un choix afin que la société s'impose au taux de 40 % sur les dividendes imposables versés sur des API qui ne sont pas des APCT, permettant ainsi au bénéficiaire du dividende de ne pas supporter l'impôt de la partie IV.1 L.I.R.²⁰ Une déduction est toutefois permise dans le calcul du revenu imposable d'une société qui paie un impôt de la partie VI.1 L.I.R. Elle correspond actuellement aux 9/4 de l'impôt de la partie VI.1 L.I.R. payable pour l'année²¹. Le ministre des Finances a proposé le 16 juillet 2010 que cette déduction soit de 3 fois l'impôt de la partie VI.1 L.I.R. payable si l'année d'imposition prend fin entre 2003 et 2010, 3,2 si l'année prend fin en 2010 et 2011 et de 3,5 si elle prend fin après 2011. Si le revenu imposable de la société est moins élevé que le montant de cette déduction, la partie non utilisée de cette déduction pourra être reportée sur les trois années

¹⁷ Art. 187.2 L.I.R.

¹⁸ CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives visant à modifier la Loi de l'impôt sur le revenu et des textes connexes en vue d'effectuer des modifications techniques et de prévoir l'expression bijuridique de cette loi*, 16 juillet 2010, art. 129 et *Notes explicatives*, p. 170, concernant le sous-alinéa 191.1.(1)a)(i) L.I.R. proposé.

¹⁹ S.-al. 191.1(1)a)(iii) L.I.R.

²⁰ S.-al. 191.1(1)a)(ii) L.I.R. Choix prévu au paragraphe 191.2(1) L.I.R.

²¹ Al. 110(1)k) L.I.R.; CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 18, art. 59 et *Notes explicatives*, p. 97.

d'imposition précédentes et sur les années d'imposition ultérieures de la même façon que pour les pertes autres qu'en capital.

Le tableau suivant présente le coût net d'un impôt de la partie VI.1 L.I.R. de 500 000 \$ (dividende de 2 M\$ versé sur une API) pour une société ayant un revenu imposable de 1,6 M\$:

Taux d'imposition	Taux d'imposition combiné à 29,9 %	Taux d'imposition combiné à 33,3 %
Impôt de la partie VI.1 L.I.R.	500 000 \$	500 000 \$
Montant de la déduction à l'alinéa 110(1)k) L.I.R.	1 600 000 \$	1 600 000 \$
Économie d'impôt de la partie I L.I.R.	478 400 \$	500 000 \$
Coût net de l'impôt de la partie VI.1 L.I.R.	21 600 \$	0 \$
Pourcentage du dividende versé	1,08 %	0 %

L'économie d'impôt de la partie I L.I.R. liée à la déduction pour l'impôt de la partie VI.1 L.I.R. équivaut au montant de la déduction multiplié par le taux d'impôt de la société. Pour une société ayant un taux d'imposition de 33,3 %, l'impôt de la partie VI.1 L.I.R. n'aura aucune incidence, alors que pour une société dont le taux d'impôt est de 29,9 %, le coût net d'impôt de la partie IV.1 L.I.R. sera de 21 600 \$.

Il faut aussi mentionner que lorsque l'impôt de la partie VI.1 L.I.R. peut s'appliquer puisque le dividende n'est pas un dividende exclu, il est aussi possible de se prévaloir de l'exemption pour dividendes, applicable sous certaines conditions, relativement à la première tranche de 500 000 \$ de dividendes versés annuellement sur ces API²². Cette exemption devra être réduite des dividendes imposables, sauf des dividendes exclus, qui sont versés par la société sur des API au cours de l'année civile précédant celle au cours de laquelle l'année d'imposition se termine et qui excèdent 1 M\$. Cela signifie que si la société verse au moins 1,5 M\$ en dividendes sur des API au cours de l'année civile précédente, l'exemption est de 0 \$. De plus, l'exemption doit être partagée entre sociétés associées sur un formulaire prescrit²³. Il est toutefois aberrant de constater que cette exemption de

²² Par. 191.1(2) à 191.1(6) L.I.R.

²³ Par. 191.1(3) L.I.R.

500 000 \$ en vigueur depuis l'adoption de ces mesures le 18 juin 1987, soit depuis plus de 23 ans, n'a toujours pas été indexée en fonction du taux d'inflation. Avec cette indexation, l'exemption devrait aujourd'hui représenter une exemption d'au moins 840 000 \$²⁴.

2.2. CONCEPTS D'« ACTION PRIVILÉGIÉE IMPOSABLE » ET D'« ACTION PRIVILÉGIÉE À COURT TERME »

2.2.1. Action privilégiée imposable

Une API est une des actions suivantes²⁵ :

- une APCT émise après le 15 décembre 1987 (par. 248(1) « action privilégiée imposable », al. a) L.I.R.);
- une action émise après 20 h (HAE), le 18 juin 1987²⁶ dont les **caractéristiques** ou une **convention** à l'égard de celle-ci prévoient²⁷ :
 - soit qu'il est raisonnable de considérer que le montant de dividende qui peut être versé sur l'action est, par une formule ou autrement, fixe, plafonné ou assujéti à un plancher dans le cas où l'action a un rang préférentiel à l'égard des autres actions²⁸ (par. 248(1) « action privilégiée imposable », s.-al. b)(i) L.I.R.),
 - soit qu'il est raisonnable de considérer que le montant que l'actionnaire a le droit de recevoir à la dissolution ou à la liquidation

²⁴ Ce montant de 840 000 \$ est basé sur l'indice des prix à la consommation au mois de juillet 2010.

²⁵ Par. 248(1) « action privilégiée imposable » L.I.R.

²⁶ Sauf une action de régime transitoire (définie au paragraphe 248(1) L.I.R.). Ce concept ne sera pas abordé dans le présent texte.

²⁷ Il est à noter que certaines exclusions s'appliquent concernant la qualification d'actions à titre d'action privilégiée imposable qui ne seront pas abordées dans le cadre du présent texte.

²⁸ Le droit au dividende ou la part de liquidation que peut recevoir un actionnaire est réputé ne pas être fixe, assujéti à un maximum ou minimum, si celui-ci est déterminé uniquement en fonction du droit au dividende ou de la part de liquidation d'une autre action de la société ou d'une société qui la contrôle, si cette dernière est émise après le 18 juin 1987 et n'est pas une API.

de la société ou lors du rachat, de l'acquisition²⁹, de l'annulation³⁰ ou de la réduction du capital versé au titre de l'action est, par une formule ou autrement, fixe, plafonné ou assujéti à un plancher (par. 248(1) « action privilégiée imposable », s.-al. b)(ii) L.I.R.),

- soit que l'action est convertible ou échangeable contre une action qui, si elle était émise, serait une API (par. 248(1) « action privilégiée imposable », s.-al. b)(iii) L.I.R.),
- soit qu'une personne qui n'est pas la société émettrice de l'action est obligée, de façon conditionnelle ou non, d'exécuter un engagement pouvant faire en sorte de limiter la perte que pourrait subir l'actionnaire du fait qu'il est propriétaire de l'action ou d'un autre bien, qu'il le détient ou en dispose, ou encore de permettre à l'actionnaire d'obtenir des gains du fait qu'il est propriétaire de l'action ou d'un autre bien, qu'il le détient ou en dispose (par. 248(1) « action privilégiée imposable », s.-al. b)(iv) L.I.R.).

2.2.2. Action privilégiée à court terme

Une APCT constitue une action émise après le 15 décembre 1987³¹ qui³² est :

- soit une action dont les **caractéristiques** ou une **convention** prévoient que la société émettrice, ou une personne apparentée, a l'obligation à tout moment **dans les cinq ans suivant la date d'émission de l'action de racheter, d'acquérir, d'annuler ou de réduire le capital versé de cette action**, sauf si l'obligation ne survient qu'en cas de décès de l'actionnaire ou à la suite d'un droit de conversion de l'action (par. 248(1) « action privilégiée à court terme », al. a) L.I.R.);

²⁹ Nous attirons votre attention sur la règle particulière prévue au paragraphe 248(1) « action privilégiée imposable », alinéa f) L.I.R. concernant les conventions d'achat-vente dont nous ne traiterons pas en profondeur. Notons toutefois la position de l'ARC dans *Tax Window Files, op. cit.*, note 1, interprétation technique 2004-0108511E5, « Minority Discount », 2 mars 2005.

³⁰ Sauf si l'obligation de rachat, d'acquisition ou d'annulation ne survient qu'au décès de l'actionnaire ou à cause d'un droit de conversion de l'action.

³¹ Sauf une action de régime transitoire, voir *supra*, note 26.

³² Par. 248(1) « action privilégiée à court terme » L.I.R.

- soit une action convertible ou échangeable à tout moment dans les cinq ans suivant son émission en APCT (par. 248(1) « action privilégiée à court terme », al. b) L.I.R.).

L'ARC est d'avis que le droit d'échange ou de conversion prévu à cette définition peut être exercé soit au gré de la société, soit au gré de l'actionnaire³³.

À la lecture de ces définitions, on comprend que dès lors qu'une **convention** à l'égard d'une action (telle qu'une convention unanime des actionnaires) ou les **caractéristiques** mêmes de l'action (comme celles relatives aux dividendes pouvant être versés sur ces actions prévues directement au capital-actions) font en sorte de fixer, plafonner ou assujettir à un plancher, par une formule ou autrement, les dividendes à verser sur cette action, cette dernière devra être qualifiée d'API. Puisque les dividendes à verser sur des *tracking shares* seront la plupart du temps assujettis à des résultats financiers précis, il semble que les *tracking shares* seront, dans la majorité des cas, considérées comme des API. Il est envisageable toutefois que ces actions ne soient pas des APCT, ce qui pourra réduire l'impact de l'impôt de la partie VI.1 L.I.R. à payer par la société.

2.3. NOTION DE « DIVIDENDE EXCLU »

Puisque l'impôt sur les API et les APCT ne s'applique qu'à l'égard d'un dividende qui n'est pas un dividende exclu, il importe de connaître les circonstances dans lesquelles le dividende ainsi versé sur des API est un dividende exclu.

En effet, dans plusieurs situations, bien que les *tracking shares* puissent être qualifiées d'API ou d'APCT, il est possible d'éviter l'application des impôts des parties IV.1 ou VI.1 L.I.R. sur les dividendes versés sur ces actions.

Pour la société qui reçoit un dividende sur une API (impôt de la partie IV.1 L.I.R.), ce dividende est un dividende exclu dans les situations suivantes³⁴ :

³³ « Table ronde de Revenu Canada », dans *1993 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1994, pp. 58:1-76, question 10, aux pages 58:41-42.

³⁴ Art. 187.1 L.I.R.

- le dividende est reçu sur une action d'une société étrangère affiliée à la société, sauf si la société qui reçoit le dividende est une institution financière déterminée qui a acquis l'action dans le cours normal des activités de son entreprise (al. 187.1a) L.I.R.);
- le dividende est reçu par une société qui détient un **intérêt important** dans la société, sauf si cette dernière est un « intermédiaire financier constitué en société »³⁵ (al. 187.1b) L.I.R.);
- le dividende est reçu par une société privée ou « un intermédiaire financier constitué en société » (al. 187.1c) L.I.R.);
- le dividende est reçu par une société sur une APCT d'une société canadienne imposable, sauf s'il s'agit d'un dividende visé à l'alinéa b) ou c) de la définition de « dividende exclu » au paragraphe 191(1) L.I.R. (al. 187.1d) L.I.R.);
- le dividende est reçu par une société sur une action d'une société de placement à capital variable, sauf une action particulière à une institution financière ou d'une action qui serait une API sans tenir compte de l'alinéa a) de la définition d'« action privilégiée imposable » au paragraphe 248(1) L.I.R. (al. 187.1e) L.I.R.).

Pour la société qui verse un dividende sur une API ou une APCT (impôt de la partie VI.1 L.I.R.), ce dividende est un dividende exclu dans les situations suivantes³⁶ :

- le dividende est versé à un actionnaire qui a une **participation importante** dans la société (par. 191(1) « dividende exclu », al. a) L.I.R.);
- le dividende est versé par une société qui est un intermédiaire financier constitué en société ou une société de portefeuille privée (par. 191(1) « dividende exclu », al. b) L.I.R.);
- le dividende est versé par une société qui serait un intermédiaire financier constitué en société non exclue de la définition d'« intermédiaire financier constitué en société » prévue au paragraphe 191(1) L.I.R., sauf

³⁵ Nous ne verrons pas en détail ce concept qui est défini au paragraphe 191(1) L.I.R.

³⁶ Par. 191(1) « dividende exclu » L.I.R.

si elle verse le dividende à une société dominante à son égard ou à une personne apparentée à celle-ci au sens de l'alinéa h) de la définition d'« action privilégiée imposable » au paragraphe 248(1) L.I.R. (par. 191(1) « dividende exclu », al. c) L.I.R.);

- le dividende est versé par une société de placement hypothécaire (par. 191(1) « dividende exclu », al. d) L.I.R.);
- le dividende est un dividende sur les gains en capital au sens du paragraphe 131(1) L.I.R. (par. 191(1) « dividende exclu », al. e) L.I.R.).

Les situations les plus courantes de dividendes exclus sont évidemment celles où la société bénéficiaire du dividende détient un **intérêt important** ou une **participation importante** dans la société payante. Bien que l'expression « intérêt important » soit utilisée dans la version française de l'article 187.1 L.I.R. et que l'expression « participation importante » soit utilisée dans la version française de la définition de « dividende exclu » au paragraphe 191(1) L.I.R., la version anglaise de ces dispositions n'utilise que l'expression *significant interest*. Mais leur sens est le même. La définition de **participation importante** prévue au paragraphe 191(2) L.I.R. s'applique autant aux fins du dividende exclu pour la société qui reçoit le dividende que pour la société qui verse le dividende exclu³⁷. Nous nous servons donc de l'expression « participation importante » dans le présent texte.

Pour qu'un actionnaire détienne une participation importante dans une société, cette société doit être une société canadienne imposable. Ensuite, cet actionnaire détiendra une participation importante si l'une ou l'autre des conditions suivantes s'applique :

- il est lié à la société, autrement qu'à cause d'un droit visé à l'alinéa 251(5)b) L.I.R.;
- il est propriétaire, selon l'alinéa 191(2)b) L.I.R., à la fois :
 - d'actions du capital-actions de la société qui lui confèrent 25 % ou plus des voix,

³⁷ Voir d'ailleurs *Tax Window Files*, op. cit., note 1, interprétation technique 2001-0099853, « Papillon – Fractionnement », 23 janvier 2002.

- d'actions du capital-actions de la société dont la JVM correspond à 25 % ou plus de la JVM de toutes les actions émises du capital-actions de la société,

et

- soit d'actions du capital-actions de la société, à l'exclusion d'actions qui seraient des API³⁸, dont la JVM correspond à 25 % ou plus de la JVM de toutes ces actions du capital-actions de la société,
- soit d'actions de chaque catégorie du capital-actions de la société dont la JVM correspond à au moins 25 % de la JVM de toutes les actions émises de cette catégorie.

Pour l'application de l'alinéa 191(2)b) L.I.R., un actionnaire est réputé propriétaire d'une action du capital-actions d'une société dont une personne liée à l'actionnaire – autrement qu'à cause d'un droit visé à l'alinéa 251(5)b) L.I.R. – est propriétaire à ce moment autrement qu'à cause de l'alinéa 191(2)b) L.I.R.³⁹

Il est à noter qu'en présence de *tracking shares* qui seront considérées comme des API, des actions ordinaires, dans la même proportion que les *tracking shares* détenues, devront être émises afin de passer le test de participation importante, sans quoi il semble que l'on ne répondrait jamais à la nécessité de détenir au moins 25 % de la JVM de toutes les actions du capital-actions de la société qui ne sont pas des API.

À la lecture de la définition de « participation importante », nous voyons surgir une embûche. Puisque le test de participation importante prévu au paragraphe 191(2) L.I.R. porte sur la JVM des actions attribuable aux éléments d'actif de la société et qu'il est donc tributaire de la valeur de ces éléments d'actif, l'actionnaire qui vend une partie de l'actif de la division dont les revenus lui sont attribués grâce à ses *tracking shares* ou qui voit simplement la valeur des éléments d'actif de sa division diminuer, peut se retrouver dans une situation où la JVM des actions qu'il détient dans la société ne correspond plus à 25 % ou plus de la JVM de toutes les actions émises du capital-actions de la société. Dans un tel cas, l'actionnaire ne détiendrait plus de participation importante dans la société et les dividendes

³⁸ Sous réserve de certaines conditions, s.-al. 191(2)b)(iii) L.I.R.

³⁹ Par. 191(2) L.I.R. *in fine*.

versés à cet actionnaire pourraient être assujettis à l'impôt de la partie VI.1 L.I.R. Il semble donc que chaque actionnaire devra se soumettre à un test annuel afin de déterminer s'il détient toujours une participation importante dans la société en fonction de la valeur des éléments d'actif de sa division.

Afin de régir la situation où un actionnaire en particulier ne détiendrait plus de participation importante dans la société, la convention unanime des actionnaires pourrait prévoir la fin de la structure composée de *tracking shares*. Les éléments d'actif de sa division pourraient lui être attribués par le versement d'un dividende en nature.

Il pourrait aussi être prévu que si la vente d'éléments d'actif par une division a pour effet de diminuer la JVM des actions de cet actionnaire en deçà du test de 25 % de la JVM des actions émises par la société, l'autre actionnaire doit aussi se défaire d'éléments d'actif de sa division. Il y a fort à parier qu'une telle entente ne sera pas facilement acceptée puisque l'ingérence d'un des actionnaires dans les affaires dirigées par l'autre actionnaire va à l'encontre du principe d'utilisation des *tracking shares*.

En dernier lieu, comme nous avons vu que l'impôt de la partie VI.1 L.I.R. peut ne pas être trop pénalisant en fonction du taux d'impôt combiné de la société, un mécanisme pourrait être prévu afin que l'actionnaire qui reçoit le dividende qui n'est pas un dividende exclu compense la société pour cet impôt payé en s'assurant toutefois de ne pas engendrer l'application de l'alinéa 12(1)x) L.I.R. à cette compensation.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* comporte aussi une série de règles antiévitement visant à s'assurer que l'allègement pour participation importante dans la société soit offert aux personnes appropriées.

L'alinéa 191(3)a) L.I.R. prévoit tout d'abord que, s'il est raisonnable de considérer que l'**acquisition** par une personne d'une **participation importante** dans la société a pour principal objet de la soustraire à l'application de l'impôt de la partie I, IV.1 ou VI.1 L.I.R. ou d'en restreindre l'application à son égard, la personne sera réputée ne pas avoir une participation importante dans la société. D'autres situations sont visées aux alinéas 191(3)b) à 191(3)e) L.I.R. Ainsi, les personnes ou entités suivantes seront réputées ne pas avoir de participation importante dans la société :

- l'acquéreur et les personnes qui lui sont apparentées s'il est raisonnable de considérer que l'acquisition d'une action d'une société par une personne qui, juste après l'acquisition, a une participation importante dans la société, auprès d'une autre personne qui n'avait pas de

participation importante dans la société juste avant ce moment, a pour principal objet de la soustraire à l'application de l'impôt des parties I, IV.1 et VI.1 L.I.R. ou d'en restreindre l'application à son égard quant à tout dividende sur l'action;

- les sociétés visées aux alinéas a) à f) de la définition d'« intermédiaire financier constitué en société », sauf si elles sont liées à cette autre société autrement que par un droit visé à l'alinéa 251(5)b) L.I.R.;
- les sociétés de personnes et les fiducies, sauf s'il s'agit :
 - de sociétés de personnes dont tous les associés sont liés les uns aux autres autrement qu'à cause d'un droit visé à l'alinéa 251(5)b) L.I.R.,
 - de fiducies dans le cadre desquelles chacune des personnes détenant un droit de bénéficiaires est liée⁴⁰ autrement qu'à cause d'un droit visé à l'alinéa 251(5)b) L.I.R., à chacune des autres personnes ayant un droit de bénéficiaire dans la fiducie⁴¹,
 - de fiducies dans lesquelles une seule personne, autre qu'un organisme de bienfaisance enregistré, a un droit de bénéficiaire;
- l'actionnaire qui, à un moment donné, détient une action du capital-actions d'une société qui est réputée être une « API » ou une « action particulière à une institution financière ».

La jurisprudence est muette quant à l'interprétation à donner au paragraphe 191(3) L.I.R., toutefois l'ARC a rendu quelques décisions anticipées dans le cadre desquelles elle confirmait sa non-application, surtout dans le cadre de réorganisations de type papillon⁴².

⁴⁰ Ou un organisme de bienfaisance enregistré auquel ces personnes n'ont pas à être liées.

⁴¹ Pour l'application du sous-alinéa 191(3)d)(ii) L.I.R., toute personne ayant ce droit de bénéficiaire qui est la tante, l'oncle, la nièce ou le neveu d'une autre personne est réputée, ainsi que ses enfants et autres descendants, être liée à cette autre personne et aux enfants et autres descendants de cette autre personne.

⁴² Voir, entre autres, *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 1, interprétations techniques 2001-0077213, « Split-up Butterfly », 3 octobre 2001; 2003-0052151R3, « Gross Asset Butterfly », 26 mai 2004 et 2003-0011783, « Butterfly », 24 septembre 2003.

Dans une autre décision anticipée de l'ARC⁴³, une série d'opérations visant à réaliser une réorganisation papillon est mise en place et, pour que deux sociétés soient rattachées aux fins de l'impôt de la partie IV L.I.R., des droits de vote sont ajoutés à une catégorie d'actions. Le contribuable en question demandait à l'ARC de confirmer que le paragraphe 245(2) L.I.R. ne s'appliquerait pas à cette situation puisqu'il n'existait pas, aux fins de l'impôt de la partie IV L.I.R., la même disposition antiévitement qu'aux fins de l'impôt de la partie VI.1 L.I.R. prévue au paragraphe 191(3) L.I.R. L'ARC concluait qu'il existait d'autres motifs à l'ajout des droits de vote sur la catégorie d'actions et que le paragraphe 245(2) L.I.R. ne s'appliquerait pas à cette opération. Cette interprétation technique peut laisser croire que si d'autres motifs peuvent expliquer l'acquisition d'actions menant à l'acquisition d'une participation importante dans une société et que le motif principal n'était pas d'éviter l'impôt de la partie VI.1 L.I.R., la règle antiévitement ne s'appliquera pas.

2.4. ACTIONS PRIVILÉGIÉES ÉMISES DANS LE CADRE DE RÉORGANISATIONS

Il faut aussi savoir que le paragraphe 191(4) L.I.R. exclut de l'impôt des parties VI.1 et VI.1 L.I.R. les dividendes réputés versés par une société en vertu des paragraphes 84(2) et 84(3) L.I.R. Cette disposition peut être fort utile à connaître dans le cadre de la mise en place de réorganisations visant l'utilisation des *tracking shares*.

Cette exclusion vise à permettre l'utilisation d'actions privilégiées rachetables dans le cadre de réorganisations sans que les montants versés au titre du rachat de ces actions ou de la liquidation de la société soient assujettis aux impôts des parties IV.1 et VI.1 L.I.R. Elle s'applique lorsque l'une des situations suivantes se produit :

- une action est émise;
- les caractéristiques d'une telle action sont modifiées;
- une convention concernant une telle action est conclue ou modifiée.

Le montant indiqué au titre de la valeur de rachat de l'action ne doit pas non plus dépasser la JVM de la contrepartie reçue pour l'émission d'une telle

⁴³ *Tax Window Files, op. cit.*, note 1, interprétation technique 1999-0010723, « Sequential Butterfly Reorganizations », 7 février 2001.

action. Dans le cas où une telle action a été acquise en contrepartie d'une API, l'exclusion ne s'applique plus⁴⁴. Il faut aussi noter que la valeur de rachat doit absolument être prévue et qu'elle ne peut pas être fondée sur une formule⁴⁵ ou assujettie à une clause d'ajustement de prix⁴⁶.

2.5. CONCLUSION SUR L'IMPACT DE L'IMPÔT DES PARTIES IV.1 ET VI.1 L.I.R. AUX FINS DE L'UTILISATION DES *TRACKING SHARES*

Puisque la formulation propre aux *tracking shares* vise à limiter les dividendes qui peuvent être versés sur ces actions en fonction de résultats financiers et fiscaux, ces actions seront, la plupart du temps, qualifiées d'API et il conviendra alors d'analyser l'effet de l'application des impôts des parties IV.1 et VI.1 L.I.R. sur les dividendes versés sur ces actions.

Puisque les impôts des parties IV.1 et VI.1 L.I.R. peuvent être pénalisants, la première façon d'éviter leur application est de s'assurer que les dividendes versés sur ces actions puissent être qualifiés de dividendes exclus et, pour ce faire, les opérations doivent être structurées de telle façon que seuls les actionnaires détenant une participation importante dans la société payant le dividende avant les opérations puissent acquérir les *tracking shares*. Lorsqu'il ne sera pas possible pour l'actionnaire de détenir une participation importante dans la société, mais que l'utilisation des *tracking shares* est fortement envisagée, il sera pertinent de calculer l'impôt des parties IV.1 et VI.1 L.I.R. et de déterminer si leur application est nécessairement une embûche à leur utilisation.

3. CAS D'APPLICATION

Les *tracking shares* sont souvent utilisées lorsque les actionnaires d'une société désirent procéder au partage des éléments d'actif de la société dont ils sont actionnaires et que les méthodes utilisées afin de partager ces éléments sont soit trop complexes, soit trop coûteuses.

⁴⁴ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 50:1-100, question 19, aux pages 50:48-49.

⁴⁵ « Table ronde de Revenu Canada », dans *1989 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1990, pp. 45:1-60, question 20, aux pages 45:42-43.

⁴⁶ *Tax Window Files*, op. cit., note 1, interprétation technique 9309585, « Part IV.1 Tax », 16 avril 1993.

3.1. MÉTHODES TRADITIONNELLES DE DIVISION DE L'ACTIF D'UNE SOCIÉTÉ

3.1.1. Versement d'un dividende en nature

Une des méthodes utilisées afin de procéder à la division de l'actif d'une société est le versement d'un dividende en nature. Afin d'illustrer le coût du versement d'un dividende en nature permettant de procéder au partage des éléments d'actif d'une société, prenons l'exemple suivant.

Payante est une société dont les actionnaires sont un individu et des sociétés. Elle détient les éléments d'actif suivants : des actions de la société Investissement qui ont une JVM de 100 000 \$ et un coût nul ainsi qu'un ensemble de biens immobiliers consistant en des terrains. Payante désire séparer son placement dans Investissement de l'ensemble des terrains qu'elle détient. Elle décide de procéder au versement d'un dividende en nature, soit la remise des actions d'Investissement à ses actionnaires. Les actions d'Investissement sont alors détenues directement par les actionnaires.

En procédant ainsi, Payante est réputée disposer de la totalité des actions d'Investissement pour un montant égal à leur JVM⁴⁷ et elle réalise un gain en capital de 100 000 \$. Les actionnaires s'imposent à leur tour sur la réception d'un dividende.

Payante doit un montant d'impôt de 23 285 \$ (46,57 % de 50 000 \$), mais celle-ci bénéficie d'un IMRTD de 13 324 \$ (26,67 % de 50 000 \$). Un montant de 50 000 \$ est ajouté à son CDC et un montant de 50 000 \$ de dividende imposable est alors réputé versé aux actionnaires.

L'impôt payable par chaque actionnaire à la réception de ce dividende imposable de 50 000 \$ dépend du type d'actionnaire dont il s'agit :

⁴⁷ Par. 52(2) L.I.R.

	Individu	Actionnaire < 10 %	Actionnaire > 10 %
Taux d'imposition	36,36 %	33,3 %	—
Impôts à payer par l'actionnaire	18 180 \$	16 650 \$	13 324 \$
Impôts à payer par la société	23 285 \$	23 285 \$	23 285 \$
IMRTD	<u>(13 324 \$)</u>	<u>(13 324 \$)</u>	<u>(13 324 \$)</u>
Impôts totaux payés	28 141 \$	26 611 \$	23 285 \$
Coût fiscal de l'opération	28,1 %	26,6 %	23,3 %

Cet exemple simpliste permet d'illustrer l'ampleur de l'impôt payable à la suite du versement d'un dividende en nature. C'est pourquoi une réorganisation papillon pourrait être envisagée afin de procéder au transfert des éléments d'actif sans imposition immédiate.

3.1.2. Réorganisation « papillon »

3.1.2.1. Présentation sommaire de la réorganisation prévue à l'alinéa 55(3)b) L.I.R.

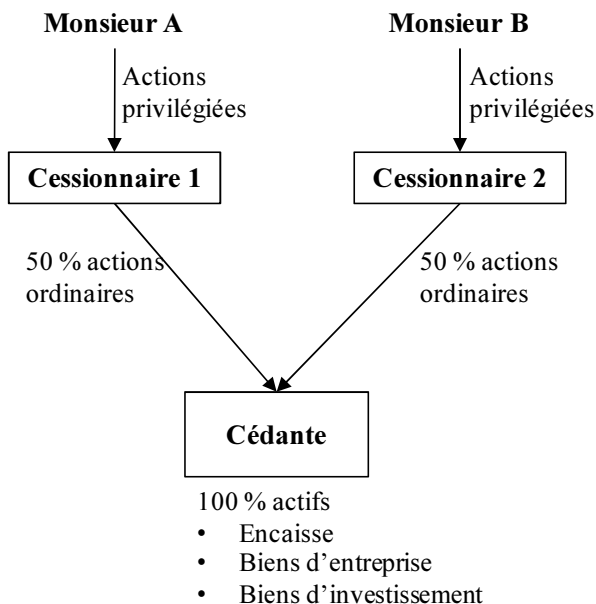
Une des méthodes les plus utilisées afin de procéder à la division des éléments d'actif d'une société sans incidence fiscale consiste à procéder à la réorganisation de type « papillon » prévue à l'alinéa 55(3)b) L.I.R.

Effectivement, la réorganisation papillon permet à une société de procéder à la distribution proportionnelle de ses éléments d'actif en faveur de ses actionnaires. Ce type d'opération représente un avantage certain lorsque les actionnaires désirent gérer une partie de l'entreprise de façon individuelle. Nous verrons qu'il n'est pas toujours possible de procéder à une réorganisation papillon sans incidence fiscale, particulièrement dans le cas de sociétés immobilières, et nous verrons que parfois des considérations autres que fiscales peuvent rebuter certains contribuables à procéder à une réorganisation de type papillon.

De façon très simple, la réorganisation papillon est réalisée de la façon suivante. Une société, Cédante, possède de l'encaisse et d'autres liquidités, des placements ainsi que les biens qu'elle utilise dans l'exploitation active de

deux divisions de vente de produits naturels. Cédante est détenue en parts égales par deux individus (Monsieur A et Monsieur B) qui désirent maintenant exploiter seuls une des deux divisions de l'entreprise.

Dans un premier temps, Monsieur A et Monsieur B procèdent chacun à la constitution d'une nouvelle société (les sociétés Cessionnaire 1 et Cessionnaire 2) dans lesquelles ils souscrivent à des actions ordinaires pour un montant nominal et transfèrent par roulement fiscal⁴⁸ les actions qu'ils détiennent chacun dans le capital-actions de Cédante en contrepartie d'actions privilégiées de roulement de Cédante.

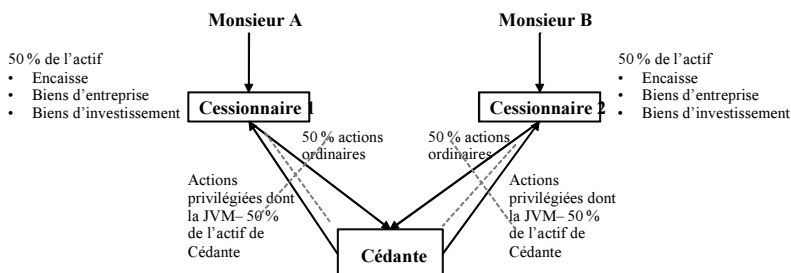


Cédante transfère⁴⁹ ensuite la quote-part de chaque actionnaire dans chaque catégorie d'élément d'actif, soit la quote-part des éléments d'actif qui sont de l'encaisse ou de la quasi-encaisse, la quote-part des éléments d'actif qui sont utilisés dans l'entreprise et, finalement, la quote-part des éléments d'actif qui sont détenus aux fins d'investissement, en faveur de

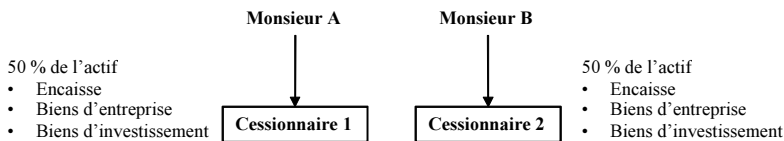
⁴⁸ En vertu du paragraphe 85(1) L.I.R.

⁴⁹ Il s'agira d'une « attribution » au sens du paragraphe 55(1) L.I.R., et le transfert s'effectuera par voie de roulement fiscal en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R.

Cessionnaire 1 et de Cessionnaire 2 en contrepartie d'actions privilégiées de roulement du capital-actions de Cessionnaire 1 et de Cessionnaire 2.



Finalement, Cédante procède aux rachats des actions que Cessionnaire 1 et Cessionnaire 2 détiennent dans son capital-actions en contrepartie de billets à payer et ces dernières procèdent aux rachats des actions privilégiées que Cédante détient dans leur capital-actions⁵⁰. Les billets à payer dont les sociétés sont réciproquement débitrices et créancières sont compensés légalement sans incidence fiscale. Cédante est liquidée.



Nous voyons ici que puisque le paragraphe 85(1) L.I.R. est utilisé afin de transférer les biens de Cédante envers Cessionnaire 1 et Cessionnaire 2, les limites intrinsèques au paragraphe 85(1) L.I.R. peuvent empêcher la réalisation d'une réorganisation papillon sans incidence fiscale. Voici ci-après une discussion sur certains obstacles à la réalisation de la réorganisation papillon.

⁵⁰ Il s'agira de « rachats autorisés » au sens du paragraphe 55(1) L.I.R.

3.1.2.2. Discussion sur les obstacles à la réorganisation papillon

La récupération d'amortissement aux transferts de biens immobiliers

Une société, Cédante, est détenue en parts égales par trois frères et une sœur, par l'entremise de leur société de gestion respective. L'actif de Cédante est composé d'immeubles résidentiels et de fonds de terre dont la JVM est d'environ 12 M\$. L'ensemble des coûts des bâtiments est de 6 M\$, l'ensemble des fractions non amorties du coût en capital (« FNACC ») de ces bâtiments est de 1,2 M\$ et l'ensemble des dettes associées aux mêmes bâtiments est d'environ 2,6 M\$. En plus des dettes se rapportant aux éléments d'actif immobilier, Cédante a des dettes égales au coût fiscal de ses autres éléments d'actif. Les autres éléments composant l'actif de Cédante sont de l'encaisse, des comptes débiteurs, des actions de sociétés privées et ouvertes et des avances aux actionnaires. Un des frères, qui s'occupe principalement de la gestion et de l'administration de Cédante, décide qu'il ne tient plus à gérer l'ensemble des immeubles et fonds de terre pour ses frères et sa sœur et veut que l'actif de Cédante soit partagé en parts égales entre les quatre. Nous voyons dès lors se dresser une problématique : les dettes associées aux bâtiments sont plus élevées que leur FNACC. Ainsi, au moment d'utiliser le paragraphe 85(1) L.I.R. pour transférer l'actif de Cédante aux sociétés cessionnaires, la somme convenue ne pourra pas dépasser la contrepartie autre qu'en actions (« CAA »)⁵¹ et une importante récupération d'amortissement est créée.

Dans cette situation, émettre des *tracking shares* aux différents actionnaires en précisant dès la constitution des *tracking shares* les principes de gestion des différents immeubles est une solution envisageable.

Opérations préalables nécessaires pour réaliser la réorganisation papillon

Dans certains cas, une réorganisation papillon ne peut être envisagée sans que des opérations préalables soient effectuées. Comme la *Loi de l'impôt sur le revenu* interdit que des biens soient acquis par une société immédiatement avant d'entreprendre une réorganisation papillon, sauf dans

⁵¹ Al. 85(1)b) L.I.R.

certaines circonstances précises⁵², cela peut représenter un obstacle majeur à l'utilisation de l'alinéa 55(3)b) L.I.R.⁵³ Prenons l'exemple suivant.

Deux individus sont membres d'une société de personnes exploitant un parc immobilier. Au bout d'un certain temps, ils ne s'entendent plus sur la façon de gérer l'entreprise de la société de personnes et désirent mettre un terme à leur relation d'affaires. Ils veulent donc se partager l'actif de la société de personnes sans incidence fiscale. L'utilisation du paragraphe 98(3) L.I.R.⁵⁴ est envisagée, mais l'indivision créée par l'application de ce paragraphe rebute les associés qui voient s'annoncer une série de formalités administratives complexes afin de partager l'actif alors détenu en indivision. Ils pensent alors plutôt à constituer la société de personnes en société par actions en transférant, par voie de roulement fiscal en vertu du paragraphe 85(2) L.I.R. en faveur d'une société, tous les éléments d'actif de la société de personnes pour ensuite liquider cette société de personnes en vertu du paragraphe 85(3) L.I.R. Une réorganisation papillon ne peut pas être mise en place immédiatement après cette constitution de la société de personnes en société par actions puisque la société cédante acquiert les biens qu'elle possède en prévision de l'attribution en vertu de l'alinéa 55(3)b) L.I.R. autrement que par l'une des situations visées à l'alinéa 55(3.1)a) L.I.R.⁵⁵

Si les associés sont toujours rebutés par l'application du paragraphe 98(3) L.I.R., l'utilisation des *tracking shares* peut leur être proposée. Une fois la constitution de la société de personnes en société par actions terminée, un remaniement de capital et une modification aux statuts constitutifs peuvent être effectués afin de prévoir la gestion indépendante de certains

⁵² Al. 55(3.1)a) L.I.R.

⁵³ Cette problématique est d'ailleurs soulevée par Peter E. MCQUILLAN, « Partnerships: The Most Significant Developments of the Past 12 Months », dans *2001 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2002, pp. 4:1-15.

⁵⁴ Nous ne présenterons pas en détail les prescriptions du paragraphe 98(3) L.I.R.

⁵⁵ Une contribuable a demandé à l'ARC si le paragraphe 85(2) L.I.R. pouvait être utilisé afin de transférer les éléments d'actif de la société de personnes à plus d'une société. L'ARC répondit par l'affirmative; toutefois, elle précisait que le paragraphe 85(3) L.I.R. ne pouvait pas être utilisé afin de liquider la société de personnes. Cette réponse nous semble incongrue et il pourrait être intéressant de soumettre une nouvelle argumentation à l'ARC en ce qui concerne la possibilité de « papillonner » une société de personnes en combinant l'utilisation du paragraphe 85(2) avec celle du paragraphe 85(3) L.I.R. Voir *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 1, interprétation technique 2001-0071495, « Partnership or corporation rollover », 29 mai 2002.

immeubles du parc immobilier ainsi que l'attribution des revenus en conséquence.

Il est aussi possible d'envisager de modifier directement le contrat de société de la société de personnes afin d'attribuer le revenu de la société de personnes provenant de l'exploitation de certains immeubles à un associé ainsi que le revenu de la société de personnes provenant de l'exploitation des autres immeubles à l'autre associé⁵⁶.

Droits de mutation

L'application des droits de mutation aux transferts des biens immeubles peut parfois représenter un obstacle à la réorganisation papillon. Des droits de mutation sont payables lors du transfert de propriété d'un bien immeuble et le taux varie entre 0,5 % et 1,5 % du plus élevé de la contrepartie payée pour l'achat de l'immeuble, de la contrepartie stipulée pour le transfert ou de la JVM de l'immeuble au moment de son transfert⁵⁷. Une exonération des droits de mutation est toutefois prévue lorsque le transfert du droit de propriété de l'immeuble survient entre deux sociétés étroitement liées⁵⁸. Deux sociétés sont étroitement liées dans l'une des situations suivantes⁵⁹ :

- si l'une d'elles détient au moins 90 % des actions émises et ayant plein droit de vote de l'autre société, d'une filiale déterminée⁶⁰, d'une société dont l'autre société est une filiale déterminée ou de toute autre filiale déterminée de l'une de ces sociétés;
- si l'une d'elle détient au moins 90 % de la JVM de toutes les actions émises et en circulation de l'autre société;
- si 90 % de la JVM de toutes les actions émises et en circulation des deux sociétés sont la propriété d'une même personne morale ou d'un même groupe de personnes morales.

⁵⁶ Sous réserve des paragraphes 103(1) et 103(1.1) L.I.R.

⁵⁷ *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*, L.R.Q., c. D-15.1 (« L.D.M.I. »), art. 2 et, pour les exonérations du droit de mutation, art. 19 et 20.

⁵⁸ Par. 1d) de l'article 19 (1^{er} al.) L.D.M.I.

⁵⁹ Art. 19 (2^e al.) L.D.M.I.

⁶⁰ Art. 19 (3^e al.) L.D.M.I. Une filiale déterminée est aussi une personne morale dont au moins 90 % des actions émises ayant plein droit de vote sont la propriété de cette autre personne morale.

Par ailleurs, lorsque le contrôle d'une société est acquis dans les 24 mois suivant le transfert d'un immeuble en sa faveur, un droit supplétif de 125 % des droits de mutation payables sur ce transfert peut s'appliquer lorsqu'on peut raisonnablement considérer que le transfert de l'immeuble a été effectué en prévision de cette acquisition de contrôle⁶¹. Une société n'aura pas à payer ce droit supplétif si elle paie volontairement les droits de mutation exigibles au moment du transfert⁶².

Dans toutes ces situations où une réorganisation papillon ne peut pas être réalisée pour quelque raison que ce soit, la modification du capital-actions de la société afin d'y intégrer des *tracking shares* peut être envisagée.

3.2. CAS D'APPLICATION DU CONCEPT DE TRACKING SHARES

Nous présentons ci-après deux scénarios dans lesquels l'utilisation de *tracking shares* peut être l'option la plus intéressante pour les actionnaires.

3.2.1. Acquisition d'une société possédant des attributs fiscaux, sans en acquérir le contrôle

Une autre planification utilisant les *tracking shares* peut être réalisée afin d'acquérir des attributs fiscaux d'une société sans en acquérir le contrôle. Imaginons la situation suivante.

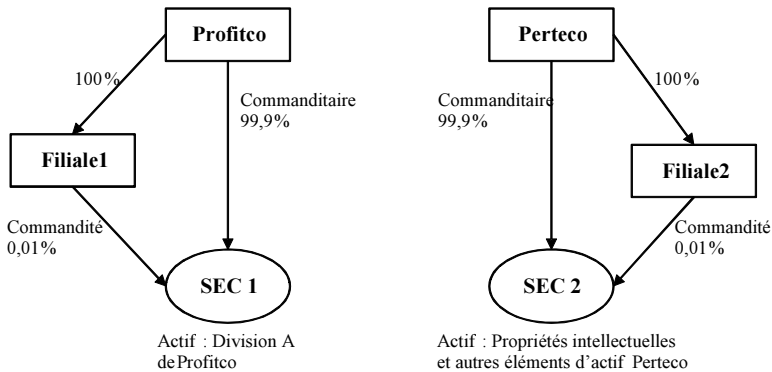
Profitco est une société canadienne publique imposable qui exploite une entreprise dans le domaine médical. Une de ses divisions, la Division A, est particulièrement profitable. Profitco maintient une comptabilité distincte ainsi que des livres et registres distincts pour la Division A. Perteco est une société canadienne publique imposable qui exploite pour sa part une entreprise visant à développer des technologies dans le domaine médical. Perteco possède de nombreux attributs fiscaux tels qu'un solde de dépenses de recherche scientifique et de développement expérimental (« RS & DE »), un solde de pertes autre qu'en capital ainsi qu'un solde de crédits d'impôt à l'investissement substantiels. Aucune personne ni aucun groupe de personnes n'a acquis le contrôle de Perteco dont l'actionnaire le plus important, directement et indirectement par l'entremise de ses filiales, est

⁶¹ L'article 19.1 L.D.M.I. renvoie à l'article 1129.29 de la *Loi sur les impôts* du Québec, L.R.Q., c. I-3 et mod.

⁶² Art. 19.1 (2^e al.) L.D.M.I.

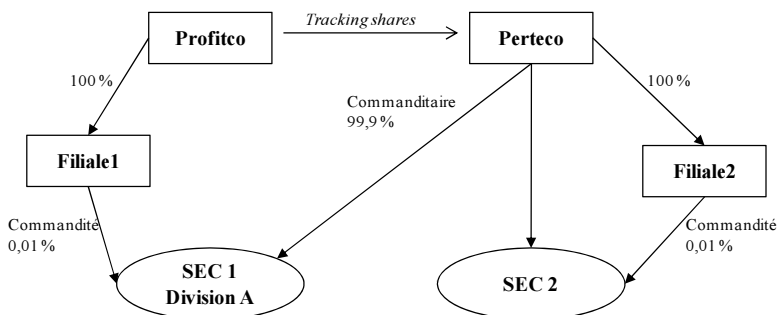
Profitco. Profitco désire acquérir les attributs fiscaux de Perteco sans en acquérir le contrôle. Il semble possible de réaliser la transaction. Voici comment.

Une nouvelle filiale, Filiale1, est constituée par Profitco qui souscrit à une action ordinaire de son capital-actions. Profitco et Filiale1 forment ensuite une société en commandite, SEC 1, dans laquelle Profitco est le commanditaire (pourcentage de participation de 99,9 %) et Filiale1, le commandité (pourcentage de participation de 0,01 %). Tous les éléments d'actif de la Division A de Profitco sont ensuite transférés à SEC 1 par voie de roulement fiscal en vertu du paragraphe 97(2) L.I.R., en contrepartie de la prise en charge par SEC 1 des dettes associées à la Division A et d'un intérêt à titre de commanditaire dans SEC 1. Une deuxième société est ensuite constituée par Perteco, Filiale2, et une nouvelle société en commandite, SEC 2, est formée par Perteco, à la fois commandité et commanditaire (pour une participation de 99,9 %), et Filiale 2, un commandité (pour une participation de 0,01 %). Perteco transfère ensuite des propriétés intellectuelles et d'autres éléments d'actif à SEC 2 en vertu du paragraphe 97(2) L.I.R. en contrepartie de la prise en charge des dettes associées à ces éléments d'actif et de participations dans SEC 2. À ce moment, la structure est la suivante :



Le capital-actions de Perteco est ensuite réorganisé afin d'y inclure de nouvelles catégories d'actions, dont une nouvelle catégorie d'actions ordinaires avec droit de vote et une catégorie d'actions ordinaires sans droit de vote de même qu'une catégorie d'actions privilégiées donnant droit à des dividendes payés sur les profits réalisés par SEC 2 (les *tracking shares*). Profitco transfère ensuite par voie de roulement fiscal les participations qu'elle détient dans SEC 1 en faveur de Perteco en contrepartie d'actions privilégiées *tracking shares* dans une proportion lui permettant d'avoir une participation importante sans avoir le contrôle de Perteco. Le revenu généré

par la Division A sera attribué à Perteco qui pourra utiliser ses attributs fiscaux à l'encontre de ce revenu. Ce même revenu sera remis sous forme de dividendes à Profitco sur les actions privilégiées *tracking shares* qu'elle détient dans le capital-actions de Perteco.



Cette série d'opérations vise donc à faire passer les profits réalisés par la Division A de Profitco par Perteco afin d'utiliser les attributs fiscaux de cette dernière. Audacieuse opération direz-vous?

En 2003, l'ARC a rendu une décision anticipée⁶³ par laquelle elle confirmait que, dans une telle opération, elle acceptait qu'il n'y ait pas d'acquisition de contrôle de Perteco et que la série d'opérations n'était pas visée par la règle générale antiévitement (« RGAÉ »). Il est impossible toutefois de déterminer si l'ARC a donné son accord sur ce genre d'opération uniquement en raison des faits précis de cette affaire ou si cette décision anticipée est d'application plus large.

Les opérations décrites dans cette décision anticipée visent les sociétés publiques Hémosol Inc. (« Hémosol ») et MDS Inc. (« MDS »)⁶⁴. Hémosol est une société spécialisée dans les produits biopharmaceutiques, notamment dans les produits dérivés du sang. Au moment des opérations, Hémosol avait des attributs fiscaux de l'ordre de 300 M\$. Toujours au stade du

⁶³ *Tax Window Files, op. cit.*, note 1, interprétation technique 2003-0031823, « Transfer of a Business by a Shareholder », 21 janvier 2003. Voir Robert FINNIGAN et David C. BLOM, « Use of Corporate Losses », dans *2007 Prairie Provinces Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2007, pp. 11:1-26.

⁶⁴ Voir R. FINNIGAN et D. C. BLOM, *loc. cit.*, note 63 et Richard B. THOMAS, « Acceptable Loss Trading », (2005), vol. 5, n° 1 *Tax for the Owner Manager* 1-2.

développement et ayant besoin d'une injection de capital, son actionnaire le plus important, la société MDS, engagée dans plusieurs types d'activités commerciales dont des laboratoires cliniques en Ontario, était désireuse de lui fournir le capital manquant pour poursuivre ses activités.

Au début des opérations, le capital autorisé d'Hémosol consistait en un nombre illimité d'actions ordinaires, un nombre illimité d'actions spéciales à émettre en séries et 51 786 actions spéciales de Série D. Au moment des opérations, la totalité des actions émises et en circulation d'Hémosol consistait en 55 945 584 actions ordinaires, dont 6 549 897 étaient la propriété de MDS pour une participation totale de 12 %. Le but de l'ensemble des opérations dont les détails sont résumés ci-après était de permettre à MDS d'avoir accès aux attributs fiscaux d'Hémosol pour un coût total de 16 M\$.

MDS transférait donc son entreprise profitable de laboratoires cliniques dans une société en commandite (« Labs LP ») en utilisant le paragraphe 97(2) L.I.R. en contrepartie d'une participation à titre de commanditaire dans Labs LP dont le commandité était une filiale détenue à 100 % par MDS. Hémosol, pour sa part, transférait les éléments d'actif de son entreprise de produits dérivés du sang dans une deuxième société en commandite (« Products LP ») dont il était le commanditaire et New Hémosol le commandité, une filiale détenue à 100 % par Hémosol. L'existence de deux sociétés en commandite allait permettre de protéger l'entreprise profitable de MDS de celle beaucoup plus risquée d'Hémosol. Après une série d'opérations complexes, Hémosol détenait une participation d'environ 7,1 % et New Hémosol, une participation d'environ 92,9 % dans Products LP. Afin de refléter ces opérations, les actionnaires d'Hémosol s'étaient vu remettre des actions de New Hémosol. Ainsi, l'entreprise de produits dérivés du sang d'Hémosol alors dans Products LP continuait d'être détenue par les anciens actionnaires d'Hémosol, maintenant actionnaires de New Hémosol.

Le capital-actions d'Hémosol était ensuite remanié et MDS transférait par voie de roulement fiscal la participation à titre de commanditaire qu'elle détenait dans Labs LP en contrepartie d'actions d'Hémosol qui représentaient 47,5 % des votes et 99,5 % de l'équité. Les éléments d'actif d'Hémosol se composaient alors d'une participation de 99,9 % dans Labs LP et de 7,1 % dans Products LP.

Dans le cadre de la série d'opérations complexes, l'injection de fonds de 16 M\$ se retrouva dans Products LP et, en vertu d'une convention de gestion, MDS continuait de gérer les activités courantes alors exercées par Labs LP. Hémosol se privait de ses attributs fiscaux mais évitait la faillite.

Sur le plan fiscal, MDS n'acquiert pas le contrôle d'Hémosol dans le cadre de ces opérations. Voilà pourquoi l'ARC a probablement donné son accord à ce genre d'opérations. Pourtant, peu de temps après, en 2006, l'ARC affirmait ce qui suit :

« [...] Nous sommes d'avis que les opérations qui visent à permettre à une personne d'acquérir un intérêt financier très important dans une société (p. ex. peut-être en ayant à la fois le contrôle de fait et un intérêt financier important dans celle-ci) et à profiter des pertes fiscales de la société sans être assujettie aux "mêmes" restrictions ou à des restrictions "semblables" à celles prévues au paragraphe 111(5), pourraient raisonnablement être considérées comme entraînant un abus relativement à la politique générale de la Loi qui interdit le transfert de pertes autres que des pertes en capital entre sociétés non liées⁶⁵. »

Il faut noter aussi que la décision anticipée de 2003 en matière de planification visant l'acquisition de pertes, bien qu'elle fut rendue après l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OSFC Holdings Ltd. c. La Reine*⁶⁶, a été rendue avant les arrêts de la Cour suprême du Canada dans les affaires *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*⁶⁷ et *Mathew c. Canada*⁶⁸.

Il serait donc plus prudent aujourd'hui de soumettre toute opération similaire à l'ARC pour plus de certitude quant à l'application ou non de la RGAÉ à ce genre d'opérations.

3.2.2. Division de l'actif d'une société privée

Notre deuxième exemple d'utilisation de *tracking shares* porte sur la situation d'une société privée, OPCO, qui détient un bloc important d'actions d'une société publique ainsi que d'autres éléments d'actif ayant une plus-value et qui veut que l'actif de cette société publique soit divisé. Prenons les faits suivants.

OPCO qui est une société ayant démarré une entreprise il y a une vingtaine d'années avait comme actionnaires, au début de ses activités, trois frères. Quelques années après sa fondation, l'entreprise d'OPCO fut cédée à

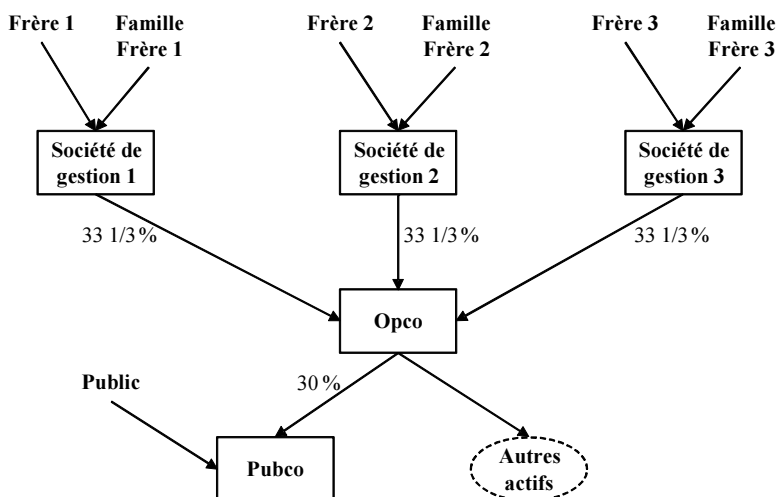
⁶⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 34, 27 avril 2006, « Vente de pertes fiscales ».

⁶⁶ 2001 CAF 260, [2002] 2 C.F. 288 (C.A.F.).

⁶⁷ [2005] 2 R.C.S. 601.

⁶⁸ [2005] 2 R.C.S. 643.

une nouvelle société, qui elle-même est devenue une société publique (« PUBCO ») quelques années plus tard. Les frères ont vieilli et ont intégré dans l'actionnariat d'OPCO, à un moment donné, les membres de leurs familles respectives. Aujourd'hui, OPCO est une société détenant 30 % des actions d'une société publique ainsi que d'autres éléments d'actif dont la majorité de ces éléments sont immobiliers. Les trois actionnaires d'OPCO sont des sociétés de gestion appartenant chacune à la famille respective des trois frères. L'organigramme initial est le suivant :



À la suite de nombreuses réflexions, les trois familles en viennent à la conclusion qu'il serait préférable de distribuer les actions de PUBCO aux trois sociétés de gestion respectives afin que ces dernières puissent devenir autonomes quant à la gestion des actions de PUBCO. En effet, à l'intérieur de chaque société de gestion, certains des membres de la famille veulent disposer de leurs intérêts dans PUBCO alors que d'autres veulent conserver leurs actions. Il n'est pas envisagé de disposer des immeubles à court terme.

Afin de démontrer que l'utilisation des *tracking shares* s'est avérée l'option la plus avantageuse afin d'atteindre les objectifs des trois frères fondateurs et de leurs familles respectives, plusieurs scénarios sont analysés.

SCÉNARIO 1 – DIVIDENDE EN NATURE

Ce scénario relativement simple consiste à ce qu'OPCO verse en dividende en nature les actions de PUBCO. OPCO est ainsi réputée avoir disposé de ses actions à la JVM⁶⁹ et réalise un gain en capital. Les trois sociétés de gestion quant à elles sont réputées avoir reçu un dividende imposable. Les trois sociétés de gestion étant rattachées⁷⁰, les dividendes sont visés par l'impôt de la partie IV L.I.R. jusqu'à concurrence du RTD reçu par OPCO⁷¹.

Mentionnons que le coût fiscal des actions reçues par les trois sociétés de gestion est égal à la JVM des actions de PUBCO lors du versement du dividende.

En conclusion, cette méthode a l'avantage d'être simple, mais elle a comme inconvénient majeur d'anticiper la charge fiscale se rapportant aux actions de PUBCO. Cet inconvénient est évidemment plus prononcé pour les sociétés de gestion désirant conserver les actions de PUBCO pendant une longue période.

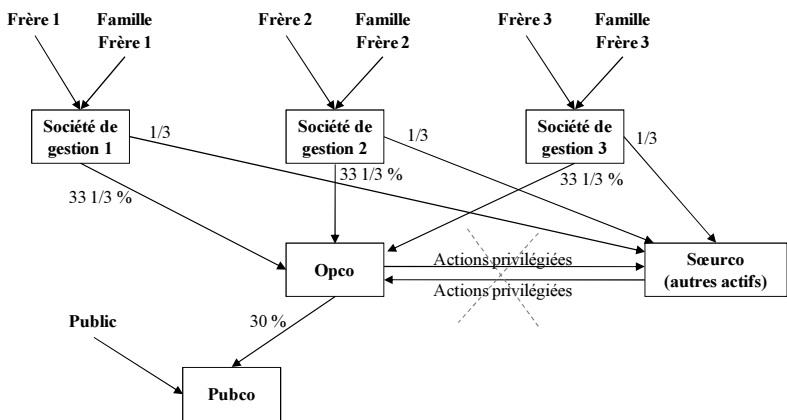
SCÉNARIO 2 – CESSION DES AUTRES ÉLÉMENTS D'ACTIF ET FUSION D'OPCO ET PUBCO

Dans ce scénario, les éléments d'actif d'OPCO, autres que les actions de PUBCO, sont cédés à une société sœur d'OPCO (SŒURCO). Afin d'éviter les dispositions du paragraphe 55(2) L.I.R., le transfert des éléments d'actif d'OPCO et le transfert d'une partie des actions d'OPCO doivent s'effectuer à la JVM sans roulement fiscal.

⁶⁹ Conformément au paragraphe 52(2) L.I.R.

⁷⁰ Conformément au paragraphe 186(4) L.I.R.

⁷¹ Art. 186 et suiv. L.I.R.



La participation croisée entre OPCO et SŒURCO est par la suite éliminée en procédant au rachat des actions d'OPCO détenues par SŒURCO. Une fois le lien coupé entre OPCO et SŒURCO, OPCO et PUBCO peuvent être regroupées. Évidemment, les conséquences juridiques d'un tel regroupement devront être envisagées.

En conclusion, ce scénario a l'avantage de ne pas provoquer la réalisation de la plus-value sur les actions de PUBCO. Toutefois, la plus-value sur les autres éléments d'actif d'OPCO est réalisée. Également, certaines incidences fiscales peuvent être liées au transfert d'une partie des actions d'OPCO à SŒURCO en fonction du coût fiscal des actions cédées et des autres attributs fiscaux. Par exemple, le revenu protégé attribuable aux actions d'OPCO ou la présence d'un CDC au sein d'OPCO peuvent être utilisés pour majorer le coût fiscal des actions d'OPCO détenues par les sociétés de gestion.

SCÉNARIO 3 – OPÉRATION TUCK-IN

Dans ce scénario, les premières étapes sont identiques au deuxième scénario, c'est-à-dire la création d'une société sœur et la cession des autres éléments d'actif d'OPCO en sa faveur. Les conséquences fiscales seront identiques au scénario 2, soit la matérialisation de la plus-value des autres éléments d'actif d'OPCO et la réalisation possible d'une partie de la plus-value attribuable à une partie des actions d'OPCO.

Ce qui différencie cette méthode du scénario 2 est qu'au lieu de procéder à la fusion d'OPCO et PUBCO, une opération *tuck-in* est entreprise. Ainsi, les trois sociétés de gestion cèdent leurs actions d'OPCO à PUBCO en contrepartie de nouvelles actions de celle-ci en utilisant les dispositions de l'article 85 L.I.R. Une fois cette étape terminée, OPCO est liquidée dans PUBCO.

L'objectif du présent texte n'est pas de revoir les différentes embûches liées à une opération *tuck-in* ni de traiter de l'incertitude causée par la décision des autorités fiscales de contester une opération de cette nature dans l'affaire *Tremblay*⁷². Mais avant de mettre en place une telle opération, le professionnel peut vouloir obtenir de l'ARC une décision anticipée afin de s'assurer que les autorités fiscales ne tenteront pas de contester l'opération *tuck-in* en invoquant, entre autres, les dispositions du paragraphe 84(2) L.I.R.

SCÉNARIO 4 – RÉORGANISATION PAPILLON

Une réorganisation papillon peut être envisagée au sein d'OPCO. Toutefois, comme il est mentionné plus tôt, la réorganisation papillon peut dans certains cas ne pas être réalisable, principalement relativement à des éléments d'actif immobiliers.

SCÉNARIO 5 – *TRACKING SHARES*

Afin d'atteindre l'objectif établi par les trois sociétés de gestion, il peut être envisagé d'utiliser des *tracking shares*.

Étapes réalisées

- Modification des statuts d'OPCO

La première étape consiste à procéder à une modification du capital-actions d'OPCO afin d'être en mesure de réaliser l'opération. Dans le cadre de la modification des statuts d'OPCO, le professionnel doit déterminer à cette étape si le rendement attribuable aux actions *tracking shares* doit être défini dans le capital-actions ou par l'entremise d'une convention unanime des actionnaires. Si le professionnel opte pour une convention unanime des

⁷² 2009 CCI 6; conf. par 2010 CAF 119. Voir à ce sujet Mark D. BRENDER, « Share for Share Exchange », Federated Press, *Corporate Structures and Groups*, Volume XII, n° 1, 2010.

actionnaires, une étape additionnelle est alors requise afin de prévoir la préparation d'une telle convention ou la modification de la convention actuelle.

Notons qu'il faut prévoir, entre autres, l'attribution des dividendes reçus sur les actions de PUBCO, l'attribution du produit de disposition (net des dépenses engagées en rapport avec la disposition), la répartition des conséquences fiscales se rapportant à une disposition éventuelle des actions de PUBCO (dividende en capital, IMRTD), ainsi que la possibilité d'exiger la disposition de ses actions au moment jugé opportun par la société de gestion.

Dans la mesure où, à la demande d'une société de gestion, les actions de PUBCO sont vendues et que le gain en capital réalisé à la vente de ces actions est attribué sur les *tracking shares* de la société de gestion ayant requis cette vente, il doit y avoir diminution (par rachat ou autrement) d'une portion de la participation de la société de gestion dans OPCO.

Le capital-actions peut donc ainsi comporter quatre catégories d'actions, soit les actions ordinaires et trois catégories de *tracking shares*.

- Échange des actions par les trois sociétés de gestion

L'étape suivante consiste en l'échange des actions d'OPCO détenues par chaque société de gestion en actions ordinaires et en *tracking shares* de catégorie distincte pour chaque société de gestion. Cette opération peut être visée par les dispositions des articles 51 L.I.R. ou 85 L.I.R.

- Détermination des lots

La société OPCO préparera une partie de son information financière de façon à présenter les lots distincts se rapportant aux trois catégories de *tracking shares*.

- Réalisation d'une opération miroir au sein des sociétés de gestion (si nécessaire)

Dans l'éventualité où chaque société de gestion comporte des actionnaires avec une vision différente quant à la gestion et à la conservation des actions de PUBCO, une opération miroir peut être entreprise au sein de chaque société de gestion.

Commentaires

Dans la situation factuelle évoquée, l'impôt de la partie VI.1 L.I.R. devrait être inapplicable en raison du lien de famille existant entre les actionnaires. Toutefois, en présence d'actionnaires non liés, il serait primordial de considérer cet aspect.

Parmi tous les scénarios présentés, celui de l'utilisation des *tracking shares* demeure celui comportant le moins d'impôt et d'incertitude fiscale quant à l'application de certaines dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, par exemple, le paragraphe 84(2) L.I.R. dans le cadre d'une opération *tuck-in*. Le scénario 5 s'avère donc le scénario le plus envisageable à court terme.

CONCLUSION

Le présent texte ne vise pas nécessairement à donner la recette permettant l'utilisation des *tracking shares* dans le cadre de réorganisations d'entreprises, mais plutôt à illustrer que ce type d'actions peut être utilisé comme solution de rechange afin d'atteindre les objectifs de clients lorsque certaines opérations ne peuvent être mises en place pour quelque raison que ce soit, ou encore pour réaliser des opérations complexes.

Il est à espérer que des modifications aux dispositions législatives concernant les API puissent être effectuées afin de permettre à une société de procéder à l'émission de *tracking shares* sans avoir à supporter le fardeau des impôts des parties IV.1 et VI.1 L.I.R. Dans le cas où il ne sera pas possible de contourner cette embûche, un calcul sera nécessaire afin d'estimer le coût d'impôt de la partie VI.1 L.I.R. d'opérations comportant des *tracking shares* par rapport à des opérations avec imposition immédiate.

Nous nous apercevons donc que plusieurs éléments doivent être pris en considération avant de mettre en place une opération basée sur l'utilisation des *tracking shares*. L'analyse de l'ensemble des considérations fiscales à prendre en compte à la lumière de faits particuliers, ajoutée à la rédaction de statuts constitutifs ou d'une convention unanime des actionnaires, peut s'avérer complexe. Les astres doivent s'aligner afin de parvenir à la réalisation d'une opération impliquant l'utilisation des *tracking shares*, mais la réflexion en vaut certainement la peine!

**CONSÉQUENCES INSOUÇONNÉES
LORSQU’ON PROCÈDE À UNE RÉORGANISATION**



Luc Lacombe
FCA, M. Fisc., associé
Raymond Chabot Grant Thornton, s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 23:5

**1. TRANSFERT D’UNE ENTREPRISE INDIVIDUELLE
À UNE SOCIÉTÉ**..... 23:6

1.1. COMMENÇONS DONC NOTRE HISTOIRE..... 23:6

1.2. CONSÉQUENCES..... 23:6

1.2.1. Déduction pour gains en capital 23:6

1.2.2. Actions prescrites 23:9

1.2.3. Pertes 23:9

1.2.4. Achalandage 23:9

1.2.5. Report du gain en capital 23:10

1.3. AUTRE OPTION..... 23:10

2.	CRÉATION D'UNE NOUVELLE DIVISION DE L'ENTREPRISE DE M. LAVIE	23:11
2.1.	CONTINUONS NOTRE HISTOIRE.....	23:11
2.2.	CONSÉQUENCES.....	23:11
2.2.1.	Perte au titre d'un placement d'entreprise	23:11
2.3.	AUTRE OPTION.....	23:15
3.	CROISSANCE IMPORTANTE DE CÉLIBAT	23:15
3.1.	L'HISTOIRE SE POURSUIT... ..	23:15
3.2.	CONSÉQUENCES.....	23:15
3.2.1.	Options d'achat d'actions pour des employés clés	23:15
3.2.2.	Création d'une société de gestion.....	23:16
3.2.3.	Réclamation de crédits de recherche scientifique et développement expérimental	23:16
3.2.4.	Création d'une société de gestion.....	23:17
3.3.	AUTRE OPTION.....	23:21
4.	PLANIFICATION FISCALE PERSONNELLE ET TESTAMENTAIRE DE M. LAVIE	23:21
4.1.	LA SUITE DE L'HISTOIRE... ..	23:21
4.2.	INCIDENCES	23:22
4.2.1.	Transfert de l'immeuble	23:22
5.	CRÉATION DE NOUVEAUX MARCHÉS ET ASSOCIATION AVEC UN PARTENAIRE.....	23:27
5.1.	L'HISTOIRE SE POURSUIT... ..	23:27
5.2.	INCIDENCES	23:28
5.2.1.	Signature d'une CUA	23:28
5.2.2.	Sociétés rattachées.....	23:30
5.3.	AUTRE OPTION.....	23:32
6.	CROISSANCE D'ÂMES SŒURS	23:32
6.1.	INCIDENCES	23:32
6.1.1.	Remaniement en capital	23:32
6.1.2.	Roulement en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R.....	23:33
6.2.	AUTRE OPTION.....	23:33
7.	RÉORGANISATION DE SOCIÉTÉS ET VENTE D'ÂMES SŒURS.....	23:34
7.1.	SUCCÈS D'ÂMES SŒURS, LA SUITE... ..	23:34
7.2.	INCIDENCES	23:34
7.2.1.	Augmentation du CV.....	23:34

7.2.2.	Actions privilégiées imposables	23:35
7.2.3.	Impôt minimum de remplacement.....	23:36
7.3.	AUTRE OPTION.....	23:36
8.	LA RELÈVE	23:37
8.1.	LES ENFANTS VIEILLISSENT... ..	23:37
8.2.	INCIDENCES	23:37
8.2.1.	Mariage	23:37
8.2.2.	Transfert aux employés clés	23:37
9.	LA FIN DES PLAISIRS CONTINUS	23:38
9.1.	QUAND LES PLAISIRS S’ESTOMPENT.....	23:38
9.2.	INCIDENCES	23:38
9.2.1.	Perte en capital	23:38
9.3.	AUTRE OPTION.....	23:39
10.	FUSION.....	23:39
10.1.	FUSION PROVOQUANT DU PLAISIR.....	23:39
10.2.	INCIDENCES	23:40
10.2.1.	Police d’assurance vie	23:40
10.2.2.	Options d’achats d’actions – Incidences	23:42
10.3.	INCIDENCES	23:42
11.	RETRAITE	23:42
11.1.	ENFIN LA RETRAITE!	23:42
11.2.	INCIDENCES	23:43
11.2.1.	Report du gain en capital.....	23:43
CONCLUSION		23:44
SOMMAIRE DES PIÈGES À ÉVITER		23:46
STRUCTURE.....		23:48

INTRODUCTION*

Les lois fiscales ont évolué à une vitesse phénoménale au cours des dernières années par l'adoption de nombreuses règles ayant pour but :

- d'empêcher certaines transactions;
- d'encadrer certaines planifications;
- d'octroyer ou de retirer des bénéfices;
- de contrôler l'abus.

Cette constante évolution a fait en sorte que notre régime fiscal a atteint un tel niveau de complexité qu'il peut arriver, lors de la mise en place de certaines réorganisations, des conséquences insoupçonnées, notamment :

- la perte de certains avantages éventuels;
- la création de problèmes futurs;
- la complexité des transactions.

Certains fiscalistes avaient peur de manquer de travail quand le ministre Wilson a annoncé, au début des années 1980, une réforme de la fiscalité pour en simplifier le fonctionnement. En comparant la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ de 1980 à celle publiée aujourd'hui, nous pouvons constater que ces craintes étaient loin d'être fondées.

Dans le présent texte, nous tenterons d'analyser les conséquences insoupçonnées qui peuvent survenir lorsqu'on procède à certaines réorganisations. À ce sujet, nous débiterons par la mise en situation de différentes réorganisations fiscales qui seront suivies des conséquences pouvant en découler et nous terminerons par des commentaires et solutions lorsque cela sera possible.

* L'auteur tient à remercier M^e Nancy Tapp, avocate, LL.M. fisc., directrice principale au sein de Raymond Chabot Grant Thornton, de sa précieuse collaboration à la réalisation du présent texte.

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

De toute évidence, il est impossible de traiter de l'ensemble des situations qui peuvent survenir. Nous aborderons donc les principales situations survenues dans ce secteur au cours de nos 25 années de pratique, en tant que fiscaliste, et plus précisément les situations visant les réorganisations de sociétés privées.

L'objectif principal du présent texte est donc d'examiner les problématiques soulevées lors de la mise en place de réorganisations de sociétés, et non d'élaborer le côté technique de l'application des différentes dispositions des lois fiscales.

1. TRANSFERT D'UNE ENTREPRISE INDIVIDUELLE À UNE SOCIÉTÉ

1.1. COMMENÇONS DONC NOTRE HISTOIRE

Il était une fois, M. J. M. Lavie qui possède une entreprise individuelle dans le secteur des réseaux de rencontres et des produits connexes portant le nom de Célibat Fun enr. M. Lavie est marié et a de jeunes enfants.

Une rencontre est donc organisée avec M. Lavie afin d'entrevoir la possibilité de constituer en société son entreprise de plus en plus florissante. Après avoir obtenu les différentes informations nécessaires à ce type de transaction, il est conseillé à M. Lavie de procéder au transfert de l'ensemble de ses activités à une nouvelle société appelée Célibat Fun inc. (« Célibat »).

À l'exception de son automobile qu'il gardera personnellement et qui représente environ 25 % de la valeur des actifs qui seront transférés, un roulement sans incidences fiscales est effectué, en vertu de l'article 85 L.I.R. En contrepartie des actifs, des actions privilégiées (sans droit de vote, sans droit de participation, rachetables au gré du détenteur) seulement sont émises, selon une charte utilisée depuis plusieurs années. Par la suite, M. Lavie souscrit à des actions avec droit de vote et avec droit de participation en contrepartie d'une valeur nominale (100 \$).

1.2. CONSÉQUENCES

1.2.1. Déduction pour gains en capital

Une situation simple comme celle décrite précédemment est susceptible d'engendrer des conséquences insoupçonnées, si certaines questions ne sont pas soulevées, ou certains événements éventuels ne sont pas prévus, en fonction de la manière dont la transaction sera réalisée.

Dans la situation où M. Lavie recevrait une offre pour disposer de sa société quelques jours ou semaines après ce transfert, pourrait-il bénéficier de sa déduction pour gains en capital (« DGC »)?

Les actions privilégiées qu'il a reçues en contrepartie du transfert sont-elles considérées comme étant un bien en immobilisations (compte tenu du peu de délai entre le moment de leur émission et le moment de la disposition)?

L'article 54.2 L.I.R. présume que les actions émises dans un certain cadre sont réputées être des immobilisations. Cependant, pour que cette disposition législative s'applique, il faut respecter certaines conditions dont celle de se trouver en présence d'une situation où la totalité ou presque des actifs utilisés dans le cadre d'une entreprise exploitée activement sont transférés à la société. Or, dans la transaction effectuée, étant donné que l'automobile était conservée personnellement et qu'elle représentait plus de 10 % de la valeur des actifs, la présomption ne peut trouver application. Alors, la détermination de la nature des actions (immobilisation ou d'entreprise) devient une question de fait. Il faudra alors se référer à la jurisprudence pour établir les critères permettant d'effectuer cette détermination ainsi qu'aux différents faits, afin de déterminer la nature du bien qui sera disposé².

Notons qu'il est fréquemment conseillé aux clients de conserver leur automobile personnelle afin d'éviter toutes les règles inhérentes à l'établissement des avantages imposables et les règles relatives à la préparation d'un registre de déplacement (*log book*). Il s'agit de deux sujets qui font l'objet de nombreuses vérifications et qui sont souvent source de négociation pouvant s'échelonner sur une longue période avec les autorités fiscales. Dans d'autres situations, on suggère de garder l'immeuble (quand il y en a un) pour une question de protection du patrimoine.

Revenons au cas de M. Lavie. La disposition très rapide des actions de la société peut avoir d'autres incidences.

² À ce sujet, nous vous invitons à consulter les notes explicatives de l'article 54.2 L.I.R. et la définition du terme « entreprise » contenue au paragraphe 248(1) L.I.R. Voir aussi AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2000-0046485, 25 février 2002.

En effet, il y a lieu de se poser la question suivante : dans le cas où les actions sont considérées comme des biens en immobilisations, seraient-elles alors admissibles à la DGC de 750 000 \$?

Pour être admissibles à cette déduction, certaines règles doivent être respectées, telles que :

- une détention de deux ans des actions;
- une utilisation de la totalité ou presque des actifs de l'entreprise dans le cadre de son exploitation.

En ce qui concerne la détention de deux ans, l'alinéa 110.6(14)f) L.I.R. instaure une présomption selon laquelle la règle de deux ans n'est pas requise, dans la situation où les actions ont été émises à la suite du transfert de la totalité ou presque des éléments d'actif utilisés dans une entreprise exploitée activement par cette personne. Pour la même raison que celle qui a été citée précédemment, puisque M. Lavie n'a pas transféré la totalité ou presque des éléments d'actif (étant donné qu'il a conservé son véhicule personnel), cette présomption ne peut s'appliquer et M. Lavie ne peut donc pas bénéficier de sa DGC avant deux ans.

Enfin, en ce qui a trait aux actions ordinaires, étant donné qu'elles n'ont pas été émises en contrepartie du transfert des actifs, mais bien souscrites directement par M. Lavie, il faudrait donc attendre également deux ans avant que ces actions puissent respecter les conditions.

Dans sa situation, M. Lavie devra donc attendre deux ans avant de rendre admissibles les actions qu'il possède.

Dans la situation où seulement des actions ordinaires avaient été émises lors du transfert et que les autres critères étaient respectés, l'ensemble du gain en capital (« G/C ») aurait pu être admissible à la DGC, et ce, avant la période de deux ans. Nous pouvons donc constater que le type d'actions émises en contrepartie d'un transfert peut engendrer des conséquences éventuelles.

L'émission des actions privilégiées en contrepartie du transfert d'actifs peut-il avoir d'autres incidences fiscales?

1.2.2. Actions prescrites

À première vue, l'émission d'actions privilégiées dans le cadre de ce transfert n'a pas d'incidences fiscales immédiates. Cependant, elle pourrait impliquer du travail supplémentaire pour éviter certaines situations non désirées. En effet, dans la situation où les dividendes associés à ce type d'actions privilégiées sont supérieurs au taux prescrit au moment de l'émission, ces actions ne seraient pas considérées comme étant des actions prescrites aux fins des règles d'association. Cela est susceptible d'entraîner éventuellement l'association entre l'entreprise de M. Lavie et une autre société dans laquelle il aurait décidé d'investir. Cela pourrait donc impliquer, avant son nouvel investissement, des modifications au capital-actions afin de ne pas être considéré comme étant associé.

1.2.3. Pertes

D'autres incidences pourraient également survenir dans le cadre de ce transfert. En effet, dans la situation où la juste valeur marchande (« JVM ») de certains actifs serait inférieure à leur coût, une perte serait alors réalisée. Elle pourrait être considérée comme étant une perte apparente, auquel cas la perte serait refusée et le coût du bien acquis par la société en serait augmenté d'autant (art. 43.6 L.I.R.). Il pourrait également y avoir une perte finale, en vertu du paragraphe 13(21.2) L.I.R. et, dans ce cas, la société serait présumée avoir acquis le bien à la JVM; la perte finale serait refusée et M. Lavie pourrait continuer à amortir le bien, étant présumé en être toujours le propriétaire.

1.2.4. Achalandage

Au lieu d'effectuer un roulement parfait, il aurait pu se décider à générer un G/C sur le transfert de certains des actifs, tels que l'achalandage ou certains autres biens en immobilisations (en contrepartie d'un billet, par exemple), afin de pouvoir sortir de l'argent de la société tout en réalisant une économie d'impôt. En effet, un G/C réalisé par un particulier, sur la base du taux marginal maximum, est imposable à 24,11 %, alors qu'un dividende serait imposable à 36,36 %. Cela pourrait donc représenter une économie de plus de 12 %. Cependant, lorsque ce genre de transaction est effectué, il ne faut pas perdre de vue l'application de l'alinéa 13(7b) L.I.R. qui fait en sorte que le coût en capital du bien reçu par la société est réduit de la partie non imposable du G/C réalisé dans le cadre de ce transfert.

1.2.5. Report du gain en capital

Une autre incidence pourrait être soulevée relativement à l'émission d'actions privilégiées. En effet, s'il y avait disposition après, par exemple, une période de neuf mois des actions de la société à des tiers, et dans la situation où M. Lavie désirerait réinvestir dans une nouvelle société, il ne pourrait bénéficier des règles de report sur les G/C qui sont permises en vertu de l'article 44.1 L.I.R.³, étant donné que les actions qu'il disposerait ne se qualifieraient pas aux fins de ce report. En effet, en vertu de l'article 44.1 L.I.R., pour que les actions puissent être admissibles à ce report, elles doivent respecter certains critères, dont :

- ces actions doivent être des actions ordinaires émises du Trésor;
- au moment de leur émission, la société doit être une société exploitant une petite entreprise (« SEPE »).

Dans l'éventualité où les actions émises en contrepartie seraient des actions ordinaires, est-ce que le second critère, à savoir qu'au moment de l'émission des actions la société était une SEPE, serait respecté?

À ce sujet, il faudrait que la société dans laquelle M. Lavie désire effectuer un investissement commence à exploiter l'entreprise, quelque temps avant la vente de l'entreprise de M. Lavie, afin d'éviter tout questionnement de la part des autorités fiscales et de pouvoir bénéficier du report.

Comme nous pouvons le constater, un simple transfert d'une entreprise individuelle à une société sans incidences fiscales peut avoir des conséquences insoupçonnées qui dépendent des différentes décisions qui seront prises et de l'évolution de l'entreprise.

1.3. AUTRE OPTION

Dans la situation de M. Lavie, il faudrait donc, dans un premier temps, créer la société, commencer son exploitation et, après un certain temps,

³ Voir à ce sujet : Stéphane GRÉGOIRE, « Option de différer l'imposition du gain en capital : article 44.1 L.I.R. », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 24:1-28; Jean-François THUOT, « Réorganisation d'entreprise – Mise à jour », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 17:1-32.

transférer l'ensemble de ses actifs, y compris son automobile, à la société en contrepartie d'actions ordinaires.

Subséquentement, M. Lavie pourrait acquérir de nouveau son automobile pour la conserver à des fins personnelles.

2. CRÉATION D'UNE NOUVELLE DIVISION DE L'ENTREPRISE DE M. LAVIE

2.1. CONTINUONS NOTRE HISTOIRE...

L'entreprise de M. Lavie est très prospère (croissance importante du chiffre d'affaires et des bénéfices) et de nouvelles divisions sont créées. Toutefois, puisque certaines divisions pourraient comporter des risques importants, il est conseillé à M. Lavie de créer une filiale à Célibat, soit Les jeux de l'amour inc. (« Jeux »), et d'y transférer cette division, le tout encore une fois par voie de roulement fiscal en utilisant les choix permis par l'article 85 L.I.R. Afin de limiter les risques commerciaux, un billet ne portant pas intérêts et correspondant aux valeurs fiscales est émis ainsi que des actions ordinaires. C'est une transaction relativement simple.

Quelque temps plus tard, cette nouvelle filiale dans la vente de jeux et accessoires d'« artifices » a été poursuivie en dommages par un de ses clients insatisfaits (l'histoire ne dit malheureusement pas le type d'usage que le client a fait des produits achetés...) pour une somme importante relativement à la perte de jouissance et atteinte à la réputation, mettant ainsi en péril la survie de la société.

2.2. CONSÉQUENCES

2.2.1. Perte au titre d'un placement d'entreprise

Le billet que Célibat a à recevoir de Jeux pourra-t-il être réclamé à titre de perte au titre d'un placement d'entreprise (« PTPE »), compte tenu des pertes considérables que la société a subies à la suite de la baisse de son chiffre d'affaires de manière significative?

À ce sujet, dans un premier temps, pour qu'une perte puisse être réclamée à ce titre, nous devons déterminer sa nature. S'agit-il d'une perte en capital (« P/C »), d'une perte nette sèche ou d'une perte d'entreprise?

Afin d'être considérée comme une P/C, il faut que la créance (billet) ait été créée dans le but de gagner un revenu, ou en contrepartie de la

disposition d'une immobilisation en faveur d'une personne avec laquelle elle n'a aucun lien de dépendance. Or, dans le cas en l'espèce, la créance ne portait pas intérêts; donc, en principe, son but n'était pas de gagner un revenu. La perte serait donc refusée en vertu de l'alinéa 40(2)b) L.I.R. Toutefois, dans le *Bulletin d'interprétation* IT-239R2⁴, qui est maintenant archivé, l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») a indiqué que la perte ne sera pas nulle en vertu du sous-alinéa 40(2)g(ii) L.I.R., si les conditions suivantes sont respectées :

« a) la corporation à qui le prêt a été consenti ou dont les dettes ont été garanties a utilisé les fonds empruntés en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien, ou les a prêtés à un taux d'intérêt inférieur à un taux raisonnable à sa filiale canadienne pour lui permettre de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien;

b) la corporation a tout fait en son pouvoir pour obtenir les fonds nécessaires par l'intermédiaire des marchés monétaires commerciaux courants, mais ne peut obtenir de financement, sans la garantie consentie par l'actionnaire, à des taux d'intérêt auxquels l'actionnaire peut emprunter;

c) la corporation a cessé de façon permanente d'exploiter son entreprise, et

d) le prêt consenti par l'actionnaire à la corporation à un taux d'intérêt inférieur à un taux raisonnable (ou sans intérêt) ne confère pas à l'actionnaire ou à la corporation un avantage fiscal indu⁵. »

Toutefois, cette politique administrative a été reprise en partie dans le *Bulletin d'interprétation* IT-533⁶.

Dans la situation où des actions privilégiées comportant un léger dividende auraient été émises, ce questionnement n'aurait pas été nécessaire.

Deuxièmement, si c'est une P/C, pourrait-elle être réclamée comme une PTPE? Un fois de plus, compte tenu du sous-alinéa 39(1)c)iv) L.I.R., une créance d'une société avec laquelle il existe un lien de dépendance ne peut être reconnue comme une PTPE.

⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-239R2, « Déductibilité des pertes en capital résultant de la garantie visant un emprunt moyennant une contrepartie insuffisante ou d'un prêt consenti à un taux d'intérêt inférieur à un taux (archives) », 9 février 1981.

⁵ *Id.*, par. 6.

⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-533, « Déductibilité de l'intérêt et questions connexes », 30 octobre 2003.

Nous aurions donc pu éviter cette situation ou recourir aux politiques administratives, si nous avions émis, par exemple, des actions privilégiées au lieu d'une créance.

L'émission d'une action privilégiée qui comporte un petit dividende non cumulatif suffirait pour permettre à Célibat de réclamer une PTPE, compte tenu du fait que ce n'est pas une créance envers une autre société, à condition toutefois que les autres critères soient respectés. Cette solution peut donc être intéressante. Cependant, sur le plan commercial, les actions privilégiées sont d'un rang inférieur aux créanciers ordinaires advenant une faillite.

Compte tenu de ces éléments, il aurait pu être suggéré l'émission d'une créance convertible en actions privilégiées et comportant des garanties sur les actifs de cette dernière.

En conséquence, advenant une détérioration de la situation, la garantie aurait pu être exercée ou les actions auraient pu être converties en actions privilégiées afin de réclamer une PTPE.

En effet, en vertu de l'article 51 L.I.R., il n'y a aucune disposition lorsque la conversion est exercée dans la situation où les différents critères sont respectés. De plus, dans le cas d'une créance, lorsque le droit de conversion est prévu à son émission, il n'y a aucune disposition et la perte sur les actions pourrait être réclamée à titre de PTPE.

Le droit de conversion des actions est important, car il permet d'éviter une disposition au moment de l'échange de la créance en actions privilégiées. En effet, sans ce droit inhérent au moment de l'émission de la créance, le transfert de la créance en actions privilégiées impliquerait une disposition et, donc, la réalisation de la perte sur la créance, ce qui nous ramènerait à la situation initiale.

Cependant, la manière dont l'article 51 L.I.R. est rédigé fait en sorte que, dans la situation où les actions qui sont émises dans le cadre de cette conversion n'ont aucune valeur, le coût fiscal de la créance ne peut être transféré sur les actions. Le coût fiscal des actions reçues sera donc nul. En conséquence, il n'y aura aucune perte possible sur les actions, étant donné que le coût est nul, et ce, même s'il n'y a pas eu de disposition en vertu de l'article 51 L.I.R. D'ailleurs, le tout est confirmé par certaines interprétations

techniques⁷. À ce sujet, il faudrait donc que cette conversion ait lieu au moment où les actions émises puissent avoir une certaine valeur afin d'éviter de se retrouver dans la présente situation. Il faut également noter que l'interprétation technique 2008 mentionne que, si la conversion avait eu lieu afin de permettre à la société de bénéficier d'une PTPE, la disposition générale antiévitement (« DGAÉ ») pourrait s'appliquer à cette situation.

Il faut également se rappeler que, pour réaliser une PTPE, certaines conditions très strictes doivent être respectées, notamment :

- il doit y avoir disposition à une personne avec laquelle le contribuable n'a pas de lien de dépendance ou le paragraphe 50(1) L.I.R. doit pouvoir s'appliquer;
- dans le cas où le paragraphe 50(1) L.I.R. trouve application, un choix doit être fait dans la déclaration de revenus à laquelle le contribuable désire que ce paragraphe s'applique;
- dans le cas d'une créance, elle doit être totalement mauvaise et non en partie;
- dans le cas d'une action, la société doit être soit un failli, soit insolvable et qu'une ordonnance de mise en liquidation ait été rendue au cours de l'année ou soit insolvable, qu'elle n'exploite pas d'entreprise et que sa JVM soit nulle et, enfin, qu'on puisse s'attendre qu'elle soit dissoute ou liquidée et ne commence pas à exploiter une entreprise.

Nous pouvons donc constater que ce choix comporte plusieurs conditions. D'une manière pratique, ce choix doit donc être effectué au bon moment afin d'éviter des conséquences insoupçonnées.

Il y a lieu de se demander si une société peut être considérée comme insolvable lorsqu'elle ne possède plus aucune dette, sauf des actions émises. À ce sujet, il semblerait bien que ce n'est pas le cas. En effet, dans une interprétation technique⁸, l'ARC a indiqué que la détermination de l'état d'insolvabilité est une question de droit et de fait. Ainsi, l'ARC est d'avis

⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques OC91-205-206, 11 octobre 1991, et 2008-0300391C6, 9 décembre 2008.

⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0046167, 16 décembre 2003.

qu'une société ne possédant aucun passif à la fin d'une année ne peut pas être considérée comme insolvable. D'ailleurs, une société en position déficitaire ou sans financement adéquat n'est pas nécessairement insolvable.

2.3. AUTRE OPTION

Le financement devra donc être sous forme d'actions privilégiées. Si ces dernières subissaient une baisse de valeur importante, ou si elles étaient disposées pour un montant inférieur à la valeur nominale, cela n'impliquerait pas la réalisation d'un gain sur règlement de dette pour Jeux. En effet, cette dernière peut donc conserver ses pertes autres qu'en capital (« PAC ») tout en permettant à Célibat de réclamer une PTPE sur la disposition de ses actions privilégiées.

3. CROISSANCE IMPORTANTE DE CÉLIBAT

3.1. L'HISTOIRE SE POURSUIT...

Célibat atteint un niveau de croissance important dans ses activités de même que ses filiales, et ce, malgré la mésaventure de Jeux. M. Lavie veut maintenant s'assurer de retenir certains employés devenus essentiels à l'expansion de son entreprise, au développement de nouveaux produits et à la recherche de nouveaux clients pour sa nouvelle entité (qu'il détient directement) Plaisirs continus inc. (« Plaisirs »). Il est donc suggéré à M. Lavie d'octroyer des options d'achat d'actions à ses employés, options qui ne pourront être exercées que si certaines conditions sont respectées et après un certain délai. Il est également suggéré la signature d'un contrat d'emploi contenant certaines clauses de pénalité en cas de départ volontaire.

3.2. CONSÉQUENCES

3.2.1. Options d'achat d'actions pour des employés clés

L'article 7 L.I.R. permet à un employé de reporter l'imposition d'un avantage imposable jusqu'au moment où ses options d'achat d'actions seront exercées, lorsque différentes conditions sont respectées. Il permet également lors de la disposition des actions de profiter d'une déduction fiscale de 50 % de cet avantage au fédéral et de 25 % au Québec.

Des options d'achat d'actions sont donc octroyées aux trois employés clés de la société leur permettant de souscrire à 20 % des actions.

3.2.2. Création d'une société de gestion

Après quelques années, compte tenu de la rentabilité importante de la société, des dividendes substantiels devront être versés aux actionnaires. Un des employés désire, après avoir consulté son comptable, procéder à la création d'une société de gestion afin de recevoir les dividendes libres d'impôts et d'accumuler les sommes nécessaires pour lui permettre éventuellement d'acquérir l'entreprise de M. Lavie. Puisque ses confrères désirent faire la même chose, son comptable lui suggère alors de créer une seule société de gestion pour les trois employés.

Le transfert des actions reçues à la suite de l'exercice d'options d'achat d'actions à la société de gestion entraînera la réalisation d'un avantage imposable reporté en vertu du paragraphe 7(1.5) L.I.R., étant donné qu'il n'existe aucun lien de dépendance entre cette nouvelle société de gestion et Plaisirs.

Une autre façon de procéder aurait-elle permis d'éviter cette situation?

L'utilisation d'options d'achat d'actions est une méthode intéressante, qui comporte toutefois certaines limites comme nous venons de le voir.

3.2.3. Réclamation de crédits de recherche scientifique et développement expérimental

Dans l'éventualité où la société qui émet les options d'achat d'actions réclamerait également des crédits de recherche scientifique et développement expérimental (« RS & DE ») pour le développement de produits ou de nouvelles technologies permettant d'augmenter le plaisir des partenaires, cela pourrait entraîner des avantages fiscaux non négligeables. En effet, si des crédits d'impôt pour la RS & DE sont réclamés au cours de l'année, ou au cours des trois années précédentes, par une société privée sous contrôle canadien (« SPCC »), la déduction accordée relativement à l'avantage imposable à la suite de l'exercice d'options d'achat d'actions et de disposition subséquente de ces actions est augmentée à 50 % au Québec (au lieu de 25 %).

Ainsi, dans ce genre de situation, il y aurait lieu de se demander, avant d'octroyer des options d'achat d'actions, s'il y a une possibilité de réclamer des crédits de RS & DE pour quelque projet que ce soit (il n'y a pas de montant minimum de réclamation), afin de pouvoir bénéficier de la majoration de la déduction au Québec.

3.2.4. Création d'une société de gestion

3.2.4.1. Vente des actions

Au lieu d'émettre des options d'achat d'actions, il aurait pu être suggéré à M. Lavie de mettre en place une nouvelle société (« Emploico ») dont les actionnaires auraient été l'ensemble des employés clés. Ainsi, M. Lavie aurait pu disposer d'une partie de ses actions (20 %) en faveur de cette société.

À la suite de cette vente, M. Lavie aurait la possibilité de bénéficier de sa DGC, élément non négligeable.

Il est bien évident que, pour profiter de la DGC, certains critères doivent être respectés.

Dans la situation où les 20 % sont payés avec les anciens bénéfices non répartis (« BNR ») de la société, l'article 84.1 L.I.R. pourrait être soulevé par les autorités fiscales. Par contre, dans la situation où les employés paieraient réellement les actions en fonction des bénéfices qui leur sont attribués et que le tout soit effectué dans un cadre strictement commercial, il ne devrait, en principe, y avoir aucun problème relativement à ce sujet.

En ce qui concerne le financement, les actions achetées par Emploico pourraient être payées au fur et à mesure qu'elle reçoit des dividendes.

3.2.4.2. Remaniement du capital-actions

Au lieu de procéder à la vente des actions à la société Emploico, on aurait pu remanier le capital-actions de Plaisirs. Dans le cadre de ce remaniement, des actions privilégiées auraient pu être émises à Célibat pour la valeur actuelle de l'entreprise et, par la suite, Emploico et M. Lavie auraient pu souscrire directement à de nouvelles actions ordinaires (avec droit de vote et avec droit de participation) de Plaisirs. Ensuite, M. Lavie aurait pu disposer d'une partie des actions privilégiées à Emploico dans les mêmes proportions que les actions ordinaires (20 %).

Cette méthode a l'avantage de permettre à Emploico d'être immédiatement actionnaire de la société, sans être obligée de détenir un pourcentage élevé des actions privilégiées de la société, surtout dans la situation où ces valeurs sont importantes.

Dans la situation où M. Lavie déciderait de vendre plus d'actions à Emploico dans les années à venir, cette décision lui causerait-elle un problème?

3.2.4.3. Règle antiévitement

En ce qui a trait à la manière dont la transaction précédente a été effectuée, il est possible que la vente ne puisse pas être admissible à la DGC, compte tenu des dispositions du paragraphe 110.6(8) L.I.R. En effet, cette règle d'antiévitement vient empêcher la conversion d'un dividende en G/C en indiquant que, lorsqu'une partie importante du G/C est attribuable au fait que des dividendes n'ont pas été versés sur une action au cours de l'année ou d'une année d'imposition antérieure, ou que le dividende était inférieur au montant correspondant à 90 % du taux de rendement annuel moyen de l'action⁹, la DGC ne sera pas permise, sauf sur une action visée par règlement.

Pour appliquer l'exception, une action visée par règlement est définie à l'article 6205 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*¹⁰. Brièvement, il y est écrit ce qui suit :

- l'action est ordinaire¹¹, avec droit de participation et ne comportant aucun droit de conversion ou garantie;
- aucune personne ne doit avoir l'obligation de réduire ou de faire en sorte que la société réduise le capital versé (« CV ») ou que l'action soit rachetée, acquise ou annulée;
- à la date de l'émission, on ne peut raisonnablement s'attendre à ce qu'une des conditions de l'action soit modifiée et qu'un nouvel accord relatif à l'émission ou à l'annulation soit conclu, de telle sorte que l'action n'aurait pas respecté les différents critères, si elle avait été émise au moment d'une telle modification ou d'un tel nouvel accord.

⁹ Voir la définition au paragraphe 110.6(9) L.I.R.

¹⁰ C.R.C., 1978, ch. 945 et mod. (« R.I.R. »).

¹¹ Il est important de souligner qu'aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, lorsqu'on parle d'actions ordinaires, les actions doivent être participantes. Les droits de vote ne sont pas obligatoires pour être considérés comme des actions ordinaires, seul un droit de participation non limité est suffisant pour être reconnu comme tel.

Dans la situation où l'action reçue a été émise et que l'objet principal de l'arrangement consiste à faire en sorte que la croissance de la valeur soit attribuée à d'autres actions qui appartiendront, entre autres, à des employés de la société, les actions seraient des actions visées.

Dans la situation présente, étant donné que les actions ordinaires ont été émises directement à Emploico, les actions ne sont pas visées par l'exception puisqu'elles n'ont pas été émises directement aux employés.

Il aurait donc fallu que les nouvelles actions ordinaires soient émises directement aux employés et qu'elles soient, par la suite, transférées à Emploico pour atteindre le même objectif. Il est bien évident que le résultat sera le même. Cependant, si les actions émises à M. Lavie, soit des actions de gel, sont émises dans ce cadre-là, et que de nouvelles actions avec droit de participation sont émises directement aux employés, les actions de gel seraient des actions visées et le paragraphe 110.6(8) L.I.R. ne pourrait être invoqué.

Le même commentaire serait soulevé également dans la situation où, relativement à une question de protection et de contrôle pour M. Lavie, il aurait été suggéré que de nouvelles actions ordinaires soient émises, par exemple, à une fiducie, dont les employés sont les bénéficiaires.

Le paragraphe 110.6(8) L.I.R. est bien souvent oublié lorsqu'on procède à certaines réorganisations.

Lorsqu'on analyse de plus près le paragraphe 110.6(8) L.I.R., la notion de « partie importante » est fondamentale. Elle a déjà été définie par les autorités fiscales dans d'autres textes¹². À ce sujet, par exemple, un montant de 500 000 \$ sur un G/C de 2 M\$ a été considéré comme étant une partie importante¹³.

¹² Claude DÉSY, « "Access" et jurisprudence récente : L'accès aux documents de Revenu Canada – L'exemption pour gains en capital », dans *Congrès 93*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1994, pp. 28:1-24. Voir aussi à ce sujet AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques AC58075, 11 septembre 1989; 5-2502, 5 février 1987; 9414385, 31 août 1994; 9515605, 19 juillet 1995; 9704875, 28 novembre 1997, et 9718525, 26 novembre 1997.

¹³ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 91*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, pp. 1429-1470, question 11.3., à la page 1458.

En ce qui concerne le taux de rendement annuel moyen afin d'établir si une partie importante du gain est attribuable, il est important à ce sujet de préciser que c'est le rendement (taux de dividende) sur le CV des actions émises qui doit être regardé et non pas le rendement sur la JVM.

Dans le cadre d'un gel successoral, où le CV des actions émises est souvent de valeur nominale, par exemple 100 \$, le fait de ne pas verser 2 \$ annuellement (dans la situation où le taux prescrit est de 2 %) ne fait pas en sorte que la notion de « partie importante » n'est pas respectée et, en conséquence, que la DGC pourrait donc pleinement être réclamée. D'une manière pratique, le taux de rendement annuel doit correspondre au taux prescrit au moment où les actions sont émises aux fins de l'application de ce paragraphe 110.6(8) L.I.R.

L'article 6205 R.I.R. contient des règles très strictes. En effet, dans le cas où de nouvelles actions avec droit de participation seraient émises à une fiducie, les bénéficiaires de cette fiducie doivent être, pour respecter les critères, M. Lavie ou des personnes qui ont un lien de dépendance avec ce dernier. En conséquence, il est impensable de nommer des employés, car les actions privilégiées de gel ne seraient pas des actions visées par l'exception du paragraphe 110.6(8) L.I.R. Il faudrait alors plutôt envisager la création de deux fiducies, soit une pour les employés et une autre pour M. Lavie. Cependant, dans cette dernière situation, les nouvelles actions ordinaires devront être émises directement à M. Lavie et, ensuite, elles seront vendues à cette fiducie au bénéfice des employés à la même valeur nominale.

Un soin particulier doit être apporté à la DGAÉ qui pourrait être soulevée par les autorités fiscales.

3.2.4.4. Convention unanime entre actionnaires

Si des actions sont émises aux employés, elles seront forcément conditionnelles à la signature d'une convention unanime entre actionnaires (« CUA »). Cette CUA restreindra le versement des dividendes et viendra circonscrire certaines situations, comme le rachat des actions à la suite d'une mise à pied ou en cas de décès.

En conséquence, bien que le paragraphe 110.6(8) L.I.R. puisse avoir une portée limitative et que l'article 6205 R.I.R. comporte certaines complexités, il est important de bien comprendre ces articles. En effet, les différents types de restrictions qu'on pourrait retrouver dans une CUA pourraient faire en sorte que même des actions qui semblent ordinaires à première vue ne respectent pas les conditions édictées au paragraphe 110.6(8) L.I.R., en

raison des clauses qui ont été définies dans la CUA. L'article 6205 R.I.R. a une portée assez large pour englober ces clauses. Des exemples des clauses visées par cet article sont, entre autres :

- l'obligation de racheter les actions dans le cas d'un départ ou d'une mise à pied sans cause;
- la limitation du versement de dividende;
- diverses clauses de retrait.

3.3. AUTRE OPTION

Dans la situation où un CV élevé existe sur les différentes actions, il pourrait être suggéré de réduire le CV avant la mise en place de la réorganisation ou de la convertir en surplus d'apport.

4. PLANIFICATION FISCALE PERSONNELLE ET TESTAMENTAIRE DE M. LAVIE

4.1. LA SUITE DE L'HISTOIRE...

Célibat continue son expansion et, afin de mettre à l'abri les sommes que M. Lavie accumule au sein de cette société, il croit qu'il serait pertinent de détenir une société de gestion. Il désire également mettre en place une planification fiscale personnelle et testamentaire, compte tenu de l'âge de ses quatre enfants, maintenant âgés entre 14 et 18 ans.

De plus, M. Lavie, qui a commencé à penser un peu à sa retraite, nous indique qu'il aimerait bien garder l'immeuble que Célibat a acquis il y a plusieurs années et à l'intérieur duquel sont exploités actuellement le commerce de Célibat et de ses filiales, soit Jeux, Plaisirs et Voyage septième ciel inc.

Dans ce genre de situation, il est fréquemment suggéré de mettre sur pied une société de gestion, de transférer l'immeuble dans cette société par l'utilisation d'une transaction papillon à une aile, puis d'introduire une fiducie familiale (voir à ce sujet la structure proposée en annexe).

4.2. INCIDENCES

4.2.1. Transfert de l'immeuble

4.2.1.1. Application du paragraphe 55(2) L.I.R.

En ce qui concerne le transfert de l'immeuble de Célibat à Gestion Lavie inc. (« Gestion »), la méthode traditionnelle consiste à transférer l'immeuble par voie de roulement fiscal à Gestion en contrepartie d'actions privilégiées qui seraient subséquemment rachetées. Par la suite, le transfert des actions de Célibat à Gestion est effectué pour une valeur correspondant à la valeur de l'immeuble et suivi d'un rachat. Par la suite, les billets sont annulés.

Ce genre de transaction permet donc l'isolement de l'immeuble dans une société indépendante. Cependant, il faut quand même garder à l'esprit que deux dividendes présumés ont été réalisés par les différents rachats. Lorsque nous nous attardons quelque peu au paragraphe 55(2) L.I.R., à première vue, cette transaction ne semble pas être visée. Cependant, si peu de temps après Célibat était vendue à des tiers, ou que des tiers non liés acquéraient une participation de plus de 10 % au sein de Célibat, le paragraphe 55(2) L.I.R. pourrait trouver application et faire en sorte qu'une partie du dividende présumé dans le cadre des différentes transactions soit considérée comme un G/C, sauf pour la partie attribuable au revenu protégé *safe income*.

Il faut donc, dans un premier temps, faire bien attention de s'assurer que la transaction ne fasse pas partie d'une série de transactions qui permettraient l'introduction de nouvelles personnes ou l'augmentation du pourcentage de participation d'autres personnes avec lesquelles M. Lavie n'a pas de lien de dépendance. À ce sujet, aux fins du paragraphe 55(2) L.I.R., les frères et sœurs ne sont pas considérés comme des personnes liées.

4.2.1.2. Mise en place d'une fiducie

Si le tout est effectué en même temps que la mise en place d'une fiducie familiale, il y a lieu de se questionner afin de voir si, parmi les bénéficiaires potentiels de cette fiducie, les frères et sœurs de M. Lavie ou des employés en feraient partie, est-ce que le paragraphe 55(2) L.I.R. pourrait trouver application, étant donné qu'une personne non liée pourrait augmenter sa participation de manière importante au sein de Célibat sans être liée à M. Lavie? La question peut être pertinente.

Il est évident que si, après une certaine période de temps, des actions sont remises par la fiducie à des personnes non liées, cette question deviendrait donc encore plus pertinente. Si cela est le cas, il y aurait peut-être lieu que la transaction de l'immeuble soit faite dans un premier temps et que, dans un deuxième temps, la fiducie familiale soit mise en place, sans lien avec la première transaction.

Cependant, le transfert ou non des locaux n'a pas réellement d'importance dans le processus de mise en place d'une planification testamentaire. D'une manière pratique, il aurait peut-être été plus avantageux dès le départ de créer une société indépendante pour la détention des biens immobiliers, afin de les isoler des risques commerciaux et de permettre d'avoir une plus grande flexibilité dans le cas d'une vente éventuelle de la société. Cela aurait également permis de dissocier cette transaction avec la planification testamentaire mise en place et d'éviter tout questionnement en vertu du paragraphe 55(2) L.I.R. Revenons maintenant à la situation et à la planification.

Acquisition de contrôle

Des actions de vote ont été émises directement à M. Lavie et non à la fiducie familiale. Si les actions avec droit de vote avaient été émises à la fiducie familiale, certaines problématiques auraient pu être soulevées dans le cadre d'un changement de fiduciaires. En effet, lorsqu'on met en place une fiducie familiale, dont M. Lavie est bénéficiaire, il faut nommer un tiers fiduciaire, qui n'est pas bénéficiaire, afin de satisfaire aux exigences du *Code civil du Québec*¹⁴. Dans la situation où le second fiduciaire démissionne et qu'il est, par la suite, remplacé par une tierce partie non liée à M. Lavie, il y aurait alors changement de contrôle au sein de Célibat ainsi que de toutes ses filiales. En effet, le tout a déjà été confirmé par les autorités fiscales dans certaines interprétations techniques¹⁵.

En conséquence, le fait d'émettre des actions avec droit de vote directement entre les mains de M. Lavie et des actions avec droit de participation au sein de la fiducie familiale permet d'éviter ce genre de situation.

¹⁴ L.Q. 1991, c. 64.

¹⁵ Voir à ce sujet AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2004-0087761E5, 24 mai 2005, et 2007-02431C6, 8 juin 2007.

Choix des bénéficiaires

Tel qu'il a été indiqué précédemment, si, parmi les bénéficiaires de la fiducie, sont nommés des bénéficiaires qui n'ont aucun lien de dépendance avec M. Lavie, les actions ne seraient pas des actions prescrites aux fins de l'article 6205 R.I.R.

Il y a donc lieu de faire très attention à la liste des bénéficiaires énoncés dans l'acte de fiducie, surtout dans la situation où cette fiducie est mise en place à la suite d'un gel successoral.

Règles d'attribution

Une autre des conséquences que l'on peut remarquer à la suite de la mise en place de ce genre de structure est l'application potentielle des règles d'attribution. En effet, si parmi les bénéficiaires de la fiducie familiale la conjointe ou des enfants mineurs en sont bénéficiaires, le paragraphe 74.4(2) L.I.R. pourrait s'appliquer, ce qui ferait en sorte qu'un intérêt présumé au taux prescrit sur la valeur des actions privilégiées serait imposable entre les mains de M. Lavie.

Des exceptions existent aux règles d'attribution. Parmi ces exceptions, on trouve le cas où Célibat serait une SEPE à tout moment. Plusieurs textes ont été écrits d'ailleurs sur l'application de ces règles d'attribution dans le cadre de la mise en place de fiducies familiales¹⁶. Il faut également prendre en considération que le statut d'une SEPE doit être maintenu sur une base continue. Or, il arrive très souvent dans ce genre de planification que le suivi effectué ne soit pas adéquat et, à un moment, il se peut que la société ne soit pas une SEPE. Cela augmente grandement les risques de cotisation pour les contribuables. Il faut donc, quand nous procédons à la mise en place de ce genre de planification, effectuer un suivi adéquat et continu afin d'éviter des complications.

Un des critères à respecter pour être une SEPE est que 90 % de la JVM des actifs soit utilisée dans le cadre de l'entreprise exploitée activement principalement au Canada. Donc, dans la situation où des activités seraient

¹⁶ Marc JOLIN, « Fiducies familiales discrétionnaires », dans *Congrès 94*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1995, pp. 24:1-48 et Sabina WATROBSKI, « Fiducie et règles d'attribution, un cocktail explosif? », dans *Colloque – Les Fiducies*, 159, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 6:1-89.

effectuées de plus en plus à l'extérieur du Canada, ou que des surplus d'encaisse s'accumuleraient et ne seraient pas transférés au fur et à mesure à l'extérieur de la société, il pourrait y avoir des incidences importantes pour notre client.

Ainsi, on aurait pu éviter le questionnement des règles d'attribution si, lors de la création de Célibat, une société de gestion avait été créée dès le départ pour détenir les actions de Célibat. En effet, le gel aurait été effectué directement dans Célibat. Un gel en faveur d'une société de gestion détenue directement par un particulier n'est pas visé par cette règle d'attribution. La création d'une société de gestion dès le départ aurait donc été une excellente suggestion dans cette situation, compte tenu de l'implantation des sociétés de M. Lavie.

Paragraphe 75(2) L.I.R.

La mise en place d'une fiducie familiale peut comporter également certaines autres incidences fiscales importantes. Outre la question soulevée sur les règles d'attribution, un autre facteur doit également être considéré. En effet, l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. qui aurait comme conséquence de faire en sorte que la distribution des biens de la fiducie à ses différents bénéficiaires ne s'effectuerait pas sur la base du coût indiqué mais sur celle de la JVM au moment de la remise aurait des conséquences importantes pour la famille Lavie¹⁷.

Dans la situation où un prêt en bonne et due forme est effectué par un des fiduciaires ou bénéficiaires potentiels à la fiducie pour la souscription initiale, le paragraphe 75(2) L.I.R. ne semble pas trouver application¹⁸.

Le paragraphe 75(2) L.I.R. est susceptible de s'appliquer dans le cas du transfert d'un bien par une personne à la fiducie si ce bien peut lui revenir, par exemple, lorsque la personne qui transfère le bien initialement à la fiducie devient le conjoint d'un bénéficiaire et que l'acte de fiducie prévoit

¹⁷ Richard FONTAINE, « Fractionnement de revenus impliquant les sociétés par actions », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 6:1-34 et Fanny BRODEUR, « Récents développements en matière de fiducies », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 30:1-30.

¹⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-0268121E5, 23 juin 2008.

que ce même conjoint est bénéficiaire. En effet, le tout a été confirmé dans une interprétation technique¹⁹.

Bien que cela puisse sembler « tordu », ce genre de situation peut survenir au cours d'une vie. C'est pourquoi, lorsqu'on met en place une fiducie familiale et qu'on établit les différents bénéficiaires, il faut donc faire excessivement attention à toute situation qui pourrait survenir afin d'éviter que le paragraphe 75(2) L.I.R. puisse être évoqué et avoir des incidences importantes pour cette fiducie et ses bénéficiaires.

Un transfert inclut même la disposition d'un bien à sa JVM. Ainsi, dans la situation où, à la suite du décès des héritiers qui ont reçu des biens de la fiducie, ces derniers biens sont remis à celui qui a effectué le transfert, le paragraphe 75(2) L.I.R. pourrait trouver application²⁰. De plus, s'il existe une disposition permettant d'élire d'autres bénéficiaires de la fiducie à la suite du décès d'un bénéficiaire, et que le disposant du bien devient bénéficiaire, alors le paragraphe 75(2) L.I.R. trouverait application²¹.

Société de gestion

Faut-il toujours suggérer la création d'une société de gestion pour détenir une société exploitante?

Voilà une question qu'il faut analyser en fonction des coûts inhérents à sa mise en place, à son maintien, à l'évolution de la situation, au plan d'affaires de la société ainsi qu'à sa croissance.

Dans la situation où l'édifice avait existé dès le départ, il aurait fallu, afin de maintenir l'admissibilité à la DGC, transférer le tout à une société qui aurait par la suite transféré la portion exploitation à une filiale afin d'éviter la règle de deux ans.

Bien souvent, nous pensons aux différentes options qui peuvent survenir lorsque nous mettons en place une planification. Toutefois, lors des années

¹⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2009-035271E5, 11 mai 2000.

²⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0139205, 22 juillet 2002.

²¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0050671E5, 5 avril 2004.

subséquentes, des événements surviennent dont nous ne sommes pas avertis immédiatement, d'où l'importance d'assurer un suivi continu sur nos dossiers.

Actions exclues

Dans la situation où il y aurait un transfert d'entreprise, par exemple, aux enfants majeurs qui détiendraient le contrôle d'autres sociétés, il faut préférablement que les actions émises dans ce cadre soient des actions sans droit de vote et sans droit de participation qui, en règle générale, respectent la notion d'« actions exclues » aux fins de l'article 256 L.I.R. Les droits de vote doivent être attribués à une autre catégorie d'actions non participantes afin d'éviter cette problématique.

5. CRÉATION DE NOUVEAUX MARCHÉS ET ASSOCIATION AVEC UN PARTENAIRE

5.1. L'HISTOIRE SE POURSUIT...

M. Lavie a la possibilité de développer de nouveaux marchés avec une tierce partie avec laquelle il désire s'associer, soit Âmes Sœurs inc. (« Âmes Sœurs »). À ce sujet, il est suggéré à M. Lavie de mettre en place une nouvelle société, dont la fiducie familiale sera détentrice de 39 % des actions avec droit de participation, la société de gestion de 11 % des actions avec droit de participation et de 50 % des actions avec droit de vote et la tierce partie de 50 % des actions avec droit de vote et avec droit de participation, selon la structure qu'il désire.

Dans ce cadre, une CUA est signée et prévoit plusieurs clauses, dont le rôle de chaque individu. Ainsi, les rôles de M. Lavie concernent le financement et l'apport de certaines connaissances du secteur. Quant à la tierce partie, elle se consacrera au développement du marché et à la RS & DE afin de mettre en place des systèmes de suivi et d'évaluation uniques nécessaires au développement de ce marché.

5.2. INCIDENCES

5.2.1. Signature d'une CUA

En conséquence, dans le cadre de cette CUA, il est prévu ce qui suit :

- un droit de premier refus et une clause *shot gun* modifiée équivalant à une clause d'enchère;
- en cas d'invalidité temporaire de plus de 12 mois, M. Lavie aura la possibilité d'acquérir les actions de son partenaire;
- si l'entreprise a besoin de financement et que l'un des partenaires n'apporte pas l'argent nécessaire, l'autre partenaire qui doit avancer les sommes requises pourrait exiger, après une période de deux mois, dans l'éventualité où l'autre partie n'effectuerait pas son apport, de pouvoir échanger ses avances en actions ordinaires sur la base de la valeur aux livres de l'entreprise.

5.2.1.1. Impact sur les règles d'association

À ce sujet, les différentes clauses que l'on peut retrouver dans une CUA feraient en sorte que les sociétés soient associées entre elles, ce qui pourrait avoir des répercussions importantes, tant en ce qui a trait à la déduction pour petite entreprise (« DPE ») qu'en ce qui a trait à la réclamation des crédits d'impôt pour la RS & DE.

En effet, pour ce qui est des règles d'association, le paragraphe 256(1.4) L.I.R. contient une présomption de propriété des actions en cas de droit d'achat ou de rachat d'actions selon différentes circonstances qui feraient en sorte que les sociétés pourraient présumer être associées entre elles.

5.2.1.2. « Droit de premier refus » ou *shot gun*

Dans un premier temps, par politique administrative, les autorités fiscales nous indiquent que ce paragraphe ne trouverait pas application dans le cas d'une clause de droit de premier refus ou de clause *shot gun* standard, telle qu'on le retrouve dans le *Bulletin d'interprétation* IT-64R4²².

²² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-64R4 (consolidé), « Société : Association et contrôle », 1^{er} novembre 2004, par. 37.

Cependant, une clause d'enchère est une forme modifiée de clause *shot gun* puisqu'elle permet à chacun de pouvoir relancer l'autre partie afin de se rapprocher le plus possible de la valeur réelle de l'entreprise. Cette modification à la clause *shot gun* fait en sorte que le paragraphe 256(1.4) L.I.R. s'applique avec toutes les répercussions négatives qui en découlent.

5.2.1.3. Invalidité

Par politique administrative, les autorités fiscales excluent du paragraphe 256(1.4) L.I.R. le terme « invalidité ». Par contre, ce terme « invalidité » signifie qu'un individu est empêché de remplir les fonctions qu'il exécutait avant et que cette invalidité semble être permanente. Or, une invalidité temporaire n'est pas visée par cette exception.

À ce sujet, une des solutions envisageable concernant l'invalidité est la possibilité que l'achat soit effectué directement par la société.

5.2.1.4. Financement

Dans le cas où une clause de la CUA indiquerait que M. Lavie pourrait se porter acquéreur des actions de la tierce partie en fonction d'un mécanisme d'évaluation, s'il y avait une profonde mésentente entre les parties, cela créerait le même problème.

Dans ces situations, M. Lavie serait présumé être propriétaire des actions de l'autre partie et, en conséquence, les sociétés seraient associées.

Afin de pallier ce problème et d'éviter l'application du paragraphe 256(1.4) L.I.R., les avances ne doivent pas être convertibles en vertu de la CUA en actions ordinaires ou avec droit de participation, mais elles doivent demeurer sous forme d'avances portant intérêts à des taux croissants.

De plus, dans le cas où il serait décidé qu'un financement additionnel se fasse sous forme d'actions privilégiées, il faudrait alors s'assurer aux fins des règles d'association que le contrôle ne soit pas présumé être acquis. Dans le cas d'actions privilégiées, pour éviter l'application des paragraphes 256(1.4) et 256(1.2) L.I.R., les actions doivent être des actions exclues. Ce type d'actions a les caractéristiques suivantes :

- elles sont des actions qui n'ont aucun droit de vote;
- elles ne sont pas convertibles ni échangeables;

- lors de leur émission, le dividende prévu dans la charte ne doit pas dépasser le taux prescrit et la *Loi de l'impôt sur le revenu* s'applique.

Pour éviter l'application de ces articles, le financement pourrait plutôt être émis sous forme de dette.

Bien qu'à la base les actions émises ne soient pas convertibles, il faut faire attention à l'ajout de droits qui pourraient être indiqués dans la CUA. En effet, si un droit de conversion de dettes en actions privilégiées est prévu dans la CUA, les règles d'association peuvent être enclenchées.

5.2.1.5. Statut de SPCC

Dans la situation où le partenaire serait une personne non résidente, il faudrait également regarder dans cette CUA les différents droits afin de s'assurer que cette société demeure une SPCC. En effet, dans le *Bulletin d'interprétation* IT-419R2²³, l'ARC indique que les différentes présomptions de détention d'actions que l'on retrouve au paragraphe 251(5) L.I.R. ne trouvent pas application dans le cadre de clauses *shot gun* régulières. Toutefois, il faut comprendre que les présomptions énoncées au paragraphe 251(5) L.I.R. doivent être analysées d'une manière individuelle alors que, dans le cas du paragraphe 256(4) L.I.R., elles doivent être analysées comme si le tout était effectué simultanément. Bien que les concepts soient semblables, leur application est fort différente.

Ainsi, dans la situation où l'entente prévoirait qu'un tiers non résident pourrait acheter les actions, dans le cas du non-respect d'une clause de non-concurrence, pour une valeur nominale, l'entreprise pourrait perdre son statut de SPCC ainsi que toutes les incidences inhérentes à cette perte de statut, soit la perte de la possibilité de réclamer la DGC, la DPE, les crédits d'impôt à la RS & DE majorés, etc.

5.2.2. Sociétés rattachées

L'émission de différentes catégories d'actions dans le cadre d'un regroupement, d'un remaniement ou d'un financement peut avoir également des incidences insoupçonnées relativement à certaines règles, telles que la notion de « sociétés rattachées ». Cette notion est importante aux fins de la détermination de l'impôt de la partie IV L.I.R. lorsque, par exemple, des

²³ AGENCE DU REVENUE DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-419R2, « Sens de l'expression "sans lien de dépendance" », 10 juin 2004, par. 17.

dividendes sont versés entre deux sociétés. La notion de sociétés rattachées est également importante dans le cadre de la qualification de certains actifs aux fins de la DGC, puisque sont incluses dans les actifs utilisés activement dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise les actions et les dettes d'une autre société qui est rattachée à cette dernière et qui respecte également les différents critères.

En conséquence, si les actions sont transférées à une société, ou si des avances sont effectuées à une autre société qui n'est pas une société rattachée, ces placements sont automatiquement considérés comme exclus des actifs admissibles aux fins de la notion de SEPE utilisés aux fins de la DGC.

Il existe une présomption permettant à une société d'être rattachée au paragraphe 186(2) L.I.R., mais cette présomption ne trouve pas application dans le cadre de l'application de la DGC. Ainsi, pour être rattachée, une société doit :

- être contrôlée par une autre société ou posséder plus de 10 % des actions émises comportant plein droit de vote en toute circonstance; et
- posséder plus de 10 % des actions dont la JVM représente plus de 10 % de la JVM de toutes les actions émises du capital-actions.

Ici, lorsqu'on fait référence aux actions comportant un droit de vote, il est clair que nous ne parlons pas du nombre de votes, mais bien du nombre d'actions comportant un droit de vote.

De plus, les actions qui comportent des droits de vote restreints ne sont pas considérées dans l'évaluation du 10 %.

Nous avons juste à penser que si M. A détient 100 % des 100 actions de catégorie « A » qui comportent 10 votes par action, et qu'il existe 1 000 actions de catégorie « B » émises comportant un droit de vote par action détenue par d'autres contribuables, le critère indiquant qu'il faut détenir plus de 10 % des actions avec droit de vote n'est pas respecté, étant donné que M. A détient 100 actions sur 1 100 actions comportant un droit de vote. Cependant, en matière de votes, M. A détient 50 % des votes de la société. Si M. A détenait plutôt 120 actions de catégorie « B » et aucune action de catégorie « A », ce critère de plus de 10 % serait respecté car, bien qu'il ne détienne que 6 % des votes de la société, il détient plus de 10 % des actions comportant des droits de vote.

En ce qui concerne la JVM des actions, si le contribuable détient 1 000 actions de catégorie « B » qui sont des actions sans droit de vote, non participatives, ayant une valeur de 100 000 \$ et aucune action de catégorie « A » avec droit de vote et participatives dont la JVM est de 1 000 \$, le critère de 10 % de la JVM est respecté, même si le contribuable ne détient aucune action participative.

Par contre, il faut être conscient que, dans le cas où le contribuable ne détient aucune action participative, il pourrait perdre son statut de société rattachée si l'entreprise prenait rapidement une augmentation de valeur, faisant en sorte que la valeur des actions privilégiées ne soit plus suffisante, ou dans le cas du rachat progressif des actions privilégiées.

5.3. AUTRE OPTION

Reprenons l'exemple de M. Lavie et de son partenaire. Puisque M. Lavie ne contrôle pas Âmes Sœurs (détenant seulement 50 % des votes par le biais de sa société de gestion), Gestion doit donc respecter ces critères afin que les dividendes qu'elle recevra ou qui lui seront attribués par l'intermédiaire de la fiducie puissent être reçus sans incidences fiscales.

Lors de la mise en place d'une réorganisation, une révision de la structure sur une base régulière permet d'éviter la perte d'avantages fiscaux importants pour notre client.

6. CROISSANCE D'ÂMES SŒURS

Dans le cadre de la croissance significative d'Âmes Sœurs, la tierce partie a demandé à M. Lavie s'il lui permettait de procéder à une cristallisation de sa DGC, ce qui impliquerait certaines modifications dans la structure actuelle de la société. Dans ce cadre, il a donc été suggéré au tiers de cristalliser le tout en transférant ses actions à une société de gestion qu'il détient afin d'éviter des modifications au sein d'Âmes Sœur directement.

6.1. INCIDENCES

6.1.1. Remaniement en capital

Dans le cas où nous aurions utilisé l'article 86 L.I.R. pour procéder au gel successoral en cristallisant la DGC sur les actions reçues du tiers, puisque l'actionnaire n'a pas de lien de dépendance avec la société, le CV des actions reçues dans le cadre du transfert devrait, en vertu du droit des sociétés, être égal à la JVM. Ainsi, il en découlerait l'application d'un

dividende présumé, à la suite de l'application du paragraphe 84(1) L.I.R. En conséquence, aucun G/C ne serait réalisé, mais plutôt un dividende serait imposable entre les mains du particulier.

L'utilisation de l'article 86 L.I.R. peut avoir d'autres incidences fiscales importantes. En effet, lorsque, dans le cadre d'une réorganisation de sociétés, la JVM des biens reçus en contrepartie des anciennes actions est inférieure à la JVM des actions détenues antérieurement, et qu'il est raisonnable de considérer cet excédent comme un avantage que le contribuable voulait voir conféré à une autre personne qui lui est liée (ce qui serait le cas lorsqu'un remaniement est effectué dans le cadre d'un gel successoral en faveur d'une émission d'actions à des membres de la famille), il pourrait y avoir double imposition. En effet, le contribuable serait présumé avoir disposé des anciennes actions à leur coût indiqué, en plus de l'avantage qu'il aurait voulu voir conféré à d'autres personnes liées; le coût des nouvelles actions étant également réduit du montant de cet avantage. En conséquence, au moment de la disposition éventuelle des actions, il y aura à nouveau imposition sur cet avantage.

6.1.2. Roulement en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R.

L'application de l'article 86 L.I.R. fait en sorte que le PBR des actions échangées est réparti en proportion de la JVM des actions reçues en échange. Il est alors impossible de choisir à quelle catégorie d'actions attribuer le coût. Or, lorsqu'on regarde l'application de l'article 85 L.I.R. dans le même genre de situation, les règles fiscales font en sorte que le PBR est attribué aux actions privilégiées jusqu'à concurrence de la JVM de ces actions et le solde est attribué aux actions ordinaires. En conséquence, dans la situation où des actions ordinaires et privilégiées sont émises en contrepartie d'autres actions, le paragraphe 85(1) L.I.R. nous permet de concentrer le PBR sur les actions privilégiées.

6.2. AUTRE OPTION

Ainsi, lorsque des actions privilégiées et ordinaires sont émises, étant donné que l'article 85 L.I.R. a préséance sur l'article 86 L.I.R. en vertu du paragraphe 86(3) L.I.R., il est préférable de procéder par l'article 85 L.I.R.

En ce qui concerne le CV, dans l'une ou l'autre des situations, il peut être attribué aux actions que l'on désire, tant qu'on respecte la condition voulant que le total du CV des nouvelles actions ne dépasse pas le total du CV des anciennes actions moins la JVM de la contrepartie reçue autre qu'en actions.

Une cristallisation par voie interne comporte donc certains risques. Toutefois, lorsque cela est réalisable, elle permet d'une manière beaucoup plus pratique dans la situation du tiers d'en bénéficier directement lors d'une vente subséquente sans compliquer la transaction éventuelle. En effet, dans la présente situation, compte tenu de la création d'une société de gestion, si ce dernier voulait bénéficier de sa DGC, il faudrait donc vendre cette société de gestion dans le cadre de la transaction afin qu'il puisse directement encaisser sa DGC.

7. RÉORGANISATION DE SOCIÉTÉS ET VENTE D'ÂMES SŒURS

7.1. SUCCÈS D'ÂMES SŒURS, LA SUITE...

La société Âmes Sœurs et le développement d'un produit exceptionnel résultant de la RS & DE effectuée par le partenaire de M. Lavie ayant connu un succès retentissant, un tiers souhaite se porter acquéreur d'Âmes Sœurs et, dans ce cadre, M. Lavie désire mettre en place une réorganisation de sociétés qui permettra de réduire les impôts du groupe à la suite de cette disposition.

7.2. INCIDENCES

7.2.1. Augmentation du CV

Dans ce genre de situation, une des premières préoccupations est de bénéficier de la DGC et de reporter les impôts, le plus loin possible dans le temps. Il est souvent recommandé de calculer le revenu protégé d'une société afin de reporter l'impôt plus tard, car il permet de verser un dividende sans incidences entre sociétés. Il est donc suggéré d'augmenter le CV des actions participatives d'un montant correspondant au revenu protégé qui dépasse, dans le présent exemple, 5 M\$, puis de vendre les actions.

Lorsque ce genre de proposition est effectué, il faut faire attention à certains points qui peuvent avoir des incidences importantes.

En effet, en vertu de l'alinéa 53(1)b) L.I.R., dans la situation où un dividende est versé qui est déductible, mais qui découle de la conversion d'un surplus d'apport en CV, le PBR des actions n'est pas augmenté de ce dividende présumé. En conséquence, quand on dispose de ses actions subséquemment à l'augmentation du CV, il y a alors imposition sur cette plus-value sous forme de G/C.

Toutefois, les autorités fiscales ont indiqué que la conversion de BNR versés sous forme d'augmentation du CV n'est pas visée par cette règle, ce qui fait en sorte que les actions qui profitent d'une augmentation du CV augmentent, à leur tour, le PBR de ce montant.

Dans notre exemple, on ne doit donc pas augmenter le CV d'un montant supérieur au revenu gagné, sinon cet alinéa pourrait trouver application.

7.2.2. Actions privilégiées imposables

Un autre problème pourrait être insoupçonné dans ce type de transaction. En effet, si les actions qui ont été émises à M. Lavie et la tierce partie au sein d'Âmes Sœurs sont considérées comme des actions privilégiées imposables, ou des actions privilégiées à court terme (en raison de l'adoption de certains droits de conversion, par exemple), cela pourrait avoir des incidences sur les transactions projetées.

L'impôt de la partie VI.1 L.I.R. doit être analysé.

Le paragraphe 191(2) L.I.R. indique que l'impôt de la partie VI.1 ne s'applique pas lorsque la personne est liée à la société ou dans la situation où l'actionnaire détient plus de 25 % des votes et de la valeur de l'entreprise. Ce critère doit être respecté immédiatement avant le paiement de dividende. De plus, il doit être analysé sans considérer les actions privilégiées imposables.

Dans notre exemple, le fait que la société de gestion ne détienne que 11 % des actions avec droit de participation, le solde étant détenu par une fiducie, le critère du 25 % n'est pas respecté. En conséquence, si nous ne pouvons nous en remettre à la notion de « participation importante » une autre exception existe pour la première tranche de 500 000 \$ de dividende versé sur une base annuelle. Âmes Sœurs pourra alors être assujettie à un impôt de 25 % sur les dividendes qu'elle a versés en excédent de 500 000 \$.

Une autre exception existe au paragraphe 191(4) L.I.R. et permet d'exclure le dividende de l'application de l'impôt de la partie VI.1 L.I.R. D'une manière générale, elle vise les gels successoraux.

En effet, le paragraphe 191(4) L.I.R. indique que, lorsque des actions ordinaires sont converties en actions privilégiées qui ne sont pas des actions privilégiées imposables, le dividende réputé lors du rachat n'est pas visé par l'impôt de la partie VI.1 L.I.R. Toutefois, cette exception ne s'applique pas dans le cas où des actions privilégiées imposables sont émises en contrepartie, ou encore lorsque les actions échangées sont des actions

privilégiées imposables. À ce sujet, il a été demandé aux autorités fiscales lors du congrès de l'Association de planification fiscale et financière (« APFF ») en 2007²⁴ si l'exception demeurerait en vigueur lorsque les actions privilégiées de catégorie « A » sont converties en actions privilégiées de catégorie « B » avec les mêmes caractéristiques.

Bien que les autorités fiscales ne semblent pas vouloir se prononcer expressément sur la question, en nous référant simplement au droit des sociétés pertinent, dans la situation où il n'y a aucun changement dans les caractéristiques des actions, nous pouvons donc penser que l'exception prévue à l'alinéa 191(4d) L.I.R. continuerait de s'appliquer, étant donné que les caractéristiques de l'action n'ont pas été modifiées. Toutefois, un doute persiste toujours relativement à ce genre de situation en fonction de cette réponse des autorités fiscales. En conséquence, s'il y avait un remaniement du capital-actions et échange des actions émises à la suite du gel successoral, il existerait un risque potentiel d'imposition en vertu de l'impôt de la partie VI.1 L.I.R.

7.2.3. Impôt minimum de remplacement

Dans le cas où la DGC est utilisée, il y a lieu de vérifier les incidences de l'impôt minimum de remplacement (« IMR »). En effet, si M. Lavie réalise sa DGC sur un montant de 750 000 \$ au cours d'une même année financière, un IMR pourrait être exigible et varier entre 40 000 \$ et 50 000 \$ selon le niveau de la rémunération du contribuable²⁵. À ce sujet, s'il existe une possibilité de reporter le G/C par une provision ou d'effectuer la transaction sur deux années civiles, les incidences de l'IMR seraient réduites considérablement.

7.3. AUTRE OPTION

Il faut également s'interroger dans ce genre de situation sur la possibilité de créer un report de G/C en vertu de l'article 44.1 L.I.R. Cependant, cela n'est possible que sur des actions ordinaires qui ont été émises du Trésor. Ce questionnement doit donc avoir lieu lors de la mise en place de la structure et être prévu dès le départ.

²⁴ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 50:1-100, question 19, aux pages 50:48-49.

²⁵ Pierre FLEURY, « Développements récents et nouveautés en matière de réorganisation privée », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 3:1-48.

8. LA RELÈVE

8.1. LES ENFANTS VIEILLISSENT...

Les deux enfants les plus âgés de M. Lavie prennent une part active dans la société et représentent une bonne relève. M. Lavie désire donc, afin de les encourager, leur transférer directement des actions pour les inciter à participer encore plus à l'entreprise.

Vous décidez donc que la fiducie familiale attribuera 10 % des actions de Célibat directement aux deux enfants afin d'atteindre cet objectif.

Une fois ce transfert effectué, les actions font partie du patrimoine distinct de chaque enfant.

8.2. INCIDENCES

8.2.1. Mariage

L'enfant maintenant devenu grand peut décider de se marier. Si aucun contrat de mariage n'avait été préparé et qu'un divorce survenait, cela pourrait entraîner des conséquences graves. En effet, une partie de la valeur de l'entreprise que M. Lavie avait transférée à ses enfants appartiendrait maintenant à l'ex-conjointe.

Pour éviter ce genre de désagrément, il serait préférable qu'au moment où les actions sont remises aux enfants, que ces derniers les transfèrent immédiatement dans une fiducie de protection d'actifs dont le père et l'enfant en seraient les fiduciaires.

En agissant ainsi, le père s'assure de garder un certain contrôle sur les actifs et le patrimoine qu'il a transférés à son enfant et s'assure, d'une certaine manière, d'augmenter la protection de ce patrimoine à l'encontre des décisions émotives que l'enfant pourrait prendre au cours de sa vie.

8.2.2. Transfert aux employés clés

M. Lavie avait émis antérieurement des options d'achat d'actions à certains de ses employés clés. Puisqu'ils font activement partie de sa relève, il décide de vendre directement des actions à ces mêmes employés clés.

Dans ce genre de situation, si les actions émises sont de la même catégorie que celles acquises à la suite de l'exercice des options d'achat

d'actions, des incidences fiscales peuvent survenir. En effet, dans la situation où un employé effectue un transfert d'actions à une société de gestion, tel qu'il a été indiqué précédemment, il y aurait réalisation de l'avantage imposable en vertu de l'article 7 L.I.R. au moment du transfert.

Ainsi, avant la vente des actions à l'employé, il y aurait lieu, si cela est requis, d'effectuer une modification du capital-actions afin d'émettre aux employés des actions d'une catégorie différente de celles qu'ils ont acquises à la suite de l'exercice d'options d'achat d'actions, pour leur permettre d'isoler ces actions.

Dans le cas où les actions sont de même catégorie, il faut appliquer la règle *First in First out* (« FIFO »). Cette règle fait en sorte que les premières actions présumées être transférées seraient les actions émises en vertu des options d'achat d'actions, étant donné qu'elles ont été émises en premier, ce qui impliquerait la réalisation immédiate de leur avantage imposable.

9. LA FIN DES PLAISIRS CONTINUS

9.1. QUAND LES PLAISIRS S'ESTOMPENT

Gestion a effectué plusieurs avances sous forme d'actions privilégiées à sa filiale Plaisirs continus afin de l'aider à financer sa croissance au cours des premières années. Plaisirs continus a versé des dividendes à Gestion durant les dernières années. Pendant ce temps, Plaisirs continus a réalisé des G/C et effectué des choix afin de verser des dividendes provenant du compte de dividendes en capital (« CDC ») à Gestion. Après quelques années, ces actions ont subi une baisse importante de la valeur, à la suite d'un reportage qui indiquait que cette société vendait des produits en faisant des déclarations mensongères aux clients (performance exagérée, résultat non obtenu, etc.). Les actions privilégiées sont donc rachetées pour un montant moindre que la valeur nominale.

9.2. INCIDENCES

9.2.1. Perte en capital

La perte réalisée à la suite de la disposition de ces actions pourrait être refusée en vertu du paragraphe 112(3) L.I.R. En effet, la perte doit être réduite des dividendes déductibles reçus et des dividendes provenant du CDC qui ont été versés sur ces actions. Toutefois, dans la situation où les versements de dividendes auraient été effectués, par exemple les actions ordinaires, sur d'autres actions, la P/C ne serait alors pas réduite.

Nous constatons donc que l'attribution adéquate de dividende pourrait faire en sorte de maintenir la P/C réalisée à la disposition des actions privilégiées émises dans le cadre des transactions projetées.

Cette règle de minimisation de pertes s'applique également dans le cas où des actions ont été émises à la suite des échanges d'actions en vertu des articles 51 ou 86 L.I.R.

9.3. AUTRE OPTION

Ainsi, lorsque l'on utilise des actions privilégiées dans le cadre d'un financement, il est important d'éviter de verser des dividendes, afin de pouvoir bénéficier d'une PTPE ou d'une P/C, advenant une disposition de ces actions à perte.

En pratique, il est avantageux d'attribuer les dividendes aux actions qui ont un coût très faible ou de créer des actions discrétionnaires qui peuvent recevoir ces dividendes et sur lesquelles aucune perte ne pourrait être réalisée, s'il y avait disposition.

10. FUSION

10.1. FUSION PROVOQUANT DU PLAISIR...

Au début de sa carrière avant 1995, M. Lavie avait investi dans la société Provocante inc. (« Provocante ») avec un partenaire dans le domaine du tissu. Dans ce cadre, une CUA avait été signée entre les parties et prévoyait la souscription à une police d'assurance vie pour le rachat des participations, advenant le décès de l'un ou l'autre des partenaires, police qui a été souscrite seulement en 2000.

M. Lavie désire fusionner cette entreprise avec Point 06 Accompagnement Mondain inc. (« Point 06 »), étant donné que Provocante est devenue l'un des fournisseurs importants de Point 06 et désire en reprendre le contrôle.

Dans le cadre d'une entente, ces deux sociétés ont fusionné. À première vue, cette fusion, outre l'implication d'une fin d'année financière pour chacune des sociétés, provoquera un changement de contrôle pour Provocante. Il pourra y avoir également d'autres types d'incidences.

10.2. INCIDENCES

10.2.1. Police d'assurance vie

Les règles sur la minimisation des pertes prévues à l'article 112(3.2) L.I.R., ont été adoptées en avril 1995, afin de réduire les avantages reliés aux polices d'assurance vie²⁶.

Des règles transitoires encore en vigueur permettent d'utiliser les anciennes règles qui existaient avant avril 1995 et le maintien d'avantages importants.

Par exemple, dans la situation où une police d'assurance vie est souscrite par la société, et qu'un des actionnaires décède, cela permet à la société d'encaisser le produit d'assurance vie. Si le bénéficiaire de l'assurance vie rachète les actions détenues par la succession en effectuant les choix permis afin que le dividende présumé lors de ce rachat provienne du CDC, selon les anciennes règles, il n'y a aucune incidence fiscale pour l'actionnaire décédé sur le montant qu'il perçoit. En effet, la P/C réalisée par la succession à la suite de ce rachat et la réception d'un dividende provenant du CDC fait en sorte que cette perte peut être reportée en vertu du paragraphe 164(6) L.I.R., à l'encontre du gain réalisé dans la déclaration du décédé, ce qui vient annuler le revenu imposable dans la déclaration du défunt.

En vertu des nouvelles règles, la perte réalisée par la succession est réduite, ce qui a pour conséquence que la perte reportée en vertu du paragraphe 164(6) L.I.R. sera réduite de moitié, laissant ainsi un revenu imposable dans les mains du décédé.

²⁶ Claudine PUGLIÈSE, « Planification testamentaire », dans *Colloque – La planification financière du propriétaire d'entreprise – Gel successoral et fiducie*, 144, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 4:1-39; P. Mario CHARPENTIER et Daniel LACHAPPELLE, « Nouvelles règles de restriction des pertes en capital lors d'un rachat d'actions dans le cadre d'un décès », dans *Colloque – Planification testamentaire et conventions entre actionnaires : les nouvelles réalités*, 77, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1996, pp. 2:1-52 et Philippe-Antoine MORIN, « Incidences des conventions entre actionnaires sur le contrôle des sociétés et sur les liens entre entités », dans *Colloque – Planification successorale, relève d'entreprise et convention entre actionnaires*, 166, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 2:1-39.

Lorsqu'on parle de règles transitoires concernant ce sujet, il en existe deux, à savoir :

- soit qu'une police d'assurance vie existait avant le 27 avril 1995 et qu'il était raisonnable de conclure que l'une des raisons pour lesquelles on avait souscrit à une telle police était d'utiliser le produit d'assurance pour financer l'achat des actions;
- lorsqu'il existait une convention qui prévoyait le rachat des actions d'un décédé en utilisant un produit d'assurance vie, mais qu'aucune police n'avait encore été souscrite au 27 avril 1995, les règles transitoires pouvaient également s'appliquer. Par contre, dans cette situation, les autorités fiscales nous ont indiqué lors du congrès de l'APFF en octobre 1996²⁷ que toute modification apportée à la convention serait probablement considérée comme donnant lieu à une nouvelle convention et, par conséquent, à la perte de ces règles transitoires. De plus, à la réunion annuelle de CALU en 1997²⁸, l'ARC a indiqué qu'un *addenda* à une convention existante pouvait également faire perdre le bénéfice de ces règles transitoires.

L'ARC a d'ailleurs précisé dans un document²⁹ que les actions substituées à la suite d'un échange d'actions, d'un remaniement de capital-actions, d'un roulement ou d'une fusion ne seraient pas admissibles aux règles transitoires. En conséquence, toute transaction ou réorganisation qui touche le capital-actions pourrait faire perdre le bénéfice de ces règles.

Cependant, il faut être conscient qu'il sera de plus en plus difficile au cours de la vie d'une entreprise de ne pas perdre ce bénéfice. Il faut toutefois penser à mettre en place d'autres planifications afin de minimiser les incidences négatives.

En effet, par exemple, prévoir un simple transfert des actions au conjoint et le rachat subséquent de ces actions à même le produit d'assurance vie nous permet d'atteindre les mêmes objectifs.

²⁷ « Table ronde sur la planification successorale et l'assurance-vie », dans *Congrès 96*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1997, pp. 47:1-61.

²⁸ « Tax Policy Round Table », dans *CALU Report*, Conference for Advanced Life Underwriting, 1^{er} août 1997.

²⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 12, 11 février 1998; ce document est maintenant archivé.

Dans la situation de M. Lavie, la fusion fait perdre le bénéfice des règles transitoires. Ainsi, au lieu d'effectuer une fusion, les actions de Point 06 auraient pu être transférées par voie de roulement fiscal à Provocante et, par la suite, une liquidation de Point 06 aurait pu être effectuée. En conséquence, cela permettrait donc aux règles transitoires de se perpétuer.

10.2.2. Options d'achats d'actions – Incidences

Des options d'achat d'actions avaient par ailleurs été octroyées à certains employés clés de Point 06. Dans le cas de la fusion, ces options seront donc échangées contre des options de la nouvelle société et, dans le cas de la liquidation, pour protéger les droits acquis relativement au produit d'assurance vie, les options devront être échangées contre des options de la nouvelle société mère.

Dans ce cadre, il faut faire attention aux critères énoncés aux paragraphes 7(1.4) et 7(1.5) L.I.R. afin d'éviter de provoquer la réalisation d'avantages imposables reportés sur ces différents titres pour les employés. Cela pourrait être le cas dans la situation où autre chose que des actions ou des options sont émises en contrepartie des options, telles que le versement d'un paiement forfaitaire, ou encore si la valeur globale des nouveaux titres émis après l'échange dépasse celle des anciens titres immédiatement avant cet échange.

10.3. INCIDENCES

Dans le cadre d'un regroupement, lorsqu'il existe des options d'achat d'actions en circulation, ou que des actions ont été émises à la suite de l'exercice d'options, il faut donc porter une attention particulière aux biens qui sont reçus en échange des anciens titres, afin d'éviter toute incidence fiscale négative pour les employés.

11. RETRAITE

11.1. ENFIN LA RETRAITE!

M. Lavie a reçu une offre pour vendre l'ensemble de son entreprise, ce qui lui permettrait donc de réaliser un G/C de plus de 10 M\$. Il vous demande donc de voir s'il y a une possibilité de reporter l'imposition de son gain, puisqu'il n'a plus de DGC disponible.

11.2. INCIDENCES

11.2.1. Report du gain en capital

11.2.1.1. Actions ordinaires

Dans ce cadre, il y a lieu de se demander si les actions sont admissibles au report du G/C prévu à l'article 44.1 L.I.R. Seules les actions ordinaires (avec droit de participation) peuvent être admissibles à ce report de gain, à condition qu'elles aient été émises directement du Trésor.

Donc, dans la situation où les actions avec droit de participation ont été transférées d'une entité à une autre, le gain réalisé sur ces dernières n'est pas admissible. De même que les actions ordinaires émises dans le cadre du gel et qui sont par la suite vendues à une fiducie, les actions détenues par la fiducie ne sont pas admissibles à ce report.

Dans le cadre d'une réorganisation en vertu de laquelle des actions ordinaires sont échangées, soit en vertu des articles 51 85, 86 ou 87 L.I.R., en contrepartie d'autres actions ordinaires, les conditions seraient respectées. De plus, il y aurait alors une présomption de continuité pour les 185 jours nécessaires afin que les actions puissent être admissibles au report d'impôt en vertu de l'article 44.1 L.I.R. Dans la situation où des actions autres qu'ordinaires sont émises, la présomption de continuité n'existerait pas.

En ce qui concerne la définition d'« action ordinaire », aux fins de l'admissibilité du report, il faut se référer à l'article 6204 R.I.R. Aux fins du règlement, on indique qu'un dividende sur cette catégorie ne peut pas être limité à un montant maximal ou minimal par une formule ou, autrement, que l'action ne peut pas être convertie en une action ne possédant pas les mêmes critères, ou encore, par exemple, que la société n'a pas un droit conditionnel de racheter les actions autrement qu'à leur JVM. Lorsque nous examinons la CUA de Plaisirs ou d'Âmes Sœurs, la société a le droit de les acquérir à un montant moindre que cette JVM, par exemple, dans le cas de faillite, de mise à pied avec cause ou de fraude. Ces actions ordinaires ne respecteraient pas alors les critères aux fins de l'admissibilité au report du G/C.

Pour qualifier les actions à ce report, les critères sont excessivement sévères. Il faut donc garder ces conditions à l'esprit et, lorsque c'est possible, tâcher d'effectuer des réorganisations en conséquence.

Dans notre exemple, les actions émises à la fiducie dans Célibat pourraient être admissibles.

11.2.1.2. Société exploitant une petite entreprise

De plus, pour être admissibles à ce report, il faut également que les actions soient des actions d'une SEPE, c'est-à-dire que la totalité ou presque des actifs soient des actifs utilisés principalement dans le cadre de l'entreprise exploitée activement par une société.

Il est donc important dans le cadre d'une réorganisation d'effectuer une purification continue afin de pouvoir un jour bénéficier de ce report d'impôt de G/C. Si nous retardons trop sa mise en place, ce critère ne sera pas respecté.

CONCLUSION

Toute forme de réorganisations peut avoir des incidences insoupçonnées sur les points suivants, à savoir :

- le statut de SPCC;
- les règles d'association;
- la DGC;
- la réalisation des avantages relatifs aux options d'achat d'actions;
- la détermination ou le refus d'une perte latente;
- l'application des règles d'attribution;
- l'application de certaines règles antiévitement;
- la possibilité de bénéficier du report de G/C;
- la réalisation de bénéfices futurs;
- la réalisation immédiate de revenus imposables.

Tous ces éléments confirment la complexité de nos lois fiscales et exigent une bonne réflexion et une connaissance approfondie de l'ensemble de la loi afin d'éviter des conséquences insoupçonnées.

Comme le dirait si bien M. Lavie, vivons le moment présent en y prenant un grand plaisir sans toutefois « tourner les coins ronds ». Donnons-nous pleinement tout en pensant au lendemain. Et soyons heureux!

SOMMAIRE DES PIÈGES À ÉVITER

1) Règles d'association

- Présomption de détention
- Actions exclues

2) Règles d'attribution

- Test SEPE continu
- Transfert de bien
- Conjoint

3) G/C

- Transfert d'actifs à une société
- Règlement 6205 de la *Loi sur les impôts*³⁰
- Report du G/C
- Article 84.1, paragraphes 55(2) et 55(3) L.I.R.
- Test à respecter
- Nature du bien (art. 54.2 L.I.R.) – Capital
- Impôt minimum

³⁰ L.R.Q., c. I-3 et mod.

4) Perte d'avantages

- Perte apparente
- Minimisation des pertes, paragraphes 40(3.4) et 112(3) L.I.R.
- PTPE
- Article 44.1 et choix paragraphe 50(1) L.I.R.

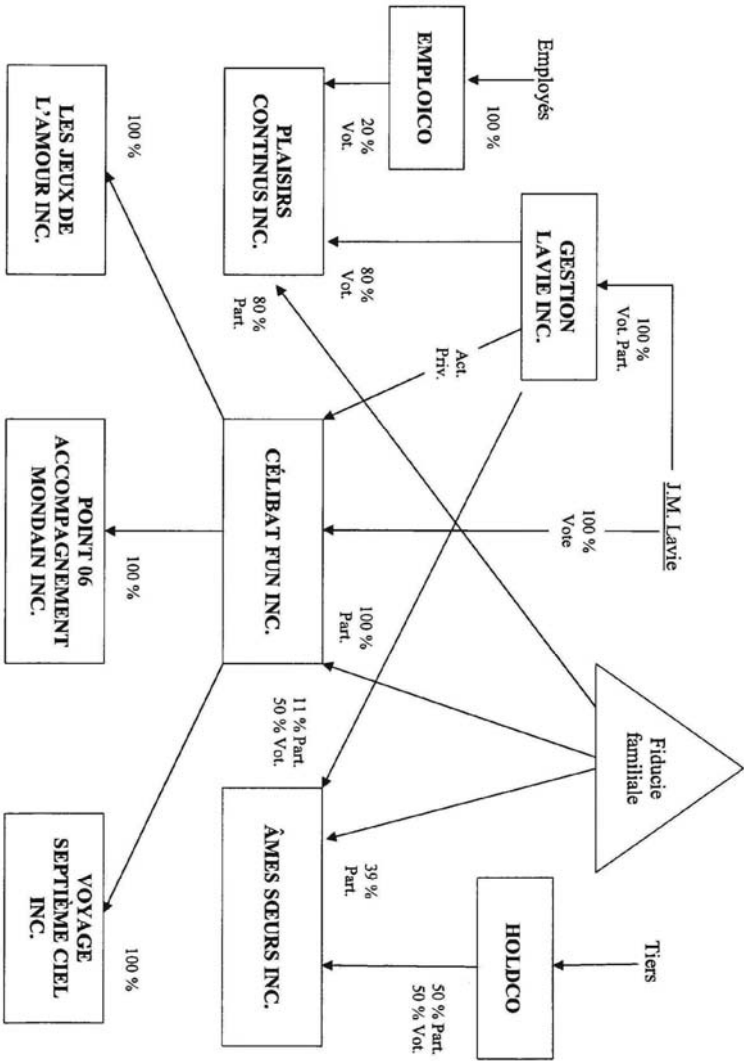
5) Impôt supplémentaire

- Partie VI.1 L.I.R.

6) Report du gain

- Article 44.1 L.I.R.
- Actions ordinaires
- Test SEPE en tout temps

STRUCTURE



IMPACT DES RÉGIMES MATRIMONIAUX DANS LES RÉORGANISATIONS DE SOCIÉTÉS



Julie Loranger
Notaire, TEP
BCF s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	24:3
1. PRÉSENTATION DU PREMIER CAS	24:4
2. COLLECTE DE L'INFORMATION NÉCESSAIRE	24:5
3. IMPACT DU RÉGIME MATRIMONIAL	24:5
3.1. QU'EST-CE QU'UN RÉGIME MATRIMONIAL?	24:5
3.2. EXEMPLE DE LA COMMUNAUTÉ DE MEUBLES ET D'ACQUÊTS	24:6
3.3. COUP D'ŒIL SUR LA COMMUNAUTÉ DE MEUBLES ET D'ACQUÊTS	24:7
3.4. ANALYSE DES CONSÉQUENCES DU RÉGIME MATRIMONIAL SUR LE CAS PRATIQUE	24:9
3.5. Y A-T-IL ENCORE DES GENS MARIÉS EN COMMUNAUTÉ DE MEUBLES ET D'ACQUÊTS?	24:10
3.6. LA DÉCOUVERTE DE CE QU'EST UN RÉGIME MATRIMONIAL	24:11

3.7.	SITUATIONS OÙ LES RÈGLES DE COMMUNAUTÉ DE MEUBLES ET D'ACQUÊTS ENTRENT EN CONFLIT AVEC LES PLANIFICATIONS FINANCIÈRES ET TESTAMENTAIRES	24:13
4.	QUELQUES NOTIONS DE BASE EN DROIT MATRIMONIAL : DISTINCTION ENTRE LE PATRIMOINE FAMILIAL ET LE RÉGIME MATRIMONIAL	24:14
4.1.	PARALLÈLE AVEC LA CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES	24:14
4.2.	ORIGINE DE LA CONFUSION	24:14
4.3.	CHAMP D'APPLICATION DU RÉGIME MATRIMONIAL	24:18
5.	IMPACT DU RÉGIME DE LA SÉPARATION DE BIENS SUR LES GENS D'AFFAIRES	24:19
6.	QUELQUES RECOURS DÉCOULANT DU DROIT COMMUN	24:19
7.	CHANGEMENT DE RÉGIME MATRIMONIAL	24:21
8.	RETOUR AU CAS PRATIQUE ET COMMENTAIRES SUR L'UTILISATION DU LEGS CONDITIONNEL	24:25
9.	L'UTILISATION DE LA DONATION IRRÉVOCABLE DU VIVANT DES ÉPOUX COMME OUTIL DE PLANIFICATION	24:26
10.	EMBÛCHES LIÉES AU LEGS D'ACTIONS	24:29
11.	PRÉSENTATION DU DEUXIÈME CAS PRATIQUE	24:30
12.	COUP D'ŒIL SUR LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS	24:32
12.1.	NOTIONS DE BASE SUR LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS	24:32
12.2.	RETOUR À NOTRE CAS PRATIQUE	24:33
13.	GENS D'AFFAIRES ET CONJOINTS DE FAIT	24:36
13.1.	LA SITUATION DES CONJOINTS DE FAIT AVANT L'AFFAIRE <i>LOLA</i>	24:37
13.2.	LA SITUATION DES CONJOINTS DE FAIT À LA SUITE DE L'AFFAIRE <i>LOLA</i>	24:39
	CONCLUSION	24:42

INTRODUCTION

Plusieurs facteurs expliquent l'indifférence des conseillers et des gens d'affaires relativement aux effets des droits matrimoniaux sur les entreprises, lors de la mise en place de réorganisations fiscales et de sociétés.

Pendant la durée de l'union, il existe peu de règles susceptibles d'éveiller l'intérêt des gens d'affaires ou de leurs associés. Le consentement du conjoint est rarement requis dans ces circonstances¹. Fait encore plus surprenant, plusieurs entrepreneurs ne connaissent pas leur régime matrimonial, car ils se sont mariés dans un autre pays alors qu'ils y étaient domiciliés ou encore les époux étaient domiciliés dans des juridictions différentes au moment de leur mariage².

D'un point de vue pratique, il est rare de rencontrer des conseillers juridiques exerçant à la fois en droit matrimonial et en droit des sociétés. Ce fossé a parfois comme résultat de conduire à des situations difficiles lorsque survient la dissolution du mariage.

Le but du présent texte n'est pas de donner un exposé exhaustif sur tous les droits découlant du mariage ou d'une union de fait, mais plutôt d'illustrer à l'aide de cas pratiques l'importance d'examiner ces droits lors d'une réorganisation de sociétés et, de façon plus générale, d'en tenir compte lorsqu'on conseille des gens d'affaires.

¹ Pour la communauté de meubles et acquêts, voir *infra*, section 3.3 du présent texte. Pour la société d'acquêts, voir *infra*, section 12 et suiv.

² Les questions touchant ce genre de situations sont régies par les règles complexes de conflits de lois prévues aux articles 3076 et suivants du *Code civil du Québec* (L.Q. 1991, c. 64) (« C.c.Q. »). À titre d'exemple, une personne domiciliée au Québec qui s'est mariée aux Indes en 1975 avec une personne alors domiciliée aux Indes, sans signer de contrat de mariage, dont le premier domicile commun serait le Québec serait régie par le régime de la société d'acquêts et non celui des Indes. Cette conclusion est basée sur l'article 3123 C.c.Q., édictant ceci :

« Le régime matrimonial ou d'union civile des conjoints qui se sont unis sans passer de conventions matrimoniales ou d'union civile est régi par la loi de leur domicile au moment de leur union. Lorsque les conjoints sont alors domiciliés dans des États différents, la loi de leur première résidence commune s'applique ou, à défaut, la loi de leur nationalité commune ou, à défaut, la loi du lieu de la célébration de leur union. »

1. PRÉSENTATION DU PREMIER CAS

Voici le premier cas sur lequel nous nous attarderons.

- M. Ferron est propriétaire d'une entreprise.
- C'est une entreprise de structures d'acier fondée en 1970 portant le nom de Structures d'acier Ferron inc.
- M. Ferron est fier de ses 39 ans de succès en entreprise et de ses 42 ans de mariage.
- Il a deux enfants; un fils, Benoît, qui travaille au sein de l'entreprise et une fille, Valérie, qui est professeure et qui n'a jamais pris une part active dans l'entreprise.
- Aucun de ses enfants ne détient des actions de Structures d'acier Ferron inc.
- M. Ferron désire être équitable envers ses deux enfants, il veut laisser son entreprise à son fils, mais il ne veut pas que ses enfants possèdent des actions de son vivant afin de garder le contrôle.

Vous avez déjà abordé la possibilité de faire un gel successoral avec votre client, mais il n'est pas intéressé par cette option car il a suffisamment de liquidités pour payer l'impôt découlant de la disposition présumée à son décès prévue par les lois fiscales³.

L'intention de M. Ferron est de donner toutes ses actions à son fils Benoît lors de son décès, car son fils sera capable d'assurer la relève. Il désire par ailleurs donner le produit de son assurance vie à sa fille Valérie et tous ses autres biens à son épouse.

³ « L'article 70 (5) L.I.R. prévoit qu'un contribuable qui décède est réputé avoir disposé de chacune de ses immobilisations immédiatement avant son décès. Le produit de disposition réputé pour chacune des immobilisations et, en conséquence, le coût d'acquisition réputé pour le bénéficiaire correspondent à la juste valeur marchande (JVM) de chacune des immobilisations immédiatement avant le décès. » Luce SAMOISSETTE, « La fiscalité », *Répertoire de droit/Nouvelle série – Fiscalité – Doctrine – Document* 4, 1^{er} mai 2008, n° 184. Voir également nos 185 et suiv. du même texte.

M. Ferron vous donne une copie de son testament notarié, lequel prévoit un legs à titre particulier⁴ de la totalité des actions à Benoît, un legs à titre particulier du produit d'assurance vie en faveur de sa fille et le legs du résidu de tous ses biens meubles et immeubles à son épouse.

Par ailleurs, M. Ferron vous confirme que le résidu des biens (résidence principale et secondaire, régimes de retraite et placements hors régimes de retraite) a une valeur suffisante pour que son épouse vive confortablement après son décès tout en tenant compte de l'impôt payable au décès découlant du legs d'actions à son fils.

M^{me} Ferron a fait un testament notarié très simple chez un autre notaire prévoyant qu'elle laisse tous ses biens meubles et immeubles à ses deux enfants, en parts égales.

2. COLLECTE DE L'INFORMATION NÉCESSAIRE

À ce stade-ci, un conseiller doit se demander s'il détient toute l'information nécessaire pour être en mesure de bien conseiller son client.

Si le conseiller n'a pas tenu compte du régime matrimonial de M. Ferron, l'entrepreneur et ses conseillers sont tombés dans un piège commun : **l'ignorance de l'impact du régime matrimonial sur la planification proposée**. De fait, pour bien cerner le problème, il faudrait également tenir compte de l'impact du patrimoine familial sur la planification.

3. IMPACT DU RÉGIME MATRIMONIAL

3.1. QU'EST-CE QU'UN RÉGIME MATRIMONIAL?

Pour ceux qui ne sont pas des juristes, nous désirons tenter d'expliquer ce qu'est un régime matrimonial.

On peut décrire le régime matrimonial comme le système de règles prévoyant comment seront partagés les biens advenant un divorce ou un décès.

⁴ Voir nos commentaires au sujet des legs d'actions, faits à titre particulier, *infra*, section 10 du présent texte.

On peut aussi faire un parallèle avec une convention entre actionnaires (dans cette comparaison l'entreprise serait l'union économique et les conjoints seraient les coactionnaires). Les actionnaires se soucient du contenu de leur convention entre actionnaires au début de leur association et, ensuite, les actionnaires ne relisent souvent leur convention entre actionnaires qu'advenant un conflit. Lors de l'union de deux conjoints, les partenaires devraient également envisager les effets d'une possible séparation au début de leur union. Connaître ses droits permet de faire des choix éclairés au cours de la vie commune. La distinction la plus importante avec le droit des actionnaires est l'absence de règles applicables par défaut en droit des sociétés. Ainsi, advenant un conflit entre actionnaires et l'absence d'une convention régissant leurs droits, ceux-ci devront négocier une entente pour se sortir de l'impasse. La situation est fort différente pour les époux, car la loi impose un système de règles par défaut si les époux n'en ont pas choisi un.

Revenons maintenant à notre exemple.

3.2. EXEMPLE DE LA COMMUNAUTÉ DE MEUBLES ET D'ACQUÊTS

Dans notre cas pratique, M. Ferron s'est marié au Québec en 1968 sans signer de contrat de mariage devant un notaire. Il est donc marié en vertu du régime légal alors applicable, soit la communauté de meubles et d'acquêts (parfois appelée la « communauté de biens »). La loi prévoit en effet que tous les époux mariés au Québec avant le 1^{er} juillet 1970, sans signer de contrat de mariage, alors qu'ils étaient domiciliés au Québec, sont régis par ce régime matrimonial⁵.

⁵ L'article 432 C.c.Q. prévoit maintenant que « [les] époux qui, avant la célébration du mariage, n'ont pas fixé leur régime matrimonial par contrat de mariage sont soumis au régime de la société d'acquêts ». Toutefois, cet article s'applique uniquement aux époux mariés depuis le 1^{er} juillet 1970 (voir *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77). Pour un résumé des dispositions législatives applicables, voir Sylvie LEMAY, commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ), mars 2003, commentaires sur l'article 432 C.c.Q., Les Éditions Yvon Blais, EYB2003DCQ692 :

« Sous le Code civil du Bas Canada, les époux qui s'étaient mariés sans avoir fixé leur régime matrimonial par contrat de mariage étaient soumis aux dispositions régissant la communauté de meubles et acquêts [art. 1268 et suiv. du Code civil du Bas-Canada (« C.c.B.-C. »)]. Par la suite, le régime légal a été remplacé par celui de la société d'acquêts [art. 1260 C.c.B.-C.]. Toutefois, les dispositions régissant la communauté de meubles et acquêts sont demeurées applicables aux époux qui, le 1^{er} juillet 1970, étaient mariés sous le régime de la communauté légale [art. 1268, al. 3 C.c.B.-C.]. »

3.3. COUP D'ŒIL SUR LA COMMUNAUTÉ DE MEUBLES ET D'ACQUÊTS

La communauté de meubles et d'acquêts est un régime fort complexe⁶, mais nous n'aborderons ici que certains des grands principes pour définir les impacts possibles de la communauté de biens sur la situation de M. Ferron.

Essentiellement ce qui intéresse le plus les entrepreneurs sont les éléments suivants : est-ce que leur entreprise sera touchée par un divorce ou un décès? Est-ce que le consentement du conjoint doit être requis? À quel moment peut-on réclamer des droits?

La communauté de meubles et d'acquêts se divise en deux catégories de biens :

- i) les biens propres, qui ne seront pas assujettis au partage⁷ (à titre d'exemple seront des biens propres, les biens meubles donnés ou légués avec exclusion de la communauté (art. 1272(1) C.c.B.-C.⁸)) ou les immeubles acquis avant le mariage (art. 1275 C.c.B.-C.) ou encore le bien acquis en remploi d'un bien propre (art. 1278 C.c.B.-C);
- ii) les biens communs, qui sont susceptibles d'être partagés lors de la dissolution du mariage (en résumé les biens communs seront tous les biens qui ne sont pas des biens propres).

Nous n'entrerons pas dans la mécanique de la dissolution de ce régime matrimonial, mais il faut toutefois souligner qu'il existe un système de

⁶ Pour une étude de l'ensemble des règles régissant la communauté de meubles et acquêts, voir Guy LEFRANÇOIS, « Les conventions et les partages entre conjoints », *Répertoire de droit/Nouvelle série – Famille – Doctrine – Document* 3, 1^{er} septembre 2008, n^{os} 194 à 218; Roger COMTOIS, « La qualification des biens selon le régime matrimonial : la détermination du régime légal et le patrimoine familial », *Répertoire de droit – Famille – Doctrine – Document* 9, 1990, n^{os} 11 et suiv. Voir également Jean PINEAU et Danielle BURMAN, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1984, pp. 227 à 307. Il n'existe pas vraiment de doctrine récente sur la communauté de meubles et acquêts, toutefois, étant donné que les articles applicables ont été abrogés mais qu'ils continuent de s'appliquer aux gens régis par ce régime, la doctrine ci-dessus mentionnée demeure d'actualité.

⁷ J. PINEAU et D. BURMAN, *op. cit.*, note 6, pp. 233-243; R. COMTOIS, *loc. cit.*, note 6.

⁸ Les articles 1272 à 1425 C.c.B.-C. tels que modifiés par la *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77, continuent de s'appliquer aux époux mariés selon ce régime.

récompenses entre les biens propres et les biens communs lorsqu'un bien a été acquis en partie avec des biens propres et en partie avec des biens communs⁹.

Les biens communs se subdivisent eux-mêmes en deux catégories :

- i) les biens communs, aussi appelés les biens communs ordinaires;
- ii) les biens réservés, lesquels sont les biens communs gérés par l'épouse, constitués essentiellement des revenus du travail de l'épouse et des biens achetés à même ces revenus (art. 1425a) C.c.B.-C.). Ces biens seront assujettis au partage seulement si l'épouse accepte la communauté¹⁰.

En ce qui a trait à la gestion des biens de la communauté, le mari en est le seul administrateur tant et aussi longtemps que le mariage n'est pas dissous¹¹. Toutefois, le mari ne peut donner les biens de la communauté sans le concours de son épouse, sauf s'il s'agit de don d'usage (art. 1292, al. 3 C.c.B.-C.). Il ne peut aliéner ou hypothéquer un immeuble sans le consentement de son épouse, mais il pourra aliéner seul ses actions¹². En résumé dans notre cas, ce n'est pas très utile de savoir si M. Ferron a acquis les actions avant ou après son mariage, car les valeurs mobilières acquises avant le mariage ne sont pas des biens propres. Par ailleurs, il peut vendre ses actions sans l'intervention de son épouse, mais il ne peut les donner sans le consentement de son épouse.

Quant à l'épouse, elle peut administrer seule ses biens propres¹³ et ses biens réservés.

Il y aura dissolution de la communauté de meubles et d'acquêts dans les mêmes situations que pour la société d'acquêts¹⁴, c'est-à-dire s'il y a décès de l'un des époux, un changement conventionnel de régime matrimonial

⁹ J. PINEAU et D. BURMAN, *op. cit.*, note 6, pp. 288-292.

¹⁰ *Id.*, 248-249.

¹¹ Art. 1292 C.c.B.-C.

¹² J. PINEAU et D. BURMAN, *op. cit.*, note 6, p. 245.

¹³ *Id.*, 251.

¹⁴ *Id.*, 276-279.

pendant le mariage, lors de l'obtention d'un jugement en divorce, séparations de corps ou séparation de biens ou encore nullité du mariage¹⁵.

Lors de la dissolution de la communauté de meubles et d'acquêts, seule l'épouse a l'option d'accepter ou de refuser le partage de la communauté de meubles et d'acquêts (art. 1338 et 1353b) C.c.B.-C.). Si l'épouse accepte le partage de la communauté de meubles et d'acquêts, l'indivision se substitue au partage¹⁶.

Si l'épouse refuse le partage des biens communs, elle peut conserver la totalité de ses biens réservés (art. 1425f) C.c.B.-C) et de ses biens propres.

3.4. ANALYSE DES CONSÉQUENCES DU RÉGIME MATRIMONIAL SUR LE CAS PRATIQUE

Si nous appliquons ces quelques notions à notre cas, nous constatons que M. Ferron ne pourra jamais refuser la communauté de meubles et d'acquêts et seule M^{me} Ferron aura ce droit lors de la dissolution du mariage. M. Ferron peut vendre ses actions sans l'accord de M^{me} Ferron, mais il ne peut donner ses actions sans obtenir son consentement.

Au moment de la dissolution du mariage (par décès dans notre cas) si M^{me} Ferron prend la décision d'accepter le partage de la communauté de meubles et d'acquêts, elle se retrouvera propriétaire indivise, rétroactivement depuis le début du mariage, de tous les biens communs. M^{me} Ferron deviendra alors la propriétaire de la moitié de toutes les actions. Comme M. Ferron ne peut léguer plus de droits qu'il en a, son legs n'aura d'effet que sur la moitié indivise des actions.

Les conseillers de M. Ferron n'ont absolument pas fait cas de la situation de M^{me} Ferron en tenant pour acquis que sa planification personnelle n'avait aucune incidence sur celle de mari. Ses conseillers se sont fiés uniquement au fait que M. Ferron est le propriétaire apparent de la presque totalité des biens des époux.

¹⁵ À l'article 465 C.c.Q., il est mentionné également l'absence d'un époux, ce qui est très rare. On renvoie ici à la notion d'absence définie par les articles 84 et suiv. C.c.Q.

¹⁶ J. PINEAU et D. BURMAN, *op. cit.*, note 6, pp. 286-307.

M. Ferron savait probablement que son épouse léguaient tous ses biens, en parts égales, à Benoît et Valérie. Il n'y voyait pas d'inconvénient, croyant ce legs applicable uniquement aux biens inscrits au nom de son épouse.

Dans l'hypothèse où M^{me} Ferron décéderait avant M. Ferron, ses enfants, Benoît et Valérie, auraient le droit de réclamer à leur père la moitié indivise de tous les biens communs, incluant les actions de M. Ferron, et ce, même s'il est toujours vivant.

Dans l'hypothèse où M. Ferron décéderait avant M^{me} Ferron et où elle accepterait la communauté de meubles et d'acquêts, le legs des actions en faveur de Benoît, prévu dans le testament de M. Ferron, serait compromis. En effet, comme nous l'avons mentionné, une personne ne peut léguer plus de droits qu'elle n'en possède. Ainsi, le legs ne s'appliquerait que sur la moitié indivise des actions. Benoît se retrouverait alors en indivision avec sa mère en ce qui concerne les actions. Si M^{me} Ferron refuse le partage de la communauté de meubles et d'acquêts, le legs prendra alors pleinement effet.

3.5. Y A-T-IL ENCORE DES GENS MARIÉS EN COMMUNAUTÉ DE MEUBLES ET D'ACQUÊTS?

Bien des professionnels ont l'impression que parler de la communauté de meubles et d'acquêts est un débat désuet et se demandent s'il y a encore des gens mariés en communauté de meubles et d'acquêts.

Comme nous l'avons mentionné, il existe encore de nombreux couples mariés en communauté de meubles et d'acquêts. Il y a d'abord tous les gens domiciliés au Québec au moment de leur mariage célébré avant le 1^{er} juillet 1970 sans qu'ils aient signé au préalable de contrat de mariage¹⁷.

La communauté de meubles et d'acquêts ou un régime similaire peut également être le régime matrimonial des gens d'affaires mariés dans un autre pays. Le droit international privé régit les situations où les gens ont des liens avec plusieurs juridictions. Prenons la situation suivante : un homme d'affaires vivant au Québec vous apprend qu'il s'est marié dans un autre pays et se demande quel est son régime matrimonial. Pour le déterminer, vous aurez besoin des éléments suivants : le lieu de la célébration du mariage, une confirmation qu'aucun contrat de mariage n'a été signé avant le mariage, le domicile de chacun des époux au moment du mariage et le lieu de leur premier domicile commun si leur domicile était différent au moment

¹⁷ Voir *supra*, note 5.

du mariage. Le domicile est une question de fait et d'intention¹⁸. Selon l'article 3123 C.c.Q., le principe est le suivant : si deux époux domiciliés dans un autre pays se marient dans ce pays sans signer un contrat de mariage, leur régime matrimonial sera le régime légal en vigueur dans ce pays au moment de leur mariage. Si les époux n'ont pas le même domicile au moment du mariage, le régime légal sera alors déterminé par la loi de leur premier domicile commun. Même si les époux sont régis par un régime matrimonial étranger, ils deviendront assujettis aux effets du mariage prévus par le *Code civil du Québec* (art. 391, 414 et suiv. et 3089 C.c.Q.). Prenons par exemple deux époux mariés en vertu du régime de séparation de biens en vertu de la loi d'Ontario où ils étaient domiciliés au moment de leur mariage. Si ceux-ci viennent s'établir au Québec, leur régime matrimonial demeurera la séparation de biens, mais ils deviendront assujettis aux dispositions du patrimoine familial¹⁹.

3.6. LA DÉCOUVERTE DE CE QU'EST UN RÉGIME MATRIMONIAL

Comme l'époux gère seul les biens communs et qu'il peut vendre seul ses actions, il est fort possible que le client ignore les effets de son régime matrimonial sur son entreprise. Comme nous l'avons mentionné, le droit d'indivision n'a pas encore pris effet, celui-ci étant effectif uniquement lors de la dissolution du mariage, notamment au moment d'un décès.

En pratique, la découverte que le client est marié selon le régime matrimonial de communauté de meubles et d'acquêts est souvent déclenchée par un examen de titres dans les circonstances suivantes :

- L'épouse décède en laissant un testament prévoyant un legs de tous ses biens à ses enfants. Après le décès, l'époux garde son immeuble à revenus et aucune déclaration de transmission n'est faite concernant la succession de l'épouse, car la résidence est déjà au nom de l'époux;

¹⁸ Art. 75 et suiv. C.c.Q.

¹⁹ À moins que les époux se soient exclus des dispositions relatives au patrimoine familial en vertu des dispositions transitoires de la *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux* [L.Q. 1989, c. 55, aussi nommée *Projet de loi 146* (sanctionnée le 22 juin 1989 et entrée en vigueur le 1^{er} juillet de la même année), art. 42]. Les époux mariés au moment de l'entrée en vigueur de la loi avaient jusqu'au 31 décembre 1990 pour signer une convention de non-assujettissement devant notaire. Sous réserve de nos commentaires relativement aux conjoints de fait, *infra*, section 13, la seule façon pour des époux domiciliés au Québec de se soustraire au patrimoine familial est de ne pas se marier.

- L'épouse n'avait aucun bien à son nom et avait l'impression de léguer uniquement ses biens personnels à ses enfants;
- Quelques années après le décès de son épouse, monsieur désire vendre l'immeuble et le notaire de l'acquéreur lui demande d'obtenir la signature de ses enfants en se basant sur le fait qu'ils sont propriétaires indivis de l'immeuble;
- Monsieur se demande comment lui et ses enfants pourraient se trouver en situation d'indivision.

Analyse de la situation

- Madame est décédée, causant ainsi la dissolution du régime de la communauté de meubles et d'acquêts et provoquant l'ouverture du droit au partage. Si les héritiers de madame (ses enfants) acceptent de renoncer au partage de la communauté, monsieur deviendra le propriétaire de toute la communauté de meubles et d'acquêts. Si les enfants refusent de renoncer à la communauté de meubles et d'acquêts, monsieur se retrouvera alors en indivision avec ses enfants sur tous les biens de la communauté, incluant l'immeuble²⁰.
- Le notaire, en examinant les titres a découvert que, lors de l'acquisition de l'immeuble à revenus, monsieur a déclaré être marié en vertu de la communauté de meubles et d'acquêts, il a demandé à examiner le testament de madame et a constaté que les héritiers étaient les enfants de madame et non son mari.

Lorsque tous les membres de la famille s'entendent bien, il est possible d'obtenir le consentement des enfants afin de vendre l'immeuble et que ceux-ci acceptent même de ne pas réclamer de contrepartie à cet effet. Toutefois, il est difficile pour le père de se retrouver dans cette situation qui aurait pu être évitée si les époux avaient compris l'incidence de leur régime matrimonial.

²⁰ Plusieurs auteurs arrivent à la conclusion que les biens faisant partie du patrimoine familial ne sont pas visés par cette indivision, car ils échappent au partage du régime matrimonial. Voir Pierre CIOTOLA, « Le patrimoine familial, perspectives doctrinales et jurisprudentielles », *Répertoire de droit/Nouvelle série – Famille – Doctrine – Document* 2, 1^{er} mars 2007, n° 56.

3.7. SITUATIONS OÙ LES RÈGLES DE COMMUNAUTÉ DE MEUBLES ET D'ACQUÊTS ENTRENT EN CONFLIT AVEC LES PLANIFICATIONS FINANCIÈRES ET TESTAMENTAIRES

Sans dresser une liste exhaustive des situations où les conseillers d'un homme d'affaires marié en vertu du régime de la communauté de meubles et d'acquêts auraient avantage à connaître les effets de son régime matrimonial pour permettre à leurs clients de prendre des décisions éclairées, en voici quelques exemples. Rappelons-nous qu'on ne peut envisager le scénario où il s'agirait d'une femme d'affaires mariée en communauté de meubles et d'acquêts, car c'est le mari qui administre seul la communauté et seule la femme peut exercer l'option d'accepter ou de refuser la communauté de meubles et d'acquêts.

Voici quelques exemples où la vigilance serait de mise :

- i) L'entrepreneur envisage de divorcer sans savoir que son épouse pourrait réclamer la moitié indivise de tous ses biens, incluant toutes les actions de sa compagnie et qu'il pourrait perdre sa liberté de gérer sa compagnie sans consulter qui que ce soit;
- ii) Le mari désire faire une donation de son vivant des biens communs (autre qu'une somme modique) sans savoir que le consentement de son épouse est requis pour que la donation soit valide;
- iii) Un homme d'affaires possède plusieurs immeubles commerciaux et désire les léguer à l'un de ses enfants participant à la gestion des immeubles sans savoir que son legs pourrait ne s'appliquer qu'à la moitié indivise des immeubles et que cela aurait pour effet de modifier la répartition de ses actifs;
- iv) Un mari qui a prévu de léguer tous ses biens à une fiducie exclusive au bénéfice de sa conjointe pour conserver le contrôle. Même si le legs est conditionnel à la renonciation de la communauté de meubles et d'acquêts, la conjointe pourrait alors trouver plus avantageux d'accepter la communauté de meubles et d'acquêts au lieu d'y renoncer et, ainsi, de gérer elle-même la moitié des biens de la communauté plutôt qu'être soumise à la gestion et au contrôle des fiduciaires.

On retient de cet exemple que pour avoir un portrait global de la situation d'une personne en affaires, il faut examiner non seulement la structure de l'entreprise, les caractéristiques de ses actions, la convention entre actionnaires et les aspects fiscaux, mais aussi le régime matrimonial de

celle-ci pour connaître les contraintes de ce régime sur la planification proposée.

4. QUELQUES NOTIONS DE BASE EN DROIT MATRIMONIAL : DISTINCTION ENTRE LE PATRIMOINE FAMILIAL ET LE RÉGIME MATRIMONIAL

4.1. PARALLÈLE AVEC LA CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES

Afin de poursuivre notre objectif qui consiste à mieux faire comprendre aux non-juristes les règles de droit applicable en droit matrimonial nous désirons tout d'abord continuer notre parallèle avec les conventions entre actionnaires. Lors de la rédaction d'une convention entre actionnaires, on doit tenir compte des protections accordées aux actionnaires dans certaines circonstances (par exemple, le droit des actionnaires de voter lorsqu'on change les caractéristiques de leurs actions) par les lois relatives aux sociétés. À titre comparatif, les protections conférées aux actionnaires par les lois relatives aux sociétés sont un peu comme les protections prévues par le patrimoine familial et, d'autre part, la convention entre actionnaires serait le pendant du régime matrimonial relevant de la volonté des parties.

Pour compléter la comparaison faite à la section 3.1., si le régime matrimonial est le système des règles prévoyant le mode de partage lors d'une rupture (volontaire comme lors d'un divorce ou involontaire lors d'un décès), le patrimoine familial serait le partage minimum imposé par la loi. Le régime matrimonial couvre alors le partage au-delà du minimum.

4.2. ORIGINE DE LA CONFUSION

Depuis l'entrée en vigueur des dispositions relatives au patrimoine familial, il existe une grande confusion entre le patrimoine familial et le régime matrimonial.

Il existe une fausse croyance voulant que le régime matrimonial n'ait plus aucune importance depuis l'entrée en vigueur du patrimoine familial, ce qui est entièrement faux.

Pour comprendre l'introduction du patrimoine familial dans le système législatif québécois, il faut se pencher sur le contexte dans lequel il a été introduit. Au moment où le législateur a imposé aux époux un partage minimal entre les époux lors de la dissolution d'un mariage, le régime

matrimonial légal était la société d'acquêts²¹. Comme nous le verrons un peu plus loin²², la société d'acquêts a pour effet de rendre partageable la valeur nette de presque tous les biens acquis pendant le mariage. Toutefois, de nombreux époux optaient pour le régime conventionnel de la séparation de biens même si l'épouse n'avait pas d'activité extérieure rémunérée²³. Le mémoire de l'Association féminine d'éducation et d'action sociale résume bien les éléments déclencheurs²⁴, 40 % des époux choisissent la séparation de biens, plus de 50 % des femmes au foyer choisissent ce régime, les femmes ayant un travail rémunérateur assument la majorité des tâches non rémunérées, l'absence des mères du marché du travail réduit leur épargne à la retraite, le salaire de l'épouse sert aux dépenses courantes et la majorité des biens sont inscrits sous le nom de l'époux. Quand le couple fonctionne, tous ces aspects n'ont pas d'importance, mais

« [c]'est au fur et à mesure de l'augmentation des divorces que les femmes ont pris conscience de la fragilité de la protection offerte par leur contrat de mariage en séparation de biens. La majorité ayant renoncé à tout travail rémunéré pour se consacrer à leur famille, selon les valeurs de l'époque, elles se sont retrouvées sans biens propres, avec des donations et des clauses testamentaires annulées »²⁵.

Devant cette situation, le législateur aurait pu imposer un régime matrimonial obligatoire pour tous les époux, mais il a préféré mettre en place des régimes superposés pour laisser aux conjoints une certaine liberté contractuelle. Donc, le législateur a imposé un régime primaire ou un partage minimal, peu importe le régime matrimonial choisi par les époux.

Lors de l'adoption de cette loi, tous les époux déjà mariés avaient 18 mois à compter de l'entrée en vigueur de la loi pour se soustraire à

²¹ Art. 432 C.c.Q.

²² Voir *infra*, section 13 du présent texte.

²³ À titre d'exemple, le mémoire présenté à la commission parlementaire du gouvernement du Québec sur les droits économiques des conjoints par l'Association féminine d'éducation et d'action sociale (AFÉAS) en août 1988 résume qu'un sondage fait auprès des femmes au foyer démontre que plus de la moitié d'entre elles ont opté pour la séparation de biens au moment de leur mariage (rapport rédigé par Louise COULOMBE JOLY et Michelle HOULE OUELLET). Ce mémoire est disponible sur le site du Patrimoine canadien à l'adresse suivante : <http://bv.cdeacf.ca>.

²⁴ *Id.*

²⁵ *Id.*

l'application de cette loi en signant devant notaire une convention de non-assujettissement avant le 31 décembre 1990²⁶.

En pratique, le patrimoine familial a peu d'incidence sur les actions de compagnies ou autres biens d'affaires, car il ne vise que les biens suivants : les résidences de la famille ou les droits qui en confèrent l'usage, les meubles qui les garnissent et les ornent, les véhicules automobiles utilisés pour les déplacements de la famille et les droits accumulés pendant le mariage au titre d'un régime de retraite²⁷.

Chaque époux garde l'administration de ses biens mais, en cas de séparation de corps, de dissolution ou de nullité de mariage, la valeur nette du patrimoine familial est divisée entre les époux²⁸. Il est à noter qu'un changement de régime matrimonial n'entraîne pas la dissolution du patrimoine familial.

Les époux ne peuvent renoncer à l'application du patrimoine familial par contrat de mariage ou autrement²⁹. Ils peuvent le faire uniquement au moment de l'ouverture du droit, par exemple lors d'un divorce ou d'un décès³⁰. À compter de l'ouverture du droit, les époux ont une année pour renoncer par acte notarié et cette renonciation doit être inscrite dans le même délai au registre des droits personnels et réels mobiliers³¹.

²⁶ *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, précité, note 19, dans laquelle on prévoyait un délai de 18 mois se terminant le 31 décembre 1990 pour se soustraire à l'effet de cette loi. Voir nos commentaires *infra*, section 7 du présent texte concernant les nombreuses décisions portant sur l'annulation subséquente sur la base de vices de consentement.

²⁷ L'article 415 C.c.Q. fait l'énumération des biens inclus dans le patrimoine familial.

²⁸ Art. 416 C.c.Q. Il est à noter que ces dispositions s'appliquent également aux conjoints en union civile en vertu de l'article 521.6 C.c.Q. Il ne faut pas confondre les gens mariés par un officier civil avec ceux unis en vertu d'une union civile. Le législateur québécois avait introduit cette nouvelle forme d'union au moment où le législateur fédéral refusait de permettre le mariage aux conjoints du même sexe. L'union civile est peu fréquente et nous avons décidé de ne pas en traiter dans le présent texte.

²⁹ Art. 423, al. 1 C.c.Q.

³⁰ Art. 423, al. 2 C.c.Q.

³¹ Art. 423, al. 3 C.c.Q.

Sans entrer dans les détails, il est utile de savoir qu'on peut déduire de la valeur nette partageable la valeur du bien qui faisait partie du patrimoine familial au moment du mariage ainsi que la quote-part de la plus-value prise par le bien dans la même proportion que celle qui existait au moment du mariage³². On peut déduire de la même façon l'apport dans un bien inclus dans le patrimoine familial lorsque cet apport a été fait par des biens échus par donation, succession ou par le remploi de tels biens³³.

Prenons un exemple simple : si M. Ferron fait le don d'une somme de 150 000 \$ à sa fille Valérie pour acquérir sa résidence d'une valeur de 300 000 \$ pendant qu'elle est mariée. Si au moment de la séparation la résidence vaut 500 000 \$ et n'est grevée d'aucune hypothèque, voici quelle sera la valeur partageable (la résidence a été mise au nom de Valérie uniquement) :

Valeur nette au moment du divorce	500 000 \$
Déduction de la valeur du don	(150 000 \$)
Déduction de la plus-value attribuable au don 150 000/300 000 \$ = 50 % de la plus-value (pourcentage valeur du don sur valeur du bien au moment de l'achat) 50 % × 200 000 \$ (plus-value) = 100 000 \$ (comme la valeur du don était 50 % de la valeur, 50 % de la plus-value est protégée)	(100 000 \$)
Valeur partageable :	250 000 \$
Somme due par Valérie à son conjoint 50 % de la valeur partageable	<u>125 000 \$</u>

Donc, même si la valeur de la résidence est de 500 000 \$, Valérie devra verser à son conjoint 125 000 \$ et non 250 000 \$. Il est important de recommander aux clients de conserver une preuve de la donation. Il est fréquent que les gens d'affaires fassent des dons à leurs enfants en faisant des chèques sans mention de ce que représente cette somme. De plus, il est recommandé de préciser que le don est fait au bénéfice de sa fille Valérie Ferron uniquement et non des deux époux.

³² Art. 418 C.c.Q.

³³ *Id.*

Afin de protéger les donateurs, le législateur a prévu, pour ce geste important, l'obligation de signer un acte notarié portant minute et la publication de cette donation³⁴. Il existe toutefois une exception pour ce qu'on appelait autrefois le « don manuel », c'est-à-dire le don d'un bien meuble dont on peut effectuer la délivrance et la possession immédiate du bien³⁵. On entend ici le mot meuble au sens du Code civil³⁶, lequel prévoit deux catégories de biens, les biens immeubles et meubles. Tout ce qui n'est pas un bien immeuble est un bien meuble au sens du Code civil, donc une somme d'argent est un bien meuble.

Le patrimoine familial confère un droit de créance et non un droit de propriété dans le bien³⁷.

Lors de la dissolution du mariage, le partage du patrimoine familial est fait en premier, puis on effectue le partage du régime matrimonial.

4.3. CHAMP D'APPLICATION DU RÉGIME MATRIMONIAL

Comme nous l'avons mentionné, le patrimoine familial ne touche pas aux biens d'affaires. Le droit de demander le partage des biens qui ne sont pas inclus dans le patrimoine familial sera déterminé par le régime matrimonial. Par conséquent, le régime matrimonial n'est pertinent que pour les biens exclus du patrimoine familial, c'est-à-dire les actions, les comptes de banque, les placements hors régimes de retraite, les immeubles à revenus et tous les autres biens qui ne sont pas énumérés dans le patrimoine familial.

Afin de savoir s'il est utile ou non de regarder le régime matrimonial, la première question à se poser est la suivante :

Le bien visé est-il inclus dans le patrimoine familial?

- i) si l'on répond par l'affirmative, le régime matrimonial n'aura probablement pas d'incidence³⁸;

³⁴ Art. 1824 C.c.Q.

³⁵ Art. 1824, al. 2 C.c.Q.

³⁶ Art. 899 et suiv. C.c.Q.

³⁷ Art. 416 C.c.Q.

³⁸ P. CIOTOLA, *op. cit.*, note 20; relativement à la controverse sur l'application du droit d'indivision aux biens faisant partie du patrimoine familial.

- ii) si le bien visé n'est pas inclus dans le patrimoine familial, il faut vérifier les règles prévues par le régime matrimonial.

5. IMPACT DU RÉGIME DE LA SÉPARATION DE BIENS SUR LES GENS D'AFFAIRES

Pour illustrer le régime matrimonial de la séparation de biens, examinons maintenant notre cas en supposant que M. Ferron et M^{me} Ferron avaient, avant la célébration du mariage, signé un contrat de mariage devant notaire prévoyant l'adoption du régime de la séparation de biens.

Le régime de la séparation de biens est un régime fort simple. Chaque époux a la libre disposition de ses biens³⁹ pendant le mariage et, à la dissolution du mariage, les biens qui ne sont pas assujettis au patrimoine familial ne font l'objet d'aucun partage. En résumé, si le bien qui n'est pas un bien du patrimoine familial est la propriété à 100 % d'un époux, il n'y aura aucun partage ni aucune restriction relativement à ce bien.

Toutefois, l'article 487 C.c.Q. applicable au régime de la séparation de biens prévoit que « [l]e bien sur lequel aucun des époux ne peut justifier de son droit exclusif de propriété est présumé appartenir aux deux indivisément, à chacun pour moitié ».

Appliquons ces principes à la situation de la famille Ferron si les époux étaient régis par le régime de la séparation de biens. Dans ce cas comme les actions ne font pas partie des biens inclus dans le patrimoine familial, nous devons examiner le régime matrimonial. Le régime matrimonial est la séparation de biens et les actions étaient uniquement au nom de M. Ferron. En conséquence, si M. Ferron avait été marié en vertu du régime de la séparation de biens, son régime matrimonial n'aurait eu aucune incidence sur le legs de ses actions en faveur de son fils.

6. QUELQUES RECOURS DÉCOULANT DU DROIT COMMUN

Même lorsque les époux sont mariés en vertu du régime de la séparation de biens, il est toutefois important de se rappeler que les règles de droit

³⁹ Art. 485 C.c.Q.; il existe toutefois certaines protections communes à tous les époux comme l'obligation d'obtenir le consentement du conjoint lors de l'aliénation de la résidence principale (art. 401 C.c.Q.). Il faut notamment savoir que les deux époux sont responsables des dettes contractées pour les besoins de la famille (art. 397 C.c.Q.) peu importe leur régime matrimonial.

commun continuent de s'appliquer. Ainsi, un époux marié en séparation de biens qui ferait inscrire au nom de son conjoint des actions ou des placements pourrait avoir de la difficulté à réclamer ces biens lors de la dissolution du mariage à moins d'avoir signé un contrat de prête-nom. Si les biens font partie du patrimoine familial, ce danger n'existe pas, car peu importe à qui appartiennent les biens, leur valeur sera partagée lors de la dissolution du mariage⁴⁰.

Pour illustrer nos propos, prenons l'exemple d'un entrepreneur actionnaire de plusieurs compagnies, marié selon le régime de la séparation de biens. L'entrepreneur vend les actions de l'une de ses compagnies et dépose le produit de la vente dans un compte conjoint ouvert avec son épouse. Il tire ensuite un chèque pour faire un prêt à une compagnie dont il est le seul actionnaire. Il divorce quelques années plus tard et sa conjointe lui réclame la moitié de la valeur du prêt fait à la compagnie.

L'argent du compte conjoint ne fait pas partie du patrimoine familial, donc on doit examiner le régime matrimonial des époux. Le compte conjoint était la propriété des deux conjoints. Le régime de la séparation de biens ne prévoit aucun partage, mais en l'absence de preuve montrant que l'époux a un droit exclusif sur ces sommes, on présumera que chaque conjoint possède la moitié de ces sommes⁴¹.

Il faut également savoir que même si l'époux arrive à faire la preuve de son droit exclusif, le juge pourra considérer que le dépôt de cette somme est considéré comme une donation indirecte en faveur du conjoint. Car comme nous l'avions mentionné, il est possible de faire des dons de sommes d'argent sans faire d'acte notarié⁴².

Si un conjoint marié en séparation de biens achète un immeuble commercial en indivision avec son conjoint, celui-ci aura des droits relativement à cet immeuble en raison du droit de propriété indivis. En l'absence de disposition sur la part de chacun, l'article 1015 C.c.Q. édicte alors que les parts sont présumées égales⁴³. Question d'ordre pratique quand

⁴⁰ Art. 415 C.c.Q.

⁴¹ Art. 487 C.c.Q.

⁴² Art. 1824, al. 2 C.c.Q.

⁴³ Au sujet de l'impact de l'indivision lors d'un divorce, voir Jean-Pierre SENÉCAL, « Le partage des biens dont les conjoints sont copropriétaires indivis », dans Colloque de CCH – Le 25^e anniversaire de l'ouvrage *Droit de la famille québécois*, 23 novembre 2010.

on examine le contrat d'acquisition, cette mention peut se retrouver sous forme de pourcentage ou encore de manière indirecte lorsque les parties ont fait ajouter dans l'acte d'acquisition le mode de partage du produit de disposition (advenant la vente de l'immeuble, le produit net de la vente serait partagé ainsi : 60 % pour le mari et 40 % pour l'épouse).

Les gens d'affaires qui travaillent avec leur conjoint sans leur verser une rémunération adéquate peuvent aussi se voir réclamer des sommes importantes lors de la dissolution de leur mariage. Il s'agit d'une demande en prestation compensatoire⁴⁴.

7. CHANGEMENT DE RÉGIME MATRIMONIAL

Revenons encore une fois à notre cas pratique. Lorsque M. Ferron sera informé de sa situation juridique, il pourrait avoir la tentation de suggérer à son épouse de changer de régime matrimonial pour passer de la communauté de meubles et d'acquêts à la séparation de biens.

Le Code civil permet aux époux, pendant leur mariage, de modifier leur régime matrimonial par un contrat de mariage fait devant un notaire⁴⁵.

Toutefois, il s'agit en soi d'un sujet délicat. Cette demande de changer de régime matrimonial est souvent interprétée de manière négative par le conjoint ayant moins d'actifs et de ressources financières. Avant d'aborder ce sujet, il est important que le client soit bien informé des conditions pour faire un changement de régime matrimonial valide.

Sur le plan juridique, effectuer un changement de régime matrimonial emporte la dissolution de l'ancien régime⁴⁶, c'est-à-dire sa liquidation.

À la suite de la dissolution du régime matrimonial, les époux pourront renoncer ou accepter le partage du régime.

⁴⁴ Art. 427 à 430 C.c.Q.

⁴⁵ Art. 438 C.c.Q. Il est à noter qu'il n'est pas nécessaire que cela soit fait devant le même notaire qui a reçu le contrat de mariage.

⁴⁶ Art. 465, al. 2 C.c.Q. Cet article s'applique également à la communauté de meubles et acquêts, voir G. LEFRANÇOIS, *loc. cit.*, note 6, n° 228.

Compte tenu de la dissolution de l'ancien régime matrimonial, il faut alors calculer la valeur du droit auquel le conjoint aurait eu droit. Une fois établie la valeur du droit, on peut soit la partager ou y renoncer.

Les conseillers devraient s'abstenir de faire signer une renonciation au partage en se basant sur des déclarations mensongères ou sans fournir la valeur du droit. La formule classique en la matière est de dire au conjoint de M. Ferron que le changement de régime est nécessaire « *pour des fins fiscales* » sans l'informer de la valeur à laquelle M^{me} Ferron aurait eu droit.

Il est important de savoir qu'un changement de régime matrimonial effectué sans donner d'information au conjoint ni lui dévoiler les valeurs financières pourrait par la suite être attaqué sur la base de vice de consentement⁴⁷.

Pour que cette renonciation soit valide, il faut donc que le conjoint renonçant donne un consentement libre et éclairé. La renonciation au partage doit être faite par acte notarié et inscrite au registre des droits personnels et réels mobiliers dans un délai de un an suivant la dissolution, à défaut de quoi l'époux est **réputé** avoir accepté⁴⁸.

Nous n'avons pas répertorié de jurisprudence prévoyant le vice de consentement pour la modification d'un régime matrimonial⁴⁹, mais nous pouvons tirer des leçons avec la jurisprudence existante concernant l'annulation de conventions pour non-assujettissement au patrimoine familial. La prescription, c'est-à-dire le délai pour exercer ce recours, est en principe de trois ans⁵⁰ mais, en pratique, ce délai ne commence à courir qu'à compter de la connaissance du vice. Cela explique pourquoi il y a encore des jugements à ce sujet dans les années 2000 alors même que la date limite pour signer ce type de convention était le 31 décembre 1990⁵¹.

⁴⁷ Art. 1398 à 1408 C.c.Q.

⁴⁸ Pour la renonciation à la communauté de meubles et acquêts, voir les articles 1338 à 1353 b) C.c.B.-C. et 2938, al. 2 C.c.Q., et pour la société d'acquêts, voir les articles 469 et 2938, al. 2 C.c.Q.

⁴⁹ Toutefois, cette question a été abordée de façon incidente dans une affaire de saisie avant jugement où l'épouse fait valoir la nullité du changement de régime matrimonial de la séparation de biens à la société d'acquêts en invoquant cet argument, voir *L.O.-M. c. É. L.* [2005] R.D.F. 547 (C.A.).

⁵⁰ Art. 2925 C.c.Q.

⁵¹ Voir *supra*, note 26.

Voici quelques exemples de motifs que les juges ont retenus pour déclarer nulles des conventions de non-assujettissement au patrimoine familial sur la base du vice de consentement :

- l'époux a proféré des menaces à son épouse et fait signer la renonciation dans un restaurant à l'occasion d'une fête de Noël où le mari avait invité ses collègues et le notaire instrumentant⁵²;
- l'époux a menacé son épouse de quitter le pays et de lui faire tout perdre, y compris la garde des enfants si elle ne signait pas⁵³;
- l'épouse n'a pas été informée des conséquences de son geste et la composition du patrimoine ne lui a pas été dévoilée avant la signature⁵⁴;
- la notaire ne se rappelle pas si elle a expliqué les conséquences du non-assujettissement, c'est le mari qui a demandé la renonciation, choisi la notaire et harcelé l'épouse pour qu'elle signe à un moment où le mariage était fragile⁵⁵;
- l'épouse ignorait la valeur de ce à quoi elle renonçait, elle n'a pas bénéficié des avis d'un conseiller indépendant, la rencontre au bureau du notaire a duré seulement quelques minutes, son mari lui a dit que cela la mettrait à l'abri des créanciers et le notaire lui a dit que son mari la protégerait par testament⁵⁶;
- l'épouse a entendu parler de la loi 48 heures avant la signature, elle ne connaissait pas la valeur du régime de retraite de son mari, elle n'a pas bénéficié des services d'un conseiller juridique indépendant et n'a été avisée du rendez-vous chez le notaire que quelques heures avant la signature⁵⁷.

⁵² *Droit de la famille* – 08455, [2008] R.D.F. 235 (C.A.).

⁵³ *Droit de la famille* – 07748, [2007] R.D.F. 771.

⁵⁴ *Droit de la famille* – 08256, [2008] R.D.F. 532.

⁵⁵ *J.L. c. G.D.*, [2006] R.D.F. 323 (C.S.).

⁵⁶ *Droit de la famille* – 3545, JE 2000-562.

⁵⁷ *Droit de la famille* – 3387, [1999] R.D.F. 423.

À partir des commentaires formulés par les juges, nous pouvons définir une ligne de conduite à suivre pour éviter de voir un changement de régime matrimonial annulé subséquemment sur la base d'un vice de consentement.

Voici donc nos recommandations lors du changement d'un régime matrimonial :

- i) chaque conjoint doit recevoir toute l'information légale appropriée concernant la dissolution de l'ancien régime matrimonial et les conséquences de l'adoption du nouveau régime;
- ii) chaque conjoint doit connaître la valeur des droits auxquels le conjoint renonce;
- iii) si le conjoint reçoit l'information du conseiller habituel de l'autre conjoint, on doit l'informer de la possibilité de consulter un autre conseiller juridique et lui donner un délai raisonnable pour le faire (le caractère raisonnable du délai s'évalue en fonction des faits et des circonstances). Toutefois, quelques heures ne semblent jamais un délai suffisant;
- iv) si le conjoint ne désire pas se prévaloir de l'opportunité de consulter un conseiller juridique indépendant, il est recommandé de conserver une preuve que cela lui a été offert et qu'il a eu un délai pour le faire (en mentionnant cela dans le changement de régime matrimonial par exemple). Toutefois, la seule présence de cette mention ne suffit pas, il faut encore que cela corresponde à la réalité;
- v) un projet des documents doit être soumis à l'avance aux deux conjoints pour leur permettre de l'examiner avant la signature;
- vi) si un conseiller juridique indépendant a été effectivement consulté, il est recommandé de consigner le nom du conseiller dans le document attestant le changement de régime matrimonial et de conserver une preuve que les documents et l'information lui ont été transmis;
- vii) il est essentiel de ne pas faire de déclarations mensongères au conjoint pour obtenir sa signature (par exemple, on ne peut pas garantir au conjoint que l'autre conjoint fera son testament d'une telle façon, car la seule manière de s'engager de manière irrévocable à faire un tel legs est de prévoir une donation irrévocable dans un contrat de mariage);

- viii) que le conseiller fournisse, le cas échéant, une divulgation d'intérêt si l'un des conjoints a des liens privilégiés avec le notaire ou la firme de professionnels où exerce le notaire (par exemple, un des conjoints est membre d'une famille d'entrepreneur, laquelle famille est un client de la firme où exerce le notaire);
- ix) consigner les raisons pour lesquelles les époux ont accepté de changer de régime matrimonial afin de montrer qu'il s'agit d'un consentement libre et éclairé (par exemple, la majorité des actifs d'un époux proviennent d'une compagnie familiale et des dons de la famille).

Même en présence d'un très bon contrat de modification de régime matrimonial, il sera difficile de prétendre qu'il n'y a pas eu de vice de consentement lorsqu'un époux, marié selon le régime de la société d'acquêts ou de la communauté de meubles et d'acquêts, accepte de modifier son régime pour adopter le régime de séparation de biens, alors que cet époux n'a ni d'actif ni d'activité rémunératrice. Nous croyons qu'il devrait y avoir, dans de telles circonstances, le transfert de biens à l'époux renonçant ou le paiement d'une contrepartie en argent.

8. RETOUR AU CAS PRATIQUE ET COMMENTAIRES SUR L'UTILISATION DU LEGS CONDITIONNEL

Maintenant que nous avons passé en revue les grands principes applicables au régime matrimonial, revenons à la planification de la relève de M. Ferron. Il est peu probable dans notre cas que M^{me} Ferron accepte de changer de régime matrimonial et de renoncer à la communauté de biens, car elle ne travaille pas et a très peu d'actifs à son nom. Si elle accepte de le faire sans recevoir de contrepartie, ce changement de régime matrimonial pourrait être attaqué sur la base du vice de consentement comme nous venons de le mentionner.

Si l'on écarte le changement de régime matrimonial, examinons les autres options.

Plusieurs conseillers considèrent pouvoir écarter la difficulté engendrée par le régime matrimonial en prévoyant que le legs du résidu des biens, fait à M^{me} Ferron, sera conditionnel à ce qu'elle renonce préalablement à tous ses droits découlant de son régime matrimonial et du patrimoine familial. Rappelons que cette clause est valable, car on n'exige pas une renonciation à l'avance mais au moment où le droit s'ouvre puisque le décès entraîne automatiquement la dissolution du régime matrimonial. Cette solution pose plusieurs difficultés. La première est que si le partage de la communauté de

meubles et acquêts confère plus d'avantages que le legs prévu en sa faveur, M^{me} Ferron préférera sans doute accepter le partage la communauté de biens et acquêts et refuser le legs fait en sa faveur.

De plus, un legs conditionnel n'est d'aucune utilité si M^{me} Ferron décède avant monsieur. Dans cette éventualité comme M^{me} Ferron a légué tous ses biens à ses deux enfants, les enfants pourraient alors exiger le partage de la communauté de meubles et acquêts. Comme nous l'avons déjà mentionné, si les enfants acceptent la communauté de meubles et acquêts, les deux enfants deviendraient alors les copropriétaires indivis des actions de M. Ferron.

M. Ferron peut également demander à son épouse de changer son testament, mais elle pourra le changer à nouveau sans l'en aviser. Les conjoints ont parfois l'impression que faire leur testament devant le même notaire oblige le notaire à les aviser si leur conjoint modifie leur testament. Au Québec, les testaments conjoints, c'est-à-dire faire un seul testament pour les deux conjoints n'est pas possible. Par ailleurs, compte tenu de son obligation de confidentialité, le notaire ne pourrait aviser l'autre conjoint qu'il a été déshérité. Lorsqu'un époux désire modifier en secret son testament, il peut aussi aller voir un autre notaire. En conséquence, c'est uniquement au décès, lorsqu'une recherche testamentaire sera faite que la vérité sera connue.

Il est également illégal de s'engager à ne pas faire de testament, cela serait considéré comme contraire à l'ordre public compte tenu de la liberté de tester.

9. L'UTILISATION DE LA DONATION IRREVOCABLE DU VIVANT DES ÉPOUX COMME OUTIL DE PLANIFICATION

Il existe une autre possibilité pour régler la situation; il s'agit de faire une donation à cause de mort irrévocable du vivant des époux dans leur contrat de mariage.

Avant de discuter de cette option, revoyons quelques concepts de base touchant ce type de donation.

Une donation entre vifs porte sur des biens présents (biens qui existent déjà)⁵⁸. Si la donation porte sur des biens futurs ou des biens à venir, cela est une donation à cause de mort⁵⁹.

En vertu de l'article 1840 C.c.Q., toute personne peut faire une donation entre vifs ou à cause de mort par contrat de mariage ou d'union civile mais seulement en faveur des personnes suivantes : les futurs conjoints, les conjoints (si déjà mariés), leurs enfants respectifs et leurs enfants communs. L'article 1841 C.c.Q. permet d'établir l'irrévocabilité d'une donation. Lors d'un divorce⁶⁰ ou de la dissolution de l'union civile,⁶¹ les donations à cause de mort que l'époux a consenties en considération du mariage deviennent caduques (sans effet). Comme les donations à cause de mort qui ne sont pas consenties en considération du mariage peuvent être considérées comme valides même après un divorce, le rédacteur de telle donation prévoit habituellement expressément ce qui arrivera des donations prévues dans le contrat de mariage advenant un divorce. Si ce n'est pas le cas, l'époux donateur devrait demander au juge qu'il se prononce sur la validité des donations prévues au contrat de mariage pour éviter des contestations au moment de l'ouverture de sa succession.

En résumé les seules façons de donner des biens futurs sont dans un testament (sous forme notariée⁶², olographe⁶³ ou devant témoins⁶⁴), par contrat de mariage (notarié⁶⁵) et par une désignation de bénéficiaire (dans la police d'assurance ou dans un écrit, revêtu ou non, de la forme testamentaire⁶⁶).

⁵⁸ L'article 1818 C.c.Q. énonce ce qui suit : « La donation entre vifs ne porte que sur des biens présents. Celle qui prétendrait porter sur des biens à venir est réputée faite à cause de mort [...]. »

⁵⁹ Sur les distinctions entre les divers types de donation, voir Pierre CIOTOLA, « La donation », *Répertoire de droit/Nouvelle série – Libéralités – Doctrine – Document* 3, mai 2006, n^{os} 41 et suiv.

⁶⁰ Art. 519 et 520 C.c.Q.

⁶¹ Art. 521.19 C.c.Q.

⁶² Art. 716 à 725 C.c.Q.

⁶³ Art. 726 C.c.Q.

⁶⁴ Art. 727 à 730 C.c.Q.

⁶⁵ L'article 440 C.c.Q. énonce ceci : « Les contrats de mariage doivent être faits par acte notarié en minute, à peine de nullité absolue. »

⁶⁶ Art. 2446 C.c.Q.

Les époux peuvent en tout temps modifier leur régime matrimonial ou adopter toute convention matrimoniale⁶⁷.

Le caractère irrévocable de la donation à cause de mort prévue au contrat de mariage peut être modifié si les deux époux sont d'accord pour le faire, mais à défaut d'entente il ne sera pas possible d'annuler la donation. Ainsi, même si un époux révoque la donation dans un testament postérieur, cela sera sans effet. En effet, l'article 1841 C.c.Q. prévoit, lorsque le donateur a prévu l'irrévocabilité d'une donation, qu'il ne peut disposer des biens à titre gratuit par acte entre vifs ou par testament. Il conserve toutefois le droit d'aliéner ces biens à titre onéreux. Toutefois, la possibilité de vendre les biens ne sera pertinente que s'il s'agit d'un bien en particulier. S'il s'agit d'une somme d'argent par exemple, l'époux bénéficiaire pourra poursuivre la succession pour faire exécuter la donation.

Toutes les donations à cause de mort doivent être faites dans un contrat de mariage reçu par un notaire et chaque notaire a l'obligation de divulguer, tous les 15 jours, tous les testaments et donations à cause de mort faisant partie de ses minutes⁶⁸. Ainsi, la recherche testamentaire indiquera non seulement le dernier testament, mais aussi les donations à cause de mort. Lorsque la donation touche des biens mobiliers, il faut également la publier au registre des droits personnels et réels mobiliers⁶⁹.

En ce qui concerne notre cas pratique, la meilleure protection pour M. Ferron serait que M^{me} Ferron accepte de signer un contrat de mariage prévoyant une donation irrévocable de ses droits dans la communauté de biens si elle décède avant lui. Comme elle ne renonce à rien de son vivant, il est possible qu'elle accepte cette donation, car celle-ci ne prendrait effet qu'à son décès. Pour sécuriser M^{me} Ferron, il faudrait prévoir qu'advenant un divorce, la donation deviendrait nulle.

Le défaut de cette solution est que M^{me} Ferron n'a pas d'avantage à le faire et elle peut être réticente à se priver de son droit de léguer sa part à qui elle veut.

⁶⁷ Art. 438 C.c.Q.

⁶⁸ Art. 1 du *Règlement sur les registres de la Chambre des notaires du Québec, Loi sur le notariat* (L.R.Q. c. N-3, a. 96). L'article 96 de la *Loi sur le notariat* donne le pouvoir au conseil d'administration de la Chambre des notaires d'établir la périodicité des rapports. Cette période est en date de ce jour du 1^{er} au 15 de chaque mois et du 16 au dernier jour du mois.

⁶⁹ Art. 1824 et 2938 C.c.Q.

10. EMBÛCHES LIÉES AU LEGS D' ACTIONS

Lorsque la solution retenue dans une planification est l'inclusion d'un legs dans un testament, il faut garder en tête certaines règles du droit des successions.

Il serait bien avisé de tenir compte lors de la rédaction de tels legs des distinctions entre un legs particulier et un legs résiduaire. Les droits et obligations d'un légataire à titre particulier sont différents de ceux d'un légataire universel résiduaire.

Un legs particulier serait par exemple : « Je lègue toutes mes actions de la compagnie à mon fils Benoît et je lègue le résidu de mes biens à mon épouse. » Le legs résiduaire est le legs qui prévoit tous les biens qui ne sont pas mentionnés expressément. Si l'on mentionne je lègue tous mes biens en parts égales à mes trois enfants, les actions sont alors incluses dans le legs universel résiduaire.

Le legs particulier désigne un bien en particulier par opposition à une catégorie ou un ensemble de biens.

À moins d'indication expresse au contraire dans le testament, les principes suivants du droit des successions s'appliqueront :

- les dettes sont supportées par les légataires résiduaire et non par les légataires à titre particulier⁷⁰;
- le légataire particulier n'est pas tenu aux obligations du défunt⁷¹;
- le liquidateur ne peut vendre les biens légués à titre particulier, sauf si les autres biens de la succession sont insuffisants pour payer les dettes de la succession⁷².

⁷⁰ En vertu des articles 808 et suiv. C.c.Q., le liquidateur paie les dettes avant de procéder à la remise des legs et le légataire particulier est payé en priorité, ce qui a pour résultat de faire supporter les dettes par les légataires résiduaire.

⁷¹ Art. 739, al. 2 C.c.Q.

⁷² Art. 813 C.c.Q.

Cela découle du fait que le légataire particulier n'est pas considéré comme un héritier⁷³, mais plutôt comme un créancier de la succession, il ne continue pas la personnalité du défunt.

À titre d'exemple, si M. Ferron lègue toutes ses actions à son fils, le produit d'assurance à sa fille et le résidu des biens à son épouse, sans autre mention relativement aux dettes, voici quel sera le résultat : M^{me} Ferron devra supporter, à même le résidu des biens, le paiement de l'impôt à payer à la suite de l'impact de la disposition présumée au décès relativement aux actions léguées à son fils (en réalité la moitié des actions puisque l'autre moitié deviendrait rétroactivement sa propriété en vertu de son régime matrimonial). S'il y avait un autre actionnaire dans la compagnie de M. Ferron et que celui-ci avait signé une convention entre actionnaires, c'est le légataire résiduaire qui serait responsable d'une violation de la convention et non le légataire particulier. Par exemple, la convention entre actionnaires pourrait prévoir l'obligation pour la succession de vendre les actions à l'actionnaire survivant. Toutefois, si le legs des actions n'a pas été fait à charge d'assumer les obligations prévues à la convention entre actionnaires, le liquidateur aurait l'obligation de faire remise des actions au légataire particulier et le coactionnaire pourrait poursuivre la succession pour non-respect de la convention entre actionnaires. Le légataire résiduaire devrait alors supporter le montant de la condamnation.

Il faut donc toujours prévoir que le legs d'actions est à charge d'assumer les obligations prévues à la convention entre actionnaires, qui supportera la charge fiscale reliée aux biens légués à titre particulier.

Comme le liquidateur ne peut vendre ni aliéner les actions léguées à titre particulier, si une partie des actions doit être rachetée ou convertie, il faut alors prévoir le legs du même nombre d'actions qu'il restera après que les liquidateurs auront fait une telle ou telle opération. La clause usuelle prévue dans les pouvoirs conférés au liquidateur de vendre les biens de la succession serait insuffisante pour permettre au liquidateur de vendre les actions léguées à titre particulier.

11. PRÉSENTATION DU DEUXIÈME CAS PRATIQUE

Pour démontrer l'importance de tenir compte des droits matrimoniaux, prenons maintenant une situation de transmission par gel successoral.

⁷³ Art. 739 C.c.Q. On y mentionne à l'alinéa 2 que le légataire particulier n'est pas tenu des obligations du défunt sur ces biens.

Voici les faits :

- M. Noël Ranger a une entreprise de décorations de Noël;
- Il a effectué un gel en faveur de ses trois enfants qui prennent une part active à l'entreprise;
- M. Ranger a des actions privilégiées d'une valeur de 3 M\$;
- Les enfants ont 100 actions ordinaires chacun, participatives et avec droit de vote;
- Josée a 35 ans et est responsable des ventes; elle est mariée et a deux enfants;
- Pierre a 40 ans et est célibataire;
- Carole a 31 ans, elle a un conjoint de fait et a trois enfants;
- Le fondateur est au septième ciel, il fait racheter ses actions privilégiées graduellement (elles sont rachetables au gré du détenteur) et entend se retirer progressivement. M. Ranger a d'autres actifs qui lui permettent d'assurer sa retraite avec confort;
- Josée lui annonce qu'elle veut divorcer;
- M. Ranger est attristé mais peu inquiet, car le conjoint de Josée avait des revenus peu élevés; donc il croit que son départ ne modifiera pas le train de vie de sa fille.

M. Ranger n'est pas inquiet, car il ignore l'impact du régime matrimonial de Josée sur le partage de ses actifs.

Après vérification, on constate que Josée s'est mariée sans contrat de mariage après le 1^{er} juillet 1970⁷⁴. Elle est donc mariée en vertu du régime de la société d'acquêts⁷⁵ et est assujettie au patrimoine familial. Les actions ne

⁷⁴ Voir *supra*, note 5.

⁷⁵ L'article 432 C.c.Q. prévoit maintenant que « [I]es époux qui, avant la célébration du mariage, n'ont pas fixé leur régime matrimonial par contrat de mariage sont soumis au régime de la société d'acquêts ».

font pas partie des biens inclus dans le patrimoine familial comme nous l'avons mentionné. Il faut donc examiner l'impact du régime matrimonial pour déterminer si un partage est prévu.

12. COUP D'ŒIL SUR LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS

12.1. NOTIONS DE BASE SUR LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS

Tous les époux domiciliés au Québec qui se marient sans signer de contrat de mariage devant un notaire deviennent automatiquement assujettis au régime légal en vigueur au Québec à la date de célébration de mariage. Les époux domiciliés au Québec qui célèbrent leur mariage dans un autre pays deviendront également assujettis au régime de la société d'acquêts, s'ils ne signent pas de contrat de mariage⁷⁶.

La société d'acquêts comprend deux catégories de biens :

- i) Les biens qu'on appelle biens propres⁷⁷, c'est-à-dire les biens qu'on pourrait qualifier de non partageables car, lors de la dissolution du régime, chaque époux conserve ses biens propres⁷⁸; les biens propres sont notamment les biens dont chaque époux a la propriété au moment du mariage et les biens qu'un époux reçoit pendant le mariage par succession ou par donation ainsi que les revenus qui en proviennent si le donateur l'a mentionné;
- ii) Les biens acquêts sont tous les biens qui ne sont pas des biens propres⁷⁹, comprenant généralement tous les biens acquis après le mariage (sauf ceux acquis par succession ou donation), cela inclut également les revenus des biens même sur les biens propres.

Pendant la durée du mariage, chaque époux a une grande autonomie dans la gestion de ses biens propres et acquêts. La seule restriction à leurs

⁷⁶ Art. 3123 C.c.Q.

⁷⁷ L'article 450 C.c.Q. donne la liste des biens propres, laquelle est complétée par certaines dispositions spécifiques prévues aux articles 451 à 460 C.c.Q.

⁷⁸ Art. 467 C.c.Q.

⁷⁹ Art. 449 C.c.Q.

pouvoirs de gestion est l'obligation de demander le consentement de leur époux quand un époux veut faire la donation d'un acquêt⁸⁰.

Contrairement à la communauté de biens, la société d'acquêts confère un droit de créance en faveur du conjoint et non un droit réel dans le bien⁸¹.

12.2. RETOUR À NOTRE CAS PRATIQUE

M. Ranger vous affirme qu'il a donné les actions à sa fille.

Toutefois, en examinant les documents reflétant la réorganisation, on constate que les actions ordinaires de ce dernier ont été converties en actions privilégiées sur la base de leur juste valeur marchande et, ensuite, de nouvelles actions ordinaires ont été souscrites par les trois enfants.

Josée n'a aucune preuve que les 100 \$ ayant servi au paiement de la souscription d'actions proviennent d'une donation ou qu'il s'agit du produit de la vente d'un bien propre. On se demande si l'on pourrait prétendre que la souscription d'actions constitue un don indirect puisque M. Ranger n'aurait permis qu'un tiers souscrive à de nouvelles actions ordinaires pour une telle somme. Toutefois, il est peu probable qu'un tribunal retiendrait cette théorie puisqu'il existe une présomption expresse qu'un bien qui ne peut être prouvé un propre est un acquêt⁸². De plus, une donation est un droit exceptionnel dans le Code civil. La règle prévoit à l'article 1824 C.c.Q. que la donation doit être faite par acte notarié et doit être publiée à l'exception des biens qui peuvent être donnés avec délivrance et possession immédiate.

La qualification des actions à titre de biens propres ou de biens acquêts variera selon les faits, voici quelques possibilités :

- i) si les actions ont été souscrites avant le mariage, elles sont des biens propres en vertu de l'article 450, al. 1 C.c.Q.;
- ii) si les actions ont été souscrites après le mariage mais à même des biens propres, elles sont alors des biens propres en vertu de l'article 450, al. 3 C.c.Q.;

⁸⁰ Art. 462 C.c.Q.

⁸¹ Ce principe se dégage de l'ensemble des dispositions applicables à la société d'acquêts, à savoir les articles 448 à 484 C.c.Q.

⁸² Art. 459 C.c.Q.

- iii) si les actions ont été données avant ou après le mariage, la donation viendra qualifier les actions de biens propres en vertu des articles 450, al. 1 et 450, al. 3 C.c.Q.;
- iv) si les actions ont été souscrites après le mariage avec des biens acquis, elles seront automatiquement des biens acquis en vertu de l'article 459 C.c.Q.;
- v) si les actions avaient été souscrites par le père, avant ou après le mariage de sa fille et ensuite qu'elles avaient fait l'objet d'une donation ou avaient été léguées par le père à sa fille, ces actions seraient alors des biens propres en vertu de l'article 450, al. 2 C.c.Q. Comme nous l'avons mentionné, le père devra lui-même avoir obtenu le consentement de son conjoint pour faire une telle donation s'il est marié en vertu du régime de la communauté de meubles et d'acquis ou de la société d'acquis.

Il est important que les gens d'affaires détenant des actions de compagnies se rappellent les principes suivants, à savoir :

- i) que les dividendes, sauf les dividendes en actions, seront des acquis, peu importe que les actions soient propres ou acquis⁸³;
- ii) que le salaire payé par la compagnie familiale à un enfant sera un acquis⁸⁴;
- iii) si la souscription avait été faite par une fiducie familiale discrétionnaire plutôt qu'à l'enfant directement, il peut devenir plus difficile de faire la preuve que la participation de l'enfant ainsi que les fruits et revenus en provenant sont des biens propres⁸⁵;
- iv) qu'il existe un système de récompense lorsque les acquis se sont appauvris au profit des propres et vice-versa, et ce, pour chacun des époux⁸⁶.

⁸³ Art. 456 C.c.Q.

⁸⁴ Art. 449, al. 1 C.c.Q.

⁸⁵ Voir l'analyse approfondie faite à ce sujet par Diane BRUNEAU et Denise COURTEMACHE, « La fiducie dans un contexte matrimonial », dans *Colloque – Les fiducies : Pensiez-vous tout savoir?*, 172, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 31-40.

⁸⁶ Art. 475 à 481 C.c.Q.

En ce qui concerne Josée, un contrat de mariage aurait dû être fait pour adopter le régime de séparation de biens.

Si les conjoints ne veulent pas se marier en vertu du régime de séparation de biens ni selon le régime de la société d'acquêts, ils peuvent choisir un régime fait sur mesure, en faisant par exemple leur propre définition d'acquêt. En effet, la loi autorise les futurs époux à prendre l'un ou l'autre des régimes matrimoniaux existants ou à composer toute autre disposition matrimoniale non contraire à l'ordre public⁸⁷.

Par exemple, ils auraient pu se marier selon un régime de société d'acquêts modifié en excluant toutes les actions de la compagnie familiale des acquêts.

On pourrait demander au conjoint de Josée de renoncer à la société d'acquêts, mais pour que la renonciation soit inattaquable, il faut établir la valeur et son conjoint n'a aucun intérêt à le faire surtout si le couple ne fonctionne plus.

Les administrateurs de la compagnie devront prévoir que Josée aura besoin de liquidités pour payer son conjoint. Si la valeur de participation de Josée est substantielle, il est très important de ne pas s'engager à payer immédiatement les sommes qui pourraient être établies dans le cadre du partage de la société d'acquêts; il pourrait alors y avoir des négociations sur les modalités de paiement des actions.

Le problème de liquidités que peut entraîner la dissolution d'une société d'acquêts de l'un ou l'autre des actionnaires d'une compagnie n'est pas l'apanage des entreprises familiales mais peut toucher n'importe quelle entreprise. En conséquence, connaître le régime matrimonial de ses associés permet d'évaluer les risques potentiels.

Il n'est pas tout à fait certain que Josée aurait été dans une meilleure position si la souscription d'actions avait été faite par une fiducie⁸⁸. Sur le plan des droits matrimoniaux, il est plus facile de faire la preuve qu'il s'agit de biens propres si l'enfant détient des biens personnellement plutôt qu'un intérêt dans une fiducie discrétionnaire.

⁸⁷ Art. 431 C.c.Q.

⁸⁸ Voir l'étude exhaustive faite à ce sujet, dans D. BRUNEAU et D. COURTEMANCHE, *loc. cit.*, note 85.

Si un des enfants est marié en vertu du régime de la société d'acquêts, nous croyons que la meilleure protection est que le parent fasse lui-même la souscription aux nouvelles actions participatives et en fasse don ensuite à son enfant. Nous recommandons de faire cette donation par acte notarié puisqu'il existe une controverse à savoir si l'on peut bénéficier de l'exemption de l'article 1824, alinéa 2 C.c.Q. pour les donations d'actions de société fermée. Cette donation devra prévoir également que les fruits et revenus seront également des biens propres.

Il faut conserver une comptabilité séparée des biens propres et des biens acquêts, car la confusion est habituellement fatale.

13. GENS D'AFFAIRES ET CONJOINTS DE FAIT

Quelques mots en ce qui concerne les gens d'affaires et les conjoints de fait. Il existe une grande confusion à l'égard de cette situation.

Selon un sondage effectué par la Chambre des notaires en 2007, « six personnes sur dix vivant en union libre se croient aussi bien protégées que les gens mariés en cas de séparation ou de décès »⁸⁹. On y mentionne aussi que 64 % des conjoints de fait pensent qu'en cas de rupture de vie commune, ils partageront leurs biens en parts égales⁹⁰.

Cette perception erronée s'explique en partie, selon nous, par la notion de justice naturelle telle qu'elle est interprétée par les personnes n'ayant pas de formation juridique⁹¹, par le fait que les enfants nés de parents vivants en union libre ont théoriquement les mêmes droits que ceux nés dans le cadre

⁸⁹ Voir l'article paru à ce sujet sur le site de Radio-Canada : <http://www.radio-canada.ca/nouvelles/societe/2007/11/19/001-conjoints-fait-droits.shtml>.

⁹⁰ *Id.*

⁹¹ Le présent texte n'a aucune prétention d'ordre philosophique et nous n'élaborerons pas sur des questions telles « Les lois doivent-elles être justes? » ou « Qu'est-ce que la justice? ». Toutefois, après plus de 20 ans de pratique dans ce domaine à écouter les clients parler de « justice », nous sommes arrivés à quelques constats. La notion de justice varie selon les valeurs de chaque individu. D'un point de vue pratique, ce débat de ce qui est juste ou non dans le partage des biens devrait, selon nous, intervenir au début de l'union de manière que les futurs conjoints se comportent en tenant compte des risques qu'ils prendront si une dépendance économique s'installe.

d'un mariage⁹² et la reconnaissance des conjoints de fait par plusieurs lois d'ordre fiscal ou social.

Sans faire une analyse exhaustive en voici quelques exemples :

- *Loi sur les impôts*⁹³ (durée de vie commune au moins un an, à moins que les conjoints n'aient eu un enfant);
- *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*⁹⁴ (durée de vie de commune avec un conjoint non marié : trois ans en l'absence d'enfants et un an s'il y a eu un enfant);
- *Loi sur le régime de rentes du Québec*⁹⁵ (durée de vie de commune avec un conjoint non marié : trois ans en l'absence d'enfants et un an s'il y a eu un enfant);
- *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*⁹⁶ (l'union doit avoir duré trois ans ou un an, si les conjoints ont eu un enfant).

13.1. LA SITUATION DES CONJOINTS DE FAIT AVANT L'AFFAIRE LOLA

Avant la récente décision de la Cour d'appel⁹⁷ (baptisée l'affaire *Lola* par les médias⁹⁸) ayant remis en cause l'exclusion du conjoint dans

⁹² Comme le soulignent les juges dans l'affaire *Lola*, ce droit devient théorique quand le parent le plus vulnérable sur le plan économique n'a pas droit à une pension alimentaire, les enfants vivant alors la « pauvreté d'un parent ».

⁹³ L.R.Q., c. I-3 et mod.; *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e supp. ch. 1 et mod. (« L.I.R. »), al. 252(4)a).

⁹⁴ L.R.Q. c. 15.1 (« L.R.C.R. »), art. 85.

⁹⁵ L.R.Q. c. 9 et mod., art. 91 b (« L.R.R.Q. »).

⁹⁶ L.R.Q. c. A-3.001, art. 2.

⁹⁷ Voir *Droit de la famille – 102866*, 2010 QCCA 1978 CanLII (jj. Beauguard, Dutil et Giroux). Voir également le jugement étoffé de la Cour supérieure rendue par Carole Hallé, dans *Droit de la famille – 091768*, 2009 QCCS 3212, où la juge, visiblement consciente que son jugement sera apporté en appel, y relate en détail (le jugement a 66 pages) l'état du droit quant à la situation juridique des conjoints de fait. Pour les non-juristes, il faut savoir que lorsque la validité d'une loi est remise en cause devant le tribunal, le procureur général intervient dans l'affaire. De plus dans cette affaire, la Fédération des associations de familles monoparentales et recomposées du Québec est intervenue pour y faire des représentations notamment sur le fait que les enfants issus dans les unions de fait subissent des inconvénients, car l'absence de pension (à suivre...)

l'ensemble du Code civil, la situation des conjoints de fait était claire sur le plan juridique. Les conjoints de fait n'étaient tout simplement pas reconnus, à moins d'une mention expresse d'un article de loi⁹⁹ ou que les conjoints de fait aient signé une convention de vie commune.

Ainsi, revenons à notre deuxième cas pratique et examinons quelle aurait été la différence si c'est Carole qui annonçait sa séparation à son père. Il faudrait vérifier dans un premier temps si Carole et son conjoint de fait ont signé une convention de vie commune. Une convention de vie commune prévoit certains engagements des époux l'un envers l'autre. En l'absence de convention de vie commune, voici les droits du conjoint de Carole :

- avant l'affaire *Lola*, nous aurions répondu que le conjoint de fait ne pouvait pas réclamer de pension pour lui-même, car il n'y a pas d'obligation alimentaire entre conjoints de fait;
- son conjoint de fait ne peut lui demander un partage des biens familiaux, car le patrimoine familial ne s'applique pas aux conjoints de fait¹⁰⁰;
- les conjoints de fait n'ont pas de régime matrimonial, donc le conjoint de Carole ne peut demander une partie de la valeur de ses actions;
- le conjoint de Carole pourra demander une pension au bénéfice des enfants si ses revenus sont inférieurs à ceux de Carole (le juge tiendra alors compte de l'ensemble des actifs de Carole pour déterminer sa

(...suite)

alimentaire et de partage des biens familiaux les mettait dans une situation moins avantageuse que celle des enfants nés de parents mariés alors que la loi prévoit qu'ils doivent avoir les mêmes droits, voir le paragraphe 39 du jugement.

⁹⁸ En ligne : <http://www.radio-canada.ca/nouvelles/societe/2010/12/15/002-quebec-unionlibre-lola-eric.shtml>.

⁹⁹ Voici les seuls articles du Code civil qui traitent du conjoint de fait : art. 15 C.c.Q. (conjoint de fait peut donner consentement aux soins), art. 555 C.c.Q. (consentement à l'adoption à l'égard d'un conjoint de fait) et art. 1938 C.c.Q. (droit au maintien dans les lieux pour le conjoint de fait d'un locataire).

¹⁰⁰ Les lois régissant certains régimes de retraite prévoient qu'il peut y avoir partage si la personne ayant droit au régime de retraite y consent, voir l'article 110 L.R.C.R. (On rencontre rarement ce genre de régime de retraite dans les petites entreprises et les régimes enregistrés d'épargne-retraite ne sont pas assujettis à ces lois.) Le partage est également possible pour la *Loi sur le régime de rentes du Québec*, mais la demande doit être conjointe (art. 102.10.4 L.R.R.Q.).

capacité de payer, peu importe que les biens proviennent de la famille de Carole sous forme de don ou autrement);

- le conjoint de Carole aura peut-être des droits en vertu du droit commun s'ils ont acheté des biens en indivision par exemple ou s'ils ont un compte conjoint¹⁰¹.

Que serait-il arrivé si Carole était décédée en laissant dans le deuil ses enfants et son conjoint de fait?

- Si Carole était décédée en laissant un testament : le conjoint de fait aurait alors eu droit à ce qui lui est légué par le testament même s'il avait cessé de faire vie commune, mais il n'aurait pas pu réclamer plus que les legs prévus en sa faveur¹⁰².
- Si Carole était décédée sans testament, tous ses biens auraient été dévolus à ses enfants¹⁰³. Le conjoint de fait, même s'il vivait toujours avec elle, n'est pas un successible : son conjoint de fait n'aurait aucun droit dans la succession¹⁰⁴.

13.2. LA SITUATION DES CONJOINTS DE FAIT À LA SUITE DE L'AFFAIRE **LOLA**

L'état du droit a été modifié par l'affaire *Lola*. Dans cette affaire, la conjointe de fait a attaqué la validité¹⁰⁵ de plusieurs dispositions législatives excluant les conjoints de fait, les plus importantes aux fins de notre propos sont les suivantes :

¹⁰¹ Voir nos commentaires au sujet du droit commun, *supra*, section 6.

¹⁰² Certaines lois particulières prévoient des droits en faveur du conjoint de fait lors d'un décès, c'est notamment le cas pour la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* et la *Loi sur le régime de rentes du Québec*.

¹⁰³ Art. 667 C.c.Q.

¹⁰⁴ Toutefois, en cas de décès les régimes de retraite d'un employeur prévoient souvent une priorité légale en faveur du conjoint de fait, voir, par exemple, les articles 86 et 87 L.R.C.R. Toutefois, les entrepreneurs sont peu visés par ces régimes. Le Régime de rentes du Québec accorde également certains droits au conjoint de fait.

¹⁰⁵ Pour les non-juristes, il est utile de savoir que la validité des lois peut être remise en doute lorsque les lois vont à l'encontre de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'article 15(1) de la Charte garantit le droit à la non-discrimination fondé sur l'état matrimonial.

- art. 414 et suiv. C.c.Q. (patrimoine familial);
- art. 432 et suiv. C.c.Q. (société d'acquêts);
- art. 585 et suiv. C.c.Q. (pension alimentaire pour le conjoint).

Pour mieux comprendre le débat, on a séparé les demandes entre celles visant à partager des biens familiaux (ceux accumulés par la famille pendant l'union) et celles se rapportant à la pension alimentaire.

La conjointe de fait prétendait que le patrimoine familial (partage de la moitié de la valeur nette des résidences, voitures, meubles et régimes de retraite) devrait s'appliquer aux conjoints de fait et que le régime légal (la société d'acquêts) devrait s'appliquer à elle en l'absence de contrat signé entre les époux. Comme une grande partie des gens d'affaires sont mariés en vertu du régime de la séparation de biens, conclure que les conjoints de fait sont assujettis par défaut à la société d'acquêts aurait été fort surprenant.

La Cour d'appel a rejeté les demandes relatives au partage des biens familiaux, mais elle a invalidé les dispositions prohibant une demande de pension alimentaire par un conjoint de fait. Sans entrer dans une analyse technique du jugement, cette différence de traitement s'explique notamment en raison des objectifs différents. Alors que l'un vise à partager des biens selon un régime contractuel ou légal, la pension alimentaire a pour sa part un objectif social¹⁰⁶.

La Cour a considéré que l'absence de recours alimentaire pour l'ex-conjoint de fait avait aussi des effets sur les enfants issus des unions de fait, car si un parent se retrouve en difficulté financière, les enfants en subissent les contrecoups¹⁰⁷. La Cour croit donc que c'est la cellule familiale qui doit bénéficier d'un recours alimentaire.

Toutefois, comme le souligne la juge Dutil, dans l'affaire *Lola*, avoir le droit de demander n'équivaut pas à un droit de recevoir¹⁰⁸. En effet, pour obtenir une pension il faut respecter les critères établis par la loi. En vertu de l'article 587 C.c.Q., le tribunal doit considérer, avant d'accorder une

¹⁰⁶ Précité, note 97, par. 67 du jugement de la Cour d'appel.

¹⁰⁷ *Id.*, par. 126.

¹⁰⁸ *Id.*, par. 114 : « En outre, le droit dont il est question ici est celui de demander une pension alimentaire et non celui de l'obtenir du seul fait qu'on est conjoint de fait. »

pension, les besoins et les facultés des parties, les circonstances dans lesquelles elles trouvent et, s'il y a lieu, du temps nécessaire au créancier pour acquérir une autonomie suffisante. On constate alors que le facteur de dépendance économique a une grande influence dans la détermination de la pension. Toutefois, le tribunal omet de mentionner que les « besoins de base » s'apprécient en fonction du niveau de vie antérieur des parties. Ainsi, dans l'affaire en cause, la pension alimentaire des trois enfants a été fixée à 34 260,24 \$ par mois (soit 411 122,88 \$ par année)¹⁰⁹.

À ceux qui défendent la thèse de la liberté de choix, le juge Beauregard répond ce qui suit : « La liberté doit résider dans le choix entre vivre maritalement et ne pas vivre maritalement; non pas entre assumer les conséquences de son choix de vie et les éviter d'une façon artificielle¹¹⁰. »

Pour donner le temps au législateur de rectifier les lois applicables, le tribunal a déclaré inopérant l'article 585 C.c.Q., excluant les demandes de pension alimentaire formulée par un conjoint de fait, mais il a suspendu l'effet du jugement pour 12 mois¹¹¹. Par ailleurs, le juge Beauregard, dissident en partie, aurait voulu, pour sa part, donner effet immédiatement au jugement de manière à ne pas priver les conjoints de fait de leurs recours pendant une période supplémentaire¹¹². Il ne trouvait pas nécessaire de renvoyer la question au législateur, considérant que la loi devrait s'appliquer à toutes les personnes faisant vie commune peu importe la durée¹¹³.

La modification des lois à l'égard des conjoints de fait est donc imminente, le Québec étant la seule province canadienne à ne pas avoir adopté de loi relativement à l'obligation alimentaire entre conjoints de fait¹¹⁴.

Le procureur général du Québec a annoncé son intention d'interjeter appel du jugement en Cour suprême¹¹⁵. Si la Cour suprême accepte d'entendre la cause, cela aura pour effet de retarder l'adoption de

¹⁰⁹ *Id.*, par. 19.

¹¹⁰ *Id.*, par. 90 (j. Beauregard, dissident en partie).

¹¹¹ *Id.*, par. 5 et 6.

¹¹² *Id.*, par. 196 (j. Beauregard, dissident en partie).

¹¹³ *Id.*, par. 197 et 198 (j. Beauregard, dissident en partie).

¹¹⁴ Précité, note 97, par. 294 du jugement de la Cour supérieure.

¹¹⁵ En ligne : <http://www.radio-canada.ca/regions/Montreal/2010/11/03/005-Lola-jugement-conjoint.shtml>.

modifications législatives. On ne sait pas si le législateur décidera de traiter uniquement de la question de la pension alimentaire ou si les dispositions s'appliquant aux conjoints seront revues dans leur ensemble afin d'y intégrer en tout ou en partie les conjoints de fait. Le législateur aura également la tâche délicate de définir ce qu'est un conjoint de fait ou de se rendre au point de vue du juge Beauregard. À cet égard, le juge Beauregard s'exprime ainsi :

« Dire qu'une union de fait n'existe qu'après un ou deux ou trois ans de cohabitation c'est déjà faire de la discrimination puisqu'un tribunal peut très bien arriver à la conclusion que deux conjoints qui vivent en union de fait depuis seulement quelques mois doivent être considérés comme avoir vécu maritalement assez longtemps pour qu'un conjoint puisse avoir droit à des aliments de la part de l'autre¹¹⁶. »

Ce débat sera donc à suivre, il est donc recommandé aux conjoints de fait de faire des ententes de vie commune et de s'informer sur les conséquences de vivre une relation de dépendance économique. Comme le mentionne le juge Beauregard, on pourrait également valablement soutenir que le patrimoine familial devrait être imposé à tous les conjoints de fait. Toutefois, il nous semble très peu probable d'imposer la société d'acquêts à tous les époux.

CONCLUSION

Le but du présent texte était de sensibiliser les conseillers à l'importance de connaître les impacts des droits matrimoniaux sur les réorganisations lorsqu'ils conseillent les gens d'affaires.

Au-delà de tous les débats sur ce qui est juste ou non, les conseillers doivent prendre conscience que de ne pas tenir compte de ces aspects peut conduire à des résultats désastreux qui auraient pu être évités.

Les conseillers des gens d'affaires devront ajouter à leur liste de vérification à effectuer une série de questions leur permettant de déterminer l'incidence des droits matrimoniaux des personnes concernées dans l'entreprise, à savoir :

- Quel est le régime matrimonial de chaque personne concernée? Est-ce que ces personnes connaissent les conséquences de leur choix (utilisation

¹¹⁶ Précité, note 97, par. 198 du jugement de la Cour d'appel (j. Beauregard, dissident en partie).

d'un compte conjoint, souscription d'actions dans une compagnie familiale, etc.)?

- Que prévoit le contrat de mariage (recherche des donations irrévocables)?
- Y a-t-il une convention de vie commune?
- Est-ce que la réorganisation projetée devrait être faite différemment pour mieux protéger les personnes concernées advenant une séparation?
- Quel rôle joue le conjoint dans l'entreprise?
- Quel sera l'impact d'introduire une fiducie de gel sur le régime matrimonial des conjoints?
- Est-ce que l'entreprise du client détient des biens faisant partie du patrimoine familial?
- Les enfants du client projettent-ils de se marier bientôt?

**PANEL SUR LA MISE À JOUR DES OBLIGATIONS FISCALES
DES NON-RÉSIDENTS AVEC DES REPRÉSENTANTS DE
L'AGENCE DU REVENU DU CANADA ET DE REVENU QUÉBEC**



Anne-Marie Dupras
CA, avocate, associée, fiscalité
BDO Canada s.r.l./s.e.n.c.r.l.



Laurie-Anne Gagnon
Avocate, M. Fisc., directrice, fiscalité
BDO Canada s.r.l./s.e.n.c.r.l.



Michel Paisible
Agent principal des
programmes d'observation
Agence du revenu du Canada

Sandra Roche
Avocate, M. Fisc.
Direction générale
de la législation, des enquêtes
et du registraire des entreprises
Revenu Québec

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	25:5
PREMIÈRE PARTIE	25:5
1. LES RÉCENTS CHANGEMENTS AUX PROCÉDURES DE NOTIFICATION DE LA DISPOSITION DE BIENS CANADIENS IMPOSABLES DE L'ARTICLE 116 DE LA <i>LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU</i> EN REGARD DES CHANGEMENTS À LA DÉFINITION DE BIEN CANADIEN IMPOSABLE	25:5
1.1. LES CHANGEMENTS À LA DÉFINITION DE « BIENS CANADIENS IMPOSABLES »	25:6
1.1.1. Seules les sociétés dont plus de 50 % de la juste valeur marchande des actifs est dérivée de biens immobiliers situés au Canada seront des BCI.....	25:6
1.1.2. Certaines participations dans des entités ne seront plus considérées comme des BCI	25:7
1.1.3. Certaines règles de continuité vont continuer de s'appliquer et il est précisé que ce sera pour une période de 60 mois après la conversion afin de réputer des actions ou des participations qui sont des BCI de retenir cette caractéristique	25:7
1.2. CONVERGENCES MAIS AUSSI DIFFÉRENCES AVEC LA PLUPART DES TRAITÉS FISCAUX CONCLUS PAR LE CANADA.....	25:8
2. OBLIGATIONS DE DIVULGATION, DE RETENUES D'IMPÔT ET DE SOUMETTRE DES DÉCLARATIONS FISCALES LORS DE LA DISPOSITION (OU DE L'ACQUISITION) DE BCI	25:9
2.1. MÉCANISME DE DIVULGATION (ET RETENUES) DES DISPOSITIONS ET ACQUISITIONS DE BCI DE L'ARTICLE 116 L.I.R.....	25:9
2.1.1. Divulgarion de nature optionnelle avant la disposition et obligatoire au moment de la disposition par le vendeur	25:9
2.1.2. Obligations de divulgation, de retenue et remise de 25 % (plus 12 % si le bien est situé au Québec) du prix d'acquisition par l'acheteur quant à l'acquisition de BCI	25:11

2.2.	OBLIGATIONS DE SOUMETTRE DES DÉCLARATIONS FISCALES LORS DE LA DISPOSITION DE BCI.....	25:15
2.2.1.	Les déclarations des sociétés lors de la disposition de BCI	25:15
2.3.	NOUVELLES RÈGLES DE L'ARTICLE 116 L.I.R. – RÉDACTION PROBLÉMATIQUE.....	25:17
2.3.1.	Aucune défense d'enquête raisonnable.....	25:17
2.3.2.	Les règles de continuité pour une période de 60 mois – Est-ce un si grand problème?.....	25:18
2.4.	PÉNALITÉS POUR OMISSION D'EFFECTUER LES RETENUES, DIVULGATIONS ET LES DÉCLARATIONS FISCALES.....	25:20
2.4.1.	Omission du vendeur de donner un avis de disposition d'un BCI, de déposer les retenues requises (ou les garanties) et de produire une déclaration fiscale	25:20
2.4.2.	Remboursement des retenues lors de la production de la déclaration fiscale	25:23
2.4.3.	Omission de l'acheteur d'effectuer les retenues lors de l'acquisition d'un BCI.....	25:24
3.	ARBRE DE DÉCISION POUR AIDER À LA DÉTERMINATION DES OBLIGATIONS DE RETENUES, DIVULGATIONS ET DE PRODUIRE DES DÉCLARATIONS FISCALES	25:26
	DEUXIÈME PARTIE.....	25:31
4.	MISE À JOUR SUR LES EXIGENCES RELATIVES AU PAIEMENT DE RÉMUNÉRATIONS, D'HONORAIRES, DE COMMISSIONS OU D'AUTRES MONTANTS À L'ÉGARD DE SERVICES RENDUS AU CANADA EN VERTU DES ARTICLES 102 ET 105 R.I.R.	25:31
4.1.	SOURCES DE L'OBLIGATION DE RETENIR DES MONTANTS EN VERTU DE L'ARTICLE 105 R.I.R.	25:33
4.2.	INTERPRÉTATION DE « À L'ÉGARD DE » DE L'ARTICLE 105 R.I.R. : UNE PORTÉE PAS AUSSI LARGE QUE LE LAISSE ENTENDRE LE PARAGRAPHE 6 DE LA CIRCULAIRE.....	25:34
4.2.1.	Contraste entre l'affaire <i>Weyerhaeuser</i> et l'affaire <i>Ogden Palladium Services (Canada) Inc. c. La Reine</i>	25:36
4.2.2.	Contrats à plusieurs échelons.....	25:38
4.2.3.	L'affaire <i>FMC Technologies Co. c. MRN</i>	25:40

5.	DISPENSE AUX RETENUES DE L'ARTICLE 105 R.I.R.	25:42
5.1.	RÈGLES PARTICULIÈRES APPLICABLES AUX SERVICES RENDUS PAR DES AMÉRICAINS AU CANADA	25:43
5.1.1.	Précisions demandées à propos des alinéas V(9)a) et b) de la Convention	25:44
5.2.	CRITIQUES DES LIGNES DIRECTRICES ET DES RETENUES DE L'ARTICLE 105 R.I.R.	25:45
ANNEXE A		25:47
ANNEXE B		25:63

INTRODUCTION*

Le but de notre présentation est d'expliquer et de discuter des changements législatifs récents concernant certaines transactions impliquant des non-résidents, avec un accent sur les détails des exigences administratives.

PREMIÈRE PARTIE

1. **LES RÉCENTS CHANGEMENTS AUX PROCÉDURES DE NOTIFICATION DE LA DISPOSITION DE BIENS CANADIENS IMPOSABLES DE L'ARTICLE 116 DE LA LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU¹ EN REGARD DES CHANGEMENTS À LA DÉFINITION DE BIEN CANADIEN IMPOSABLE**

Le gouvernement du Canada a essuyé des critiques depuis de nombreuses années au sujet du fardeau administratif imposé aux investisseurs étrangers qui acquièrent des biens ou qui font affaire au Canada.

Puisque le principal partenaire commercial du Canada demeure les États-Unis (avec lequel le Canada vient tout récemment de conclure des changements importants au traité fiscal bilatéral), il est somme toute normal que les changements visant les procédures à remplir par les non-résidents lors de la disposition de certains biens soient en partie inspirés des règles qui existent actuellement aux États-Unis.

D'entrée de jeu, il est important de souligner les changements importants et positifs qui ont été apportés par le Budget fédéral déposé le 4 mars 2010² à la définition d'un bien canadien imposable (« BCI »), cette nouvelle définition est mieux adaptée (quoique pas parfaitement, tel que nous en discuterons dans le présent texte) aux nombreux traités internationaux en vigueur auxquels le Canada est partie.

* Avec la participation de l'Agence du revenu du Canada et de Revenu Québec (questions en annexe).

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

² Sanctionnée le 12 juillet 2010. Le Québec, tel qu'il a été mentionné dans son budget du 30 mars 2010, adopte les changements dans la définition de « bien canadien imposable » ainsi qu'aux rajustements corrélatifs.

D'autre part, sur un point un peu moins positif, on note encore la très grande réticence du ministre des Finances à alléger les procédures administratives qui sont imposées aux non-résidents et surtout aux acquéreurs de biens qui appartiennent à des non-résidents de crainte de laisser échapper de trop importantes sources d'impôt.

1.1. LES CHANGEMENTS À LA DÉFINITION DE « BIENS CANADIENS IMPOSABLES »

Cette notion est importante lorsqu'il est question de l'imposition des non-résidents sur certains biens ayant un lien avec le Canada et les migrants. En effet, les non-résidents sont imposés au Canada par les mécanismes du paragraphe 2(3)³ et de l'article 115⁴ L.I.R. sur les gains à la disposition de ces BCI et non sur la disposition de biens d'autre nature. Les immigrants ont droit de majorer le coût de leur BCI lors de leur immigration au Canada. Les émigrants, qui sont de retour au Canada, ont le choix d'« annuler » la disposition présumée qui a eu lieu lors de leur départ du Canada dans le cas où ils sont propriétaires de BCI, cette option n'est pas disponible pour les autres types de biens.

1.1.1. Seules les sociétés dont plus de 50 % de la juste valeur marchande des actifs est dérivée de biens immobiliers situés au Canada seront des BCI

Voilà la grande nouveauté de ces modifications puisque, auparavant, les actions de toutes les sociétés résidentes canadiennes privées (c'est-à-dire qui ne sont pas inscrites à une Bourse de valeurs désignée) étaient considérées comme des BCI. D'autre part, la composition des actifs sera vérifiée pour une période de 60 mois, antérieure au moment de la détermination, c'est-à-dire si à tout moment dans les 60 mois avant un moment donné, plus de 50 % de la juste valeur marchande (« JVM ») des actifs est dérivée de biens immobiliers canadiens (ou d'avoirs miniers canadiens, d'avoirs forestiers, ou de droits ou options relatifs aux biens précités), les actions seront considérées comme des BCI.

³ Pour le Québec, les dispositions concordantes indiquées sont celles, sauf indication contraire, de la *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (« L.I. »), art. 26, al. 1 et 27, al. 1.

⁴ Art. 1 « bien canadien imposable », art. 27, al. 1, art. 1087, 1089, 1090, 1091, 1094, 1095 et 1096 L.I.

La distinction entre société résidente et non résidente est par ailleurs éliminée puisque les critères sont maintenant les mêmes pour les deux types de sociétés.

1.1.2. Certaines participations dans des entités ne seront plus considérées comme des BCI

Dorénavant, certaines participations de capital dans des fiducies (excluant les fiducies de fonds commun de placement) ne seront plus des BCI au moment de la détermination ou dans les 60 mois antérieurs au moment de la détermination à moins que plus de 50 % de la JVM des actifs ait été dérivée de biens immobiliers canadiens (ou d'avoirs miniers canadiens, d'avoirs forestiers, ou de droits ou options relatifs aux biens précités). Comme on peut le constater, la résidence de la société de personnes ou de la fiducie n'est pas importante.

1.1.3. Certaines règles de continuité vont continuer de s'appliquer et il est précisé que ce sera pour une période de 60 mois après la conversion afin de réputer des actions ou des participations qui sont des BCI de retenir cette caractéristique

Plusieurs règles de continuité de la caractéristique de BCI étaient déjà contenues dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, entre autres aux fins :

- du paragraphe 44.1(2) L.I.R.⁵ dans la définition d'« actions déterminées d'une petite entreprise »;
- des paragraphes concernant les réorganisations du capital-actions et les fusions, soit les paragraphes 51(1), 85(1), 85.1(1), 85.1(5), 85.1(8), 87(4) et 87(5) L.I.R.⁶;
- du paragraphe 248(25.1) L.I.R.⁷ (transfert d'une fiducie à une autre);

⁵ Art. 280.6 L.I.

⁶ Art. 301; 522 et suiv.; 536, al. 1; 537-539; 540.2, al. 1, 3 et 4; aucune concordance; 551-554 L.I.

⁷ Art. 7.11.2 L.I.

- du paragraphe 128.1(6) L.I.R.⁸ (choix pouvant être exercé lors du retour au Canada après la cessation de résidence d'un particulier).

Ces règles sont maintenues, mais il est dorénavant précisé (c'est-à-dire applicable après le 4 mars 2010⁹) que cette présomption ne s'applique que pour les 60 mois suivant la disposition ou le transfert. Il faut noter qu'il importe peu si les biens immobiliers (ou les avoirs miniers canadiens ou les avoirs forestiers ou des options ou droits sur ces biens, selon le cas) ont été disposés avant ou après le moment du déclenchement de cette règle de continuité.

1.2. CONVERGENCES MAIS AUSSI DIFFÉRENCES AVEC LA PLUPART DES TRAITÉS FISCAUX CONCLUS PAR LE CANADA

Tel qu'il a été mentionné précédemment, les changements à la définition de BCI permettent à la loi fiscale interne du Canada d'être plus étroitement alignée sur la plupart des traités fiscaux internationaux conclus par le Canada en ce sens que la plupart de ces traités empêchent le Canada d'imposer les gains en capital sur les participations des non-résidents dans des entités canadiennes à moins que la JVM de ces participations soit principalement attribuable à des BCI (ou d'autres types de biens situés au Canada, selon le cas). De façon similaire, le modèle actuel des conventions fiscales de l'Organisation de coopération et de développement économiques (« OCDE ») exclut de l'assiette fiscale du pays hôte certains gains en capital sur des entités dont la JVM des actifs n'est pas principalement tirée de biens immobiliers (ou autres biens de ce type) du pays hôte.

Toutefois, dans la plupart des traités fiscaux, le test de composition des actifs s'effectue à un moment précis dans le temps et ne prévoit pas de « retour en arrière » (*look-back* en anglais) d'une période de 60 mois. Dans certains traités, le test s'effectue sur les actifs directement détenus par une entité et ne prévoit pas de mécanisme pour tester la composition des actifs détenus indirectement, par l'entremise d'une autre entité par exemple.

Généralement les commentateurs sont satisfaits de ces récents développements. Il y a maintenant lieu d'analyser quelles sont les

⁸ Art. 785.2.2 L.I.

⁹ CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2010*, Annexe 5. Mesures fiscales : Renseignements supplémentaires – Avis de motion de voies et moyens, 4 mars 2010.

obligations du non-résident (et surtout, nous le verrons, de l'acquéreur de ces BCI) lorsqu'un BCI est disposé.

2. OBLIGATIONS DE DIVULGATION, DE RETENUES D'IMPÔT ET DE SOUMETTRE DES DÉCLARATIONS FISCALES LORS DE LA DISPOSITION (OU DE L'ACQUISITION) DE BCI

Puisque la définition de BCI a été restreinte, les obligations de divulgation et de conformité fiscale seront automatiquement plus limitées. Nous verrons toutefois que plusieurs questions sont encore non résolues et que les autorités fiscales devront mettre à jour leurs procédures administratives.

2.1. MÉCANISME DE DIVULGATION (ET RETENUES) DES DISPOSITIONS ET ACQUISITIONS DE BCI DE L'ARTICLE 116 L.I.R.¹⁰

Le mécanisme de divulgation s'adresse aussi bien au vendeur qu'à l'acquéreur de certains BCI. Les lignes qui suivent se veulent un rappel des règles, ainsi que des précisions sur les changements récemment survenus aux procédures.

2.1.1. Divulgation de nature optionnelle avant la disposition et obligatoire au moment de la disposition par le vendeur

Un vendeur non résident qui dispose d'un BCI (sauf d'un bien exclu et d'un des biens mentionnés au paragraphe 116(5.2) L.I.R.¹¹ – nous y reviendrons) doit envoyer un avis de cette transaction¹² au ministre. Il peut l'envoyer avant la date à laquelle il prévoit disposer du bien¹³ ou au plus tard

¹⁰ Art. 1097 L.I.

¹¹ Art. 1102.1 L.I.

¹² Le nom et l'adresse de la personne en faveur de laquelle le vendeur planifie de disposer du bien, sa description, le montant du produit de disposition et le montant du prix de base rajusté (voir al. 116(1)a) à d) L.I.R. et art. 1097 L.I.).

¹³ Selon le paragraphe 116(1) L.I.R. et l'article 1097 L.I. Les formulaires prescrits sont le T2062 (pour les BCI), le T2062A lors de la disposition d'un avoir forestier ou minier canadien ou de bien immeuble canadien ou d'un bien en immobilisation admissible, le T2062ASCHD1 pour la disposition d'avoirs miniers et le formulaire québécois TP-1097.

10 jours suivant la disposition du bien¹⁴. L'intérêt à envoyer l'avis avant la disposition (la demande doit être envoyée suffisamment d'avance étant donné le délai de traitement des demandes particulièrement long) du BCI réside dans le fait que les autorités fiscales auront le loisir de vérifier les renseignements soumis par le vendeur et surtout de calculer la somme des impôts potentiellement redevables par cette personne à la disposition du BCI et de lui délivrer un certificat. Ce certificat libérera l'acquéreur d'avoir à retenir des sommes représentant 25 % (plus 12 % si le bien est situé au Québec) en vertu du paragraphe 116(5) L.I.R.¹⁵ du prix d'achat¹⁶ en faveur des autorités fiscales à la conclusion de la transaction jusqu'à concurrence des montants indiqués sur celui-ci.

Quant au vendeur, il devra soit verser à titre d'impôt 25 % (plus 12 % si le bien est situé au Québec) du gain tel qu'il est calculé par le ministre (selon les données soumises par le contribuable dans les formulaires prescrits), soit fournir au ministre une garantie acceptable par ce dernier concernant la disposition éventuelle du bien¹⁷. Suivant cette étape, le ministre doit délivrer sans délai un certificat (T2064¹⁸) en fixant un montant égal au montant estimatif des impôts qui sera la limite prévue du certificat. Si le montant de la disposition est augmenté, le contribuable doit aviser le ministre dans les 10 jours suivant la disposition et devra déboursier tout montant supplémentaire dont il est redevable¹⁹.

Il est important de noter que ces obligations de divulgation sont obligatoires même si le gain à la disposition du bien n'est pas imposable au Canada en vertu d'un traité que le Canada a conclu avec le pays de résidence du vendeur. D'ailleurs, les différents formulaires prévoient un endroit où il est possible d'indiquer que, selon le vendeur, cette vente est exemptée d'impôts canadiens en précisant les dispositions pertinentes du traité.

¹⁴ Selon les dispositions du paragraphe 116(3) L.I.R. et de l'article 1099 L.I.

¹⁵ Au Québec, 12 % en vertu de l'article 1101 L.I.

¹⁶ En conformité avec le paragraphe 116(5) L.I.R. et l'article 1101 L.I.

¹⁷ Par. 116(2) L.I.R. et art. 1098 L.I. Selon le paragraphe 116(5.2) L.I.R. et l'article 1102.1 L.I., si le bien est une police d'assurance vie, un avoir minier canadien, un avoir forestier ou un bien immeuble situé au Canada, la retenue pourrait être plus élevée, à la discrétion du ministre.

¹⁸ TPF-1098 pour le Québec.

¹⁹ Voir par. 116(3) et 116(4) L.I.R.

2.1.2. Obligations de divulgation, de retenue et remise de 25 % (plus 12 % si le bien est situé au Québec) du prix d'acquisition par l'acheteur quant à l'acquisition de BCI

Outre l'existence d'un certificat délivré par les autorités fiscales en vertu des paragraphes 116(2)²⁰ et 116(4) L.I.R. concernant la disposition du bien, il existe maintenant trois exceptions²¹ qui permettent à l'acquéreur d'omettre de faire les retenues et les remises d'un montant de 25 % (plus 12 % si le bien est situé au Québec) du prix d'acquisition du bien aux autorités fiscales :

- 1) l'exception portant sur les biens exclus;
- 2) l'exception de l'« enquête sérieuse »; et
- 3) depuis 2009, l'exception portant sur les « biens protégés par Traité ».

Avant de décrire ces trois exceptions, il est utile de rappeler la règle générale qui est simple : l'acquéreur est responsable de verser une somme égale à 25 % (plus 12 % si le bien est situé au Québec) du prix d'achat du bien (ou de l'excédent du prix d'achat du bien sur le montant indiqué au certificat que le vendeur a obtenu pour ce bien). Il convient de remarquer que cette responsabilité n'est aucunement liée à l'existence ou non d'une dette fiscale relativement à la disposition de ce bien.

2.1.2.1. Exception de retenue pour les « biens exclus »

Aucune obligation de divulgation n'existe pour les « biens exclus », sauf lorsque le vendeur et l'acquéreur sont liés, quoique le vendeur est tout de même responsable de déclarer la disposition et de verser les impôts y afférents. Les biens exclus sont énumérés au paragraphe 116(6) L.I.R.²² et comprennent les biens suivants :

- Un bien qui est un BCI du seul fait qu'il est réputé être un BCI par une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (par exemple une action

²⁰ Dans la mesure où le montant d'acquisition n'a pas été révisé à la hausse entre l'obtention pour la disposition prévue et la disposition réelle. Art. 1098 et 1100 L.I.

²¹ Al. 116(5)a), b) et c) L.I.R. et art. 1101 L.I.

²² Art. 1102.4 L.I.

émise à la suite d'un roulement en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R.²³ en contrepartie d'un BCI);

- Un bien qui figure à l'inventaire d'une entreprise exploitée au Canada par la personne (sauf des biens immeubles, des avoirs miniers ou forestiers);
- Un titre qui est à la fois inscrit à une Bourse de valeurs reconnue et une action d'une société ou un intérêt dans une « entité intermédiaire de placement déterminée » (EIPD) convertible;
- Une unité d'une fiducie de fonds commun de placement;
- Une obligation ou un effet financier similaire;
- Certains biens d'un assureur ou d'une banque étrangère autorisée; et
- **Un bien exempté par traité.** L'alinéa 116(6)i) L.I.R. (biens exemptés par traité) a été ajouté en 2008 pour les années après 2008. Notons que la définition de biens exemptés par traité est incluse au paragraphe 116(6.1) L.I.R. Nous reviendrons sur cette notion plus loin dans le présent texte.

Il est important de retenir, malgré le fait que ces biens puissent être considérés comme des BCI, qu'on reconnaît qu'il serait difficile de faire respecter les exigences administratives de l'article 116 L.I.R.²⁴ puisque, souvent, l'acquéreur ne peut connaître l'identité du vendeur et c'est pourquoi ils sont pour la plupart exemptés des exigences administratives de l'article 116 L.I.R.

2.1.2.2. Exception de l'« enquête sérieuse »

La deuxième exception aux obligations de retenue vise les vendeurs de BCI qui sont des résidents canadiens. Lorsque l'acquéreur fait une « enquête sérieuse » et conclut qu'il n'y a aucun motif de croire que le vendeur est non résident, l'acquéreur est exempté des exigences de retenue. Cette enquête sérieuse est relativement facile à mener et consiste généralement à inclure dans les contrats d'achat-vente une déclaration du vendeur selon laquelle il n'est pas un non-résident ou de faire une vérification diligente du statut du vendeur avant la vente.

²³ Art. 522 et suiv. L.I.

²⁴ Art. 1097 et suiv. L.I.

2.1.2.3. Exception du paragraphe 116(5.01) L.I.R.

Les propositions législatives du Budget fédéral de 2008²⁵ ont introduit une nouvelle exception applicable aux dispositions de BCI qui ont lieu après le 31 décembre 2008. Le nouveau paragraphe 116(5.01) L.I.R.²⁶ énumère les conditions qui doivent être remplies afin que l'acquéreur qui y est assujéti puisse être exempté des obligations de retenue :

- Après une « enquête sérieuse », l'acheteur conclut que la personne non résidente est un résident d'un pays avec lequel le Canada a un traité;
- Le bien en question serait un bien protégé par le traité si la personne était résidente de cet autre pays;
- L'acheteur donne un avis au ministre avec les renseignements requis.

Les détails des renseignements contenus dans l'avis au ministre (Formulaire T2062C) sont relativement simples : la date d'acquisition du bien, les nom et adresse de la personne non résidente de laquelle l'acheteur acquiert le bien, une description détaillée du bien, de même que la somme payée ou payable. De plus, on doit indiquer le nom du pays avec lequel le Canada a un traité en vertu duquel le bien est un bien exempté par traité fiscal.

Cette dernière exception semble imposer un fardeau relativement onéreux à l'acquéreur puisqu'il aurait non seulement la responsabilité de vérifier si le vendeur est résident d'un pays avec lequel le Canada a conclu un traité fiscal, mais il devrait aussi et surtout s'assurer que le bien est exempté par traité. Cela oblige donc l'acquéreur à faire une vérification diligente assez complète. Si, par suite de l'acquisition, il s'avérait que le BCI n'est finalement pas un bien exempté par traité, c'est l'acquéreur qui en subit les conséquences onéreuses puisque celui-ci ne peut pas invoquer pour sa défense qu'il a fait une vérification raisonnable. Dans ce cas, soit l'acquéreur voudra obtenir des garanties (financières ou autres) du vendeur dans le cadre du contrat d'achat-vente, soit l'acquéreur effectuera purement et simplement la retenue afin d'éliminer tout risque de non-conformité. Compte tenu des

²⁵ CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2008*, Annexe 4. Mesures fiscales : Renseignements supplémentaires – Avis de motion de voies et moyens, 26 février 2008.

²⁶ Art. 1101.1 L.I.

risques d'avoir à déboursier 25 % (plus 12 % si le bien est situé au Québec) du montant de l'acquisition pour l'acquéreur, il était prévu que cette exception ne sera utile que dans le cadre de transactions entre personnes liées, ce qui aura au moins pour effet de désengorger les services de traitement des demandes de certificats. À la suite des modifications importantes à la définition de BCI discutées précédemment, force est de constater que cette exception est un peu redondante puisque, si le bien en question est protégé par traité, il sera un bien exclu et l'obligation de faire la série d'enquêtes énumérées au paragraphe 116(5.01) L.I.R. sera dorénavant inutile.

Biens « exemptés » *versus* « protégés » par traité

Un mot sur les notions de « bien exempté par traité » dont on trouve la définition au paragraphe 116(6.1) L.I.R.²⁷ et la notion apparentée de « bien protégé par traité » que l'on retrouve au paragraphe 248(1) L.I.R.²⁸ Un « bien protégé par traité » tel que son nom l'indique est un bien dont la disposition par un contribuable donne naissance à un gain ou un revenu exonéré de l'impôt de la partie I L.I.R. par l'effet d'un traité. Un « bien exempté par traité » est à la fois un bien protégé par traité et si l'acheteur et le vendeur non résident sont liés, l'acheteur doit donner un avis aux termes du paragraphe 116(5.02) L.I.R.²⁹ lors de l'acquisition, afin que celui-ci soit un « bien exclu ».

Autrement dit, afin de se soustraire des retenues, la personne qui acquiert un BCI d'une personne qui lui est liée doit soumettre un avis au ministre selon les modalités du paragraphe 116(5.02) L.I.R.³⁰ À notre avis, l'utilité du paragraphe 116(5.02) L.I.R. se limite donc aux seules circonstances où le vendeur et l'acquéreur sont liés.

L'utilité des projets des Formulaires NR301, NR302 et NR303

En 2009, l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») a publié, à la suite de l'adoption du cinquième protocole à la Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis, trois projets de formulaires : les Formulaires NR301, NR302 et NR303. Selon les explications fournies par l'ARC sur les

²⁷ Art. 1102.5 L.I.

²⁸ Art. 1 L.I.

²⁹ Art. 1101.2 L.I.

³⁰ *Id.*

instructions de ce formulaire, ceux-ci seraient utiles afin de vérifier l'admissibilité d'un non-résident qui reçoit des revenus de sources canadiennes à une déduction de la retenue à la source (« RAS ») selon la partie XIII L.I.R. en vertu d'un traité entre le Canada et le pays de résidence du bénéficiaire. On suppose que l'ARC s'est inspirée des formulaires W8 BEN qui remplissent ce rôle de l'autre côté de la frontière. Il n'est pas clair si le fait d'obtenir ce formulaire dûment rempli par le non-résident limitera la responsabilité du payeur dans les situations où la réduction de la retenue n'est pas admissible. Ces formulaires pourraient aussi être utiles aux fins de certifier le pays de résidence du bénéficiaire du paiement. Il reste à voir ce que l'ARC a l'intention de faire avec ces formulaires et quel poids elle a l'intention de leur donner.

2.2. OBLIGATIONS DE SOUMETTRE DES DÉCLARATIONS FISCALES LORS DE LA DISPOSITION DE BCI

Le fait qu'il y ait eu des déclarations et des retenues effectuées soit par le vendeur (en vertu des dispositions des paragraphes 116(2)³¹ ou 116(4)³² L.I.R.) ou par l'acquéreur n'exempte pas ce vendeur de produire des déclarations fiscales pour déclarer la vente du BCI – sauf dans certains cas très particuliers que nous expliquerons – puisque le certificat ne représente que la confirmation que l'acquéreur n'a pas besoin d'effectuer une retenue. La retenue n'est généralement donc pas la détermination finale des impôts à verser. En produisant sa déclaration fiscale, le non-résident, le cas échéant, réclamera les avantages du traité afin d'exempter la disposition ou déclarera la vente et le gain, et appliquera les montants retenus contre les montants calculés dans la déclaration.

2.2.1. Les déclarations des sociétés lors de la disposition de BCI

Normalement, la société non résidente doit produire une déclaration fiscale pour les dispositions de BCI en vertu des dispositions de l'alinéa 150(1)a) L.I.R.³³ et, plus particulièrement, si l'une de trois conditions suivantes est présente :

³¹ Art. 1098 L.I.

³² Art. 1100 L.I.

³³ S.-par. 1000 2)a) L.I.

- soit elle dispose d'un BCI (autrement que par suite d'une disposition exclue)³⁴;
- soit elle déclare un gain en capital imposable (autrement que par suite d'une disposition exclue)³⁵;
- soit elle aurait un impôt payable à la disposition d'un BCI n'eut été l'existence d'un traité fiscal entre son pays de résidence et le Canada³⁶.

Tel qu'il a été mentionné précédemment, en 2008 (pour les dispositions ayant lieu **après** 2008), le gouvernement a accordé une exception très précise à l'obligation de produire une déclaration fiscale lorsque la disposition du BCI est une « disposition exclue ».

Une « disposition exclue » est décrite au paragraphe 150(5) L.I.R.³⁷ Si toutes les conditions énumérées ci-après sont remplies, le non-résident n'a donc pas à produire une déclaration pour l'année de la disposition du BCI :

- Le non-résident n'a pas d'impôt de la partie I .I.R. à payer pour l'année;
- Le vendeur non résident n'a aucune dette fiscale à verser concernant une année précédente, sauf s'il s'agit d'une somme pour laquelle l'ARC a accepté et pour laquelle elle détient une garantie adéquate;
- Chaque BCI disposé est soit un bien exclu (selon les dispositions du paragraphe 116(6) L.I.R.³⁸), soit un certificat en vertu de l'article 116 L.I.R.³⁹ a été délivré au non-résident relativement à ce BCI.

Les particuliers et les fiducies ont une exception à peu près similaire au paragraphe 150(1.1) L.I.R.⁴⁰

³⁴ Div. 150(1)a)(i)(D) L.I.R.

³⁵ Div. 150(1)a)(i)(C) L.I.R.

³⁶ Div. 150(1)a)(ii)(B) L.I.R.

³⁷ Art. 1003.2 L.I.

³⁸ Art. 1102.4 L.I.

³⁹ Art. 1097 L.I.

⁴⁰ S.-par. 1000 2)d) et 1000 2)e) L.I.

2.3. NOUVELLES RÈGLES DE L'ARTICLE 116 L.I.R. – RÉDACTION PROBLÉMATIQUE

Tel qu'il a été mentionné précédemment, depuis le 5 mars 2010, la définition de BCI a été modifiée afin d'exclure les actions de sociétés (privées ou publiques) dont plus de 50 % de la JVM des actifs n'est pas dérivée de biens immobiliers canadiens, d'avoirs miniers canadiens, d'avoirs forestiers, ou de droits ou d'options relatifs aux biens précités (« biens immeubles canadiens »), et ce, au cours de la période de 60 mois précédant la disposition du BCI. En restreignant cette définition, plusieurs vendeurs non résidents ne seront plus assujettis à l'impôt de la partie I L.I.R. lorsqu'ils disposeront de leurs actions de sociétés canadiennes. De plus, cette modification a pour but, lors de la disposition de telles actions, d'éliminer l'obligation de divulgation ainsi que de retenues d'impôt nécessaires en vertu de l'article 116 L.I.R. Il y a maintenant lieu d'examiner les irrégularités entourant ces nouvelles modifications.

Il faut noter que, dans la province de Québec, les procédures administratives entourant l'article 116 L.I.R. (et l'équivalent provincial) sont d'autant plus complexes qu'il existe deux niveaux de gouvernement avec des règles distinctes et des procédures différentes.

2.3.1. Aucune défense d'enquête raisonnable

Les modifications à la définition de BCI, telles qu'elles sont présentement rédigées, rendent la détermination de ce qu'est un BCI plus difficile en raison de cette règle de retour en arrière de 60 mois. Ainsi, à défaut de prendre le risque de conclure incorrectement qu'un bien n'est pas un BCI, certains acheteurs pourraient être tentés de retenir, par précaution, 25 % du prix d'achat, puisqu'il n'existe aucune défense de diligence raisonnable entourant la définition d'un BCI. Bien que les acheteurs puissent vraisemblablement évaluer au moment de la vente la valeur d'un bien, il existe des situations où cette évaluation ne peut être possible. De plus, des incertitudes sont créées du fait qu'une société a l'obligation de remplir cette « condition de 50 % » à tout moment durant la période de 60 mois précédant la vente, d'où la raison pour laquelle les acheteurs continueront de retenir 25 % du prix d'achat (lorsque le bien ne sera pas un bien exclu) ainsi que d'exiger que les vendeurs obtiennent un « certificat 116 », soit le T2064. Par contre, on notera que le test de ce qu'est un bien protégé par traité se fait généralement au moment de la disposition. On pourra donc, dans la plupart des situations, se prévaloir de l'exception relative aux biens exclus. Si l'on peut se prévaloir de l'exception des « biens exclus », il n'y a aucune raison, à notre avis, de valider, aux fins de l'article 116 L.I.R., si la condition de

« 50 % à tout moment durant la période de 60 mois précédant la vente » est remplie⁴¹.

Il convient de noter, par contre, qu'il n'est pas assuré qu'un vendeur voudrait ou même pourrait obtenir un « certificat 116 » si celui-ci prend la position que le bien n'est pas un BCI. Il n'est pas certain que l'ARC délivrerait un tel certificat puisque ces certificats sont restreints aux BCI. Dans de telles situations, l'ARC a mentionné qu'elle étudiera et traitera individuellement chaque demande. Par conséquent, il n'en demeure pas moins que, sans certificat, la responsabilité demeure toujours celle de l'acheteur. Ainsi, dans le doute, l'acheteur devra retenir les montants appropriés (soit 25 % du prix d'achat).

2.3.2. Les règles de continuité pour une période de 60 mois – Est-ce un si grand problème?

Tel qu'il a été mentionné précédemment (voir la section 1.1.3.), plusieurs règles de continuité de la caractéristique de BCI étaient déjà contenues dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Avant les changements du 5 mars 2010, lorsqu'un BCI était échangé en vertu de certaines règles de roulement⁴², les actions reçues en contrepartie du bien transféré étaient réputées être un BCI en vertu des règles de continuité de BCI. Ces règles sont maintenues, mais il est dorénavant précisé que cette présomption ne s'applique que pour les 60 mois suivant le transfert. À première vue, cette présomption peut sembler créer des irrégularités illustrées par l'exemple suivant⁴³.

Avant le 5 mars 2010, une société résidente des Bermudes (« BermudesCo ») incorpore une société canadienne (« AcquisCo ») afin que cette société acquière les actions d'une société canadienne (« CibleCo »). Aux fins de cet exemple, supposons que la valeur des actions de CibleCo ne provient pas et n'a jamais été dérivée principalement de biens immeubles

⁴¹ Puisque, même si le bien était un BCI en raison de la condition de 50 % à tout moment durant la période de 60 mois précédant la vente, ce bien serait, de toute façon, un bien exclu en vertu de l'alinéa 116(6)i) L.I.R. au moment de la disposition.

⁴² Les règles de roulement qui réputent les actions reçues en contrepartie d'un BCI comme étant des BCI comprennent les alinéas 44.1(2)c), 51(1)f), 85.1(1)a), le paragraphe 85.1(5), l'alinéa 85.1(8)b) et le paragraphe 87(4) L.I.R.

⁴³ Exemple tiré de l'article suivant : Claire KENNEDY et Tracey WOO, « Narrowing of the Taxable Canadian Property Definition Welcomed by Foreign Vendors », (2010), vol. XVI, n° 3 *Corporate Finance* 1847-1850.

canadiens. Par suite de l'acquisition de CibleCo par AcquisCo, ces dernières fusionnent pour ainsi former une nouvelle société, FusionCo. En vertu du paragraphe 87(4) L.I.R., BermudesCo sera réputée avoir disposé des actions de AcquisCo et avoir reçu des actions de FusionCo. Depuis le 5 mars 2010, le paragraphe 87(4) L.I.R. prévoit que lorsque les anciennes actions étaient des BCI pour l'actionnaire, les nouvelles actions seront réputées être des BCI à tout moment de la période de 60 mois suivant la fusion. Ainsi, les actions de FusionCo seront réputées être des BCI pour BermudesCo pour une période de 60 mois suivant la fusion, et ce, nonobstant le fait que la valeur des actions de FusionCo ne provient pas principalement de biens immeubles canadiens. Il convient de noter que les actions de FusionCo ne sont pas des BCI en vertu de la nouvelle définition de BCI au paragraphe 248(1) L.I.R. Il est également important de noter que depuis le 5 mars 2010, si CibleCo avait été liquidée en vertu de l'article 88 L.I.R. (et non fusionnée), les actions de AcquisCo détenues par BermudesCo n'auraient pas été des BCI car les dispositions entourant la liquidation ne prévoient pas de telles règles de continuité.

Par conséquent, nous pourrions croire à première vue que, pour une période de 60 mois suivant la fusion, si BermudesCo dispose des actions de FusionCo, BermudesCo sera assujettie à payer l'impôt sur le gain en capital lors de la disposition des actions de FusionCo. Dans une telle situation, l'obligation fiscale de BermudesCo sera réelle puisque BermudesCo n'est pas résidente d'un pays avec lequel le Canada a un traité fiscal et, par conséquent, BermudesCo sera assujettie à l'impôt canadien (c'est-à-dire gain en capital) lors de la disposition des actions. De plus, nous pourrions également croire que BermudesCo ou plutôt l'acheteur de ces actions sera assujetti aux obligations de divulgation ainsi qu'aux retenues nécessaires de l'article 116 L.I.R., et ce, même si ces actions ne sont plus considérées comme des BCI en vertu de la nouvelle définition de BCI.

Mais attention, ces conclusions ne sont pas justes car même si les règles de continuité réputent des biens, qui ne sont pas des BCI en vertu de la nouvelle définition, comme BCI pour une période de 60 mois, ces règles ne viennent pas préciser que les dispositions de l'article 116 L.I.R. ainsi que le paragraphe 150(1) L.I.R. sont applicables. En vertu de l'alinéa 116(6a) L.I.R., un bien sera un « bien exclu » d'un non-résident si le bien est un BCI du seul fait qu'il est réputé être un tel bien par une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Ainsi, même si les actions de FusionCo seront des BCI pour une période de 60 mois suivant la fusion, ces actions seront considérées comme « un bien exclu ». Par conséquent, advenant la vente des actions de FusionCo par BermudesCo, cette dernière ne sera pas tenue d'obtenir un certificat de conformité en vertu de l'article 116 L.I.R. (aucune retenue ne

sera nécessaire). De plus, BermudesCo ne sera pas obligée de produire une déclaration de revenus puisque cette disposition sera une « disposition exclue » en vertu du paragraphe 150(5) L.I.R.⁴⁴

À première vue, bien que les règles de continuité puissent sembler créer des difficultés, nous devons plutôt nous questionner afin de savoir si, dans certaines circonstances, ces règles seront plutôt bénéfiques pour le contribuable (par exemple pour l'application de l'article 128.1 L.I.R.).

Même si les nouvelles règles de continuité pouvaient avoir pour effet de réputer certains biens comme des BCI, l'article 116 L.I.R. ne devrait pas avoir application en raison du fait que ces biens seront un « bien exclu » aux fins de cet article. De plus, le paragraphe 150(1) L.I.R. ne devrait pas non plus avoir application puisque la disposition de tels biens serait vraisemblablement une « disposition exclue » en vertu du paragraphe 150(5) L.I.R.

2.4. PÉNALITÉS POUR OMISSION D'EFFECTUER LES RETENUES, DIVULGATIONS ET LES DÉCLARATIONS FISCALES

2.4.1. Omission du vendeur de donner un avis de disposition d'un BCI, de déposer les retenues requises (ou les garanties) et de produire une déclaration fiscale

Tel qu'il a été indiqué précédemment, le vendeur non résident est tenu de soumettre un avis à l'ARC (et à Revenu Québec, si c'est applicable) dans les 10 jours suivant la disposition du BCI. S'il omet de donner cet avis ou s'il le produit en retard, il est passible d'une pénalité de 25 \$ par jour de retard avec un minimum de pénalité de 100 \$ et un maximum de 2 500 \$ pour chacune des omissions⁴⁵.

⁴⁴ Afin que le paragraphe 150(5) L.I.R. soit applicable, BermudesCo doit également remplir les conditions suivantes :

- Pas d'impôt de la partie I L.I.R. à payer pour l'année;
- Aucune dette fiscale à verser concernant une année précédente (sauf s'il s'agit d'une somme pour laquelle l'ARC a accepté et détient une garantie suffisante).

⁴⁵ Par. 162(7) L.I.R. et *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., c. M-31 et mod. (« L.M.R. »), par. 59 1).

L'omission de faire la remise de la retenue aux autorités fiscales est passible d'une pénalité graduelle en vertu du paragraphe 227(9) L.I.R.⁴⁶ :

- pénalité de 3 % si le retard n'est que de trois jours ou moins;
- pénalité de 5 % si le retard est d'au plus cinq jours et de plus de trois jours;
- pénalité de 7 % si le retard est d'au plus sept jours et de plus de cinq jours;
- pénalité de 10 % si le retard excède sept jours;
- n'oublions pas la pénalité de 20 % lorsque le défaut a été commis sciemment ou constitue une faute lourde. Cette pénalité est alternative à celle imposée de façon graduelle.

De plus, des intérêts au taux prescrit sont imposés pour la période en défaut⁴⁷. Notons que le paragraphe 227(10.1) L.I.R.⁴⁸ permet à l'ARC d'établir « en tout temps » une cotisation pour les montants payables par une personne en vertu du paragraphe 227(9) L.I.R.⁴⁹, entre autres, ce qui signifie qu'il n'y a pas de délai de prescription en ce qui concerne une cotisation basée sur les obligations du vendeur (et de l'acquéreur) selon l'article 116 L.I.R.⁵⁰

L'omission par une société non résidente de produire une déclaration fiscale pour l'année de la disposition du BCI (sauf une disposition exclue) est théoriquement assortie de la plus élevée des deux pénalités suivantes :

⁴⁶ Art. 59.2 et suiv. L.M.R. Aux pénalités énumérées ci-dessus doivent s'ajouter, s'il s'agit d'un bien québécois imposable, les pénalités suivantes :

- pénalité de 7 % si le retard n'excède pas 7 jours;
- pénalité de 11 % si le retard n'excède pas 14 jours;
- pénalité de 15 % si le retard excède 14 jours.

⁴⁷ Par. 227(9.3) L.I.R.

⁴⁸ Aucune concordance.

⁴⁹ Art. 59.2 et suiv. L.M.R.

⁵⁰ Art. 1097 et suiv. L.I.

- une première pénalité pourrait être imposée en vertu du paragraphe 162(1) L.I.R.⁵¹ et correspond au total de 5 % des impôts à payer plus un supplément de 1 % par mois entier de retard jusqu'à concurrence de 12 mois. Donc, la pénalité potentielle peut s'élever jusqu'à 17 %⁵² des impôts impayés (sans compter les impôts québécois);
- la deuxième pénalité correspond au plus élevé de 100 % ou de 25 \$ par jour de retard jusqu'à concurrence de 2 500 \$ tel qu'il est indiqué à l'alinéa 162(2.1)b) L.I.R.⁵³

Qu'arrive-t-il si le non-résident n'est pas passible d'un impôt en vertu du paragraphe 162(1) L.I.R.⁵⁴? Est-il tout de même redevable de la pénalité de l'alinéa 162(2.1)b) L.I.R.?

Récemment, une décision intéressante de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Goar, Allison & Associates Inc. c. La Reine*⁵⁵ a confirmé que, vu l'ambiguïté de la rédaction du paragraphe 162(2.1) L.I.R. – particulièrement son paragraphe introductif –, on ne devrait pas imposer la pénalité de l'alinéa 162(2.1)b) si la pénalité de l'alinéa 162(2.1)a) L.I.R. (celle qui fait référence à la pénalité du paragraphe 162(1) L.I.R.⁵⁶) est inapplicable. En effet, le libellé allant comme suit pourrait être un peu plus clair :

« Malgré les paragraphes (1) et (2), la pénalité dont une société non résidente est passible pour défaut de produire une déclaration de revenu pour une année d'imposition aux termes de ces paragraphes correspond au plus élevé des montants suivants [...] ». » (Notre soulignement)

L'arrêt *Exida.com Ltd. Liability Co. c. La Reine*⁵⁷ de la Cour d'appel fédérale a confirmé le raisonnement adopté dans l'affaire *Goar*.

⁵¹ Art. 1045, al. 1 L.I.

⁵² C'est le même pour le Québec.

⁵³ Aucune concordance.

⁵⁴ Art. 1045, al. 1 L.I.

⁵⁵ [2009] CarswellNat 768 (procédure informelle), 3 avril 2009 (« *Goar* »).

⁵⁶ Art. 1045, al. 1 L.I.

⁵⁷ [2010] CarswellNat 2168 (C.A.F.), 11 juin 2010.

En conclusion de la présente section, chaque omission par un non-résident de divulguer, de remettre les montants (s'il y a lieu) ou de produire une déclaration selon les règles contenues aux articles 115 et 116 L.I.R. est assortie de lourdes pénalités.

2.4.2. Remboursement des retenues lors de la production de la déclaration fiscale

Lorsqu'une retenue a été effectuée par l'acquéreur (pour et au crédit des impôts à payer par le vendeur) ou par le vendeur, ce dernier, sur production de la déclaration fiscale, peut récupérer l'excédent des montants retenus sur les montants établis en vertu de la déclaration. Ordinairement, la production de ces déclarations doit être effectuée selon les règles en vigueur, soit dans les six mois suivant la fin de l'année fiscale en question lorsqu'il s'agit d'une société. L'ARC doit à ce moment établir la cotisation selon les dispositions du paragraphe 152(1)⁵⁸ et suivants L.I.R. Une fois la cotisation initiale établie par le ministre, le délai pour établir une nouvelle cotisation est normalement de quatre ans⁵⁹ à moins que l'une des situations décrites au paragraphe 152(4) L.I.R.⁶⁰ ne s'applique pour allonger cette période de trois années supplémentaires.

Pour obtenir un remboursement pour un montant payé en trop, la déclaration fiscale doit généralement être produite dans les trois ans suivant la fin de l'année⁶¹. Le ministre peut exercer sa discrétion et rembourser au-delà de ces délais si l'une des trois situations suivantes se présente⁶² :

- Le contribuable est un particulier ou une succession auquel cas le ministre peut rembourser des montants dus à ce contribuable dans la mesure où la déclaration est produite au plus tard 10 années civiles après la fin de l'année d'imposition;
- Une nouvelle cotisation à l'égard du contribuable est établie;

⁵⁸ Art. 1005 L.I. et 25 L.M.R.

⁵⁹ Par. 152(3.1) L.I.R. et s.-par. 1010 2)a) et 1010 2)a.0.1) L.I. (« période normale de nouvelle cotisation »).

⁶⁰ Par. 1010 1), s.-par. 1010 2)a.1) et 1010 2)b) L.I. ainsi que art. 25.1 L.M.R.

⁶¹ Par. 164(1) L.I.R. et art. 1051 L.I.

⁶² Par. 164(1.5) L.I.R.

- Le remboursement est relatif à des montants établis en cotisation à l'encontre d'un acquéreur d'un BCI (en vertu du paragraphe 116(5)⁶³ ou 116(5.3)⁶⁴ L.I.R.) ou à l'encontre d'un payeur quant à des retenues en vertu de l'article 105 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*⁶⁵. Dans cette situation, le non-résident, qui se trouve à être l'autre partie à la transaction en faveur duquel les retenues auraient dû être effectuées, a deux années après cette cotisation pour demander les remboursements⁶⁶.

La dernière situation a été ajoutée à la *Loi de l'impôt sur le revenu* récemment, soit le 12 juillet 2010, et c'est une mesure qui a été annoncée dans le Budget fédéral du 4 mars 2010. Cette disposition est applicable pour les demandes de remboursement qui sont adressées au Centre fiscal international après mars 2010. Il s'agit d'une mesure qui devrait plaire aux non-résidents.

2.4.3. Omission de l'acheteur d'effectuer les retenues lors de l'acquisition d'un BCI

L'acquéreur s'expose à un risque potentiellement beaucoup plus élevé que le vendeur lors d'une omission de suivre les règles contenues à l'article 116 L.I.R.⁶⁷ En effet, il pourrait être tenu de verser une somme de 25 % (plus 12 % si le bien est situé au Québec) plus élevée pour le BCI acquis si les retenues d'impôt n'ont pas été effectuées conformément au paragraphe 116(5) L.I.R.⁶⁸ à moins que, tel qu'il a été mentionné précédemment, l'une des trois exceptions à la retenue ne soit applicable ou que le vendeur ait obtenu un certificat. Si un certificat a été obtenu par le vendeur et si des retenues ont été faites par celui-ci mais que le montant du prix d'acquisition est augmenté entre le moment où ce certificat a été délivré et le moment de l'acquisition, l'acquéreur est responsable de 25 % (plus 12 % si le bien est situé au Québec) de cette différence à titre d'impôt.

⁶³ Art. 1101 L.I.

⁶⁴ Art. 1102.3 L.I.

⁶⁵ C.R.C., 1978, ch. 945 et mod. (« R.I.R. »); *Règlement sur les impôts*, R.R.Q., 1981, c. I-3, r.1 et mod. (« R.I. »), art. 1015R18.

⁶⁶ Al. 164(1.5)c) L.I.R.; nouvel alinéa ajouté par L.C. 2010, ch. 12 (Projet de loi C-9 promulgué le 12 juillet 2010).

⁶⁷ Art. 1097 et suiv. L.I.

⁶⁸ Art. 1101 L.I.

L'acquéreur peut aussi être responsable de verser 50 % (ajout de 30 % pour les biens situés au Québec) de la différence entre le montant du certificat et le montant réel du prix d'acquisition⁶⁹ (ou si le vendeur n'a pas de certificat, 50 % du prix total d'acquisition) lorsque le bien acquis est l'un des biens énumérés au paragraphe 116(5.2) L.I.R., c'est-à-dire une police d'assurance vie au Canada, un avoir minier canadien, un bien immeuble situé au Canada, un bien en immobilisation admissible qui est un BCI⁷⁰ ou un droit ou option afférent à ces biens. La retenue est de 50 % dans ces cas afin de tenir compte du fait que le vendeur est généralement imposable sur un revenu et non sur un gain en capital lors de la disposition de ces types de biens.

Mentionnons que cette somme doit être versée dans les 30 jours suivant la fin du mois au cours duquel l'acheteur a acquis le bien. Il est mentionné que l'acquéreur peut retenir ces sommes des sommes à verser au vendeur ou peut les récupérer auprès du vendeur si le prix d'acquisition a déjà été versé.

Bien sûr, à l'instar des pénalités qui sont imposées au vendeur, l'acquéreur s'expose aussi à des pénalités si les sommes ne sont pas remises au gouvernement en temps opportun, si l'avis conformément au paragraphe 116(5.02) L.I.R.⁷¹ n'est pas envoyé au plus tard dans les 30 jours suivant l'acquisition ou s'il est envoyé en retard, à moins que le ministre ait accordé une prorogation du délai en vertu du paragraphe 220(3) L.I.R.⁷²

⁶⁹ Par. 116(5.3) L.I.R. et art. 1102.2 L.I.

⁷⁰ Selon la clause 64 des Propositions législatives en matière d'impôts déposées le 16 juillet 2010. Ces propositions législatives ont été déposées afin de remplacer le Projet de loi C-10 de 2007, mort au feuillet en octobre 2008, lors du déclenchement des élections fédérales.

⁷¹ Art. 1101.2 L.I.

⁷² Art. 36 L.M.R.

3. ARBRE DE DÉCISION POUR AIDER À LA DÉTERMINATION DES OBLIGATIONS DE RETENUES, DIVULGATIONS ET DE PRODUIRE DES DÉCLARATIONS FISCALES

Disposition d'un bien par un non-résident

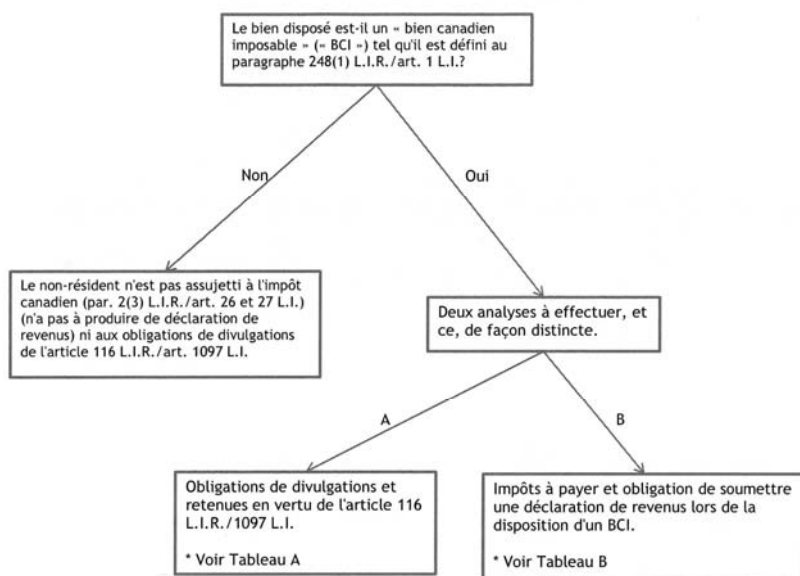
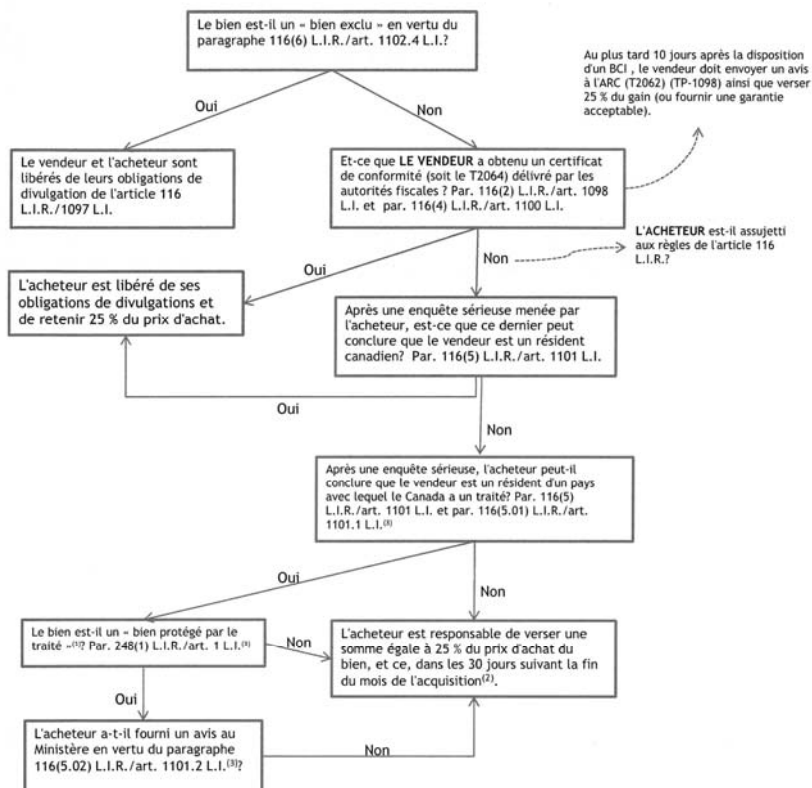


Tableau A

Obligation de divulgations et retenues en vertu de l'article 116 L.I.R.



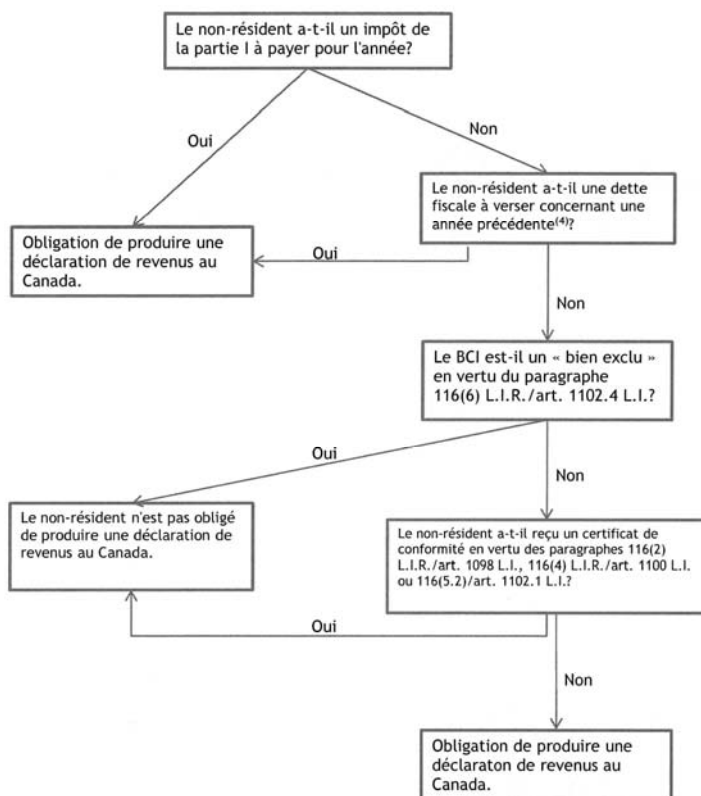
⁽¹⁾ Lorsque le gain ou le revenu à la suite de la disposition d'un bien est exonéré de l'impôt de la partie I L.I.R. en vertu d'un traité.

⁽²⁾ Ou l'excédent du prix d'achat du bien sur le montant indiqué au certificat que le vendeur a obtenu.

⁽³⁾ Si, à prime abord, le bien n'est pas un « bien exclu » (c.-à-d. 1^{re} boîte plus haut, la réponse est non), cette question devient théorique, puisque l'acheteur sera responsable de verser une somme égale à 25 % du prix d'achat du bien, et ce, dans les 30 jours suivant la fin du mois de l'acquisition.

Tableau B

**Impôts à payer et obligation de produire une déclaration de revenus lors
de la disposition d'un BCI par un non-résident
(société ou particulier)**

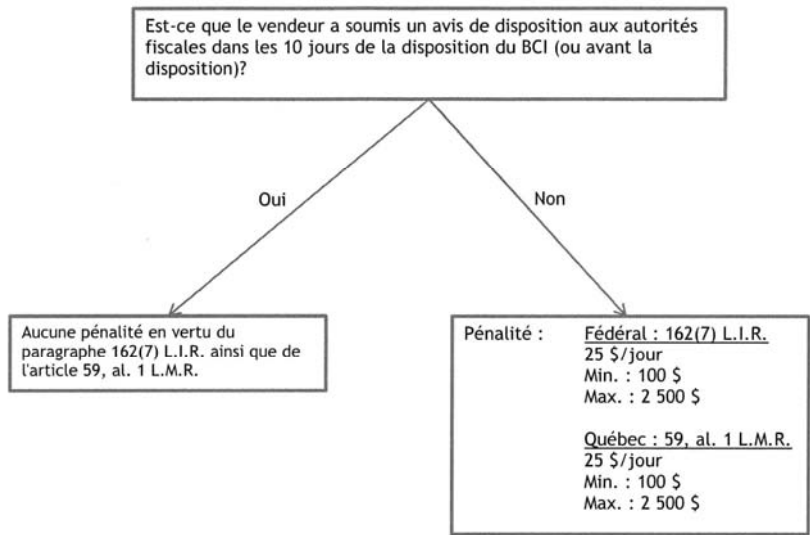


(4) Sauf s'il s'agit d'une somme pour laquelle l'ARC a accepté et détient une garantie

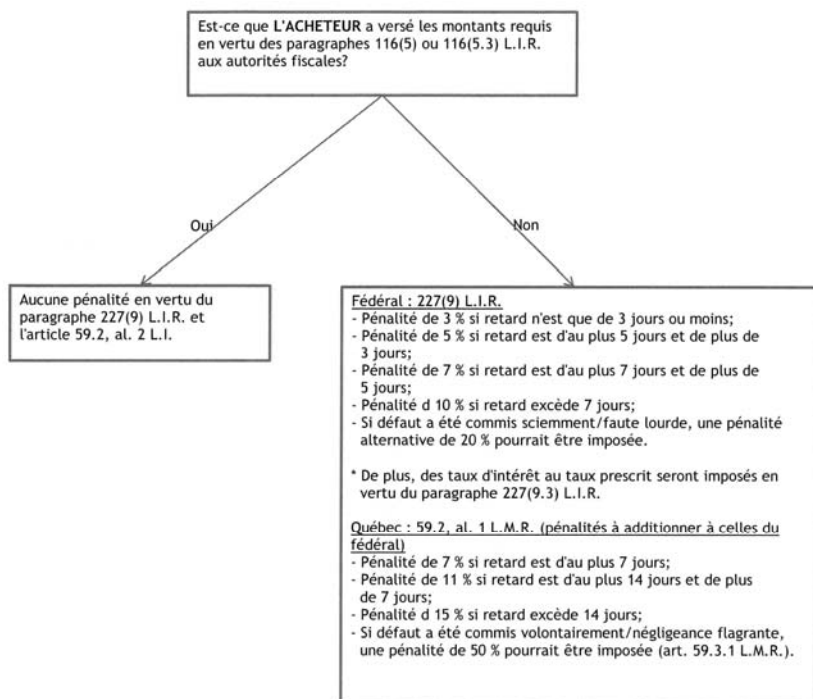
Tableau C

Pénalités pour omission d’effectuer des retenues, divulgations et déclarations fiscales

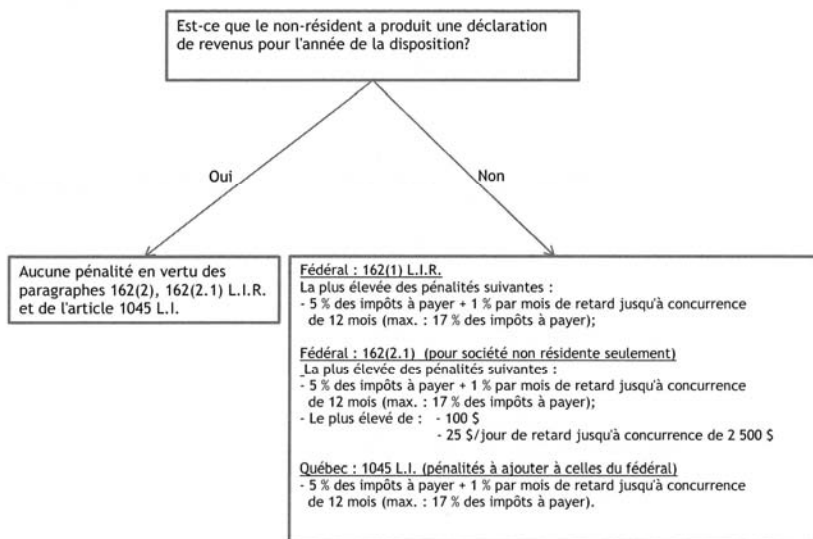
1) Omission du vendeur de donner un avis de disposition d’un BCI



2) Omission de retenir les montants requis



3) Omission de produire une déclaration de revenus



DEUXIÈME PARTIE

4. MISE À JOUR SUR LES EXIGENCES RELATIVES AU PAIEMENT DE RÉMUNÉRATIONS, D'HONORAIRES, DE COMMISSIONS OU D'AUTRES MONTANTS À L'ÉGARD DE SERVICES RENDUS AU CANADA EN VERTU DES ARTICLES 102⁷³ ET 105⁷⁴ R.I.R.

Les alinéas 2(3)a) et b) L.I.R.⁷⁵ prévoient que les non-résidents sont imposés sur leurs revenus imposables gagnés au Canada tirés d'un emploi ou d'une entreprise exercés au Canada. L'article 115 L.I.R.⁷⁶ précise quels sont ces revenus imposables. En particulier, le sous-alinéa 115(1)a)(i) L.I.R.⁷⁷

⁷³ Aucune concordance.

⁷⁴ Art. 1015R18 R.I.

⁷⁵ Art. 26, al. 1 et 27, al. 1 L.I.

⁷⁶ Art. 1 « bien canadien imposable », 27, al. 1, 1087, 1089, 1090, 1091, 1094, 1095 et 1096 L.I.

⁷⁷ *Id.*

indique que la rémunération pour les charges exercées au Canada par un non-résident est imposable au Canada mais aussi les charges qui sont exercées à l'étranger s'il se trouvait que le non-résident résidait au Canada pour son travail.

Le sous-alinéa 115(1)a)(ii) L.I.R.⁷⁸ précise que les revenus tirés d'une entreprise exercée au Canada y sont imposables⁷⁹. L'article 253 L.I.R.⁸⁰ étend le sens d'« exercer une entreprise au Canada » souvent bien au-delà de ce que les traités fiscaux bilatéraux que le Canada a conclus avec plusieurs pays étrangers prévoient. On sait que, la plupart du temps, le traité international aura préséance sur la loi interne⁸¹. Toutefois, il arrive que le non-résident exerçant une entreprise au Canada soit un ressortissant d'un pays avec lequel le Canada n'a pas de traité fiscal. Pour ce non-résident, l'article 253 L.I.R.⁸² revêt une importance toute particulière puisqu'il définit les balises de son activité canadienne. De plus, c'est sur cette notion fort étendue d'« exercer une entreprise » que les obligations de RAS pour toutes les personnes faisant affaire avec les non-résidents sont basées de même que le régime d'imposition de la partie I et de la partie XIV L.I.R. applicable aux sociétés non résidentes appelé « impôt de succursale »⁸³.

Comme c'est le cas pour les obligations de divulgation et de retenues concernant les dispositions de BCI à l'article 116 L.I.R.⁸⁴ qui ont été passées en revue dans la première partie du présent texte, il existe un grand nombre de situations où les retenues sont obligatoires même si, en vertu d'un traité fiscal entre le Canada et le pays du non-résident, ces revenus ne sont pas imposables au Canada. Heureusement, comme nous le verrons au cours des

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ Notre discussion traitera des règles relatives aux revenus d'entreprises en général; l'exploitation d'entreprises bancaires, minières et d'assurances ont un régime différent qui ne sera pas abordé dans le cadre du présent texte. De même, les fournisseurs de services de placement (art. 115.2 L.I.R.) sont soumis à des règles spéciales qui ne seront pas non plus abordées ici.

⁸⁰ Art. 7.18 L.I.

⁸¹ Voir la *Loi sur l'interprétation des conventions en matière d'impôts sur le revenu* (L.R.C., 1985, ch. I-4), concernant l'interprétation des conventions internationales conclues par le Canada en mars.

⁸² Art. 7.18 L.I.

⁸³ Art. 219 et suiv. L.I.R. Ces dispositions ne seront pas couvertes dans le cadre du présent texte.

⁸⁴ Art. 1097 et suiv. L.I.

prochaines pages, il existe des mécanismes qui permettent d'être dispensé de la retenue dans certaines situations restreintes et, surtout, il existe aussi des moyens pour le non-résident de récupérer les sommes qui auraient été retenues à la source par le payeur.

Comme dans le cas des retenues à la disposition de BCI, le Canada tente d'alléger les exigences concernant ces retenues en modifiant la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour calmer les critiques provenant des investisseurs étrangers, mais comme nous allons le démontrer, ces efforts sont timides tant la crainte de voir s'échapper des impôts est grande.

4.1. SOURCES DE L'OBLIGATION DE RETENIR DES MONTANTS EN VERTU DE L'ARTICLE 105 R.I.R.⁸⁵

L'alinéa 153(1)g) L.I.R.⁸⁶ édicte qu'une personne qui verse des honoraires, commissions ou autres sommes doit effectuer une RAS selon les modalités réglementaires et verser ces sommes au gouvernement. La disposition pertinente est l'article 105 R.I.R.⁸⁷, rédigé comme suit :

« Quiconque verse à une personne non-résidente un honoraire, commission ou autre montant à l'égard de services rendus au Canada, de quelque nature que ce soit, doit déduire ou retrancher 15 pour cent⁸⁸ de ce versement. » (Notre soulignement)

On note que cet article est extrêmement large et s'applique même à un non-résident qui verse un montant à un autre non-résident pour du travail effectué ou des services rendus au Canada. Signalons immédiatement que le paragraphe 105(2) R.I.R.⁸⁹ exclut les rémunérations ou jetons de présence de la portée de cet article puisque l'article 102 R.I.R.⁹⁰ traite de ces paiements.

⁸⁵ Art. 1015R18 R.I.

⁸⁶ Art. 1015, al. 1, 2 et 3 L.I.

⁸⁷ Art. 1015R18 R.I.

⁸⁸ En vertu de l'article 1015R18 R.I., une retenue additionnelle de 9 % doit être prélevée si les services du non-résident sont rendus au Québec.

⁸⁹ Aucune concordance.

⁹⁰ Aucune concordance.

L'ARC a publié la *Circulaire d'information 75-6R2*⁹¹ à la disposition des contribuables pour les guider dans le respect de ces obligations de retenues. Cette Circulaire énonce la position de l'ARC et, depuis 2005, soit la date de publication de la dernière version de cette Circulaire, certaines positions ont été infirmées par les tribunaux.

On remarque que, tel qu'il est indiqué au paragraphe 4 de la Circulaire, bien que la plupart des conventions fiscales que le Canada a signées avec d'autres pays prévoient des allègements de l'impôt canadien (principalement si le non-résident, dans le cadre des services rendus au Canada, n'a pas d'établissement stable au Canada), l'ARC ne renonce pas généralement à son droit aux retenues sauf dans le cadre de dispenses obtenues à l'avance de la prestation des services visés par la retenue (nous verrons les modalités d'obtention de cette dispense analysées en détail dans la section 5.1. du présent texte).

Nous allons débiter par l'analyse des énoncés de cette Circulaire et les mettre en contraste avec les principales décisions des tribunaux depuis 2005 afin de faire ressortir que certaines des positions ne sont maintenant plus conformes à la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou doivent être nuancées.

4.2. INTERPRÉTATION DE « À L'ÉGARD DE » DE L'ARTICLE 105 R.I.R.⁹² : UNE PORTÉE PAS AUSSI LARGE QUE LE LAISSE ENTENDRE LE PARAGRAPHE 6 DE LA CIRCULAIRE

Le paragraphe 6 de la Circulaire énonce ceci :

« L'ARC donne une interprétation large à l'expression "à l'égard de". Ainsi, il n'est pas nécessaire qu'un paiement précis soit effectué uniquement pour des services ou qu'il soit versé à la personne ayant rendu les services pour que la retenue prévue à l'article 105⁹³ du Règlement s'applique. »

Cette position a été utilisée par le représentant du ministre dans l'affaire récente *Weyerhaeuser c. La Reine*⁹⁴ à l'encontre de ce contribuable.

⁹¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information 75-6R2*, « Retenue d'impôt obligatoire sur les montants versés à des non-résidents pour des services rendus au Canada », 23 février 2005 (« Circulaire »).

⁹² Art. 1015R18 R.I.

⁹³ Art. 1015R18 R.I.

⁹⁴ 2007 D.T.C. 392 (C.C.I.) (« *Weyerhaeuser* »).

Les faits en sont relativement simples : le contribuable a, dans le cours ordinaire de son entreprise de foresterie, effectué des paiements à des fournisseurs de services non résidents pour des services rendus au Canada. La société n'a pas effectué de retenues à l'égard, entre autres, de paiements versés pour des services rendus hors du Canada et pour des remboursements de frais engagés par les non-résidents et des dépenses connexes dont le temps et les frais de déplacement. L'ARC a cotisé le contribuable 15 % de ces sommes (entre autres choses) et le contribuable s'est opposé jusqu'à l'appel en Cour canadienne de l'impôt.

Le ministre a soumis l'argument suivant à l'appui de sa position. Il s'est basé sur l'arrêt *Nowegijick c. La Reine*⁹⁵ pour interpréter de la façon la plus large possible l'expression « à l'égard de » contenue dans le texte de l'article 105 R.I.R.⁹⁶ de façon que les obligations de retenues soient non seulement rattachées aux honoraires, mais aussi à tous les paiements connexes incluant ceux relatifs aux débours et paiements effectués pour le temps et les dépenses de déplacement des fournisseurs. Ce dernier arrêt analysait la portée de l'article 87 de *Loi sur les Indiens* qui tirait sa source de proclamations royales de l'année 1763. Selon le juge Bowie, ces mots doivent avoir « un sens souple, et il faut les examiner et les appliquer eu égard au contexte dans lequel ils s'inscrivent »⁹⁷.

La Cour a examiné les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (soit l'article 153 L.I.R.⁹⁸) qui étaient reliées à l'article 105 R.I.R.⁹⁹ Elle a été d'avis que la portée du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, promulgué par décret par le pouvoir exécutif, est limitée par la législation habilitante et ne peut en dépasser la portée sous peine d'être *ultra vires*. Les mots essentiels de l'alinéa 153(1g) L.I.R.¹⁰⁰ (dont le texte est reproduit à la section 4.1. du présent texte) démontrent que les paiements visés par la retenue doivent avoir la nature de revenu, ce qui est consistant avec les autres alinéas de cet article¹⁰¹. Le juge Bowie ajoute ce qui suit :

⁹⁵ [1983] 1 R.C.S. 29 (« *Nowegijick* »).

⁹⁶ Art. 1015R18 R.I.

⁹⁷ *Weyerhaeuser*, précité, note 94, par. 9.

⁹⁸ Art. 1015, al. 1, 2 et 3 L.I.

⁹⁹ Art. 1015R18 R.I.

¹⁰⁰ Art. 1015, al. 1, 2 et 3 L.I.

¹⁰¹ *Weyerhaeuser*, précité, note 94, par. 6.

« [...] l'article 153¹⁰² n'établit pas un impôt, le but de l'alinéa 153(1)g¹⁰³ est de s'assurer que, si le bénéficiaire non-résident d'un paiement est, une fois tous les faits connus, tenu de payer un impôt sur le revenu au Canada, des fonds seront disponibles, sous forme des 15 p. 100 retenus et remis, pour satisfaire à l'obligation. »

Il conclut donc que les remboursements de débours versés au fournisseur ne sont pas de la nature de revenu et qu'ils ne sont donc pas assujettis à la retenue de l'article 105 R.I.R. On doit noter que, contrairement à ce qui est écrit au paragraphe 14 de la Circulaire, on a considéré les frais pour le temps des employés pour leur déplacement de leur pays d'origine au Canada comme étant non assujettis à la RAS de l'article 105 R.I.R. puisqu'on ne peut pas dire qu'il s'agit de services rendus au Canada.

L'affaire *Weyerhaeuser* est aussi importante quant au niveau de la preuve documentaire que le contribuable doit fournir pour se décharger de son obligation d'établir la nature des paiements avant de faire les retenues et la mesure dans laquelle les honoraires se rapportaient à du travail exécuté au Canada. Le juge a admis que les renseignements contenus sur les factures des fournisseurs étaient tout à fait adéquates sous réserve d'erreurs ou d'inconsistances, que le ministre a le devoir de relever de façon précise.

4.2.1. Contraste entre l'affaire *Weyerhaeuser* et l'affaire *Ogden Palladium Services (Canada) Inc. c. La Reine*¹⁰⁴

L'affaire *Ogden* a été jugée six ans auparavant. Un producteur de spectacle de patinage artistique non résident, Marco Entertainment, Inc. (« Marco »), a organisé une tournée dans plusieurs villes canadiennes, mettant en vedette plusieurs artistes patineurs, entre autres, un ex-champion du monde, Elvis Stojko. Ce producteur a conclu des ententes appelées « licences » avec plusieurs arénas notamment avec les appelants. Ces ententes prévoyaient que Marco payait des frais de licence ou un loyer (en anglais, *license fee*) pour l'utilisation des installations et d'autres dépenses connexes lors de la présentation du spectacle. En contrepartie, les propriétaires des arénas s'engageaient à lui verser un pourcentage des ventes, qui devait être versé net des dépenses assumées par Marco. Aucun des

¹⁰² Art. 1015, al. 1, 2 et 3 L.I.

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ 2001 D.T.C. 345 (C.C.I.) (« *Ogden* »). La position du Ministère a été maintenue en Cour d'appel fédérale.

exploitants d'arénas n'a effectué de retenue en vertu de l'article 153 L.I.R.¹⁰⁵ et de l'article 105 R.I.R.¹⁰⁶ lors de ces paiements. Le ministre les a cotisés et ceux-ci se sont opposés en alléguant que Marco n'avait pas fourni de services au Canada et il n'était pas obligé d'effectuer une retenue.

La décision analyse longuement la nature des prestations qui ont été fournies par Marco et ses artistes : est-ce que la présentation d'un spectacle est un service? La juge Lamarre a conclu que oui. La question la plus importante à trancher de cette décision était si les paiements effectués par les appelants à Marco étaient « pour ou à l'égard de services rendus au Canada »¹⁰⁷ (notre traduction). La juge a fait remarquer que les appelants ont invoqué le fait que ce n'est pas Marco qui a rendu les services au Canada mais les artistes, cependant elle a fait observer que **la loi ne spécifie pas qui doit rendre les services au Canada**. Elle conclut que, dans la mesure où des services sont rendus au Canada, l'article 105 R.I.R. s'applique si un paiement est effectué en faveur d'un non-résident pour ces services. Elle ajoute, s'appuyant sur l'arrêt *Nowegijick*, que l'expression « in respect of » (« à l'égard de » dans la version française) a une portée très large (« probably the widest of any expression intended to convey some connection between two related subject matters »¹⁰⁸) et Marco a été l'une des personnes importantes dans la présentation de ce spectacle. Conséquemment, les retenues de l'article 105 R.I.R. auraient dû être effectuées.

Cette décision semble élargir la portée de l'alinéa 153(1)g) L.I.R.¹⁰⁹ et, surtout, la portée de l'expression « à l'égard de » à l'article 105 R.I.R.¹¹⁰ Pourvu qu'un certain lien existe, fut-il éloigné, entre les paiements effectués et des services rendus au Canada même s'ils n'ont pas tous été rendus par cette personne, une retenue doit être effectuée puisqu'il s'agit de la personne ayant conclu un contrat avec le client canadien. L'affaire *Weyerhaeuser* a donc restreint de façon significative la portée de l'arrêt *Ogden*.

¹⁰⁵ Art. 1015, al. 1, 2 et 3 L.I.

¹⁰⁶ Art. 1015R18 R.I.

¹⁰⁷ *Ogden*, précité, note 104, par. 23.

¹⁰⁸ *Id.*, par. 24.

¹⁰⁹ Art. 1015, al. 1, 2 et 3 L.I.

¹¹⁰ Art. 1015R18 R.I.

4.2.2. Contrats à plusieurs échelons

En 2009, dans l'affaire *Stora Enso Beteiligungen GmbH c. La Reine*¹¹¹, l'ARC a subi un autre revers à propos d'une situation où le contribuable a omis de faire des retenues dans le cadre d'un contrat que l'ARC appelle dans sa Circulaire « Contrats à plusieurs échelons »¹¹². La décision, qui s'appuie sur les conclusions de l'affaire *Weyerhaeuser*, a comme motif principal la nature des paiements versés par une personne pour trancher si des retenues doivent être effectuées. Comme dans l'affaire *Weyerhaeuser*, la Cour a insisté sur la nécessité que les paiements effectués soient de la nature de revenu pour le bénéficiaire, afin de déterminer si une retenue était applicable, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

Dans le cadre de contrats à plusieurs échelons, le client confie un mandat, dont les services sont rendus au Canada, avec un non-résident NR-A et celui-ci sous-traite une partie du travail à un autre non-résident NR-B; ce dernier peut aussi sous-traiter une partie de la sous-traitance dont il a la charge à NR-C et ainsi de suite.

La position de l'ARC, énoncée au paragraphe 27 de la Circulaire, veut qu'il y ait une obligation de retenue en vertu de l'article 105 R.I.R.¹¹³ pour chacun des paiements effectués par le client à NR-A, par NR-A à NR-B et ceux de NR-B à NR-C (et ainsi de suite) dans la mesure où les paiements sont liés à des services qui sont rendus au Canada.

Dans l'affaire *Stora Enso*, les faits sont légèrement différents. L'appelant, *Stora Enso Beteiligungen GmbH* (« SEB »), qui était le successeur de la société *Stora Enso Publication Paper Aktiengesellschaft* (« SEPPA »), était une société étrangère liée à la société canadienne *Stora Enso Port Hawkesbury Limited* (« SEPH »), qui exploitait une usine de pâtes et papiers en Nouvelle-Écosse. Afin d'améliorer la rentabilité de cette usine, SEB a engagé les consultants suédois *McKinsey & Company Inc.* (« McKinsey ») afin qu'ils puissent trouver des solutions aux problèmes de productivité de l'usine de SEPH. Le contrat a été conclu entre SEPPA (« on behalf of SEPH ») et McKinsey et cette dernière a rendu les services au Canada pour SEPH. McKinsey a établi les factures à SEPPA au cours des mois d'octobre à décembre 1998, conformément aux conditions du contrat,

¹¹¹ 2009 D.T.C. 891 (C.C.I.) (« *Stora Enso* »).

¹¹² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 91, par. 27.

¹¹³ Art. 1015R18 R.I.

et les montants facturés pour les services et les déboursés se sont élevés à 1 539 402 \$. Aucune retenue en vertu de l'article 105 R.I.R. n'a été effectuée par SEPPA.

Subséquentement, SEPPA a avisé SEPH qu'elle devait assumer les coûts de consultation de McKinsey, ce qu'elle a effectué en mars 1999 par compensations des comptes corporatifs entre les deux sociétés, pour le même montant et sans retenue de l'article 105 R.I.R.¹¹⁴ Peu de temps après, sur avis d'un fonctionnaire de l'ARC qui faisait une vérification des retenues selon l'article 105 R.I.R.¹¹⁵ chez SEPH, la société effectue, en avril 1999, le versement de 15 % à l'ARC des sommes créditées le mois précédent à SEPPA¹¹⁶. SEPH demande immédiatement de SEPPA le remboursement des sommes retenues.

Malgré cette retenue, l'ARC cotise SEB pour l'omission d'effectuer les retenues et les remises des RAS avec intérêts et pénalités. Pourtant, il n'y a eu qu'un fournisseur de services, soit McKinsey, puisque aucun autre service n'a été rendu par SEPPA à SEPH en lien avec le mandat de McKinsey. SEB a déposé un avis d'opposition, l'ARC a confirmé sa cotisation, ce qui a donné lieu à l'appel devant la Cour canadienne de l'impôt.

Tel que l'a fait remarquer le juge Boyle¹¹⁷, la retenue pour les services rendus par McKinsey a été effectuée même si elle a été faite par une autre entité du groupe Stora Enso. Il ajoute que, puisqu'il n'y avait qu'un fournisseur de services, l'ARC ne peut prétendre imposer des obligations en lien avec le même paiement plus d'une fois. SEPH a payé SEPPA pour les services rendus par McKinsey et non des services rendus par SEPPA. De façon similaire, SEPPA a payé McKinsey pour ces mêmes services. La retenue effectuée par SEPH a été portée au compte du non-résident McKinsey en acompte de ses impôts éventuels et l'ARC n'est donc pas justifiée de tenter de demander cette retenue en double. Le juge a aussi rejeté l'argument selon lequel il devrait y avoir une pénalité imposée à SEB pour son omission de faire le versement de retenue au cours de l'année 1998, soit au moment où elle a payé McKinsey plutôt qu'en avril 1999 tel que SEPH l'a effectué, puisque lorsque l'ARC a accepté en entier le paiement effectué

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ *Id.*

¹¹⁶ Et non la majoration du montant total du contrat tel qu'il est requis selon le paragraphe 13 de la Circulaire.

¹¹⁷ *Stora Enso*, précité, note 111, par. 19.

par SEPH, elle était en quelque sorte « forclosée » de demander toute somme à SEB.

En somme, les retenues ne doivent être effectuées que relativement à des montants qui constituent un revenu pour le bénéficiaire, les remboursements de dépenses ne sont pas assujettis à la retenue.

Cette décision pourrait éventuellement être un précédent applicable à tout type de retenue, y compris ceux en vertu de l'article 116 L.I.R.¹¹⁸ et de l'article 102 R.I.R.¹¹⁹

Par ailleurs, la décision confirme les obligations d'effectuer la majoration des sommes versées pour calculer la retenue, telle qu'elle est expliquée dans le paragraphe 13 de la Circulaire, en vertu de l'article 105 R.I.R.¹²⁰ au 15/85^e de la somme versée au non-résident et non à 15 % de cette somme.

Dans l'affaire *Stora Enso*, contrairement à la décision *Weyerhaeuser*, on a jugé que les déboursés clients devaient être l'objet d'une retenue puisque, selon le contrat entre SEPPA et McKinsey, un montant forfaitaire de 10 % était ajouté aux honoraires pour couvrir les débours mais les factures de McKinsey ne détaillaient pas la composition de ces débours. Vu l'absence de justification des dépenses composant ce montant, il a été assimilé à des honoraires assujettis à la retenue.

4.2.3. L'affaire *FMC Technologies Co. c. MRN*¹²¹

Lorsque le contrat entre deux parties est cédé en sous-traitance à un tiers, il est parfois difficile de déterminer si les RAS doivent être effectuées surtout si, après cette cession, le fournisseur des services et le client sont tous deux résidents canadiens.

L'affaire *FMC* est une illustration particulièrement intéressante d'une telle situation.

¹¹⁸ Art. 1097 et suiv. L.I.

¹¹⁹ Aucune concordance.

¹²⁰ Art. 1015R18 R.I.

¹²¹ 2008 CF 871 (« *FMC* »).

Dans le cadre du développement du potentiel pétrolier au large de Terre-Neuve à la fin des années 1990, Petro-Canada a conclu une entente avec des coentrepreneurs dont deux sociétés canadiennes, FMC Offshore Canada Company (« FOCC ») et FMC Offshore Canada Inc. (« FOCI »). FOCC et FOCI sont des filiales en propriété exclusive d'une société suisse, FMC International, A.G. (« FMCI »). En 1997, FOCC et FOCI, ainsi que les autres membres de la coentreprise, dont Petro-Canada, ont conclu avec les propriétaires un accord d'exploitation du champ pétrolifère Terra Nova (« Terra Nova »). Petro-Canada a été désignée en tant qu'exploitante du projet et mandataire des autres propriétaires du projet. FOCI, qui était tenue de fournir des services de gestion de projet, a cédé à FOCC la totalité de ses droits et obligations aux termes de l'accord Terra Nova. L'accord prévoyait que FOCC pouvait céder à un tiers ses intérêts, droits et obligations y afférents mais en totalité seulement et non en partie, ce qui a été fait, en faveur de FMCI. Les services à rendre étaient en partie terrestres et l'autre partie était en mer. Vu que FOCC avait les ressources nécessaires, FOCC s'est engagée, en vertu d'un contrat de sous-traitance, à remplir la partie terrestre des livrables tandis que FMCI devait fournir les services en mer.

FMCI n'était pas autorisée à céder partiellement à un tiers ses intérêts, droits et obligations afférents à l'accord Terra Nova. Mais il lui était permis de céder des créances sous réserve du consentement de Petro-Canada. À compter de 1999, FMCI a cédé une partie des paiements contractuels à FOCC avec le consentement de Petro-Canada. FOCC a ainsi facturé une somme totalisant 18,8 M\$ à Petro-Canada entre 1999 et 2002. En 2004, l'ARC a cotisé Petro-Canada en vertu de l'article 105 R.I.R. pour un montant de 2,8 M\$, soit 15 % du montant facturé par FOCC. À la suite des oppositions, le ministre a confirmé les cotisations. FOCC a dédommagé Petro-Canada pour le total des retenues et les intérêts et pénalités.

Par la suite, FOCC a demandé le remboursement des retenues qui ont été effectuées en vertu des paragraphes 164(1) et 164(1.1) L.I.R. FMCI a également demandé le remboursement des sommes, mais cette demande avait été présentée hors délai. FOCC a fait une demande de contrôle judiciaire auprès de la Cour fédérale par suite du refus du ministre de lui rembourser les retenues.

La Cour fédérale a d'abord examiné la question de savoir si FOCC avait droit au remboursement des impôts qui ont été versés par Petro-Canada. Pour ce faire, il était nécessaire de déterminer si la cession des droits relativement à la portion terrestre des travaux exécutés de FMCI à FOCC comprenait le bénéfice ou le « crédit » pour les sommes payées par Petro-Canada à l'égard des retenues d'impôt selon l'article 105 R.I.R.

Le juge MacTavish a conclu que l'accord Terra Nova liait Petro-Canada à FMCI (à la suite de la première cession intervenue) et non à FOCC. Si FMCI a accordé un contrat de sous-traitance avec FOCC en lui cédant aussi le droit de recevoir les paiements contractuels ne change rien, selon son opinion, à l'idée que FMCI était le bénéficiaire dans le cadre de l'accord Terra Nova. Selon le juge MacTavish, la cession de revenus entre FMCI et FOCC n'a pas créé d'obligations ni de droits contractuels entre FOCC et Petro-Canada et FMCI restait toujours la bénéficiaire du contrat conclu avec Petro-Canada.

Finalement, suivant le précédent de la décision *Sentinel Hill Ltd. Partnerships c. Canada*¹²², **seule la société non résidente peut demander le remboursement de la somme payée par Petro-Canada.** À la suite des modifications du paragraphe 164(1.5) L.I.R.¹²³, il semblerait que, dans une situation semblable à celle de l'affaire *FMC*, le bénéficiaire d'une retenue ayant été cotisé par l'ARC a maintenant deux ans après la **cotisation** selon l'article 105 R.I.R. pour déclarer le remboursement des montants payés en trop.

5. DISPENSE AUX RETENUES DE L'ARTICLE 105 R.I.R.

L'objectif de la présente section n'est pas de décrire dans les moindres détails les conditions et modalités afin d'obtenir une dispense de la retenue de l'article 105 R.I.R. puisque la Circulaire énonce en détail ce qui est requis. Nous allons plutôt décrire les changements annoncés et envisagés à la politique de l'ARC par suite des changements à la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*¹²⁴ créés par le cinquième protocole.

En somme, il y a deux raisons pour lesquelles il est possible d'obtenir une dérogation de la retenue de l'article 105 R.I.R. :

- soit qu'une convention fiscale exempte les revenus tirés de services rendus au Canada de l'impôt canadien;

¹²² (2008) 89 O.R. 30.

¹²³ Voir la section 2.4.2. du présent texte pour une discussion sur ces modifications.

¹²⁴ *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, telle qu'amendée 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 (« Convention »).

- soit que les revenus nets tirés des services rendus au Canada soient suffisamment faibles pour justifier une réduction de la retenue.

En général, selon le premier critère, le non-résident devra prouver qu'il n'a pas d'établissement stable (« ÉS ») au Canada en vertu des tests inclus dans l'article V de la convention fiscale entre le Canada et son pays de résidence. À l'exception de la convention avec les États-Unis (qui sera discutée dans la section ci-dessous), les tests sont assez semblables dans toutes les conventions fiscales que le Canada a conclues. Selon nos discussions avec l'ARC, il s'agit du critère principalement invoqué à l'appui des demandes de dérogation. Cela signifie que, lorsque le non-résident est issu d'un pays avec lequel le Canada n'a pas de convention fiscale, ce critère n'est évidemment pas disponible et on devra se rabattre sur le deuxième, soit celui basé sur les revenus nets, pour espérer réduire la retenue.

5.1. RÈGLES PARTICULIÈRES APPLICABLES AUX SERVICES RENDUS PAR DES AMÉRICAINS AU CANADA

À la suite des changements apportés aux critères pour déterminer s'il y a un ÉS pour les services rendus par un non-résident américain au Canada par le cinquième protocole à la Convention, les payeurs canadiens devront être beaucoup plus vigilants et il est à prévoir que ces dispenses seront plus difficiles à obtenir.

Les changements pertinents se retrouvent au paragraphe V(9) et visent les entreprises d'un État contractant qui n'ont pas, par ailleurs un ÉS dans l'autre État en vertu des règles habituelles de présence dans l'autre État. On entend par « règles habituelles » les critères existants dans toutes les conventions fiscales rédigées selon les modèles des conventions de l'OCDE, soit l'existence d'une installation fixe d'affaires ou un bureau, une usine, des ateliers, etc.

Deux nouveaux critères ont été élaborés pour traiter des circonstances qui permettent qu'un ÉS existe dans le cas où des services sont rendus par un non-résident : le premier est basé sur une présence importante d'**une** personne physique particulière qui rend ces services et dont les revenus sont substantiels et le deuxième sur le **nombre de jours passés à rendre des services pour un même projet ou des projets connexes** pour des clients d'un autre État. En vertu du paragraphe 9, un ÉS sera réputé exister si une personne physique qui rend les services en question dans cet autre État y séjourne pour une période de 183 jours ou plus. Au cours d'une période quelconque de 12 mois et pendant cette période, plus de 50 % des recettes

brutes tirées de l'exploitation consistent en des services fournis dans cet autre État¹²⁵.

D'un autre côté, une entreprise sera considérée avoir un ÉS si les services sont fournis par une entreprise d'un État contractant dans cet autre État pendant une période totale de 183 jours ou plus au cours d'une période quelconque de 12 mois relativement au même projet ou à un projet connexe pour des clients qui sont résidents ou qui ont un ÉS dans cet autre État et les services sont en lien avec les activités de cet ÉS¹²⁶. Il convient de noter que les explications techniques américaines publiées à la suite de l'adoption du cinquième protocole apportent des précisions sur un certain nombre de détails et il est entendu que l'ARC utilisera ces précisions dans l'administration de la Convention.

5.1.1. Précisions demandées à propos des alinéas V(9)a) et b) de la Convention

Plusieurs questions demeurent encore en suspens quant à l'interprétation de nombreux termes utilisés au paragraphe 9. Une interprétation technique de l'ARC¹²⁷ publiée en décembre 2008 tente d'apporter quelques précisions.

L'une des questions est de savoir à quoi correspond le terme « entreprise ». L'ARC a expliqué que ce terme fait référence à une ligne de produits ou de services, ce qui fait qu'un non-résident qui exerce deux entreprises ou possède deux lignes de services ou de produits pouvait avoir un ÉS dans une division ou une entreprise mais pas dans une autre. Ce qui peut sembler un avantage à la lecture de ces précisions peut toutefois s'avérer restrictif, particulièrement en ce qui concerne un des tests contenus à l'alinéa V(9)a) puisque le test des revenus pourrait, dans certains cas, être réalisé plus aisément et de ce fait réputer un ÉS.

À l'alinéa V(9)b), on mentionne l'expression « même projet ou projet connexe ». L'ARC précise qu'un projet est connexe à un autre s'il constitue un ensemble cohérent ou homogène du point de vue commercial ou géographique. Cette détermination doit en plus être analysée du point de vue du fournisseur des services et non du point de vue du bénéficiaire de ces

¹²⁵ Alinéa V(9)a) de la Convention.

¹²⁶ Alinéa V(9)b) de la Convention.

¹²⁷ *CRA Views*, dans *Taxnet pro* (en ligne : www.taxnetpro.com), interprétation technique 2008-0300941C6, 9 décembre 2008.

services. Toujours selon l'ARC, les facteurs suivants sont pertinents dans cette analyse :

- Les projets auraient-ils été conclus, en l'absence de planification fiscale, dans une seule entente?
- La nature du travail de chaque projet est-elle similaire?
- Est-ce que les services sont rendus par les mêmes personnes dans les projets différents?

On ne sera pas étonné de lire que l'ARC précise que la détermination de ce que constituent des projets connexes est une question de fait.

Notons que les critères sont largement inspirés des Notes explicatives américaines.

5.2. CRITIQUES DES LIGNES DIRECTRICES ET DES RETENUES DE L'ARTICLE 105 R.I.R.

Généralement, il est reconnu que le processus requis pour obtenir les dispenses de retenues selon l'article 105 R.I.R. est long et complexe puisque les renseignements requis sont nombreux et le niveau de détail requis par l'ARC est élevé. De plus, l'ARC a une vision très large de ce que constitue un ÉS, surtout lorsqu'on est en présence de prestations de services, malgré les échecs essuyés devant les tribunaux¹²⁸. Conséquemment, il est difficile pour les non-résidents d'obtenir cette dispense si bien que, fréquemment, ceux-ci vont laisser tomber cette étape et opter pour la production d'une déclaration fiscale afin de demander le remboursement des retenues. Fréquemment, le fournisseur non résident voudra réduire son risque en transférant le fardeau de cette retenue à son client canadien sous forme d'une obligation par le client de majorer le paiement d'un 15 % supplémentaire pour couvrir la retenue. De ce fait, cet « impôt » est maintenant assumé par le résident canadien qui ne peut, en aucun temps, le récupérer.

Lorsque le non-résident assume la retenue et doit produire une déclaration fiscale, le processus pour récupérer la retenue est long et prend occasionnellement jusqu'à deux ans.

¹²⁸ Notamment, l'affaire *Dudney c. La Reine*, 2000 D.T.C. 6169 (C.A.F.).

Depuis longtemps, plusieurs groupes représentant les contribuables demandent des allègements au processus, soit en demandant que le système de retenue soit aboli, soit que les non-résidents puissent certifier eux-mêmes qu'ils ont droit aux allègements d'un traité fiscal.

À notre avis, il est souhaitable que des changements soient apportés pour réduire le risque que le contribuable canadien assume cette retenue et qu'elle devienne une dépense.

ANNEXE A

Questions à l'ARC sur les articles 105 et 102 R.I.R.

Question 1

L'ARC a-t-elle l'intention de simplifier la procédure d'obtention des dispenses de la retenue selon l'article 105 R.I.R. en permettant aux entreprises non résidentes de certifier qu'elles ont droit aux bénéfices d'un traité en produisant l'un des trois formulaires suivants, soit le Formulaire NR301, NR302 ou NR303? De plus, quelles sont les procédures relatives aux certificats de conformité?

Réponse

Les Formulaires NR301, NR302 et NR303 ne remplacent pas ni n'éliminent le besoin de tout autre formulaire de l'ARC qui est actuellement utilisé. Lorsqu'un non-résident remplit ces formulaires, il certifie qu'il est résident dans un pays particulier et qu'il est admissible aux avantages en vertu d'une convention fiscale. Cependant, l'ARC prévoit réviser le Formulaire R105 de sorte qu'en général, lorsqu'un particulier, une société ou une fiducie non résidente le produit, le Formulaire NR301 ne sera plus requis. Par contre, les sociétés de personnes et les entités hybrides qui produisent le Formulaire R105 devront joindre le Formulaire proposé NR302 ou NR303, selon le cas.

La même chose est vraie pour les acheteurs de BCI qui produisent le Formulaire T2062C. Ce formulaire est produit par un acheteur mais il contient une section « Attestation du vendeur non résident » qui, si elle est remplie, satisfait la diligence raisonnable du payeur de vérifier le pays de résidence de l'entreprise non résidente. L'ARC compte réviser le Formulaire T2062C de sorte qu'en général, lorsque le vendeur non résident est un particulier, une société ou une fiducie, il peut remplir cette section du Formulaire T2062C et le Formulaire NR301 ne sera plus requis. Par contre, une entité hybride ou une société de personnes remplira le Formulaire NR302 ou NR303, selon le cas, et le fournira à l'acheteur en vue de le joindre au Formulaire T2062C.

L'ajout apporté par la révision des Formulaires R105 et T2062C attestera que la personne est en fait admissible aux avantages en vertu d'une convention dans le pays de résidence indiqué et que, si une convention fiscale comprend des restrictions apportées aux avantages (par exemple,

l'article XXIX A de la Convention fiscale Canada-États-Unis), la personne répond aux exigences de la disposition concernant le revenu ou le paiement en question.

Lorsqu'un vendeur non résident produit le Formulaire T2062 ou T2062A et qu'il demande une exemption en vertu d'une convention fiscale, le vendeur devra remplir le Formulaire NR301, NR302 ou NR303 selon le cas et y joindre les Formulaires T2062 et T2062A.

Comme les Formulaires NR301, NR302 et NR303 ne sont pas des formulaires prescrits, le non-résident a toujours la possibilité de fournir les mêmes renseignements sous une forme différente plutôt que de remplir le formulaire lui-même.

Question 2

L'ARC a-t-elle l'intention de simplifier la procédure d'obtention d'une dérogation de retenue tout comme elle l'a fait tout récemment pour les dispenses en vertu de l'article 102 R.I.R., spécialement pour les entreprises qui sont résidentes d'un pays avec lequel le Canada a un traité en vigueur?

Réponse

Après avoir reçu des rétroactions de la part de représentants de l'industrie, du milieu professionnel et de festivals, ainsi que des recommandations de la part du Groupe consultatif sur le régime canadien de la fiscalité internationale, nous envisageons différentes méthodes en vue de réduire le fardeau qui accompagne la procédure de demande de dispense de l'application de l'article 105 R.I.R. avant de nous engager dans la mise en œuvre des changements qui tiennent compte des modifications récentes apportées à la procédure de l'article 102 R.I.R., nous aimerions vérifier les résultats de ces modifications en plus de considérer les rétroactions que nous recevons des utilisateurs admissibles de cette nouvelle méthode.

Question 3

Même question que la question 2 : est-ce que la réponse changerait si les services étaient rendus entre parties liées (c'est-à-dire une société mère étrangère rend des services à sa filiale, une société canadienne résidente)?

Réponse

À l'heure actuelle, nous n'envisageons pas de traitement différent pour les contribuables qui rendent des services à des parties avec un lien de dépendance et ceux qui opèrent sans lien de dépendance.

Question 4

Un des problèmes souvent rencontrés par les non-résidents est qu'ils ignorent généralement les procédures de retenue de l'article 105 R.I.R., et surtout qu'ils ignorent généralement qu'ils doivent obtenir une dispense avant de commencer un travail au Canada. Serait-il possible de laisser tomber le critère qui oblige les entreprises à faire les demandes à l'avance? Qu'arrive-t-il dans les faits : accepte-t-on de traiter les demandes de dispenses même si le projet est déjà en cours?

Réponse

L'ARC a publié sur son site Web des « Lignes directrices touchant les dérogations de la retenue prévue à l'article 105 du Règlement fondées sur une convention fiscale »¹²⁹. Ces lignes directrices s'adressent à tout demandeur non résident assujéti à l'article 105 R.I.R. qui rend des services au Canada à titre de travailleur indépendant. Elles précisent les exigences générales concernant les dispenses et indiquent où, quand et par qui les demandes doivent être présentées.

Généralement, on doit présenter une demande de dispense au moins 30 jours avant le début des services devant être rendus au Canada, ou 30 jours avant le paiement initial de ces services. Ce délai permet au bureau des services fiscaux (« BSF ») de déterminer si une dispense à la retenue ou une diminution de celle-ci est justifiée. Cependant, lorsqu'une demande présentée après le début des paiements est approuvée, elle s'applique seulement aux paiements effectués après qu'elle ait été octroyée.

Actuellement, l'ARC n'envisage pas de laisser tomber l'obligation de présenter les demandes à l'avance.

¹²⁹ À cet effet, voir : http://www.cra-arc.gc.ca/tx/nrrsdnts/cmmn/rndr/trty_gdlns-fra.html.

Question 5

L'ARC a-t-elle déjà considéré la possibilité d'accorder des dispenses générales (« blanket waivers ») surtout en relation avec des services rendus par une entreprise multinationale non résidente à une entité canadienne qui lui est liée?

Réponse

La position de l'ARC est que nous n'avons pas l'autorisation légale d'approuver les dispenses « générales », puisque nous ne pouvons pas déléguer l'autorité du ministre aux payeurs afin qu'ils approuvent des retenues réduites en vertu du paragraphe 153(1.1) L.I.R. De plus, cette disposition vise à réduire la contrainte excessive du contribuable (et non celle du payeur) : elle requiert donc que l'ARC identifie le fournisseur de services et considère la contrainte excessive qui lui est imposée.

Compte tenu de ces considérations, nous ne pouvons pas envisager d'accorder de dispenses générales.

Question 6

L'ARC est-elle d'accord avec la décision *Stora Enso*? A-t-elle l'intention d'abandonner la pratique d'imposer des retenues « en cascade » (lorsqu'un non-résident sous-traite une portion d'un mandat à un autre non-résident) dans un scénario similaire à celui de cette affaire où il ne s'agissait que d'une recharge de facture?

Réponse

L'ARC n'est pas en désaccord avec la décision *Stora Enso* étant donné les faits particuliers de ce cas et, lors d'une vérification, elle prendra en considération cette décision lorsque les faits seront les mêmes.

Dans l'affaire *Stora Enso*, le contribuable non résident n° 1 a conclu un contrat avec le contribuable non résident n° 2 pour des services à fournir à une entreprise canadienne. Seul le contribuable non résident n° 2 a fourni des services au Canada. Le contribuable non résident n° 1 a seulement fait les arrangements pour les services et le paiement. Il n'y a pas eu d'élément de profit pour le contribuable non résident n° 1 et la valeur des services fournis, pour l'arrangement des services fournis au Canada et le paiement, auraient été négligeables. Dans l'affaire *Stora Enso*, le jugement indique que l'ARC

ne pouvait collecter la retenue de 15 % en vertu de l'article 105 R.I.R. qu'une seule fois (puisque'il n'y avait qu'un seul fournisseur de services non résident fournissant des services au Canada). Même si le jugement indique que la législation permet que les obligations de retenue aient un effet de cascade (retenue de 15 % sur le paiement du payeur canadien au contribuable non résident n° 1, et une autre retenue de 15 % sur le paiement du contribuable non résident n° 1 au contribuable non résident n° 2), le juge n'a pas convenu que cela était approprié dans ce cas en particulier.

Pour s'assurer de la façon dont l'ARC traitera une situation en particulier impliquant une retenue en vertu de l'article 105 R.I.R., un contribuable non résident doit faire une demande de dispense de la retenue d'impôt auprès du BSF le plus près de l'endroit où les services seront exécutés.

Question 7

Quels types de preuves l'ARC requiert-elle pour déterminer, dans un contrat mixte ou groupé (de location d'équipement et de services, par exemple), la proportion qui est assujettie à l'impôt de la partie XIII L.I.R. *versus* celle qui est assujettie à l'article 105 R.I.R. si le contrat est muet sur cette répartition? Est-ce que la déclaration du non-résident serait acceptable?

Réponse

Il est difficile de préciser à l'avance les types de preuves requises étant donné la diversité des situations qui peuvent se présenter. Généralement, dans le cas d'un contrat mixte ou groupé qui implique, par exemple, la location d'équipement pour utilisation au Canada et la formation relative à l'utilisation de cet équipement, c'est l'entente contractuelle qui détermine en grande partie les retenues d'impôt appropriées de la partie XIII L.I.R. sur les paiements visant la location et celles de l'article 105 R.I.R. sur les paiements visant la formation.

Lorsque la répartition ne peut-être effectuée ou documentée, il est recommandé d'appliquer la retenue prévue à l'article 105 R.I.R. sur tous les paiements versés au non-résident pour les biens et les services rendus.

Question 8

L'ARC a-t-elle modifié son approche *versus* les services rendus par les Américains à la lumière des changements apportés par le cinquième protocole à la Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis, spécialement les alinéas V(9)a) et V(9)b) (Établissement permanent créé par un contrat de service)? Quand publiera-t-elle ses indications?

Réponse

L'ARC a publié des Lignes directrices touchant les dispenses de la retenue fondées sur une convention fiscale, qui énumèrent les conditions pour approuver les dispenses en fonction de l'absence d'un établissement stable au Canada. Il est important de remarquer qu'avant de déterminer qu'un non-résident a ou non un établissement stable au Canada, tous les faits de la situation doivent être connus soit, normalement, jusqu'à la fin de l'année d'imposition lorsqu'une déclaration de revenus est produite. L'ARC révisé les demandes de dispenses de la retenue fondées sur une convention fiscale en fonction de la présence au Canada, des activités récurrentes au Canada ainsi que de certaines exceptions prévues par des dispositions particulières des conventions (c'est-à-dire le paragraphe 3 de l'article V de la Convention fiscale Canada-États-Unis, concernant les projets de construction et d'installation). La disposition du paragraphe 9 de l'article V de la Convention fiscale Canada-États-Unis concernant l'existence d'un établissement stable réputé doit également être comprise parmi ces exceptions et sera prise en considération pendant le traitement de la demande de dispense. Lorsque la demande de dispense est refusée à cause des lignes directrices applicables aux demandes en vertu d'une convention fiscale (c'est-à-dire lorsque la durée du présent contrat est supérieure à 180 jours dans l'année civile ou 240 jours dans la période), l'ARC n'accorde pas de dispense même s'il est peu probable que le non-résident ait un établissement stable réputé en vertu du paragraphe 9 de l'article V de la Convention fiscale Canada-États-Unis.

Lorsque la demande de dispense est acceptée à cause des lignes directrices applicables aux demandes en vertu d'une convention fiscale (c'est-à-dire lorsque la durée du présent contrat est inférieure à 180 jours dans l'année civile ou 240 jours dans la période) mais que le contribuable peut avoir un établissement stable réputé, en vertu du paragraphe 9(a) de l'article V parce que des services sont fournis par une personne qui est présente au Canada pendant une ou des périodes totalisant 183 jours ou plus au cours d'une période quelconque de 12 mois, ou en vertu du paragraphe 9(b) parce qu'il fournit des services pendant 183 jours et plus sur une

période de 12 mois dans le cadre de projets connexes (contrats distincts) à des clients résidant au Canada ou qui ont un établissement permanent au Canada, l'ARC n'accorde pas la dispense.

Comme toujours, qu'une dispense soit accordée ou non, le contribuable non résident peut déclarer dans la déclaration de revenus qu'il n'a pas d'établissement stable ou d'établissement stable réputé. L'ARC peut procéder à une vérification à ce moment-là.

Question 9

La *Circulaire d'information* 75-6R2 sera-t-elle mise à jour pour tenir compte des récentes décisions des tribunaux, notamment *Weyerhaeuser*¹³⁰ ou *Stora Enso*¹³¹, particulièrement en ce qui a trait aux paragraphes 6, 24 à 26 et 27?

Réponse

Nous prévoyons mettre à jour la *Circulaire d'information* 75-6R2 afin de tenir compte des changements apportés à l'interprétation par une décision judiciaire ainsi que des changements apportés à diverses conventions fiscales. Entre-temps, le public peut se référer à des interprétations techniques¹³².

Question 10

Quelle est la proportion des dispenses de retenue de l'article 105 R.I.R. (ou plutôt les réductions de cette retenue) qui sont accordées en raison du critère du revenu net *versus* l'absence d'établissement permanent (qui est très difficile à respecter vu la conception large de l'ARC du concept d'EP)?

Réponse

Les limites du système nous empêchent de quantifier le nombre de demandes de dispenses accordées fondées sur les revenus et les dépenses par rapport aux dispenses de la retenue fondées sur une convention fiscale. En

¹³⁰ Précité, note 94.

¹³¹ Précité, note 111.

¹³² Telles que : AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-0297161E5.

effet, la plupart sont d'abord traitées comme demandes fondées sur une convention fiscale, et c'est seulement lorsqu'elles ne répondent pas aux critères qu'elles peuvent devenir des demandes fondées sur les dépenses et les revenus. Notre système ne change pas la classification du résultat obtenu.

Questions à l'ARC sur les certificats de conformité, les retenues et les obligations de produire des déclarations fiscales pour la disposition de BCI selon les articles 116 et 150 L.I.R.

Question 1

Depuis 2009, lorsqu'une personne acquiert un BCI qui est un bien protégé par traité d'un non-résident, cet acquéreur peut simplement fournir quelques renseignements énumérés au paragraphe 116(5.02) L.I.R., ce qui allège ses obligations. Or, une des conditions pour se prévaloir de cette procédure allégée est pour l'acquéreur de faire une enquête sérieuse sur le statut du non-résident dans son pays d'origine. Si, après cette enquête, l'acquéreur conclut que le vendeur est un résident du pays avec lequel le Canada a un traité, la condition est remplie. Sinon, l'acquéreur peut être responsable de payer un montant de 25 % du prix d'acquisition à l'ARC pour couvrir les impôts dus par le vendeur. En raison du risque élevé pour l'acquéreur, les praticiens ont généralement jugé que cette procédure n'est utile que dans le contexte d'une transaction entre personnes liées. Dans un contexte où les parties transigent à distance, comment l'acquéreur peut-il se décharger de façon adéquate et au prix d'efforts raisonnables de cette obligation et ainsi limiter son risque? Est-ce qu'une déclaration assermentée par le vendeur sur son statut serait suffisante?

Réponse

L'acheteur doit faire preuve de diligence afin d'effectuer sa propre détermination. Généralement, l'ARC n'appliquera pas l'assujettissement de l'acheteur si ce dernier peut montrer qu'il a fait une demande de renseignements raisonnable et preuve de diligence.

Dans le cas d'actions d'une société canadienne, elles peuvent signifier ce qui suit :

- obtenir une déclaration de la société;
- faire des demandes de renseignements détaillées sur la composition des actifs, y compris obtenir des états financiers et d'autres documents pertinents;

- si les renseignements fournis par le vendeur ne sont pas complets ou qu'ils sont inexacts, l'acheteur devrait effectuer une retenue ou demander au vendeur d'obtenir un certificat de conformité.

Question 2

Depuis le 4 mars 2010, certains biens qui étaient des BCI selon l'ancienne définition ne le sont plus : par exemple, les actions d'une société non cotée à une Bourse de valeurs dont plus de 50 % de la JVM n'est pas due à des biens immeubles situés au Canada et ce depuis les 60 derniers mois. Il semble que, selon l'économie de la loi, le fardeau de déterminer le statut de biens (BCI ou non) incombe éventuellement à l'acquéreur. Comment pourrait-il faire pour se décharger de ce fardeau au prix d'un effort raisonnable? Est-ce qu'une déclaration du vendeur quant au statut du bien serait suffisante?

Réponse

La détermination du statut du bien est une question de fait. La détermination demeure la responsabilité du vendeur non résident. Cependant, si un vendeur non résident demande un certificat de conformité relativement à un bien qui n'est pas un BCI, l'ARC étudiera et traitera la demande.

Question 3

Quelle sera l'approche de l'ARC quant à la disposition de biens « post émigration » qui étaient autrefois des BCI lorsque ceux-ci ne le sont plus en vertu de la nouvelle définition de BCI lorsqu'il y a baisse de valeur des biens lors de la disposition réelle *versus* au moment de la disposition présumée lors de l'émigration (par. 128.1(8) L.I.R.)?

Réponse

Le paragraphe 128.1(8) L.I.R. s'applique seulement si un particulier (autre qu'une fiducie) était réputé, en vertu de l'alinéa 128.1(4)b) L.I.R., avoir disposé d'une immobilisation après le 1^{er} octobre 1996, mais qu'il dispose du bien plus tard, moment auquel le bien était un BCI du particulier. Dans l'éventualité où le bien n'est pas un BCI du particulier lorsqu'il en dispose plus tard, le paragraphe 128.1(8) L.I.R. ne s'applique pas.

Question 4

Dans le cas d'une émigration, est-ce que l'ARC va continuer de prendre en garantie des actions d'une société privée qui ne sont plus des BCI contre les impôts de départ conformément à la pratique courante (par. 220(4.5) L.I.R.)?

Réponse

L'ARC continuera d'accepter des actions de sociétés privées sous contrôle canadien (« SPCC ») **si, et seulement si**, la propriété de ces actions est ce qui a donné lieu à la disposition présumée lors de la migration.

Que ces actions soient ou non des BCI n'est pas un élément qui est pris en considération par le spécialiste de la migration lorsqu'il détermine s'il s'agit d'une garantie appropriée. Les émigrants qui ont choisi de donner à l'ARC des actions de leur SPCC peuvent continuer d'utiliser ces actions comme garantie de leur disposition présumée s'ils le désirent. S'ils souhaitent que leurs actions leur soient retournées, puisqu'elles ne sont plus des BCI, ils doivent communiquer avec le spécialiste de la migration afin d'offrir et de déposer une autre garantie acceptable.

Question 5

Dans quelle mesure les Formulaires NR 301, NR302 et NR303 seront-ils utilisés pour simplifier la tâche d'un acquéreur qui, en vertu du paragraphe 116(5.01) L.I.R., a l'obligation de mener une « enquête sérieuse » sur le statut du vendeur? (Dans les commentaires accompagnant les projets de formulaires, il est prévu qu'ils puissent être utilisés pour les obligations de divulgation selon l'article 116 L.I.R.).

Réponse

Le paragraphe 116(5.01) L.I.R. s'applique lorsqu'un acheteur acquiert un bien d'une personne non résidente si :

- a) l'acheteur conclut à la suite d'une « enquête sérieuse » que la personne non résidente est, en vertu d'une convention fiscale qu'a le Canada avec un pays en particulier, résidente dans le pays en question;
- b) le bien sera un bien protégé par une convention de la personne non résidente si la personne non résidente était, en vertu de la convention

fiscale mentionnée dans l'alinéa 116(5.01)a) L.I.R., résidente dans le pays en question;

- c) l'acheteur fournit des avis relatifs à l'acquisition en vertu du paragraphe 116(5.02) L.I.R.

L'ARC a élaboré le Formulaire T2062C, que l'acheteur utilisera lorsqu'il fournira l'avis requis en vertu du paragraphe 116(5.02) L.I.R. Tel qu'il est mentionné plus haut, le formulaire contient une section « Attestation du vendeur non résident » qui satisfait la diligence raisonnable de l'acheteur de vérifier le pays de résidence du non-résident, si la section est remplie.

L'ARC prévoit réviser le Formulaire T2062C de sorte qu'en général, lorsque le vendeur non résident est un particulier, une société ou une fiducie, il peut remplir cette section du Formulaire T2062C et le Formulaire NR301 ne sera plus requis. L'ajout apporté par la révision au Formulaire T2062C attestera fondamentalement que la personne est en fait admissible aux avantages d'une convention fiscale dans le pays de résidence indiqué et que, si une convention comprend des restrictions apportées aux avantages (par exemple, l'article XXIX A de la Convention fiscale Canada-États-Unis), la personne répond aux exigences de la disposition concernant le bien décrit dans le Formulaire T2062C.

Par contre, une entité hybride ou une société de personnes remplira le Formulaire NR302 ou NR303 selon le cas et le fournira à l'acheteur en vue de le joindre au Formulaire T2062C.

Lorsqu'un vendeur non résident produit le Formulaire T2062 ou T2062A et qu'il demande une exemption en vertu d'une convention fiscale, le vendeur devra remplir le Formulaire NR301, NR302 ou NR303 selon le cas et y joindre les Formulaires T2062 et T2062A.

Comme les Formulaires NR301, NR302 et NR303 ne sont pas des formulaires prescrits, le non-résident a toujours la possibilité de fournir les mêmes renseignements sous une forme différente plutôt que de remplir le formulaire lui-même.

Question 6

Est-ce que vous anticipez que les délais pour l'obtention des certificats de conformité seront raccourcis avec les changements récents à la définition de BCI?

Réponse

Lorsque l'ARC reçoit une demande de certificat de conformité, elle s'efforce d'examiner et de traiter la demande avec promptitude. Ces dossiers sont traités selon la méthode du premier entré, premier sorti, et dans plusieurs cas, comme la disposition d'un immeuble, le processus de vérification peut être relativement rapide. Toutefois, dans les cas comprenant des transactions complexes, comme certaines dispositions de fonds de capital-investissement et d'actions de sociétés privées, il se peut que l'aide d'un ou de plusieurs experts en conventions fiscales, en évaluations de biens immobiliers et mobiliers soit nécessaire. De plus, lors de l'examen d'une demande de certificat, l'ARC peut déterminer que des renseignements n'ont pas été fournis avec la demande originale, ce qui aura des répercussions sur le temps de traitement du certificat. Pour ces raisons, il est difficile d'indiquer le délai nécessaire pour la délivrance d'un certificat. Toutefois, l'ARC prévoit que les modifications à la définition de BCI auront des répercussions sur le nombre de demandes de certificat de conformité. De plus, l'ARC examine actuellement des façons de simplifier le processus et de mieux utiliser ses ressources afin d'accélérer le traitement des demandes.

Question 7

Dans quelle mesure la procédure du paragraphe 116(5.01) L.I.R. (Formulaire T2062C) sera-t-elle encore utile?

Réponse

Les situations suivantes permettent de répondre à cette question.

A) Aucun lien de parenté entre le vendeur et l'acheteur :

- Le vendeur dispose actuellement d'actions considérées à la fois comme un BCI et un bien exclu (bien protégé par traité).
- Le vendeur n'est pas obligé d'aviser l'ARC.
- Aucun paiement n'est requis de la part du vendeur ou de l'acheteur.
- L'acheteur **peut** présenter un Formulaire T2062C dans les 30 jours suivant la date de l'acquisition.
- Si l'acheteur ne présente pas un Formulaire T2062C, le bien est toujours considéré comme un bien exclu.

- Le vendeur ne doit pas produire une déclaration de revenus, puisque la disposition est une disposition exclue (par. 150(5) L.I.R.).

B) Il y a un lien de parenté entre le vendeur et l'acheteur :

- Le vendeur dispose actuellement d'actions considérées à la fois comme un BCI et un bien exclu (bien protégé par traité).
- L'acheteur **doit** présenter un Formulaire T2062C dans les 30 jours suivant la date de l'acquisition.
- Aucun paiement n'est requis de la part du vendeur ou de l'acheteur.
- Le vendeur ne doit pas produire une déclaration de revenus, puisque la disposition est une disposition exclue (par. 150(5) L.I.R.).
- Si l'acheteur ne présente pas un Formulaire T2062C dans les 30 jours suivant la date de l'acquisition, le bien n'est pas exclu (n'est pas protégé par traité). Le vendeur devra remplir un Formulaire T2062.

Précision (question 8) : Quelle est l'utilité du paragraphe 116(5.01) L.I.R. à la suite de la nouvelle définition de « bien exclu » (c'est-à-dire le paragraphe (i)) ainsi que le paragraphe 116(6.1) L.I.R.?

Précision : Les diapositives 15 et 16 contiennent la réponse à cette question. Comme l'exemple le montre, puisque plus de 50 % de la JVM de la participation du bénéficiaire non résident dans la fiducie, dans les 60 derniers mois avant la distribution, provenait de biens réels situés au Canada, la participation est considérée comme un BCI. Cependant, la participation dans la fiducie est aussi considérée comme un bien protégé par traité au moment de la distribution en août 2010 et, pour cette raison, c'est un bien exclu aux fins de l'article 116 L.I.R. Comme l'exécuteur et le bénéficiaire non résident n'ont aucun lien de dépendance, il n'est pas nécessaire de produire un Formulaire T2062 ou T2062C. Cependant, s'il y avait un lien de dépendance entre l'exécuteur et le bénéficiaire non résident, un Formulaire T2062C devrait être soumis afin que la participation dans la fiducie soit considérée comme un bien protégé par traité.

Question 8

Comment l'ARC sera-t-elle satisfaite qu'une action du capital-actions d'une société qui a des biens immobiliers ne soit pas un BCI? Des évaluations formelles seront-elles nécessaires? Seront-elles nécessaires sur la période de 60 mois?

Réponse

Les situations suivantes permettent de répondre à cette question.

A) Règle du « retour en arrière » de 60 mois lorsqu'il n'y a aucun lien de parenté entre le vendeur et l'acheteur :

- Le vendeur dispose actuellement d'actions considérées comme un BCI (règle du retour en arrière de 60 mois) et comme un bien exclu.
- Le vendeur ne doit pas aviser l'ARC.
- L'ARC n'exige pas de paiements ni de la part du vendeur ni de la part de l'acheteur.
- L'acheteur peut présenter un Formulaire T2062C dans les 30 jours suivant la date de l'acquisition.
- Si l'acheteur ne présente pas un Formulaire T2062C, le bien est toujours considéré comme un bien exclu.
- Le vendeur ne doit pas produire une déclaration de revenus, puisque la disposition est une disposition exclue (par. 150(5) L.I.R.).

B) Règle du « retour en arrière » de 60 mois lorsqu'il y a un lien de parenté entre le vendeur et l'acheteur :

- Le vendeur dispose actuellement d'actions considérées comme un BCI (règle du retour en arrière de 60 mois) et comme un bien exclu (BMC).
- L'acheteur doit présenter un Formulaire T2062C dans les 30 jours suivant la date de l'acquisition.

- On n'exige pas de paiements ni de la part du vendeur ni de la part de l'acheteur.
- Le vendeur ne doit pas produire une déclaration de revenus, puisque la disposition est une disposition exclue (par. 150(5) L.I.R.).
- Si l'acheteur ne présente pas un Formulaire T2062C dans les 30 jours suivant la date de l'acquisition, le bien n'est pas considéré comme un bien exclu (non protégé par convention fiscale). Le vendeur devra remplir un Formulaire T2062.

Question 9

Lorsqu'un bien est réputé être un BCI simplement parce qu'il a été substitué en un autre bien en raison d'un roulement fiscal, son propriétaire pourrait être exempté des procédures de l'article 116 L.I.R. en raison du fait qu'il serait considéré comme un « bien exclu » (selon l'alinéa 116(6)a) L.I.R.). D'ailleurs, des changements ont été apportés à l'alinéa 85(1)l) L.I.R. par exemple, pour prévoir que ces biens ne seront des BCI que pour une période de 60 mois après le roulement. Nous comprenons que, même si le bien sera considéré comme un BCI pour une période de 60 mois, celui-ci sera toujours considéré comme exclu et ne sera plus visé par les obligations de l'article 116 L.I.R. Est-ce exact?

Réponse

En vertu de l'alinéa 116(6)a) L.I.R., un bien est un « bien exclu » d'un non-résident s'il est un BCI du seul fait qu'il est réputé être un tel bien par une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Par conséquent, si le bien décrit dans la question est réputé être un BCI par une disposition particulière de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, mais qu'il n'en était pas un en l'absence de cette disposition particulière, le bien sera un « bien exclu » aux fins de l'article 116 L.I.R.

Autre précision

Précision des « diapositives » 13 et 14 de la présentation de l'ARC :
Est-ce que nous devons comprendre que la règle du « retour en arrière » de 60 mois ne sert pas aux fins de l'article 116 L.I.R. lorsque les actions disposées ne sont pas des BCI au moment de la disposition?

Précision de l'ARC

La règle du retour en arrière de 60 mois permet seulement de déterminer si un bien est un BCI ou non, selon la définition contenue au paragraphe 248(1) L.I.R. Par conséquent, si la JVM d'un bien, au moment présent ou dans les 60 derniers mois ne provient pas principalement de biens immeubles ou réels situés au Canada, il n'y a aucune obligation d'aviser l'ARC de la disposition. La règle des 60 mois n'est pas utilisée pour déterminer qu'un bien est « un bien exempté par traité » parce que cette détermination est faite seulement au moment où le non-résident dispose du bien au profit d'une autre personne.

ANNEXE B

Questions à Revenu Québec pour les certificats de conformité, les retenues et les obligations de produire des déclarations fiscales pour la disposition de biens québécois imposables selon les articles 1097 à 1102.5 L.I.

Certificat de conformité

Question 1

Depuis 2009, lorsqu'une personne acquiert d'un non-résident un bien québécois imposable (« BQI ») qui est un bien protégé par accord fiscal, cet acquéreur peut simplement fournir les renseignements énumérés à l'article 1101.2 L.I., ce qui allège ses obligations. Or, une des conditions pour se prévaloir de cette procédure allégée est, pour l'acquéreur, de faire une enquête raisonnable sur le statut du non-résident dans son pays d'origine. Si, après cette enquête, l'acquéreur conclut que le vendeur est un résident du pays avec lequel le Canada a un accord fiscal, la condition est remplie. Sinon, l'acquéreur peut être responsable de payer au ministre un montant de 12 % du prix d'acquisition pour couvrir les impôts dus par le vendeur. En raison du risque élevé pour l'acquéreur, les praticiens ont généralement jugé que cette procédure n'est utile que dans le contexte d'une transaction entre personnes liées. Dans un contexte où les parties transigent à distance, comment l'acquéreur peut-il se soustraire de façon adéquate et au prix d'efforts raisonnables à cette obligation, et ainsi limiter son risque? Est-ce qu'une déclaration assermentée par le vendeur sur son statut serait suffisante?

Réponse

De façon générale, Revenu Québec accepte les demandes lorsqu'elles sont accompagnées du Formulaire fédéral T2062C. L'information qui s'y trouve constitue, à ce moment, une preuve documentaire suffisante.

Conséquemment, une déclaration assermentée par le vendeur sur son statut n'est pas requise.

Question 2

À l'occasion de la présentation du discours sur le Budget du Québec le 30 mars 2010, le ministre des Finances a précisé que la législation et la

réglementation fiscales québécoises seront modifiées afin d'y intégrer les changements apportés à la définition de « bien canadien imposable » (par conséquent, la définition de BQI sera modifiée afin de s'harmoniser avec le fédéral). Ainsi, nous comprenons que certains biens qui étaient des BQI selon l'ancienne définition ne le sont plus : par exemple, les actions d'une société non cotée à une Bourse de valeurs dont plus de 50 % de la JVM n'est pas due à des biens immeubles situés au Québec, et ce, depuis les 60 derniers mois. Il semble que, selon l'économie de la loi, le fardeau de déterminer le statut d'un bien (BQI ou non) incombe éventuellement à l'acquéreur. Comment pourrait-il faire pour se libérer de ce fardeau au prix d'un effort raisonnable? Est-ce qu'une déclaration du vendeur quant au statut du bien serait suffisante?

Réponse

L'article 1101 L.I. prévoit que l'acheteur qui acquiert un BQI d'une personne ne résidant pas au Canada doit payer au ministre un montant d'impôt déterminé pour le compte du vendeur si aucun certificat de conformité ne lui a été délivré.

Si le vendeur d'un bien ne se conforme pas à la procédure prévue par l'article 1099 L.I., aucun certificat de conformité ne sera délivré à l'acquéreur. Si Revenu Québec détermine que le bien ayant fait l'objet de l'aliénation est un BQI qui n'est pas un bien exclu, et que l'acquéreur n'a pas respecté les exigences mentionnées à l'article 1101 L.I., l'acquéreur pourra être tenu responsable de payer à Revenu Québec, pour le compte du vendeur, le montant prévu à cet article.

Question 3

Quelle sera l'approche de Revenu Québec quant à la disposition de biens « post émigration » qui étaient autrefois des BQI, lorsque ceux-ci ne le sont plus en vertu de la nouvelle définition de BQI et qu'il y a baisse de valeur du bien lors de la disposition réelle *versus* au moment de la disposition présumée lors de l'émigration (article 785.2.4 L.I.)?

Réponse

L'article 785.2.4 L.I. prévoit des règles qui s'appliquent lorsqu'un particulier, sauf une fiducie, est réputé aliéner après le 1er octobre 1996 un bien au moment où il cesse de résider au Canada et qu'il aliène subséquemment ce bien, alors qu'il est un bien canadien imposable, en subissant une perte. Ces règles, qui s'appliquent si le particulier en fait le

choix, prévoient notamment une réduction du produit de l'aliénation du bien qui avait alors été réputé, et ce, afin de tenir compte de cette perte.

Or, cet article 785.2.4 L.I. a été modifié en 2009 afin de lier l'application des règles visées à l'exercice du choix fédéral correspondant prévu au paragraphe 128.1(8) L.I.R. Ainsi, lorsqu'un tel choix est fait après le 19 décembre 2006, des conséquences fiscales semblables s'appliquent dans les régimes d'imposition québécois et fédéraux.

Compte tenu de ce qui précède, en l'absence d'une modification à la législation fédérale à cet égard, aucune nouvelle détermination du produit de l'aliénation du bien qui avait été réputé aliéné initialement ne sera possible si ce bien n'est pas un BCI au moment de l'aliénation réelle de celui-ci.

Question 4

Dans le cas d'une émigration, est-ce que Revenu Québec va continuer de prendre en garantie des actions d'une société privée qui ne sont plus des BQI contre les impôts de départ, conformément à la pratique courante (art. 1033.2 L.I.)?

Réponse

Un contribuable qui cesse de résider au Canada à un moment donné est réputé aliéner, immédiatement avant ce moment, chaque bien dont il est propriétaire (à l'exception de certains biens spécifiques), pour un produit de l'aliénation égal à sa JVM (art. 785.2 L.I.). Ce dernier doit alors payer l'impôt résultant de l'aliénation réputée.

L'article 1033.2 L.I. offre, toutefois, un allègement en permettant au contribuable de reporter le paiement de cet impôt, si ce dernier fournit à Revenu Québec une sûreté jugée satisfaisante par celui-ci.

Or, par définition, une sûreté suffisante peut varier selon le contexte et les faits propres à chaque situation. De façon plus particulière, le ministre a pleine discrétion pour apprécier le caractère satisfaisant d'une sûreté proposée et cette discrétion s'exerce en tenant compte des faits propres à chaque cas. Dans ce contexte, Revenu Québec ne peut confirmer de façon générale qu'il accepte ou acceptera les actions d'une société privée comme garantie.

Toutefois, de façon générale, pour qu'une sûreté soit jugée suffisante par Revenu Québec, l'une des caractéristiques importantes de celle-ci est sa

relative liquidité. En d'autres termes, la sureté proposée est-elle facilement et rapidement réalisable? Sa valeur de réalisation est-elle certaine? Pour ces motifs notamment et pour une question de simplicité aussi, Revenu Québec privilégie l'obtention d'une lettre de garantie bancaire comme sûreté.

Enfin, aucun lien n'existe entre l'acceptation ou non d'actions comme sureté et le statut de BQI ou non de ces actions.

Question 5

En 2009, l'ARC a publié, à la suite de l'adoption du cinquième protocole à la Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis, trois projets de formulaires : les Formulaires NR301, NR302 et NR303. Selon les explications fournies par l'ARC sur les instructions de ces formulaires, ceux-ci seraient utiles afin de vérifier l'admissibilité d'un non-résident qui reçoit des revenus de sources canadiennes à une déduction de la RAS selon la partie XIII L.I.R. en vertu d'un traité entre le Canada et le pays de résidence du bénéficiaire (dans les commentaires accompagnant les projets de formulaires de l'ARC, il est prévu que ces formulaires pourraient être utilisés pour les obligations de divulgation selon l'article 116 L.I.R.). Est-ce que Revenu Québec prévoit publier des formulaires semblables? Si oui :

- a) quand ces formulaires seront-ils publiés/finalisés? et
- b) dans quelle mesure ces formulaires seront-ils utilisés pour simplifier la tâche d'un acquéreur qui, en vertu de l'article 1101.1 L.I., a l'obligation de mener une « enquête raisonnable » sur le statut du vendeur?

Réponse

L'impôt de la partie XIII L.I.R. est une retenue d'impôt qui s'applique à certaines sommes payées ou créditées à des non-résidents du Canada comme des pensions, des rentes, des intérêts, des dividendes, des redevances et des revenus de successions ou de fiducies. La *Loi sur les impôts* ne contient pas d'équivalent à l'impôt de la partie XIII L.I.R. Par conséquent, Revenu Québec n'entend pas publier d'équivalent aux Formulaires NR301, NR302 et NR303.

Question 6

Est-ce que vous anticipez que les délais pour l'obtention des certificats de conformité seront raccourcis avec les changements récents apportés à la définition de « BQI »?

Réponse

La majorité des demandes actuelles vise essentiellement des transactions immobilières. Conséquemment, le délai nécessaire à l'obtention des certificats de conformité devrait sensiblement être le même malgré le récent changement apporté à la définition de « BQI ».

Question 7

Dans quelle mesure la procédure du paragraphe 1101.1 L.I. sera-t-elle encore utile?

Réponse

La procédure prévue à l'article 1101.1 L.I. demeure toujours utile puisque le gain en capital imposable réalisé lors de l'aliénation de BQI demeure susceptible d'être exonéré d'impôt par l'effet d'un accord fiscal.

Question 8

Comment Revenu Québec pourra-t-il être satisfait qu'une action du capital-actions d'une société qui a des biens immobiliers ne constitue pas un BQI? Des évaluations formelles seront-elles nécessaires? Seront-elles nécessaires sur la période de 60 mois?

Réponse

Tel qu'il a été mentionné précédemment, le fardeau de la preuve incombe tout d'abord à l'acquéreur. De par son rôle, le membre d'un ordre professionnel sollicité pour ce type de transactions (par exemple, comptable ou notaire) informe généralement son client des impacts fiscaux possibles à l'égard de la transaction projetée.

Bien que la majorité des contribuables respectent les règles fiscales lors de l'autocotisation, des contrôles fiscaux peuvent être effectués *a posteriori*. À cette occasion, Revenu Québec pourrait, par exemple, vérifier si l'action du capital-actions d'une société qui a des biens immobiliers se qualifiait ou non à titre de BQI et, le cas échéant, établir des avis de nouvelle cotisation.

À noter que l'information pourrait aussi provenir de l'ARC au terme de l'entente sur les échanges de renseignements intervenus entre elle et Revenu Québec.

Question 9

De façon générale, comment Revenu Québec voit-il les changements apportés à la définition de BQI ainsi qu'aux articles 1097 à 1102.5 L.I.? Comment voit-il ses vérifications à la suite de ces changements? Revenu Québec a-t-il l'intention de s'harmoniser et d'agir de concert avec l'ARC?

Réponse

Revenu Québec se soucie de simplifier et d'alléger le fardeau administratif des contribuables.

Si des règles administratives sont mises de l'avant par l'ARC, Revenu Québec verra à en faire l'analyse et à agir de concert avec l'ARC dans la mesure où de telles règles cadrent entièrement à la politique fiscale en vigueur.

Dispense de retenues à la source

Questions à Revenu Québec sur les articles 1015 et 1016 L.I. ainsi que sur les articles appropriés du Règlement 1015.

Question 1

En 2009, l'ARC a publié, à la suite de l'adoption du cinquième protocole à la Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis, trois projets de formulaires : les Formulaires NR301, NR302 et NR303. Selon les explications fournies par l'ARC sur les instructions de ces formulaires, ceux-ci seraient utiles afin de vérifier l'admissibilité d'un non-résident qui reçoit des revenus de sources canadiennes à une déduction de la RAS selon la partie XIII L.I.R. en vertu d'un traité entre le Canada et le pays de résidence du bénéficiaire. Est-ce que Revenu Québec prévoit publier des formulaires semblables? Si oui :

- a) quand ces formulaires seront-ils publiés/finalisés? et
- b) Revenu Québec a-t-il l'intention de simplifier la procédure d'obtention des dispenses de la retenue selon l'article 1015 (ainsi que les articles appropriés du Règlement 1015) en permettant aux entreprises non résidentes de certifier qu'elles ont droit aux bénéfices d'un accord fiscal, et ce, en produisant l'un des trois formulaires précités?

Réponse

L'impôt de la partie XIII L.I.R. est une retenue d'impôt qui s'applique à certaines sommes payées ou créditées à des non-résidents du Canada comme des pensions, des rentes, des intérêts, des dividendes, des redevances et des revenus de successions ou de fiducies. La *Loi sur les impôts* ne contient pas d'équivalent à l'impôt de la partie XIII L.I.R. Par conséquent, Revenu Québec n'entend pas publier d'équivalent aux formulaires NR 301, NR302 et NR303.

Question 2

Revenu Québec a-t-il l'intention de simplifier la procédure d'obtention d'une dispense de retenue tout comme l'ARC l'a fait récemment pour les dérogations en vertu de l'article 102 R.I.R. (par exemple, le paragraphe 1015a) L.I.), spécialement pour les entreprises qui sont résidentes d'un pays avec lequel le Canada a un accord fiscal en vigueur?

Réponse

Le *Bulletin d'interprétation* ADM. 7-1¹³³ expose les règles sur le traitement d'une demande de réduction de la retenue d'impôt à l'égard d'un paiement pour services rendus au Québec par une personne qui ne réside pas au Canada.

Revenu Québec n'envisage pas pour l'instant de modifier les règles décrites au bulletin.

Toutefois, nous vous invitons à nous transmettre, pour analyse, les règles de simplification de procédure mises de l'avant par l'ARC, spécialement pour les entreprises qui sont résidentes d'un pays avec qui le Canada a un accord fiscal en vigueur.

Question 3

Est-ce que la réponse à la question 2 changerait si les services étaient rendus entre parties liées (par exemple une société mère étrangère rend des services à sa filiale, une société canadienne résidente)?

¹³³ REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* ADM. 7-1, « Réduction de la retenue d'impôt à l'égard d'un paiement pour services rendus au Québec par une personne qui ne réside pas au Canada », 30 novembre 2004.

Réponse

Même réponse qu'à la question 2.

Question 4

L'un des problèmes souvent rencontrés par les non-résidents est qu'ils ignorent généralement les obligations relatives aux retenues prévues au chapitre I du titre XXXVIII du *Règlement sur les impôts* et surtout qu'ils doivent obtenir une dispense avant de commencer un travail au Québec. Serait-il possible de laisser tomber le critère qui oblige les entreprises à faire les demandes à l'avance? Qu'arrive-t-il dans les faits? Accepte-t-on de traiter les demandes de dispense même si le projet est déjà en cours?

Réponse

Le cadre législatif en vertu duquel une autorisation de réduire la paye assujettie à une retenue d'impôt peut être accordée est subordonné à la constatation par le ministre d'un « fardeau indu » imposé à un contribuable, tel qu'il est prévu à l'article 1016 L.I. Ce qui veut dire que la discrétion accordée au ministre ne peut être exercée qu'à la suite de l'examen de la situation fiscale particulière du contribuable pour une année. Ce n'est que sur approbation du ministre que le payeur pourra se voir accorder la permission d'effectuer la retenue sur un montant moindre que celui versé.

Par conséquent, un non-résident qui désire obtenir une réduction de la retenue d'impôt sur un montant assujetti conformément à l'article 1015 L.I. doit nécessairement en faire la demande au ministre avant que ce montant ne lui soit versé.

À cet effet, Revenu Québec a publié le *Bulletin d'interprétation* ADM. 7-1¹³⁴, qui porte sur le traitement d'une demande de réduction de la retenue d'impôt à l'égard d'un paiement pour services rendus au Québec, autrement que dans le cours d'un emploi régulier et continu, par une personne qui ne réside pas au Canada. Dans ce bulletin, on mentionne que la demande de réduction de la retenue d'impôt doit normalement être transmise au bureau régional le plus proche du payeur 30 jours avant le début de la prestation de services ou la date du premier versement. La lettre d'autorisation est par la suite transmise au payeur. Si une demande est

¹³⁴ *Id.*

présentée après le début du projet, la dispense s'appliquera uniquement à l'égard des paiements effectués après qu'elle ait été accordée.

Question 5

Revenu Québec a-t-il déjà considéré la possibilité d'accorder des dispenses générales (« blanket waivers »), surtout en relation avec des services rendus par une entreprise multinationale non résidente à une entité canadienne qui lui est liée?

Réponse

Le cadre législatif en vertu duquel une autorisation de déduire ou de retenir un montant moindre que celui prévu à l'article 1015 (3^e al.) L.I. peut être accordée est subordonné à la constatation par le ministre d'un « fardeau indu » imposé à un contribuable tel qu'il est prévu à l'article 1016 L.I.

Le ministre est conscient qu'un tel fardeau peut exister lorsqu'un particulier qui ne réside pas au Canada reçoit un paiement pour les services qu'il a rendus au Québec dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise, et que ce paiement n'est pas un revenu attribuable à un établissement situé au Québec de ce particulier. Un tel fardeau peut également exister lorsqu'une société qui ne réside pas au Canada n'est pas assujettie à la *Loi sur les impôts*, même si cette société exploite une entreprise au Québec.

Lorsqu'une demande de réduction de la retenue d'impôt est présentée par une personne qui ne réside pas au Canada, ou pour le compte de celle-ci, le ministre ne dispose pas de tous les faits nécessaires à l'exercice judicieux de sa discrétion, étant donné que ceux-ci sont en cours de réalisation ou le seront éventuellement.

À cet effet, Revenu Québec a publié le *Bulletin d'interprétation* ADM. 7-1¹³⁵, qui énonce les critères que le ministre examinera afin de déterminer si une réduction de la retenue d'impôt devrait être accordée, pour autant qu'aucune des exceptions énoncées au paragraphe 13 de ce bulletin ne s'applique.

Par conséquent, l'application de l'article 1016 L.I. requiert un examen au mérite dans chaque cas.

¹³⁵ *Id.*

Question 6

Revenu Québec applique-t-il la pratique d'imposer des retenues « en cascade » (par exemple, lorsqu'un non-résident sous-traite une portion d'un mandat à un autre non-résident)? Si oui, à la suite du jugement *Stora Enso*¹³⁶, Revenu Québec a-t-il l'intention d'abandonner cette pratique d'imposer ces types de retenues dites « en cascades » dans un scénario similaire à celui de *Stora Enso* où il ne s'agissait que d'une recharge de facture?

Réponse

Le paragraphe g) de l'article 1015 (2^e al.) L.I. et l'article 1015R18 R.I. s'appliquent à l'égard de toute personne qui effectue un paiement **pour services rendus** au Québec par une personne non résidente du Canada, tandis que le paragraphe 105(1) R.I.R. s'applique à quiconque verse à une personne non résidente du Canada un montant **à l'égard de services rendus** au Canada.

Pour qu'un paiement soit assujéti à la retenue, il doit être effectué pour des services. Ainsi, même si les frais remboursables engagés par une personne non résidente en fournissant des services peuvent l'être « à l'égard » des services, ces frais ne sont pas assujettis à l'obligation de faire une retenue visée au paragraphe g) de l'article 1015 (2^e al.) L.I. et à l'article 1015R18 R.I., car les frais ne sont pas engagés « pour » les services. Par conséquent, le libellé de ces articles ne permet pas à Revenu Québec d'imposer des retenues à chacun des payeurs dans un cas similaire à celui de *Stora Enso*.

Question 7

Nous avons demandé à l'ARC si la *Circulaire d'information* 75-6R2 sera mise à jour pour tenir compte des récentes décisions des tribunaux, notamment *Weyerhaeuser*¹³⁷ et *Stora Enso*, particulièrement en ce qui a trait aux paragraphes 6, 14, 24 à 27. Est-ce que Revenu Québec a l'intention de s'harmoniser (agir de concert) avec l'ARC si cette dernière procède à ces mises à jour?

¹³⁶ Précité, note 111.

¹³⁷ Précité, note 94.

Réponse

Le paragraphe g) de l'article 1015 (2^e al.) L.I. prévoit que toute personne qui verse un montant pour services doit en déduire le montant prévu par règlement. Conformément à l'article 1015R18 R.I., toute personne qui effectue un paiement pour services rendus au Québec par une personne qui ne réside pas au Canada doit déduire 9 % de ce paiement.

Ainsi, la législation québécoise ne permet pas d'imposer une retenue sur les frais remboursables engagés par une personne non résidente en fournissant des services car même si ces frais peuvent être engagés à « l'égard » des services, ils ne sont pas engagés « pour » les services. Par conséquent, Revenu Québec ne compte pas s'harmoniser avec l'ARC si cette dernière procède à la mise à jour de la *Circulaire d'information 75-6R2*, puisque le régime fiscal québécois applicable à la retenue d'impôt effectuée à l'égard d'un paiement pour services rendus par un non-résident du Canada est déjà conforme aux décisions rendues dans les affaires *Weyerhaeuser* et *Stora Enso*.

AVANTAGES IMPOSABLES ET NON IMPOSABLES LORS DE BÉNÉFICES CONSENTIS AUX EMPLOYÉS



Guy Carbonneau
CA, M. Fisc., associé, fiscalité
Mazars Harel Drouin, s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	26:3
1. PRINCIPES DE BASE	26:4
1.1. IMPOSITION OU NON DES AVANTAGES SOCIAUX.....	26:4
1.2. AVANTAGES QUELCONQUES	26:5
1.3. AU TITRE, DANS L'OCCUPATION OU EN VERTU D'UNE CHARGE OU D'UN EMPLOI	26:6
1.4. VALEUR DE L'AVANTAGE	26:8
1.5. ALLOCATION ET REMBOURSEMENT	26:9
2. AVANTAGES IMPOSABLES ET NON IMPOSABLES	26:10
2.1. ALLOCATION POUR FRAIS DE DÉPLACEMENT – VÉHICULE	26:10
2.2. ALLOCATION POUR FRAIS DE DÉPLACEMENT – REPAS	26:16
2.3. VÉHICULE FOURNI PAR L'EMPLOYEUR.....	26:16

2.4.	STATIONNEMENT	26:19
2.5.	LAISSEZ-PASSER DE TRANSPORT EN COMMUN	26:20
2.6.	REPAS ET TRANSPORT – HEURES SUPPLÉMENTAIRES	26:21
2.7.	FRAIS DE FORMATION	26:22
2.8.	ORDINATEUR, INTERNET ET TÉLÉPHONE.....	26:24
2.9.	OUTILS – REMBOURSEMENT OU ALLOCATION	26:26
2.10.	UNIFORMES ET VÊTEMENTS SPÉCIAUX.....	26:27
2.11.	CADEAUX ET RÉCOMPENSES.....	26:28
2.12.	ACTIVITÉS MONDAINES	26:30
2.13.	COTISATION À UNE INSTALLATION RÉCRÉATIVE OU À UN CLUB	26:31
2.14.	PROGRAMME DE FIDÉLISATION	26:32
2.15.	RABAIS SUR MARCHANDISES ET COMMISSIONS SUR CERTAINES VENTES.....	26:33
2.16.	DIVERS AVANTAGES IMPOSABLES ET NON IMPOSABLES.....	26:34
CONCLUSION		26:35

INTRODUCTION*

La forte croissance de la création d'emploi au Québec, en 2007, a été suivie de deux années plutôt difficiles en offres d'emploi. Cependant, la crise économique passée, on s'attend à une reprise qui fera fort probablement augmenter la demande en main-d'œuvre. Par contre, malgré un taux de chômage relativement élevé, certains secteurs d'activité continuent à manquer de main-d'œuvre spécialisée. Dans le but d'attirer et de conserver les ressources en personnel, les employeurs, en plus d'offrir une rémunération correspondant au marché, chercheront à proposer à leurs employés des avantages sociaux les pénalisant le moins possible pécuniairement et fiscalement.

Dans le présent texte, nous examinerons sommairement, en premier lieu, les principes de base relativement à l'imposition des avantages sociaux. En second lieu, les dernières positions administratives de l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») et celles de Revenu Québec relativement aux avantages imposables¹ seront analysées. Nous aborderons également certains arrêts de jurisprudence récents et d'autres ayant déjà été évoqués dans des congrès antérieurs, dans le but de mettre en contexte l'imposition ou non des avantages sociaux.

Dans le présent texte, nous n'aborderons pas de façon explicite les avantages offerts aux actionnaires.

* L'auteur tient à remercier M. Jean-Claude Lefebvre, CA, M. Fisc., Pl. Fin., ainsi que M. Philippe Joly, CGA, LL.M. fisc., de leur précieuse collaboration à la rédaction de ce texte.

¹ Nous vous référons également aux textes suivants : France GAGNON, « Avantages sociaux imposables et non imposables », dans *Colloque – Rémunération des cadres et nouvelles technologies de l'information*, 124, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 12:1-35; Sylvie GARON, « L'automobile... toujours un casse-tête », dans *Congrès 99*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2000, pp. 39:1-28 et Nicole PRIEUR, « Les avantages non imposables aux employés : qu'en reste-t-il? », dans *Congrès 98*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 4:1-22.

1. PRINCIPES DE BASE

1.1. IMPOSITION OU NON DES AVANTAGES SOCIAUX

C'est aux articles 6 et 7 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*² que l'on trouve l'imposition des avantages sociaux. À ce titre, nous n'aborderons pas les options d'achat d'actions qui sont couvertes par l'article 7 L.I.R., ce sujet ayant déjà été traité abondamment par le passé.

Le libellé de l'alinéa 6(1)a) L.I.R. assujettit à l'impôt la majorité des avantages sociaux qu'un employeur désire accorder à ses employés. Le libellé se lit comme suit :

« a) Valeur des avantages

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 suivants :

- (i) ceux qui résultent des cotisations de son employeur à un régime de pension agréé, un régime d'assurance collective contre la maladie ou les accidents, un régime privé d'assurance-maladie, un régime de prestations supplémentaires de chômage, un régime de participation différée aux bénéfices ou une police collective d'assurance temporaire sur la vie, [...]; »

Pour qu'un avantage soit considéré comme un avantage imposable en vertu de l'alinéa 6(1)a) L.I.R., les trois conditions suivantes doivent être réunies :

- 1) un avantage quelconque doit exister;
- 2) l'employé a reçu un avantage ou il en bénéficie;
- 3) l'employé doit avoir obtenu l'avantage dans le cadre ou en vertu de son emploi.

² L.R.C. (1985), 5^e supp., ch. 1 et mod. (« L.I.R. »). Sous réserve de mention expresse, les références aux articles de la *Loi de l'impôt sur le revenu* s'appliquent aussi aux articles correspondants de la *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. 1-3 et mod. (« L.I. »).

Les expressions « autres avantages quelconques » et « au titre, dans l'occupation ou en vertu d'une charge ou d'un emploi » sont très larges. À cet effet, nous en discuterons plus en détail dans les prochaines sections. Cela fait en sorte qu'un avantage de quelque nature obtenu en relation avec un emploi devient imposable, sauf si une exception est prévue dans la loi où que les autorités fiscales accordent un allègement par voie de positions administratives.

Relativement aux allocations versées aux employés, l'alinéa 6(1)b L.I.R. prévoit, sauf exception, que les sommes reçues « à titre d'allocation pour frais personnels ou de subsistance ou à titre d'allocation à toute autre fin » sont imposables. En plus des exceptions prévues à l'alinéa 6(1)b L.I.R., les autorités fiscales accordent également des allègements par voie de positions administratives.

1.2. AVANTAGES QUELCONQUES

Pour qu'un employeur soit dans l'obligation de calculer un avantage imposable, il faut déterminer si l'employé a reçu un avantage. Il n'y a pas, dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, de définition du terme « avantage » ou de liste exhaustive de tous les avantages imposables auxquels tant les autorités fiscales que les employeurs peuvent se référer ou sur lesquels ils peuvent se baser.

Toutefois, pour qu'un employeur puisse déterminer s'il existe ou non un avantage imposable, il faut, dans un premier temps, qu'il s'en remette à la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En second lieu, les différentes positions administratives, soit les bulletins d'interprétation, les nouvelles techniques et les interprétations techniques, ainsi que les critères élaborés par les tribunaux, aident l'employeur à établir s'il y a ou non un avantage imposable conféré à un employé. À cet égard, dans l'arrêt *La Reine c. Savage*³, le juge Dickson cite avec approbation le passage suivant de l'arrêt *La Reine c. Poyton*⁴ :

« [TRADUCTION] [...] Je ne crois pas que ces termes ne visent que les avantages liés à la charge ou à l'emploi en ce sens qu'ils représentent une forme de rémunération pour des services rendus. S'il s'agit d'une acquisition importante qui confère au contribuable un avantage économique et qui ne fait pas l'objet

³ 83 D.T.C. 5409 (C.S.C.) (« *Savage* »).

⁴ 72 D.T.C. 6329 (C.A. Ont.).

d'une exemption comme, par exemple, un prêt ou un cadeau, elle est alors visée par la définition compréhensive de l'art. 3. » (Notre soulignement)

Également, dans plusieurs arrêts de jurisprudence, on retrouve cette notion d'avantage économique afin d'établir si l'avantage est imposable ou non. Dans le récent arrêt *Adler et autres c. La Reine*⁵, le tribunal mentionne ce qui suit :

« En ce qui concerne les principes généraux applicables au paragraphe 6(1), le professeur Vern Krishna, dans l'ouvrage intitulé *Fundamentals of Canadian Income Tax* (9^e éd.) (Carswell, 1996), aux pages 229 et 230, a dit ce qui suit :

“[TRADUCTION] [...] Un avantage est un avantage économique ou une acquisition matérielle, quantifiable en argent, que l'on confère à un employé en sa qualité d'employé. Par conséquent, cette analyse comporte plusieurs éléments :

1. L'employé a-t-il reçu un avantage économique ou a-t-il bénéficié d'un avantage économique?
2. L'avantage économique est-il quantifiable en argent?
3. L'avantage économique était-il avantageux pour l'employé ou était-il plutôt avantageux pour l'employeur?
4. L'employeur a-t-il conféré l'avantage économique à l'employé au titre, dans le cadre ou en vertu de la relation d'emploi qu'il entretient avec l'employé?

Si l'on répond à toutes ces questions par l'affirmative, l'avantage économique ou l'acquisition matérielle constitue un avantage imposable résultant de l'emploi, à moins que la loi n'exempte expressément cet avantage de l'impôt. [...]” » (Notre soulignement)

Lorsque l'employeur a établi qu'il existe un avantage, la seconde question à se poser est la suivante : est-ce que cet avantage a été obtenu « au titre, dans l'occupation ou en vertu d'une charge ou d'un emploi »?

1.3. AU TITRE, DANS L'OCCUPATION OU EN VERTU D'UNE CHARGE OU D'UN EMPLOI

En plus de devoir déterminer si un avantage imposable existe, il faut que cet avantage soit reçu « au titre, dans l'occupation ou en vertu d'une charge

⁵ 2007 D.T.C. 783 (C.C.I.).

ou d'un emploi ». À cet effet, dans l'arrêt *Savage*⁶, le juge Dickson cite également avec approbation le passage suivant de l'arrêt *Nowegijick c. La Reine*⁷ :

« The words “in respect of” are, in my opinion, words of the widest possible scope. They import such meanings as “in relation to”, “with reference to” or “in connection with”. The phrase “in respect of” is probably the widest of any expression intended to convey some connection between two related subject matters. »

Dans l'arrêt *La Reine c. Blanchard*⁸, la Cour d'appel fédérale a renversé la décision de la Cour fédérale de première instance, relativement à la non-imposition d'un dédommagement qu'un employé avait reçu de son employeur pour avoir mis fin à un programme d'habitation. Pour justifier la non-imposition du dédommagement, la Cour fédérale de première instance avait déterminé que le paiement avait été fait en vertu d'une entente séparée de celle du contrat de travail. La Cour d'appel fédérale en arriva à une conclusion différente. Pour elle, il suffit qu'un infime lien d'emploi existe pour rendre l'alinéa 6(1)a) L.I.R. applicable. À cet effet, voici ce qu'elle a mentionné :

« La seconde locution se divise en trois syntagmes : “au titre de”, “dans l'occupation de”, et “en vertu de”. [...] Le législateur a ajouté à l'expression “à titre de” les expressions “dans l'occupation de” et “en vertu de” afin de souligner qu'il suffit d'un lien très tenu avec l'emploi pour que l'article s'applique.

L'alinéa 6(1)a) laisse très peu de place aux exceptions. Cependant, quelques-unes de celles-ci ont fait irruption dans la jurisprudence⁹. »

⁶ Précité, note 3.

⁷ 83 D.T.C. 5041 (C.S.C.).

⁸ 95 D.T.C. 5479 (C.A.F.).

⁹ *Id.*

Dans un autre arrêt¹⁰, un contribuable ayant reçu des options d'actions de sociétés pour lesquelles son employeur était président s'est vu octroyer un avantage imposable, étant donné qu'il avait obtenu ces options en vertu de son emploi.

1.4. VALEUR DE L'AVANTAGE

Lorsqu'un employeur établit qu'un avantage imposable existe, il doit en déterminer la valeur. Une fois de plus, il n'y a pas de définition dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* du terme « valeur ». En règle générale, la position administrative de l'ARC est que la valeur d'un avantage doit être basée sur sa juste valeur marchande (« JVM »). Plusieurs arrêts de jurisprudence ont déterminé ce que devait être la valeur d'un avantage imposable reçu par un employé. À ce titre, mentionnons, notamment, les arrêts : *Schroter c. La Reine*¹¹, *McGoldrick c. La Reine*¹², *Detchon c. La Reine*¹³ et *Youngman c. La Reine*¹⁴.

Selon le type d'avantage qu'un employé recevra, l'ARC adopte, également, différentes positions administratives. À titre d'exemple, l'ARC mentionne au *Bulletin d'interprétation* IT-470R¹⁵ que la valeur de l'avantage pour les laissez-passer de transport pour les employés d'une ligne aérienne correspond à la différence entre 50 % du tarif en classe économique et les montants remboursés à la ligne aérienne pour le voyage en question.

Dans une interprétation technique¹⁶, où un employeur assumant des frais annuels pour un centre d'entraînement que fréquentaient seulement certains employés, il fut mentionné que la valeur de l'avantage pourrait correspondre au coût pour l'employeur divisé par le nombre d'employés participants.

¹⁰ 88 D.T.C. 6071 (C.A.F.).

¹¹ 2010 D.T.C. 5062 (C.A.F.).

¹² 2003 D.T.C. 1375 (C.C.I.).

¹³ 92 D.T.C. 2032 (C.C.I.).

¹⁴ 90 D.T.C. 6322 (C.A.F.).

¹⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-470R (consolidé), « Avantages sociaux des employés », 11 août 1999, par. 42.

¹⁶ *Tax Window Files*, dans *CCH Tax* (CCH en ligne), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 2006-0189291E5, 8 novembre 2006.

Malgré les différentes positions administratives prises par l'ARC selon les types d'avantages accordés, elle conserve, dans la majorité des situations, la même position relativement à un même type d'avantage.

Malheureusement, il n'y a pas de règle précise relativement à l'établissement de la valeur d'un avantage. Aussi, une analyse des arrêts jurisprudentiels et des positions administratives s'avère non négligeable pour déterminer la valeur de l'avantage imposable.

1.5. ALLOCATION ET REMBOURSEMENT

La *Loi de l'impôt sur le revenu* demeure silencieuse sur la définition des termes « allocation » et « remboursement ».

Toutefois, dans le *Bulletin d'interprétation IT-522R*¹⁷, on mentionne ce qui suit :

« [...] le terme "allocation" signifie tout paiement périodique ou autre que l'employé reçoit de son employeur, en plus de son traitement ou salaire, sans avoir à en justifier l'emploi. L'allocation peut être calculée en fonction de la distance ou du temps (p. ex., une allocation pour frais de véhicule à moteur reposant sur la distance parcourue ou une allocation pour frais de déplacement reposant sur le nombre de jours passés à l'extérieur) ou selon tout autre critère [...]»¹⁸. »

Cette définition de l'ARC prend sa source de l'arrêt *La Reine c. Morton Pascoe*¹⁹ où il fut mentionné qu'une somme d'argent versée sera une « allocation » si les conditions suivantes sont réunies :

- 1) la somme est limitée et déterminée à l'avance;
- 2) la somme doit permettre au récipiendaire de payer certaines dépenses;
- 3) une fois la somme payée, le récipiendaire n'a pas d'obligation de rendre des comptes.

¹⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation IT-522R*, « Frais afférents à un véhicule à moteur, frais de déplacement et frais de vendeurs engagés ou effectués par les employés », 29 mars 1996.

¹⁸ *Id.*, par. 40.

¹⁹ 75 D.T.C. 5427 (C.A.F.).

Relativement au terme « remboursement », dans le même bulletin d'interprétation, il est indiqué qu'« un remboursement est un paiement que l'employeur fait à son employé en vue de rembourser à ce dernier les sommes qu'il a déboursées dans l'exercice des fonctions de son emploi qui se rapportent aux activités de l'entreprise de son employeur »²⁰.

Le Québec abonde dans le même sens dans son *Bulletin d'interprétation* IMP. 39-2/R1²¹ tant en ce qui a trait à la définition d'allocation qu'en ce qui a trait à celle de remboursement.

2. AVANTAGES IMPOSABLES ET NON IMPOSABLES

Tel qu'il a été mentionné dans la première section, bien qu'il n'existe pas, dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, de liste exhaustive des avantages imposables et non imposables, l'ARC et Revenu Québec émettent différentes positions administratives et interprétations techniques sur ce qu'ils considèrent comme un avantage imposable et non imposable. Nous examinerons, à cet effet, les dernières positions administratives et interprétations techniques.

2.1. ALLOCATION POUR FRAIS DE DÉPLACEMENT – VÉHICULE

Dans la majorité des cas, lorsqu'un employé engage des frais lors de ses déplacements dans le cadre de l'accomplissement de ses fonctions, l'employeur remboursera, sous forme d'allocation ou de remboursement de dépenses, les frais que l'employé aura engagés pour l'utilisation de son véhicule. Tel qu'il a été mentionné précédemment, sauf exception, les allocations versées à un employé sont imposables.

Une de ces exceptions se retrouve au sous-alinéa 6(1)b)(vii.1) L.I.R. dans le cadre d'un versement d'une allocation pour l'usage du véhicule à moteur de l'employé. Le sous-alinéa se lit comme suit :

« 6(1)b) les sommes qu'il a reçues au cours de l'année à titre d'allocations pour frais personnels ou de subsistance ou à titre d'allocations à toute autre fin, sauf :

²⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 17, par. 50.

²¹ REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 39-2/R1, « Compensation reçue par un employé pour l'achat ou l'entretien de vêtements de ville », 28 septembre 2007.

- (vii.1) les allocations raisonnables pour l'usage d'un véhicule à moteur qu'un employé – dont l'emploi n'est pas lié à la vente de biens ou à la négociation de contrats pour son employeur – a reçues de son employeur pour voyager dans l'accomplissement des fonctions de sa charge ou de son emploi. » (Notre soulignement)

Premièrement, pour que l'allocation ne soit pas imposable en vertu du sous-alinéa 6(1)b)(vii.1) L.I.R., elle se doit d'être raisonnable. À cet effet, l'allocation sera jugée non raisonnable si l'une des conditions prévues aux sous-alinéas 6(1)b)(x) et 6(1)b)(xi) L.I.R. est respectée. Ces sous-alinéas se lisent comme suit :

« [...] (x) l'usage du véhicule n'est pas, pour la fixation de l'allocation, uniquement évalué en fonction du nombre de kilomètres parcourus par celui-ci dans l'accomplissement des fonctions de la charge ou de l'emploi,

- (xi) le contribuable, à la fois, reçoit une allocation pour cet usage et est remboursé de tout ou partie de ses dépenses pour le même usage (sauf s'il s'agit d'un remboursement pour frais d'assurance-automobile commerciale supplémentaire, frais de péage routier ou frais de traversier et si l'allocation a été déterminée compte non tenu des dépenses ainsi remboursées) [...]. »

Pour l'ARC et Revenu Québec, l'allocation sera raisonnable selon, d'une part, le taux utilisé et, d'autre part, la façon dont elle est versée. À cet égard, l'allocation pour l'usage du véhicule d'un employé peut être versée selon différentes façons. L'employeur peut décider de verser une allocation fixe, une allocation mixte ou une allocation au kilométrage.

L'allocation fixe n'est pas considérée comme étant raisonnable par les autorités fiscales, car elle ne se base pas uniquement sur le nombre de kilomètres parcourus pour affaires durant l'année.

Une partie de l'allocation mixte peut être considérée comme raisonnable si l'allocation ne se rapporte pas à la même utilisation. À titre d'exemple, une allocation mensuelle fixe qui est versée pour les déplacements à l'intérieur de la région métropolitaine et une allocation au kilométrage qui est versée pour les déplacements à l'extérieur. Dans l'éventualité où le montant de l'allocation au kilométrage est lui-même raisonnable, cette portion de l'allocation mixte ne sera pas imposable.

Dans le cas de l'allocation au kilométrage, les autorités fiscales considèrent habituellement que l'allocation est raisonnable lorsque les taux

utilisés sont ceux mentionnés à l'article 7306 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*²².

Au cours des dernières années, l'ARC a émis différentes interprétations techniques où la notion d'« allocation raisonnable » pour l'utilisation du véhicule d'un employé est abordée. En voici quelques-unes :

Dans une interprétation technique récente²³, on demande si une allocation fixe est imposable. Se basant sur sa position passée, l'ARC a répondu par l'affirmative. Dans le cas d'un paiement unique, il a été demandé si le paiement unique couvrant à la fois le kilométrage aux fins d'emploi et ceux parcourus à d'autres fins pouvait être considéré comme deux allocations²⁴. D'une part, l'ARC a déterminé que l'allocation n'était pas raisonnable, car l'usage du véhicule pour la fixation de l'allocation n'était pas évalué uniquement en fonction du kilométrage parcouru par l'employé dans l'accomplissement des fonctions de sa charge ou de son emploi. D'autre part, il s'agissait d'une seule allocation et qu'elle ne pouvait pas se qualifier à titre d'« allocation mixte ». Revenu Québec a abondé dans le même sens dans une lettre d'interprétation.

Dans d'autres interprétations techniques²⁵, il a été demandé si une allocation versée en fonction du nombre de kilomètres était imposable, dans l'éventualité où un montant minimum pouvait être versé à l'employé. Voici l'une de ces questions et la réponse à cet effet :

« An employee receives an allowance of \$0.351 per-kilometre, with a minimum payment of \$4.50 per day.

In this type of situation, provided the per-kilometre allowance otherwise meets the requirements of subparagraph 6(1)(b)(v), (vi) or (vii.1) of the Act, there should be no adverse tax consequences for the employee because a minimal daily amount is received. The basis for this position is that the minimal daily amount is nominal in light of the actual usage and is designed to compensate the

²² C.R.C., 1978, ch. 945 et mod. (« R.I.R. »).

²³ *Tax Window Files*, op. cit., note 16, interprétation technique 2007-0234891E5, 7 février 2008.

²⁴ *Id.*, interprétation technique 2006-0185301E5, 4 décembre 2006.

²⁵ *Id.*, interprétations techniques 2007-0228521I7, 7 mai 2007; 2003-0032225, 15 septembre 2003 et 2001-0082495, 11 juillet 2001.

employee for the actual expenses incurred in using the motor vehicle in connection with the duties of employment for that day²⁶. »

Dans différentes interprétations techniques, on mentionne que l'utilisation d'un taux plus élevé que celui mentionné à l'article 7306 R.I.R. ne fera pas en sorte que l'allocation sera considérée comme non raisonnable si ce taux est justifié, compte tenu des circonstances. Il fut également demandé, dans l'interprétation technique 2006-0193921E5²⁷, si l'utilisation d'un taux plus bas que l'article 7306 R.I.R. ferait en sorte que l'allocation serait considérée comme raisonnable. La réponse de l'ARC fut que l'allocation serait jugée raisonnable même si le taux utilisé est plus bas que le taux prescrit à l'article 7306 R.I.R.

Deuxièmement, pour que l'allocation de frais de déplacement ne soit pas imposable en vertu des sous-alinéas 6(1)b)(vii.1) et 6(1)b)(x) L.I.R., les déplacements devant être pris en considération sont ceux ayant lieu dans « l'accomplissement des fonctions de la charge ou de l'emploi ».

Sur ce point, on trouve la position administrative de l'ARC dans différentes lettres d'interprétation et dans différents bulletins d'interprétation. À cet égard, le *Bulletin d'interprétation* IT-63R5 mentionne ce qui suit :

« Quand cela est évident, le Ministère considère qu'un véhicule à moteur fourni par l'employeur est utilisé autrement que dans l'accomplissement des fonctions de la charge ou de l'emploi du contribuable, c'est-à-dire, à des fins personnelles (p. ex., les voyages de vacances, les courses personnelles, etc.), il estime aussi que c'est le cas quand l'employé utilise ce véhicule pour se déplacer entre son lieu de travail et son domicile, même s'il doit retourner au travail après les heures normales. Il y a cependant exception à cette règle lorsque l'employé (à la demande de l'employeur ou avec la permission de celui-ci) va directement de son domicile à un endroit autre que le lieu d'affaires de l'employeur où il doit se présenter d'habitude (p. ex., quand il fait des réparations chez un client) ou revient ensuite à son domicile. Ces déplacements ne sont pas considérés comme étant des déplacements à des fins personnelles. De plus, quand l'employé travaille dans une zone où les véhicules à moteur privés n'ont pas le droit d'entrer, mais où il a besoin d'un véhicule à moteur pour se déplacer, l'utilisation et la disponibilité du véhicule fourni par l'employeur dans cette

²⁶ *Id.*, interprétation technique 2003-0032225, 15 septembre 2003.

²⁷ *Id.*, interprétation technique 2006-0193921E5, 11 septembre 2006.

zone à accès restreint n'est pas considérée comme étant à des fins personnelles²⁸. »

Dans les différentes lettres d'interprétation technique, l'ARC mentionne également ce qui suit :

« Afin que les allocations reçues par un contribuable pour l'usage d'un véhicule à moteur puissent tomber sous le coup de l'exception prévue par le sous-alinéa 6(1)b)(vii.1), les déplacements doivent généralement s'effectuer à l'une des deux fins suivantes :

Les frais de déplacement sont encourus par le contribuable pour se rendre d'un lieu de travail à un autre; ou

Les frais de déplacement sont engagés dans l'accomplissement des fonctions de la charge du contribuable²⁹. »

Plusieurs demandes d'interprétation technique ont été faites auprès de l'ARC afin de déterminer si les déplacements étaient effectués dans le cadre de l'accomplissement des fonctions de l'employé. Voici un résumé de quelques interprétations les plus récentes.

L'une des questions posées était la suivante³⁰ : les allocations pour frais de déplacement reçues par un employé pour parcourir une très longue distance entre son lieu de travail et le principal lieu d'affaires de son employeur pour assister à des réunions occasionnelles sont-elles imposables? La réponse de l'ARC fut que l'allocation n'était pas imposable, car le kilométrage n'était pas à des fins personnelles.

Dans un autre ordre d'idées, soit celui de l'alinéa 8(1)h.1) L.I.R., on a demandé à l'ARC lors de la table ronde sur la fiscalité fédérale du Congrès 2008³¹, quelle était sa position à la suite de la décision rendue dans

²⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-63R5, « Avantages, y compris les frais pour droit d'usage d'une automobile, qui découlent de l'usage à des fins personnelles d'un véhicule à moteur fourni par l'employeur après 1992 », 21 août 1995, par. 5.

²⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2006-0203911E5, 3 octobre 2006; 2007-0257661E5, 29 août 2008 et 2008-0270721E5, 13 juin 2008.

³⁰ *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 16, interprétation technique 2008-0278661E5, 24 octobre 2008.

³¹ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 48:1-98.

la cause *Tolson A. Hudson c. La Reine*³². En résumé, l'affaire *Hudson* avait trait à la qualification des déplacements entre la résidence de l'employé et le lieu d'affaires de l'employeur. Ce dernier exigeait, entre autres, que l'automobile de M. Hudson soit disponible en tout temps à son lieu de travail. Brièvement, la réponse de l'ARC fut que sa position pour les déplacements entre la résidence de l'employé et le lieu d'affaires de l'employeur demeure inchangée, et ce, en référence à la cause *Daniels c. Canada*³³.

Dans le même contexte de déplacement entre la résidence d'un employé et le lieu d'affaires de son employeur, lorsqu'un employé devant maintenir un bureau à domicile est tenu de se déplacer chez son employeur pour assister à des réunions, on a demandé à l'ARC si les déplacements pour se rendre au lieu d'affaires de son employeur étaient dans le cadre de son emploi ou à des fins personnelles. L'ARC a considéré que les déplacements étaient à des fins personnelles.

De plus, lorsqu'un employé passe la majorité de son temps à un endroit, l'ARC considère qu'il s'agit du lieu habituel de travail de l'employé³⁴. Par conséquent, le kilométrage entre sa résidence et cet endroit sera considéré comme étant à des fins personnelles.

À la lecture des différentes interprétations techniques, nous pouvons constater que la position de l'ARC est habituellement que les déplacements entre la résidence d'un employé et le lieu où il exécute habituellement son travail seront considérés à des fins personnelles.

Toujours dans le même ordre d'idées, le paragraphe 81(3.1) L.I.R. prévoit, pour les employés travaillant à temps partiel, que lorsque ceux-ci reçoivent un montant raisonnable d'un employeur sans lien de dépendance à titre d'allocation de frais de déplacement, ce montant ne sera pas imposable si certaines conditions et situations sont réunies. L'une de ces situations (y compris les conditions s'y rattachant) est, entre autres, que le particulier doit avoir un autre emploi ou exploiter une entreprise et que les fonctions de l'emploi à temps partiel doivent être exécutées à un endroit qui se situe à au

³² 2007 D.T.C. 1713 (C.C.I.) (« *Hudson* »).

³³ 2004 D.T.C. 6276 (C.A.F.).

³⁴ *Tax Window Files*, op. cit., note 16, interprétations techniques 2007-0231311E5, 9 décembre 2008 et 9806005, 7 juillet 1998.

moins 80 kilomètres de sa résidence et de son autre emploi ou de l'entreprise qu'il exploite.

2.2. ALLOCATION POUR FRAIS DE DÉPLACEMENT – REPAS

Les employés devant se déplacer dans le cadre de leur emploi peuvent bénéficier d'un autre allègement au regard des allocations qu'ils peuvent recevoir de leur employeur dans le cadre de leur déplacement.

À cet effet, le sous-alinéa 6(1)b)(vii) L.I.R. prévoit que les allocations raisonnables versées (à l'exception des allocations pour l'usage d'un véhicule) à un employé sont non imposables si elles sont reçues dans le cadre de déplacement afin d'accomplir les fonctions de sa charge ou de son travail, « à l'extérieur de la municipalité où était situé l'établissement de l'employeur dans lequel l'employé travaillait habituellement ou auquel il adressait ordinairement ses rapports, et en outre, le cas échéant, de la région métropolitaine où était situé cet établissement ».

À compter de 2009, l'ARC a annoncé, par l'entremise du bulletin *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 40³⁵, qu'elle acceptera que les allocations versées pour les déplacements (incluant les repas), à l'intérieur de la municipalité ou de la région métropolitaine où est situé l'établissement de l'employeur dans lequel l'employé travaille habituellement, ne seront plus imposables, si l'allocation est versée principalement au bénéfice de l'employeur.

Nous vous référons également à la nouvelle position administrative de l'ARC relativement aux repas et allocations fournis aux employés qui effectuent des heures supplémentaires³⁶.

2.3. VÉHICULE FOURNI PAR L'EMPLOYEUR

En règle générale, lorsqu'un employeur fournit un véhicule à un employé et que celui-ci l'utilise à des fins personnelles, un avantage imposable doit être calculé. Dans la présente section, nous n'examinerons pas le calcul de l'avantage imposable proprement dit, ce sujet ayant déjà été traité dans différentes conférences. Nous nous attarderons plutôt sur les

³⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 40, 11 juin 2009.

³⁶ *Infra*, section 2.6.

dernières positions de l'ARC et de Revenu Québec relativement à la détermination ou non d'un avantage imposable et, s'il y a lieu, sur les éléments à considérer³⁷. Par contre, nous tenons à rappeler que l'avantage imposable pour une automobile fournie par un employeur à un employé comprend les frais pour les droits d'usage³⁸ et les frais relatifs au fonctionnement³⁹, ceux-ci étant calculés en bonne partie en fonction du kilométrage parcouru à des fins personnelles et du coût d'achat ou de location du véhicule. Dans le cas d'un véhicule qui ne satisfait pas à la définition d'« automobile » énoncée au paragraphe 248(1) L.I.R., c'est plutôt l'alinéa 6(1)a) L.I.R. qui trouvera application.

Relativement aux déplacements à des fins personnelles, nous avons déjà abordé ce point, en partie, dans une section précédente. Toutefois, dans le cas des véhicules fournis par l'employeur, cette question se pose à nouveau mais dans un autre contexte, soit celui du prêt d'un véhicule.

À titre d'exemple dans le cas des véhicules d'urgence, que celui-ci corresponde ou non à la définition d'automobile, la position de l'ARC est qu'un avantage imposable doit être calculé pour les déplacements entre la résidence de l'employé et son lieu de travail habituel⁴⁰, même s'il s'agit d'un véhicule d'urgence. Toutefois, pour ce type de véhicule et d'autres véhicules, si certaines conditions sont remplies, le taux prescrit aux fins du calcul de l'avantage imposable pourra être moindre⁴¹.

L'ARC maintient également comme position administrative⁴², malgré le fait que le véhicule ne peut pas être utilisé par l'employé durant les week-ends, qu'il sera considéré comme étant à la disposition de celui-ci. Par conséquent, cela n'aura aucun effet en ce qui a trait au calcul de l'avantage pour les frais raisonnables relativement au droit d'usage d'une automobile prévu à l'alinéa 6(1)e) L.I.R. et au paragraphe 6(2) L.I.R.

³⁷ Également, nous n'examinerons pas l'application possible du paragraphe 6(6) L.I.R.

³⁸ Al. 6(1)e) et par. 6(2) L.I.R.

³⁹ Al. 6(1)k) L.I.R.

⁴⁰ *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 16, interprétations techniques 2010-0364091E5, 6 août 2010; 2010-0361431E5, 14 juillet 2010 et 2010-0353961E5, 4 février 2010.

⁴¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 35.

⁴² *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 16, interprétation technique 2010-0361431E5, 14 juillet 2010.

Quant à la détermination du coût du véhicule, aux fins du calcul de l'avantage automobile pour le droit d'usage, la position administrative de l'ARC est que le coût des équipements spéciaux, tels les téléphones cellulaires, une suspension renforcée, un treuil ou autres équipements similaires, ne fait pas partie du coût de l'automobile⁴³. Dans le cadre du programme Éco Auto de Transport Canada et autres programmes similaires, l'ARC mentionne que la remise obtenue lors de l'achat de l'automobile réduira le coût aux fins de l'élément C au paragraphe 6(2) L.I.R. Par contre, dans le cas d'une location, cela ne réduira pas le montant de l'élément E, car c'est le montant payé au bailleur qu'il faudra prendre en considération et ce montant n'inclut pas la remise⁴⁴.

Dans une récente lettre d'interprétation⁴⁵, l'ARC a réitéré sa position administrative à l'égard de l'acquisition d'une automobile, à la fin d'un bail en raison de l'exercice d'une option d'achat, pour un prix de faveur inférieur à la JVM de l'automobile. Ainsi, une partie de chaque paiement de loyer pourra faire partie du prix d'achat de l'automobile en vertu de l'application du paragraphe 49(3) L.I.R. Par conséquent, le coût majoré devra être utilisé aux fins de l'élément C du paragraphe 6(2) L.I.R.

Dans un autre ordre d'idées, l'ARC a eu à se prononcer sur le calcul de l'avantage imposable dans le cadre de l'utilisation d'une automobile par plusieurs employés⁴⁶. Dans un premier temps, l'ARC rappelle qu'un avantage doit être calculé lorsqu'une automobile est mise à la disposition d'un employé, cela indépendamment de son usage ou non. Dans un second temps, aux fins du calcul de l'avantage, l'ARC mentionne ce qui suit :

« Nous ne considérons pas qu'une automobile soit mise à la disposition d'un employé durant la période où celle-ci a été utilisée par une autre personne pendant une journée entière, pourvu qu'il soit possible d'en justifier son utilisation réelle au moyen de documents comme un journal de déplacement de l'automobile, et que tous les employés sont d'accord avec les montants déclarés. De plus, on doit porter une attention raisonnable à tous les employés faisant partis du groupe des utilisateurs les jours où une automobile était à leur disposition mais qui n'avait pas été utilisée par aucun employé du groupe. En utilisant l'exemple donné, et en effectuant un calcul proportionnel égal du temps

⁴³ *Id.*, interprétation technique 2010-0361991E5, 15 juillet 2010.

⁴⁴ *Id.*, interprétations techniques 2008-0276661E5, 24 février 2009 et 2008-0265761E5, 10 avril 2008.

⁴⁵ *Id.*, interprétation technique 2009-0350541E5, 29 janvier 2010.

⁴⁶ *Id.*, interprétation technique 2006-0214581C6, 21 février 2007.

d'immobilisation de l'automobile pour tous les employés du groupe, il serait acceptable que [...]»⁴⁷.

Il ne faut pas oublier que, à la suite du Budget du Québec du 30 mars 2004⁴⁸, la *Loi sur les impôts* exige expressément depuis 2005 qu'un employé doive tenir un registre de ses déplacements lorsque son employeur ou une personne à laquelle ce dernier est lié met une automobile à sa disposition⁴⁹.

2.4. STATIONNEMENT

Le nombre de véhicules augmentant, bon nombre d'entre eux se retrouvent dans le stationnement de l'employeur à un moment ou à un autre. La position de l'ARC relativement au stationnement offert par l'employeur, que le stationnement lui appartienne ou non, est qu'un avantage imposable⁵⁰ doit normalement être calculé. L'avantage imposable est basé sur la JVM du stationnement, moins tout montant payé par l'employé pour son utilisation. Toutefois, si la JVM de l'avantage ne peut pas être déterminée, il n'y aura pas d'avantage imposable. À cet effet, l'ARC donne comme situation un stationnement dans un centre commercial ou un parc industriel ouvert au public, ou un stationnement pour lequel il n'y a pas de place garantie et pour lequel il n'y pas de place pour l'ensemble des employés (soit un nombre limité de places). De plus, les employés disposant d'un stationnement, mais devant régulièrement utiliser leur automobile pour accomplir leurs tâches rattachées à leur emploi, ne se verront pas imposer un avantage.

L'ARC mentionne, dans différentes lettres d'interprétation, que « régulièrement » représente plus de 50 % du temps. Dans le cas d'employés n'utilisant pas leur automobile de façon régulière, l'avantage pourra être proraté⁵¹. De plus, le fait qu'un employé ne puisse pas utiliser le

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2004-2005, Discours sur le budget et Renseignements supplémentaires*, 30 mars 2004.

⁴⁹ Art. 41.1.4 et 41.1.5 L.I.

⁵⁰ *Id.*, interprétations techniques 2008-0288491E5, 17 novembre 2008; 2008-0286381E5, 5 décembre 2008; 2006-0187401E5, 19 février 2007 et 2005-0134251E5, 22 juin 2005.

⁵¹ *Id.*, interprétations techniques 2005-0134251E5, 22 juin 2005 et 2004-0101151E5, 26 novembre 2004.

stationnement, compte tenu du fait qu'il est à l'extérieur, ne réduira pas le calcul de l'avantage, si avantage il y a⁵².

De son côté, Revenu Québec a adopté pratiquement les mêmes positions administratives. La seule différence est que Revenu Québec mentionne que si un stationnement fait partie intégrante de l'établissement de l'employeur⁵³, il n'y aura pas d'avantage imposable à calculer. L'ARC explique plutôt qu'il s'agit d'un stationnement situé dans un parc industriel ouvert à tout le monde.

Il ressort de la jurisprudence que la détermination d'un avantage imposable pour l'utilisation d'un stationnement de l'employeur est une question de fait propre à chaque situation. À cet effet, il y a quelques arrêts de jurisprudence. Nous pouvons citer, notamment, les arrêts suivants : *Patrick J. Long c. La Reine*⁵⁴, *The Toronto Parking Authority and Lorne Bolte c. La Reine*⁵⁵ et *Adler et autres c. La Reine*⁵⁶.

2.5. LAISSEZ-PASSER DE TRANSPORT EN COMMUN

En règle générale, lorsqu'un employeur paie les laissez-passer de transport en commun, il se doit de calculer un avantage imposable. Au Québec, depuis le 24 mars 2006, il n'y a pas d'avantage imposable lorsqu'un employeur rembourse en totalité ou en partie un titre de transport admissible (adapté ou non), si ce titre permet à l'employé de l'utiliser pour son transport entre son lieu ordinaire de résidence et son lieu de travail⁵⁷.

Pour les années antérieures à 2010, les employés des sociétés de transport en commun ayant droit à des laissez-passer gratuitement ou à des prix réduits, tant pour eux que pour leur famille, n'ont pas à inclure dans leurs revenus un avantage imposable. Toutefois, depuis le 1^{er} janvier 2010, la

⁵² *Id.*, interprétations techniques 2003-0006585, 25 mars 2003 et 2003-0001435, 26 février 2003.

⁵³ REVENU QUÉBEC, IN-253, « Avantages imposables » (2009-10) et *Documentation québécoise*, dans CCH (en ligne), Don Mills, Ont., CCH Canadian, lettre d'interprétation 08-003652, 30 septembre 2008.

⁵⁴ 2010 D.T.C. 1122 (C.C.I.).

⁵⁵ 2010 D.T.C. 1139 (C.C.I.).

⁵⁶ 2007 D.T.C. 783 (C.C.I.).

⁵⁷ Art. 38.1 L.I.

position de l'ARC est que si un membre de la famille d'un employé bénéficie du laissez-passer en question, l'employeur devra calculer un avantage pour l'employé. Il en est de même pour le Québec.

2.6. REPAS ET TRANSPORT – HEURES SUPPLÉMENTAIRES

Il n'est pas rare que des employés doivent effectuer des heures supplémentaires de façon occasionnelle. Ces heures peuvent s'effectuer autant avant qu'après les heures normales de travail. Afin de dédommager l'employé, l'employeur lui remboursera ses frais de repas ou lui versera une allocation pour ses repas. L'ancienne politique de l'ARC prévoyait qu'un employé devait travailler au moins trois heures supplémentaires immédiatement après son horaire de travail normal et que les heures supplémentaires devaient être peu fréquentes (soit moins de trois fois par semaine) afin que le remboursement ou l'allocation ne soient pas imposables. La nouvelle politique administrative de l'ARC⁵⁸ prévoit qu'à compter de 2009, un employé doit seulement faire deux heures supplémentaires; ces heures peuvent être effectuées immédiatement avant ou après les heures normales de travail et la valeur du repas ou de l'allocation de repas doit être raisonnable. À cet effet, l'ARC indique qu'un montant de 17 \$ est jugé raisonnable.

Cependant, la notion de moins de trois fois par semaine demeure. Toutefois, si de façon occasionnelle l'employé effectue des heures supplémentaires plus de deux jours par semaine, compte tenu d'une période de pointe, le remboursement des repas ou de l'allocation versée ne sera pas imposable.

Sommairement, au Québec, l'article 37.0.3 L.I. prévoit, sauf exception, qu'un employé doit inclure dans ses revenus la valeur de toute indemnité qu'il a reçue pour les repas et le transport relativement aux heures supplémentaires effectuées. Afin de bénéficier de l'exception, l'employé doit, dans un premier temps, travailler au moins trois heures supplémentaires consécutives. De plus, pour les repas, la valeur de l'indemnité ou du repas doit être raisonnable. Dans le cas d'une indemnité, l'employé doit fournir une pièce justificative. Pour les frais de transport, certaines conditions doivent être également remplies.

⁵⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 35.

2.7. FRAIS DE FORMATION

La compétition étant de plus en plus forte, les technologies étant toujours en constante évolution, les employeurs se doivent de maintenir à jour les connaissances de leurs employés, soit en offrant de la formation donnée à l'interne ou à l'externe. La position de l'ARC, pour les frais de formation payés pour un employé, est que si la formation est principalement suivie au bénéfice de l'employeur, il n'y aura pas d'avantage imposable⁵⁹. Dans le cas contraire, un avantage imposable devra être calculé.

Dans le bulletin *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 13⁶⁰, l'ARC a élaboré des lignes directrices afin d'aider les employeurs à déterminer si un avantage imposable doit être calculé ou non lorsque des cours sont payés pour des employés. Ces lignes ont été reprises lors de la mise à jour du *Bulletin d'interprétation* IT-470R⁶¹. À cet effet, l'ARC a délimité trois grands types de formation :

- formation particulière liée aux activités de l'employeur : ces cours sont généralement considérés comme profitant principalement à l'employeur, s'il est raisonnable de s'attendre que l'employé reprendra son emploi dans un délai raisonnable après les cours. Les frais et autres coûts connexes tels que les repas, les déplacements et l'hébergement menant à un diplôme, à une licence ou à un certificat peuvent également ne pas être considérés comme un avantage imposable;
- formation générale liée aux activités de l'employeur : les frais pour des cours sur des sujets liés aux affaires, même s'ils ne concernent pas directement l'entreprise de l'employeur, sont considérés habituellement comme non imposables. À titre d'exemple, l'ARC mentionne des cours de langues, de premiers soins ou de gestion du stress;
- formation sur les sujets personnels : les frais pour des cours sur des sujets personnels ou pour acquérir des connaissances techniques n'ayant aucun lien avec l'entreprise de l'employeur sont considérés comme étant un avantage imposable.

⁵⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 15, par. 18.

⁶⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 13, 7 mai 1998.

⁶¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 15, par. 18.

Toujours dans le cadre de la formation des employés, l'ARC a émis différentes lettres d'interprétation⁶² dans lesquelles il a été mentionné que le don, par l'employeur, d'un ordinateur à un employé dans le cadre d'une formation pourrait ne pas constituer un avantage imposable. Toutefois, l'ARC mentionne sept conditions à remplir, ces conditions étant les suivantes :

- 1) l'employeur a évalué qu'il était important pour son succès futur que tous les employés deviennent compétents en matière d'informatique aussitôt que possible;
- 2) l'employeur a également évalué que la façon la plus efficace pour développer les compétences de ses employés en matière d'informatique et d'outils Internet était de leur fournir des ordinateurs pour leur usage personnel à la maison;
- 3) le programme était à la disposition de tous les employés;
- 4) l'employeur a loué ou a acheté les ordinateurs et les a fait livrer directement aux employés;
- 5) les employés ne pouvaient pas transférer ou vendre l'ordinateur pendant une période déterminée;
- 6) les employés qui ont choisi de ne pas participer aux programmes n'ont eu droit à aucune compensation en remplacement de leur participation;
- 7) le programme a été instauré par l'employeur et ne faisait partie d'aucun processus de négociation collective.

Dans un autre contexte, mais toujours en relation avec la formation, l'ARC annonçait en juillet 2009 un changement de position relativement à l'imposition des bourses d'études ou d'entretien et des cours offerts ou des frais de scolarité payés pour les membres d'une famille fréquentant un établissement d'enseignement postsecondaire. Par le passé, l'ARC avait comme politique d'imposer l'employé. Pour l'année 2007 et les années

⁶² *Tax Window Files*, op. cit., note 16, interprétations techniques 2001-0100305, 9 septembre 2001; 2001-0090497, 15 octobre 2001; 2002-0173335, 16 décembre 2002 et 2009-0344981E5, 6 janvier 2010. Toutefois, nous n'avons pas trouvé de lettre d'interprétation à cet effet de la part de Revenu Québec.

suivantes, la nouvelle position de l'ARC⁶³ est que c'est le membre de la famille qui devra inclure dans ses revenus la valeur des frais de scolarité, des livres et des fournitures lorsqu'ils sont payés ou supportés par un employeur. Pour les établissements d'enseignement postsecondaire offrant des cours gratuitement à un membre de la famille, le montant de l'avantage correspond à sa JVM. Le montant de l'avantage doit être inscrit sur un Feuillet T4A. Cela fait contraste avec les laissez-passer pour un membre de la famille.

Le Québec abonde dans le même sens. Toutefois, la nouvelle position ne s'applique qu'à compter de 2008. Pour les membres d'une famille fréquentant une école primaire ou secondaire, c'est l'employé qui doit continuer à s'imposer tant au fédéral qu'au Québec.

Il ne faut pas oublier que les frais de formation payés directement par l'employeur ou remboursés par ce dernier peuvent être considérés aux fins de la *Loi favorisant le développement et la reconnaissance des compétences de la main-d'œuvre*⁶⁴ (« la loi du 1 % »). Voilà une autre bonne raison pour un employeur d'engager des frais de formation pour ses employés.

2.8. ORDINATEUR, INTERNET ET TÉLÉPHONE

Dans certaines situations, les employeurs vont permettre à leurs employés de travailler à partir de leur résidence. Dans d'autres situations, l'employé est amené à travailler constamment sur la route, compte tenu du type de travail à exécuter. Par conséquent, pour certains employeurs, la présence de l'employé au lieu d'affaires n'est plus une exigence en soi, et cela, grâce à l'évolution des moyens de communication. À cet effet, nous n'avons qu'à penser à Internet, au iPhone et au BlackBerry.

Pour permettre à l'employé d'exécuter son travail à l'extérieur du lieu d'affaires de l'employeur, ce dernier achètera ou remboursera à l'employé ordinateur, téléphone cellulaire et autres équipements, s'il y a lieu. Également, l'employeur remboursera, la plupart du temps, les frais d'utilisation d'Internet et de téléphonie.

Une question se pose : est-ce que l'achat ou le remboursement d'un ordinateur par l'employeur constitue un avantage imposable pour l'employé bénéficiaire? Naturellement, la même question se pose pour le téléphone

⁶³ Cette nouvelle position fait suite à différentes causes de jurisprudence. Entre autres : *La Reine c. Brian Bartley et John DiMaria*, 2009 D.T.C. 5019 (C.A.F.).

⁶⁴ L.R.Q., c. D-8.3.

cellulaire. Relativement à un achat ou à un remboursement, il semble y avoir certaines divergences dans les interprétations techniques émises par l'ARC. Dans une lettre d'interprétation datant de 2007 relativement à un ordinateur prêté par l'employeur, on mentionne ce qui suit :

« Si l'ordinateur prêté et le service internet à la maison sont essentiels pour l'accomplissement des fonctions d'emploi des commissaires, nous sommes d'avis il n'en résulterait pas d'avantage imposable pour ceux-ci malgré l'usage personnel qu'ils pourraient en faire à condition que l'usage personnel n'occasionne pas de frais additionnels pour l'employeur⁶⁵. »

Dans le cas contraire, cette même lettre mentionne qu'un avantage imposable devra être calculé en fonction de l'utilisation personnelle, si utilisation personnelle il y a. Une autre interprétation technique datant de 2001⁶⁶ abonde dans le même sens.

Toutefois, autant cette dernière que deux autres interprétations techniques⁶⁷ émises après celle-ci mentionnent que le remboursement d'un ordinateur par un employeur constitue généralement un avantage imposable, et ce, même si cet ordinateur est utilisé pour les besoins de l'employeur. Dans le cas des téléphones cellulaires, l'achat ou le remboursement du prix d'achat seront soumis aux mêmes règles qu'un ordinateur. Par conséquent, il ne reste qu'à faire le bon choix par l'employeur – achat ou remboursement?

Tel qu'il a été mentionné dans la section précédente⁶⁸, le don d'un ordinateur, par un employeur à un employé à des fins de formation, pourrait ne pas constituer un avantage imposable.

Dans l'éventualité où l'employeur déciderait de verser une allocation pour l'utilisation d'un ordinateur, d'un téléphone, d'Internet ou du temps d'antenne, le montant de l'allocation sera imposable, puisqu'il n'existe aucune exception à cet effet⁶⁹.

⁶⁵ *Tax Window Files, op. cit.*, note 16, interprétation technique 2006-0174521E5, 5 juin 2007.

⁶⁶ *Id.*, interprétation technique 2001-0099777, 26 octobre 2001.

⁶⁷ *Id.*, interprétations techniques 2004-0080051E5, 12 novembre 2004 et 2003-0049831E5, 4 mars 2004.

⁶⁸ *Supra*, section 2.7.

⁶⁹ *Tax Window Files, op. cit.*, note 16, interprétations techniques 2004-0080051E5, 12 novembre 2004 et 2003-0049831E5, 4 mars 2004.

Du côté de Revenu Québec, la dernière lettre d'interprétation technique⁷⁰ émise relativement à un remboursement à un employé pour l'achat d'un ordinateur va dans le même sens que l'ARC.

Relativement au remboursement des services Internet à la maison, si son utilisation n'est pas essentielle pour l'accomplissement des fonctions d'emploi de l'employé, un avantage imposable devra être calculé⁷¹. Le montant de l'avantage, selon l'ARC, correspondrait au montant remboursé sur la portion des frais d'accès au service Internet qui sont directement reliés à l'emploi. Par contre, dans l'interprétation technique, l'ARC ne donne pas d'exemple sur la notion de « Frais directement reliés à l'emploi ». Compte tenu des types de forfaits qu'offrent les fournisseurs de service Internet, ces genres de frais semblent peu probables.

2.9. OUTILS – REMBOURSEMENT OU ALLOCATION

Dans certains secteurs d'activité et dans certaines industries, les employés doivent fournir leurs outils. Cette situation se présente, par exemple, dans le cas des mécaniciens. Il arrive, également, que l'employeur rembourse en partie ou en totalité ces outils. De plus, à l'occasion, certains employeurs versent une allocation pour l'utilisation des outils de l'employé, et ce, afin de l'indemniser.

L'ARC⁷² et Revenu Québec⁷³ ont la même position administrative, à savoir que les remboursements ou les allocations constituent un avantage imposable, même si les outils servent aux fins de l'employeur.

Point à noter : certains employés pourraient avoir droit à une déduction relativement au coût de leurs outils, que ceux-ci reçoivent ou non une indemnité de leur employeur⁷⁴.

⁷⁰ REVENU QUÉBEC, *op. cit.*, note 53, lettre d'interprétation 06-010688, 19 décembre 2006.

⁷¹ *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 16, interprétation technique 2006-0174521E5, 5 juin 2007.

⁷² *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 16, interprétations techniques 2005-0117441E5, 21 avril 2005; 2004-0080051E5 12 novembre 2004 et 2002-0137715, 27 juin 2002.

⁷³ REVENU QUÉBEC, *op. cit.*, note 53, lettre d'interprétation 05-010166, 7 juin 2005.

⁷⁴ Al. 8(1)r) et 8(1)s) L.I.R.

2.10. UNIFORMES ET VÊTEMENTS SPÉCIAUX

En règle générale, lorsqu'un employé porte un uniforme distinctif pendant qu'il s'acquitte des fonctions de son emploi ou des vêtements spéciaux qui sont conçus pour le protéger contre certains dangers particuliers de l'emploi et que ceux-ci sont fournis par l'employeur, celui-ci n'aura pas d'avantage imposable à calculer.

Dans le cas où un employé est remboursé ou reçoit une allocation raisonnable pour le coût des vêtements de protection qu'il a achetés, sans qu'il ait à justifier leur achat par un reçu, l'ARC considère qu'il n'y aura pas d'avantage imposable si les trois conditions suivantes sont réunies :

- la loi exige le port des vêtements de protection sur le chantier;
- l'employé a acheté les vêtements de protection;
- le montant du remboursement est raisonnable.

Au Québec, le paragraphe 39f.i) L.I. prévoit qu'une allocation raisonnable versée à un employé pour l'achat et l'entretien de vêtements distinctifs qu'il est tenu de porter ne sera pas considérée comme un avantage imposable.

La loi ne donne pas de définition de ce qui constitue un vêtement distinctif. Toutefois, l'ARC a mentionné, dans une lettre d'interprétation⁷⁵, qu'un chandail avec le logo de l'employeur constituait un vêtement distinctif. Elle a également mentionné, dans une autre lettre d'interprétation⁷⁶, qu'il est de la responsabilité de l'employeur de faire cette détermination. Pour sa part, Revenu Québec mentionne dans son *Bulletin d'interprétation* IMP. 39-2R/1 ce qui suit :

« Le Ministère considère que le caractère distinctif d'un vêtement s'apprécie en fonction de ses caractéristiques intrinsèques et non en fonction des habitudes vestimentaires de la personne qui le porte. En d'autres termes, un vêtement est distinctif lorsqu'il est impropre à être porté dans un contexte autre que le travail. Par exemple, un vêtement sobre et conventionnel qu'un employé est tenu de porter dans l'exercice de ses fonctions pour se conformer au code vestimentaire

⁷⁵ *Tax Window Files*, op. cit., note 16, interprétation technique 2007-0237891E5, 25 février 2008.

⁷⁶ *Id.*, interprétation technique 2003-0050331E5, 5 avril 2004.

imposé par son employeur ne serait pas considéré comme un vêtement distinctif pour l'application des paragraphes 5 et 6 de ce bulletin⁷⁷. » (Notre soulignement)

Exception faite de la politique administrative sur les cadeaux et prix, cette définition nous laisse croire qu'un employé qui reçoit un T-shirt avec le logo de la société se verrait calculer un avantage imposable.

2.11. CADEAUX ET RÉCOMPENSES

Dans le bulletin *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 40⁷⁸, l'ARC annonçait sa nouvelle position relativement aux cadeaux et récompenses. En bref, il faut se rappeler que l'ancienne position de l'ARC était qu'un employé pouvait recevoir, libre d'impôt, jusqu'à deux cadeaux ainsi que deux récompenses qui ne sont pas en argent si le coût total pour l'employeur pour chacune des catégories était de 500 \$ ou moins. Avant l'adoption de l'article 37.1.5 L.I. Revenu Québec avait également une politique similaire, à l'exception des cadeaux en quasi-espèces.

À compter de 2010, la nouvelle position de l'ARC est qu'un employeur pourra donner des cadeaux et des récompenses (« Cadeaux ») et des prix qui ne sont pas en argent, pour les années de services ou pour souligner un anniversaire⁷⁹ (« Prix ») à un employé sans que ceux-ci soient imposables, si la valeur totale de ces Cadeaux et Prix n'excèdent pas 500 \$ par catégorie. Par conséquent, la limite de deux Cadeaux et/ou deux récompenses (maintenant Prix) qui existait ne s'applique plus.

Comme nous l'avons mentionné, la limite de 500 \$ pour les Cadeaux et les Prix s'applique toujours par catégorie. Toutefois, il y a deux changements comparativement à l'ancienne position administrative relativement à cette fameuse limite. D'une part, si la valeur d'une des catégories Cadeaux ou Prix excède 500 \$, seule la portion excédant 500 \$ sera imposable, tel qu'il est expliqué ci-dessus. Ainsi, un employé recevant un cadeau d'une valeur de 750 \$ et un prix de 250 \$ se verrait imposer sur la catégorie Cadeaux pour un montant de 250 \$. D'autre part, la nouvelle position parle de valeur pour l'employé, comparativement au coût pour l'employeur.

⁷⁷ REVENU QUÉBEC, *op. cit.*, note 21, par. 7.

⁷⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 35.

⁷⁹ L'ARC considérait dans son ancienne position que les cadeaux pour la reconnaissance de la réalisation professionnelle telle que l'atteinte d'un certain nombre d'années de service, une suggestion d'un employé et l'atteinte de normes ou le dépassement de normes de sécurité étaient inclus dans la notion de « récompense ».

La nouvelle politique indique également que les articles dont la valeur est négligeable ou nominale ne seront pas considérés comme un avantage imposable. De plus, les anciennes positions administratives relativement aux récompenses liées au rendement et les cadeaux et récompenses en espèces ou quasi-espèces demeurent.

Pour les employés qui reçoivent un Cadeau et/ou un Prix d'un fournisseur de l'employeur, la position de l'ARC est qu'ils sont habituellement imposables. L'ARC mentionne à cet égard, dans une interprétation technique, ce qui suit :

« Lorsqu'un fabricant donne des récompenses en espèces ou non monétaires à un concessionnaire, il n'est pas tenu de les déclarer sur un feuillet de renseignements. Par contre, lorsque le concessionnaire transmet ces récompenses à un employé, il doit inclure le paiement en espèces ou la valeur de la récompense sur le feuillet T4 de l'employé. Toutefois, lorsque le fabricant verse une récompense en espèces ou non monétaire directement à l'employé d'un concessionnaire ou d'un autre organisme de vente, il doit déclarer la valeur de la récompense à titre de "autres revenus" sur un feuillet T4A⁸⁰. »

À la suite de la nouvelle politique pour les Cadeaux et/ou Prix, l'ARC n'a pas changé sa position relativement aux Cadeaux et/ou Prix provenant de fournisseurs. Cependant, elle l'a adaptée à celle-ci⁸¹.

Dans le même ordre d'idées, il fut mentionné, dans la lettre d'interprétation 2003-0182145 relativement à un voyage payé par un fournisseur de l'employeur et effectué par un employé, ce qui suit :

« Si l'employeur exige la présence de l'employé au cours d'un voyage effectué aux fins de l'entreprise et que la conduite des affaires est l'objet principal du voyage, le paiement du voyage de l'employé ne constitue pas un avantage imposable. Si tel n'est pas le cas, il y a un avantage imposable qui peut-être réduit si l'employé exerce des activités commerciales pour le compte de son employeur au cours du voyage⁸². »

⁸⁰ *Tax Window Files, op. cit.*, note 16, interprétation technique 2005-0115481I7, 9 juin 2005.

⁸¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, Guide T4130, « Guide de l'employeur – Avantages et allocations imposables », Rév. 09.

⁸² *Tax Window Files, op. cit.*, note 16, interprétation technique 2003-0182145, 30 mai 2003.

Ces lignes représentent la position administrative de l'ARC, telle qu'elle est énoncée aux paragraphes 10 et 11 du *Bulletin d'interprétation IT-470R*⁸³. Par conséquent, afin de déterminer si un avantage imposable est présent ou non lorsqu'un employé reçoit un cadeau d'un fournisseur de son employeur, on se doit d'analyser la nature du cadeau ou de la récompense et dans quel cadre ce cadeau ou cette récompense a été reçu(e).

Dans la mesure où un employé a le choix entre différents Cadeaux et/ou Prix, il a été mentionné, dans une interprétation technique⁸⁴, que l'employé n'aura pas d'avantage imposable même s'il peut choisir entre différents Cadeaux et/ou Prix.

Dans une récente interprétation technique⁸⁵, il a été demandé si un avantage imposable devait être calculé dans le cas où un employeur donne un billet de loterie à un employé en raison de ses bonnes performances. Naturellement, l'ARC a répondu par l'affirmative. Toutefois, ce qu'il faut retenir de cette interprétation technique est que la valeur de l'avantage correspond au prix du billet si celui-ci est donné avant le tirage et non pas le montant que l'employé aurait pu gagner avec ledit billet.

2.12. ACTIVITÉS MONDAINES

Il n'est pas rare qu'un employeur organise des activités mondaines pour ses employés ou offre de telles activités mondaines à ses employés, celles-ci pouvant aller de la réception de Noël à un simple barbecue. L'ARC mentionne, dans le bulletin *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 15⁸⁶, qu'un employeur offrant à ses employés une réception ou toute autre activité mondaine n'aura pas à calculer d'avantage imposable si le coût par employé par activité est raisonnable. À titre de ligne directrice, l'ARC fait mention d'un montant n'excédant pas 100 \$ par personne.

⁸³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 15, par. 10 et 11.

⁸⁴ *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 16, interprétation technique 2010-0359501E5, 12 avril 2010.

⁸⁵ *Id.*, interprétation technique 2010-0360261E5, 11 mai 2010.

⁸⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 15, 18 décembre 1998.

Les frais accessoires, tels que le transport, majorent le montant de 100 \$. À cet effet, une interprétation technique a été demandée à l'ARC⁸⁷. La question était la suivante : est-ce que les frais engagés pour le transport d'employés demeurant en dehors de la ville, afin de leur permettre d'assister à une activité mondaine offerte par l'employeur, constituent un avantage imposable? La réponse fut qu'il n'y aurait pas d'avantage, sauf si les frais n'étaient pas raisonnables. Dans l'éventualité où les frais accessoires ne seraient pas raisonnables, la même lettre d'interprétation mentionne que la politique pour les cadeaux et récompenses ne peut pas s'appliquer à ces frais.

Pour sa part, Revenu Québec mentionne, dans son guide « Avantages imposables »⁸⁸, qu'il y aura un avantage imposable à calculer si la part de l'avantage pour l'employé est identifiable et quantifiable.

2.13. COTISATION À UNE INSTALLATION RÉCRÉATIVE OU À UN CLUB

La position administrative de l'ARC sur l'imposition ou non de l'utilisation ou de la cotisation à une installation récréative ou à un club se trouve essentiellement dans les *Bulletins d'interprétation* IT-148R3⁸⁹ et IT-470R⁹⁰. Sommairement, lorsque les installations sont offertes à l'ensemble des employés (qu'elles appartiennent ou non à l'employeur) ou si l'adhésion profite principalement à l'employeur, l'employé ne sera pas considéré comme ayant touché un avantage imposable. Toutefois, dans ce dernier cas, il est peu probable que cette situation se présente; c'est ce qui ressort de différentes interprétations techniques et de deux questions posées durant les tables rondes du Congrès 2009⁹¹ de l'Association de planification fiscale et financière, l'une au fédéral, l'autre au Québec.

Par contre, voici une situation pouvant ne pas donner lieu à un avantage imposable et pour laquelle une interprétation technique a été émise et qui

⁸⁷ *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 16, interprétation technique 2008-0294521E5, 14 janvier 2009.

⁸⁸ REVENU QUÉBEC, *op. cit.*, note 53.

⁸⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-148R3, « Biens récréatifs et cotisations à un club », 21 juillet 1997.

⁹⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 15, par. 33 et 34.

⁹¹ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2009*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, pp. 49:1-90; « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2009*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, pp. 48:1-72.

concerne un employeur payant une cotisation à un club de golf pour un employé. On y mentionne ce qui suit :

« However, if the employer and employee can establish that the membership is primarily for the employer's advantage, no taxable employment benefit will arise. This policy on golf club memberships can apply to employees in public relations or those who network with and entertain clients where it can be demonstrated that such work primarily benefits the employer. Further, even where the employer's business is unrelated to the golf business, the primary beneficiary of the membership may still be the employer⁹². »

Malgré cette interprétation technique, l'employeur et l'employé devront néanmoins faire la preuve que l'adhésion à un club de golf profite principalement à l'employeur, et cela, en référence au *Bulletin d'interprétation* IT-148R3⁹³.

2.14. PROGRAMME DE FIDÉLISATION

De nos jours, la majorité des cartes de crédit offre toutes sortes de programmes afin d'accumuler des points de fidélisation échangeables contre de l'argent, des biens ou des services. À cet égard, la position de l'ARC et de Revenu Québec était que les points accumulés sur la carte de crédit de l'employeur ou celle de l'employé grâce à des dépenses payées ou remboursées par l'employeur et utilisés par l'employé méritaient qu'un avantage imposable soit calculé.

Dans le cas des cartes de crédit de l'employeur, il incombait à celui-ci de calculer l'avantage imposable. Cependant, pour la carte de crédit de l'employé, étant donné que l'employeur ne pouvait pas contrôler les points, l'employé avait la responsabilité de calculer la JVM de l'avantage et de l'inclure dans ses revenus.

La nouvelle position de l'ARC⁹⁴ et de Revenu Québec, à compter de 2009, est que si l'employeur ne contrôle pas les points, aucun avantage lié à l'emploi n'aura à être inclus dans les revenus de l'employé. Toutefois, les conditions suivantes devront être respectées :

⁹² *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 16, interprétation technique 2007-022611117, 10 août 2007.

⁹³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 89, par. 12.

⁹⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 35.

- les points ne sont pas convertis en espèces;
- le plan ou l'entente n'indique pas une autre forme de rémunération; et
- le plan ou l'entente n'a pas pour but l'évitement fiscal.

Dans l'interprétation technique 2010-0353041E5⁹⁵, on présente une situation où un employé possède une carte de crédit de son employeur et l'utilise aux fins de son emploi. La carte de crédit n'accumule pas de point et l'employé peut souscrire à un programme de fidélisation en payant des frais d'adhésion. La question était naturellement de savoir s'il existe un avantage imposable lorsque l'employé utilise les points accumulés, à la suite de son adhésion. En résumé, la réponse de l'ARC fut qu'aucun avantage imposable ne sera calculé, car l'employeur n'a pas de contrôle sur les points.

2.15. RABAIS SUR MARCHANDISES ET COMMISSIONS SUR CERTAINES VENTES

Il est très fréquent pour les commerces de détail d'offrir des rabais à leurs employés. L'ARC et Revenu Québec ont comme politique de ne pas considérer cet élément comme un avantage imposable. Toutefois, l'employeur devra calculer un avantage imposable si l'une des conditions suivantes est remplie :

- l'employé achète la marchandise pour un prix inférieur à son coût et celle-ci n'est pas désuète ni défraîchie;
- un arrangement spécial est conclu avec l'employé ou un groupe d'employés;
- deux ou plusieurs employeurs concluent un arrangement entre eux pour permettre aux employés d'un employeur d'acheter des marchandises à rabais.

L'ARC et Revenu Québec accordent également un allègement aux employés qui reçoivent une commission lors de la vente de marchandises qu'ils achètent pour leur usage personnel. Il en est de même pour un vendeur d'assurance vie qui achète une assurance vie pour lui-même et qui doit

⁹⁵ *Tax Window Files, op. cit.*, note 16, interprétation technique 2010-0353041E5, 15 juin 2010.

verser une prime. Toutefois, si le montant de la commission représente un montant substantiel, l'ARC a mentionné, à quelques occasions, qu'un avantage imposable devrait être calculé⁹⁶.

À la suite de l'affaire *Bilodeau c. La Reine*⁹⁷, l'ARC a commencé à revoir sa position administrative mentionnée au *Bulletin d'interprétation* IT-470R⁹⁸ relativement aux commissions payées à un vendeur d'assurance vie. Tout changement à cet effet sera annoncé dans un prochain numéro du bulletin *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*.

2.16. DIVERS AVANTAGES IMPOSABLES ET NON IMPOSABLES

Nous vous résumons quelques questions qui ont été posées à l'ARC relativement à certains avantages accordés par des employeurs et, sommairement, les réponses de celles-ci. Voici les questions :

Question : Est-ce que le remboursement des appareils auditifs aux employés constitue un avantage imposable? Dans la présente situation, la réponse de l'ARC fut oui⁹⁹.

Question : Est-ce que le remboursement d'un billet d'avion dans la classe affaires pour un cadre ou un administrateur dans le cadre de son travail constitue un avantage imposable? Dans la présente situation, la réponse de l'ARC fut oui¹⁰⁰.

Question : Est-ce qu'une allocation pour les frais de garde d'enfant est imposable lorsqu'elle est versée pour compenser les frais additionnels qu'un employé aurait engagés, étant donné que celui-ci a dû effectuer des heures supplémentaires? L'ARC a répondu oui¹⁰¹.

⁹⁶ *Id.*, interprétations techniques 2010-0359451C6, 4 mai 2010; 2006-0197161C6, 6 octobre 2006 et 2001-0070655, 30 octobre 2001.

⁹⁷ 2009 D.T.C. 1202 (C.C.I.).

⁹⁸ AGENCE DU REVENUE DU CANADA, *op. cit.*, note 15, par. 27.

⁹⁹ *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 16, interprétation technique 2010-0356121I7, 23 février 2010.

¹⁰⁰ *Id.*, interprétation technique 2006-0210291E5, 20 février 2007.

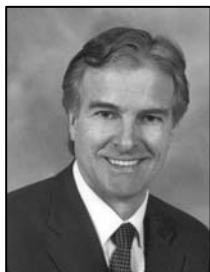
¹⁰¹ *Id.*, interprétation technique 2005-0132981E5, 7 avril 2006.

Nous vous invitons naturellement à consulter les interprétations techniques afin de connaître le contexte de la question et les raisons justifiant la réponse de l'ARC.

CONCLUSION

Somme toute, les nombreux dédales presque inextricables du concept fiscal des avantages sociaux nous auront permis de comprendre qu'il nous faut patiner vite, effectuer de multiples passes et lancers avec précision si nous voulons compter le but victorieux dans le filet des autorités fiscales, ces derniers possédant une excellente défensive.

JURISPRUDENCE FISCALE ET ADMINISTRATIVE RÉCENTE



Coordonnateur

Alain Ménard

Avocat, BA, MBA, associé

Cain Lamarre Casgrain Wells s.e.n.c.r.l.



Wilfrid Lefebvre

Avocat, CR, associé principal

Ogilvy Renault s.e.n.c.r.l., s.r.l.



Louis Tassé

Avocat, associé

Couzin Taylor, s.r.l.,

Avocats fiscalistes



Pierre Zemaitis

Avocat

Direction du contentieux du Revenu

Revenu Québec



Martin Gentile

Juriste expert, avocat
Ministère de la Justice
Canada

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (WILFRID LEFEBVRE)

1.	L'AFFAIRE <i>COLLINS C. LA REINE</i>	27:5
1.1.	LES FAITS.....	27:5
1.2.	ENJEUX ET ANALYSE.....	27:6
1.3.	COMMENTAIRES	27:6
2.	L'AFFAIRE <i>FÉDÉRATION DES MÉDECINS SPÉCIALISTES DU QUÉBEC C. SMRQ</i>	27:7
2.1.	LES FAITS.....	27:7
2.2.	ENJEUX ET ANALYSE.....	27:7
3.	L'AFFAIRE <i>CAPITAL GÉNÉRALE ÉLECTRIQUE DU CANADA INC. C. LA REINE</i>	27:9
3.1.	LES FAITS.....	27:9
3.2.	ENJEUX ET ANALYSE.....	27:11
3.3.	COMMENTAIRES	27:13

PARTIE B (PIERRE ZEMAITIS)

1.	L'AFFAIRE <i>BERTRAND BOUCHARD C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)</i>	27:15
1.1.	LES FAITS.....	27:15
1.2.	LA QUESTION EN LITIGE À LA COUR.....	27:16
1.3.	LES PRINCIPALES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES	27:16
1.4.	LA DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE.....	27:16
1.5.	LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE.....	27:17
1.6.	COMMENTAIRES	27:19
2.	L'AFFAIRE <i>SURINTENDANT DES FAILLITES C. RAYMOND CHABOT INC., ÈS QUALITÉS DE SYNDIC ET SÉQUESTRE OFFICIEL</i>	27:19
2.1.	LES FAITS.....	27:19
2.2.	LE JUGEMENT DE LA COUR SUPÉRIEURE	27:19
2.3.	LE JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC.....	27:20
2.4.	COMMENTAIRES	27:21
3.	L'AFFAIRE <i>MARCHÉ D'ALIMENTATION GÉO PILON INC. C. SMRQ</i>	27:22
3.1.	LES FAITS.....	27:22

3.2.	LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES	27:23
3.3.	LE JUGEMENT DE LA COUR DU QUÉBEC.....	27:23
3.4.	COMMENTAIRES	27:24
4.	NOUVEAUTÉS EN ANNULATION ET RECTIFICATION	27:25

PARTIE C (LOUIS TASSÉ)

1.	L’AFFAIRE <i>GLAXOSMITHKLINE INC. C. LA REINE</i>	27:26
1.1.	LES FAITS.....	27:26
1.2.	LA QUESTION EN LITIGE	27:27
1.3.	LA POSITION DES PARTIES	27:27
1.3.1.	La position de GSK	27:27
1.3.2.	La position de l’Agence du revenu du Canada	27:28
1.4.	LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L’IMPÔT	27:29
1.5.	LA DÉCISION DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE.....	27:30
1.6.	COMMENTAIRES	27:31
2.	L’AFFAIRE <i>CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)</i>.....	27:32
2.1.	LES FAITS.....	27:32
2.2.	LA POSITION DES PARTIES	27:33
2.3.	LA DÉCISION	27:34
2.4.	COMMENTAIRES	27:36
3.	L’AFFAIRE <i>MATTE C. SMRQ</i>.....	27:37
3.1.	LES FAITS.....	27:37
3.2.	LA QUESTION EN LITIGE	27:37
3.3.	LA POSITION DES PARTIES	27:37
3.4.	LA DÉCISION	27:38
3.5.	COMMENTAIRES	27:38
4.	L’AFFAIRE <i>MRN C. MORRIS ET AUTRES (RCI TRUST)</i>	27:39
4.1.	LES FAITS.....	27:39
4.2.	LA QUESTION EN LITIGE	27:40
4.3.	LA POSITION DES PARTIES	27:41
4.4.	LA DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE.....	27:41
4.5.	LA DÉCISION DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE.....	27:42
4.6.	COMMENTAIRES	27:43

PARTIE D (MARTIN GENTILE)

1.	L’AFFAIRE <i>HACHÉ C. LA REINE</i>	27:44
1.1.	LES FAITS.....	27:44

1.2.	LA QUESTION EN LITIGE	27:45
1.3.	LES ARGUMENTS DES PARTIES	27:45
1.4.	LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT	27:45
1.5.	COMMENTAIRE	27:46
2.	L'AFFAIRE <i>LA SUCCESSION DU DÉFUNT DONALD MILLS</i>	
	<i>C. LA REINE</i>	27:46
2.1.	LES FAITS.....	27:46
2.2.	LA QUESTION EN LITIGE	27:47
2.3.	LES ARGUMENTS DES PARTIES	27:47
2.4.	LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT	27:48
2.5.	COMMENTAIRE	27:48
3.	L'AFFAIRE <i>VAILLANCOURT-TREMBLAY C.</i>	
	<i>LA REINE</i>	27:49
3.1.	LES FAITS.....	27:49
3.2.	LES QUESTIONS EN LITIGE.....	27:50
3.3.	LES ARGUMENTS DES PARTIES	27:50
3.4.	LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT	27:50
3.5.	LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE.....	27:51
3.6.	COMMENTAIRE	27:52
4.	L'AFFAIRE <i>EXIDA.COM LTD. C. LA REINE</i>	27:52
4.1.	LES FAITS.....	27:52
4.2.	LA QUESTION EN LITIGE	27:52
4.3.	LES ARGUMENTS DES PARTIES	27:52
4.4.	LES DÉCISIONS DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT	27:53
4.5.	LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE.....	27:54
4.6.	COMMENTAIRE	27:54

PARTIE A

Wilfrid Lefebvre, avocat, CR, associé principal
Ogilvy Renault s.e.n.c.r.l., s.r.l.

1. L'AFFAIRE COLLINS C. LA REINE¹

Cette décision de la Cour d'appel fédérale renversant la décision de la Cour canadienne de l'impôt² soulève à nouveau la question de la nature (c'est-à-dire absolue ou éventuelle) d'obligations de paiement, en l'espèce des intérêts et, de façon plus pertinente, de la déductibilité aux fins fiscales de ces montants.

1.1. LES FAITS

- 1) M. et M^{me} Collins avaient, en 1983, emprunté une somme de 1,8 M\$ auprès d'un organisme gouvernemental.
- 2) De 1984 à 1991, les intérêts sur l'emprunt avaient été capitalisés.
- 3) À la suite d'une nouvelle entente intervenue en 1991, un nouvel emprunt avec un solde de 1,5 M\$ avait été contracté.
- 4) Les conditions du prêt, évidemment de haute importance aux fins du litige, étaient les suivantes :
 - i) **Durée** : 20 ans à compter du 1^{er} août 1993;
 - ii) **Intérêts** : intérêts simples de 10 % à calculer et à verser une fois l'an, le 1^{er} août;
 - iii) **Versements** : versements annuels minimums de 20 000 \$ au titre des intérêts pour chacune des 15 premières années de la durée modifiée, dus au plus tard le 1^{er} août de chaque année. À la fin de la 16^e année, le reliquat des intérêts cumulés impayés sera immédiatement dû et payable et, par la suite, les intérêts seront versés conformément aux dispositions du paragraphe ii) ci-dessus. La somme impayée au titre du principal sera payée au plus tard le 31 juillet 2013;

¹ 2010 CAF 12 (« *Collins* »).

² *Collins c. Canada*, 2009 CCI 56.

- vi) **Remboursement anticipé** : l'emprunteur pourra, à son gré, jusqu'au 31 juillet 2008, verser les sommes impayées au titre des intérêts et du principal sur paiement de la somme de 100 000 \$, plus le paiement des 15 versements annuels minimums impayés de 20 000 \$ au titre des intérêts, le montant global devant être imputé en premier lieu aux intérêts impayés qui sont dus à la date du remboursement anticipé et, en second, au principal.

1.2. ENJEUX ET ANALYSE

Selon l'Agence du revenu du Canada (« ARC »), la seule obligation absolue existante au cours des 15 premières années était le paiement prévu de 20 000 \$ par année et qu'en conséquence, la déduction des intérêts devait être limitée à cette somme. Du point de vue de l'ARC, l'obligation de verser une somme de plus de 20 000 \$ ne pouvait survenir que si, et seulement si, l'option n'était pas exercée.

La Cour d'appel rejeta cette interprétation. La juge Sharlow, parlant au nom de la Cour, conclut en premier lieu que la question de savoir si les Collins ont eu l'intention de se prévaloir de l'option de règlement et à quel moment ils avaient l'intention de le faire, ou de savoir s'ils avaient ou auraient eu les moyens de s'en prévaloir à un moment donné n'a aucune incidence sur les questions en jeu :

« [...] À mon avis, la Couronne s'est trompée concernant ce qui est éventuel. Ce n'est pas l'obligation des appelants de payer les intérêts qui est éventuelle, mais le droit des appelants de se prévaloir de l'option de règlement³. »

Ainsi, les montants, même s'ils étaient non payés, étaient déductibles.

1.3. COMMENTAIRES

Cette décision nous rappelle que ce genre de débat, une fois qu'il est admis que la comptabilité d'exercice s'applique, va survenir, car il s'ensuit qu'une somme peut être déductible, et ce, même si le prêteur peut être tenu d'annuler presque entièrement l'obligation de rembourser le principal et les intérêts.

³ Collins, précité, note 1, par. 19.

2. **L'AFFAIRE FÉDÉRATION DES MÉDECINS SPÉCIALISTES DU QUÉBEC C. SMRQ**⁴

L'intérêt de cette décision porte sur le sens à donner au mot « entreprise » que l'on retrouve à l'article 33 de la *Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec*⁵.

2.1. **LES FAITS**

- 1) La Fédération des médecins spécialistes du Québec (« Fédération ») est un syndicat professionnel qui était actionnaire majoritaire de deux sociétés : Sogemec assurances inc. (« Sogemec ») et Groupe Fonds des professionnels inc. (« Fonds »).
- 2) Sogemec est une société qui offre divers produits d'assurance aux spécialistes membres des associations affiliées de la Fédération.
- 3) Le Fonds, pour sa part, offre des services de placement et de planification financière aux spécialistes.
- 4) La Fédération avait, à l'époque pertinente, le statut d'association sans but lucratif, dont les revenus, pour les années en litige, étaient constitués exclusivement des cotisations payées par les spécialistes et d'intérêts gagnés sur les placements.

2.2. **ENJEUX ET ANALYSE**

À titre d'« employeur assujetti », la Fédération était évidemment tenue de verser les cotisations prévues aux termes de l'article 34 L.R.A.M.Q.

Cependant, aux fins d'établir le taux à utiliser dans le calcul des cotisations, la question se posait de savoir si les salaires versés (ou réputés l'être) par les filiales (c'est-à-dire Sogemec et le Fonds) devaient être pris en compte. Compte tenu du libellé de l'article 33 L.R.A.M.Q., il fallait déterminer si la Fédération exerçait une entreprise. Cet article édicte la définition suivante :

⁴ 2009 QCCQ 9742 (« Fédération des médecins spécialistes »).

⁵ L.R.Q., c. R-5 (« L.R.A.M.Q. »).

« “masse salariale totale” d’un employeur pour une année : l’ensemble des salaires, y compris un montant décrit au paragraphe c du premier alinéa de l’article 34, versés ou réputés versés au cours de l’année par l’employeur et, lorsque celui-ci exploite à la fin de l’année une entreprise dans laquelle il emploie ordinairement, pendant la totalité ou une partie de l’année, au moins un employé, que ce soit à temps plein ou à temps partiel, par tout autre employeur auquel l’employeur est associé à la fin de l’année et qui exploite à ce moment une telle entreprise; [...] ». »

La Cour devait donc trancher : doit-on donner au mot « entreprise » son sens courant et commun, tel que le prétend la Fédération, ou comme le soutient le sous-ministre, donner un sens élargi à l’expression, ce qui « [...] inclut toute activité économique organisée, peu importe que celle-ci soit poursuivie dans l’intention de faire un profit »⁶.

Le sous-ministre soutenait cette thèse en se référant principalement aux dispositions de l’alinéa 3 de l’article 1525 du *Code civil du Québec*⁷, qui se lit comme suit :

« 1525. [...] »

Constitue l’exploitation d’une entreprise l’exercice, par une ou plusieurs personnes, d’une activité économique organisée, qu’elle soit ou non à caractère commercial, consistant dans la production ou la réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation, ou dans la prestation de services. »

Après avoir analysé le cadre législatif et les principes d’interprétation des lois fiscales, le juge Tremblay conclut que « [...] le recours au droit civil est écarté s’il existe une disposition fiscale qui peut s’appliquer. Autrement, la prudence est de mise; l’on ne peut y recourir sans discernement »⁸.

Voulant assurer l’uniformité et la cohérence des lois fiscales, le juge Tremblay, se fondant sur des autorités bien établies⁹, en vient à la conclusion « [...] qu’en associant les mots *exploiter* et *entreprise*, le législateur vise une activité à caractère commercial ayant pour but de générer un profit »¹⁰.

⁶ *Fédération des médecins spécialistes*, précité, note 4, par. 14.

⁷ L.Q. 1991, c. 64.

⁸ *Fédération des médecins spécialistes*, précité, note 4, par. 34.

⁹ Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, pp. 433 et suiv.; *Elman c. SMRQ*, [1991] R.D.F.Q. 139 (C.A.); *Stiefel Canada inc. c. SMRQ*, 2009 QCCA 28.

¹⁰ *Fédération des médecins spécialistes*, précité, note 4, par. 51.

Vu sous cet angle, et se référant à des autorités incontestables¹¹, la Cour constate et conclut que l'exploitation d'une entreprise est indissociable de la recherche d'un profit, réalisé ou non.

Appliquant ces principes aux faits, le juge Tremblay donne raison à la Fédération puisque ses activités n'avaient pas pour but de réaliser un profit.

3. L'AFFAIRE CAPITAL GÉNÉRALE ÉLECTRIQUE DU CANADA INC. C. LA REINE¹²

Il s'agit de la deuxième cause¹³ canadienne dite de « prix de transfert » au cours des récentes années. Dans une décision très étoffée, le juge Hogan de la Cour canadienne de l'impôt, après audition d'un débat où pas moins de 12 témoins experts¹⁴ ont témoigné, conclut au bien-fondé de la position de la contribuable.

3.1. LES FAITS

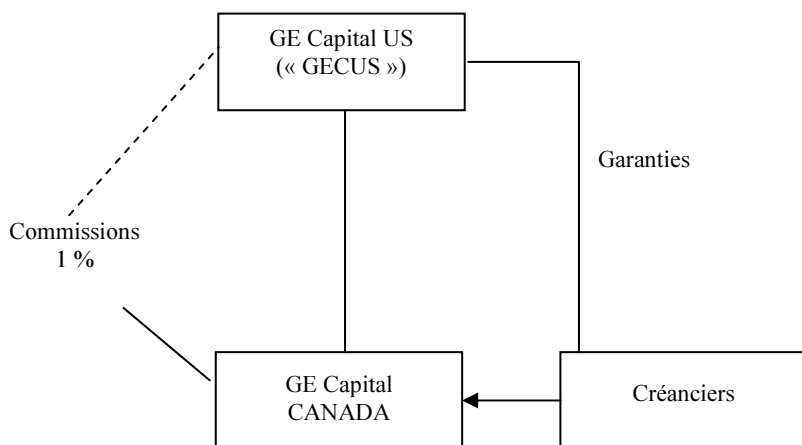
Les faits étaient simples et admis essentiellement, sauf évidemment quant à la question centrale. Le schéma suivant illustre les faits :

¹¹ *Commissaire régional à l'évaluation c. Caisse Populaire de Hearst*, [1983] 1 R.C.S. 57; *Timmins c. Canada*, [1999] 2 C.F. 563.

¹² 2009 CCI 563 (« *Capital Générale Électrique* »).

¹³ La première étant évidemment *GlaxoSmithKline inc. c. La Reine*, 2008 D.T.C. 3957 (C.C.I.).

¹⁴ Sept pour GE Canada et cinq pour le ministre.



- 1) GE Canada, filiale indirecte à part entière de GE Capital US, emprunte auprès de tierces parties, et ce, au coût le plus bas possible pour ensuite utiliser ces fonds à ses fins d'affaires (prêt ou crédit-bail).
- 2) Sur une base consolidée, les actifs de GE Canada représentaient 2 % à 2,3 % de l'actif consolidé de GECUS.
- 3) Pour les années en litige 1996 à 1998, les emprunts effectués par GE Canada se situaient entre 1,7 et 3 milliards de dollars.
- 4) Étant donné que GECUS garantissait les emprunts effectués par GE Canada, des conventions de commissions de garantie furent signées par les parties à compter de 1996 et prévoyaient le versement d'une commission de 1 % par année sur le capital des titres de créance.
- 5) Ainsi, au cours des années sous appel, les déductions suivantes au titre de la commission de garantie furent réclamées :

Année d'imposition	Commission de garantie
1996	30 974 070 \$
1997	37 149 390 \$
1998	36 339 640 \$
1999	17 586 207 \$
2000	14 378 876 \$

- 6) En cotisant, le ministre refusa ces déductions et ajouta, à titre des dividendes, la retenue d'impôt prévue à la partie XIII de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹⁵.

3.2. ENJEUX ET ANALYSE

La question, simple à poser, que devait trancher la Cour était de savoir si le prix « sans lien de dépendance » pour le service est d'au moins 100 points de base (1 %) ou, comme le soutient le ministre, nul.

La preuve voulait que GE Canada ait joui d'une cote de crédit AAA, ce qui lui permettait d'obtenir des fonds à des taux avantageux et concurrentiels.

Évidemment, le point de départ de l'analyse devait se fonder sur le texte de la législation, c'est-à-dire l'alinéa 247(2)a) L.I.R. qui se lit comme suit :

« (2) Lorsqu'un contribuable [GE Canada] [...] et une personne non-résidente [GECUS] avec laquelle le contribuable [...] a un lien de dépendance [...] prennent part à une opération ou à une série d'opérations et [...]

a) les modalités conclues [...] entre des participants [...] diffèrent de celles qui auraient été conclues entre personnes sans lien de dépendance, [...]. »

Dans cette éventualité, un redressement à la valeur « sans lien de dépendance » peut être effectué.

La thèse mise de l'avant par le ministre reposait sur les principes énoncés par l'Organisation de coopération et de développement économiques :

« De même, il ne faut pas considérer qu'une entreprise associée bénéficie d'un service intragroupe lorsqu'elle obtient des avantages accessoires qui sont uniquement imputables au fait qu'elle fait partie d'une entité plus vaste et non à l'exercice d'une activité spécifique. Par exemple, il n'y a pas de prestation de service lorsqu'une entreprise associée dispose, du seul fait de son affiliation, d'une meilleure cote de crédit, mais en général on considère qu'il y a une prestation

¹⁵ L.R.C. (1985), 5^e supp., ch. 1 et mod. (« L.I.R. »).

de service lorsque cette meilleure notation est due à une garantie d'un autre membre du groupe [...]¹⁶. » (Notre soulignement)

Ainsi, soutenait le ministre, du simple fait de son affiliation avec GECUS, GE Canada aurait eu la même cote de crédit (AAA), et ce, même en l'absence d'ententes de garanties avec ses créanciers : en d'autres termes, on était en présence d'une garantie implicite de la société mère.

Évidemment, la contribuable faisait valoir qu'en l'absence du lien de dépendance, GECUS n'aurait jamais consenti les garanties et que GE Canada, sur une base indépendante, n'aurait pu obtenir une cote de crédit AAA.

Selon l'appelante, une fois cette interprétation admise, il devenait évident que la cote de crédit devait être déterminée sur une base indépendante, ce qui, au mieux, donnerait une cote BB¹⁷.

Après analyse des concepts de « lien de dépendance » et de « sans lien de dépendance », le juge Hogan rejette l'idée que la notion de « soutien implicite » doit être écartée. Selon lui, la pression sur la réputation est exercée par les créanciers et c'est ce qui influence en tout premier lieu la cote de crédit. Écartant les arguments fondés sur l'alinéa 18(1)a) et l'article 67 L.I.R., le juge Hogan conclut ceci :

« Une charge de prix de transfert peut être éliminée en fonction des règles sur les prix de transfert sans qu'il y ait recours à l'alinéa 18(1)a), pourvu qu'il soit établi que la valeur de l'avantage tiré du service est nulle¹⁸. »

Par la suite, la Cour passe en revue les méthodes mises de l'avant par les experts, y inclus :

- l'assurance-caution;
- les *swaps* sur défaillance de crédit;

¹⁶ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, article 7.1.3.

¹⁷ Auquel cas les taux d'intérêt qu'aurait eu à payer la contribuable à ses créanciers auraient été substantiellement supérieurs.

¹⁸ *Capital Générale Électrique*, précité, note 12, par. 213.

- le taux de rendement;
- la note de crédit hypothétique.

Retenant cette dernière méthode, le juge Hogan pose la question en ces termes :

« Par conséquent, l'une des premières étapes de l'analyse est la détermination de la note des titres de créance de l'appelante avec et sans la garantie. Normalement, le prix de la garantie dépend du risque de défaut assumé par le garant. Plus la note de crédit initiale de l'émetteur sans la garantie est élevée, plus le prix est faible et inversement¹⁹. »

Ainsi, l'exercice était de déterminer si un avantage économique était obtenu par GE Canada du fait que les garanties étaient explicites plutôt que simplement implicites. À cette question, le juge Hogan répond par l'affirmative et conclut ce qui suit : « [...] que la note de crédit finale de l'appelante sans soutien explicite se situerait entre BBB- et BB+. Cela signifie que la majoration de la note entre la note indépendante et la note réelle de manière à ce qu'il soit tenu compte du soutien implicite est de trois niveaux²⁰ », ce qui l'amène à quantifier le résultat comme suit :

« [...] Gardant cela à l'esprit, je note que, selon l'approche axée sur le taux de rendement, les économies de coût d'intérêt basées sur l'écart de notes entre BBB-/BBB+ et AAA, cette dernière étant la note attribuée si la garantie de GECUS est en vigueur, correspondent à environ 183 points de base ou 1,83 % [...]. Je suis d'avis qu'une commission de garantie de 1 % est égale ou inférieure à un prix sans lien de dépendance dans les circonstances, puisque l'appelante a bénéficié d'un avantage économique net considérable grâce à l'opération²¹. »

3.3. COMMENTAIRES

Cette décision²² soulève de nombreux points de discussion, les principaux étant les suivants :

¹⁹ *Id.*, par. 235.

²⁰ *Id.*, par. 301.

²¹ *Id.*, par. 305.

²² Portée en appel devant la Cour d'appel fédérale.

- a) Aux fins de l'application des règles de prix de transfert, doit-on totalement ignorer la relation avec lien de dépendance, et ainsi ne pas tenir compte de la garantie implicite ou doit-on retenir l'existence de cette relation?
- b) Une fois cette détermination effectuée, comment se calcule l'avantage d'une garantie explicite?
- c) Plusieurs aspects ont été discutés et analysés par le juge Hogan, dont :
 - les notions de « liens de dépendance » et de « sans lien de dépendance »;
 - le rôle des experts;
 - le rôle des juges et le « droit à l'intervention »;
 - le rôle des administrateurs et des dirigeants.

PARTIE B

Pierre Zemaitis, avocat

Direction du contentieux du Revenu

Revenu Québec

1. **L'AFFAIRE BERTRAND BOUCHARD C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**¹

1.1. **LES FAITS**

M. Bouchard avait une dette d'impôt fédéral. Au même moment, il était aussi prestataire du gouvernement canadien de montants mensuels en vertu de la *Loi sur le régime de pensions du Canada*² et de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*³ (aux fins du présent texte, nous nous référons aux montants que M. Bouchard recevait en vertu de ces deux lois comme étant sa « pension »).

À un moment donné, le ministre du Revenu national a décidé de retenir 30 % de la pension mensuelle de M. Bouchard afin de l'appliquer au paiement de sa dette d'impôt fédéral.

Le ministre a effectué cette retenue en invoquant l'article 224.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁴. Cet article sera reproduit ci-après.

M. Bouchard a contesté cette décision du ministre, d'abord au moyen d'une demande de contrôle judiciaire formulée auprès de la Cour fédérale du Canada.

Le motif principal de contestation de M. Bouchard était qu'en vertu du droit civil québécois, le gouvernement ne pouvait bénéficier de la compensation afin de retenir une partie de sa pension et l'appliquer au paiement de sa dette d'impôt.

¹ 2009 CF 249; 2009 CAF 321 (« *Bouchard* »).

² L.R.C. (1985), ch. C-8.

³ L.R.C. (1985), ch. O-9.

⁴ L.R.C. (1985), 5^e supp., ch. 1 et mod. (« L.I.R. »).

1.2. LA QUESTION EN LITIGE À LA COUR

Comme vous l'avez sûrement deviné, la question en litige était de déterminer si une partie de la pension de M. Bouchard pouvait être retenue par le truchement de la compensation prévue à l'article 224.1 L.I.R.

1.3. LES PRINCIPALES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES

Tel qu'il a été mentionné ci-dessus, le gouvernement a plaidé l'application de l'article 224.1 L.I.R., lequel se lisait de la façon suivante :

« 224.1 Lorsqu'une personne est endettée envers Sa Majesté, en vertu de la présente loi [...] le ministre peut exiger la retenue par voie de déduction ou de compensation d'un tel montant qu'il peut spécifier sur tout montant qui peut être ou qui peut devenir payable à cette personne par Sa Majesté du chef du Canada. »

M. Bouchard a invoqué la *Loi sur le régime de pensions du Canada*, la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* et l'article 553 du *Code de procédure civile* du Québec⁵, qui prévoyaient, essentiellement, que sa pension était insaisissable.

M. Bouchard a aussi invoqué le deuxième alinéa de l'article 1676 du *Code civil du Québec*⁶. Cet article se lit de la manière suivante :

« 1676. La compensation s'opère quelle que soit la cause de l'obligation d'où résulte la dette.

Elle n'a pas lieu cependant, si la créance résulte d'un acte fait dans l'intention de nuire ou si la dette a pour objet un bien insaisissable. » (Notre soulignement)

1.4. LA DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

Le juge Harrington de la Cour fédérale a rejeté, sans frais, la demande de M. Bouchard et a donc conclu que le ministre pouvait retenir une partie de sa pension.

Le juge Harrington a d'abord cité l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation*⁷ en soulignant que cet article mentionne qu'il faut avoir recours aux règles en

⁵ L.R.Q., c. C-25.

⁶ L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »).

⁷ L.R.C. (1985), ch. I-21 et mod.

vigueur dans une province concernant la propriété et les droits civils **si ceci est nécessaire** en vue d'assurer l'application d'un texte de la loi fédérale dans cette province.

Aussi, il a, par la suite, exprimé :

- que l'article 224.1 L.I.R. mentionnait spécifiquement que le gouvernement pouvait exiger une retenue **par voie de compensation**;
- que l'article 224.1 L.I.R. laissait au gouvernement la discrétion de retenir moins que 100 % de ce qu'il devait à M. Bouchard au titre de pension; que, dès lors, cela indiquait clairement que l'intention du législateur fédéral n'était pas de rendre applicable, à l'article 224.1 L.I.R., **toutes les règles** de la compensation prévues au *Code civil du Québec* (dont le deuxième alinéa de l'article 1676);
- que l'intention du législateur fédéral n'était pas qu'un débiteur fiscal puisse éviter une saisie au moyen du deuxième alinéa de l'article 1676 C.c.Q.;
- qu'il y avait lieu d'appliquer la décision de la Cour d'appel fédérale rendue dans l'affaire *Marcoux c. Canada (Procureur général)*⁸;
- qu'enfin, en vertu de l'affaire *Mintzer c. Canada*⁹, les montants de pension dus par le Trésor fédéral à M. Bouchard étaient des dettes et non des obligations sociales ou des montants d'une fiducie; par ce motif, le juge Harrington a écarté l'argument selon lequel la pension à payer, par le gouvernement, à M. Bouchard, n'était pas une dette qui pouvait être compensée par une autre, à savoir la dette fiscale de M. Bouchard.

1.5. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Insatisfait de la décision du juge Harrington, M. Bouchard a donc interjeté appel auprès de la Cour d'appel fédérale.

En appel, M. Bouchard a essentiellement réitéré les mêmes moyens que ceux qui avaient été plaidés en première instance devant le juge Harrington.

⁸ 2001 CAF 92 (« *Marcoux* »).

⁹ [1996] 2 C.F. 146 (« *Mintzer* »).

La Cour d'appel, sous la plume du juge Marc Noël, a rejeté avec dépens l'appel de M. Bouchard.

Elle a d'abord réitéré que M. Bouchard devait démontrer que l'incorporation, en regard du texte de loi fédéral, des concepts de droit civil qu'il invoquait était **nécessaire** et qu'aucune règle de droit fédéral ne s'y opposait.

Au surplus, la Cour d'appel fédérale a énoncé que lorsque le législateur fédéral voulait restreindre son pouvoir d'effectuer compensation, il l'énonçait expressément, ce qu'il n'avait pas fait en ce qui concerne son article 224.1 L.I.R.

Aussi, la Cour d'appel fédérale a décidé que plusieurs indices révélaient que la compensation dont l'article 224.1 L.I.R. fait état n'est pas celle prévue au droit civil québécois, mais plutôt celle empruntée à la common law. Les indices sont, notamment :

- le fait que la compensation du droit civil québécois s'opère de plein droit (art. 1673 C.c.Q.) alors que l'article 224.1 L.I.R. prévoit que le ministre **peut** effectuer une retenue;
- le fait que, comme le soulignait le juge Harrington en première instance, en vertu de l'article 224.1 L.I.R., le gouvernement avait le pouvoir de retenir moins de 100 % de ce qu'il devait à titre de pension à M. Bouchard.

Par ailleurs, la Cour d'appel fédérale a réitéré qu'en vertu de l'affaire *Mintzer*¹⁰, la pension à être payée, par le gouvernement, à M. Bouchard, était bel et bien une dette du gouvernement et non un montant émanant d'une fiducie.

Finalement, la Cour d'appel fédérale a indiqué que la Couronne fédérale n'était pas liée par les dispositions d'insaisissabilité de la pension prévues à la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* et à la *Loi sur le régime des pensions du Canada*, et ce, en raison de l'article 17 de la *Loi d'interprétation*, qui prévoit que « nul texte lie Sa Majesté ou n'a effet sur ces droits et prérogatives » sauf indication contraire.

¹⁰ *Id.*

1.6. COMMENTAIRES

Il est à remarquer que, dans cette affaire *Bouchard*, tant la Cour fédérale que la Cour d'appel fédérale ont cité avec approbation l'arrêt *Marcoux*¹¹.

Or, dans l'arrêt *Marcoux*, la Cour a écrit au paragraphe 13 : « [...] le législateur fédéral demeure libre d'écarter le droit civil lorsqu'il légifère sur un sujet de droit qui relève de sa compétence. »

2. L'AFFAIRE *SURINTENDANT DES FAILLITES C. RAYMOND CHABOT INC., ÈS QUALITÉS DE SYNDIC ET SÉQUESTRE OFFICIEL*¹²

Voici une affaire intéressante en matière de faillite et, plus particulièrement, concernant la cession de biens d'une société en nom collectif.

2.1. LES FAITS

Dans cette affaire, la débitrice, une société en nom collectif (« s.e.n.c. »), a décidé de faire cession de ses biens en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*¹³.

Le séquestre officiel a refusé de recevoir la cession de la s.e.n.c. au motif que ladite cession n'était pas accompagnée de celles de tous les associés de cette s.e.n.c.

Vu ce refus du séquestre officiel, le syndic de faillite a présenté à la Cour supérieure une requête pour directives.

2.2. LE JUGEMENT DE LA COUR SUPÉRIEURE¹⁴

La Cour supérieure a ordonné au séquestre officiel de recevoir la cession de biens de la s.e.n.c.

¹¹ Précité, note 8.

¹² 2010 QCCA 719.

¹³ L.R.C. (1985) ch. B-3 et mod. (« L.F.I. »).

¹⁴ 2010 QCCS 2.

La Cour supérieure, en considérant l'article 49 L.F.I., a déterminé que le séquestre officiel n'avait pas le pouvoir de refuser la cession de biens de la s.e.n.c.

Plus particulièrement, la Cour supérieure a décidé que, selon les paragraphes 49(2) et 49(3) L.F.I., le séquestre officiel ne pouvait refuser une cession que si celle-ci n'était pas présentée en la forme prescrite. Or, en l'instance, la cession de la s.e.n.c. avait été présentée dans la forme prescrite.

2.3. LE JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Le surintendant des faillites a obtenu la permission d'en appeler de la décision de la Cour supérieure.

La Cour d'appel a déterminé qu'il y avait lieu de décider de la question de fond, à savoir si une cession de biens de la part d'une s.e.n.c. doit nécessairement entraîner celle des associés qui la composent.

La Cour d'appel du Québec, sous la plume du juge André Rochon, a déterminé qu'il pouvait y avoir cession de biens d'une s.e.n.c. **sans** qu'il y ait cession des biens de ses associés. Dès lors, la Cour d'appel a rejeté l'appel du surintendant des faillites et a décidé que le séquestre officiel devait accepter la cession de biens de la s.e.n.c.

La Cour d'appel a rejeté l'appel du surintendant des faillites, principalement, pour les motifs de droit suivants :

- il n'y avait, en ce qui concerne la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, aucune disposition qui indiquait clairement que la cession de biens d'une s.e.n.c. avait comme conséquence automatique la cession des biens de tous les associés de cette s.e.n.c.;
- la doctrine et la jurisprudence, qui prônaient la cession automatique des biens des associés en cas de cession de la part de la s.e.n.c., étaient basées sur une ancienne législation qui n'était même plus en vigueur;
- d'ailleurs, cette doctrine et cette jurisprudence mentionnées au paragraphe précédent ne tenaient pas compte de la nature juridique d'une s.e.n.c. telle qu'elle est formulée par le *Code civil du Québec* depuis 1994;

- la notion de s.e.n.c., au niveau du *Code civil du Québec*, présentait des similarités avec la notion de s.e.n.c. prévue au *Partnership Act*¹⁵ de Nouvelle-Écosse. Or, dans l'affaire *Langille et autre c. Banque Toronto-Dominion*¹⁶ concernant l'application du *Partnership Act* de la Nouvelle-Écosse, la Cour suprême du Canada a décidé qu'une s.e.n.c. pouvait faire l'objet d'une pétition de faillite **sans** qu'il y ait faillite des associés la composant;
- quelques décisions récentes de la Cour supérieure du Québec, à savoir *Servomotion International and Co. (Syndic de)*¹⁷ et *Distributrices S.C. (Syndic de)*¹⁸, indiquaient que la faillite d'une s.e.n.c. était distincte de celle de ses membres;
- bien qu'une s.e.n.c. ne soit pas, à proprement parler, une personne morale, elle pouvait, néanmoins, en vertu du *Code civil du Québec*, être liquidée suivant les règles applicables aux personnes morales; aussi, en vertu du *Code civil du Québec*, une s.e.n.c. pouvait ester en justice et possédait un patrimoine autonome distinct de ceux de ses associés;
- dès lors, l'interprétation de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et le *Code civil du Québec* supportaient la thèse de la cession autonome des biens d'une s.e.n.c.

2.4. COMMENTAIRES

Il ne faut pas comprendre de cette décision de la Cour d'appel qu'il ne peut jamais y avoir cession de biens des associés lorsqu'il y a cession de biens de la s.e.n.c. En effet, la Cour d'appel conclut, au paragraphe 81 de son opinion :

« [81] Le législateur fédéral, me semble-t-il, a établi des mécanismes souples et variés qui laissent l'initiative des créanciers de provoquer, tantôt la faillite de la société, tantôt la faillite de la société et des associés. En l'absence d'un texte clair, il n'appartient pas au séquestre officiel de se substituer à la volonté et à l'intérêt des créanciers. »

¹⁵ R.S.N.S. 1967, c. 224.

¹⁶ [1982] 1 R.C.S. 34.

¹⁷ J.E. 98-203 (C.S.).

¹⁸ 2002 QCCS 14509.

3. L'AFFAIRE *MARCHÉ D'ALIMENTATION GÉO PILON INC. C. SMRQ*¹⁹

Revenus tirés d'une entreprise exploitée activement ou revenus de biens? Voilà la question.

3.1. LES FAITS

Marché d'alimentation Géo Pilon inc. (« Pilon inc. ») et Supermarché Crevier Joliette inc. (« Supermarché inc. ») sont des compagnies associées au sens de la *Loi sur les impôts*²⁰.

Pilon inc. est propriétaire d'un immeuble. Supermarché inc. exploite un commerce dans l'immeuble de Pilon inc.

Supermarché inc., dans le cadre de l'exploitation de son commerce, est un franchisé. Aux fins de s'assurer que Supermarché inc. respecte ses engagements de franchisé, le franchiseur tient à être locataire de l'immeuble de Pilon inc.

La situation à l'égard de l'immeuble est donc la suivante : le franchiseur signe un contrat de location avec Pilon inc.; et il signe aussi un contrat de sous-location en regard du même immeuble avec Supermarché inc.

À noter que le loyer payé en vertu du contrat de location et celui payé en vertu du contrat de sous-location sont des montants identiques.

Aux fins fiscales, Pilon inc. a déclaré que le loyer reçu relativement à l'immeuble était un revenu tiré d'une entreprise exploitée activement.

Revenu Québec a déterminé que le loyer reçu était plutôt du revenu de biens et a imposé Pilon inc. en ce sens. À noter que la qualification du loyer a une importante incidence fiscale puisqu'un revenu tiré d'une entreprise exploitée activement est généralement imposé à un taux moindre qu'un revenu de biens.

¹⁹ 2010 QCCQ 6257.

²⁰ L.R.Q., c. I-3 et mod. (« L.I. »).

Pilon inc. a interjeté appel auprès de la Cour du Québec des cotisations par lesquelles le loyer a été déterminé, par Revenu Québec, comme étant un revenu de biens.

Pour étayer sa position, Pilon inc. a invoqué les articles 771.3 et 771.4 L.I.

3.2. LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES

Ces articles 771.3 et 771.4 L.I. se lisaient de la manière suivante en regard des années d'imposition en litige :

« 771.3. Lorsqu'un montant est payé ou devient à payer à une société donnée par une autre société à laquelle elle est associée dans une année d'imposition donnée et que la société donnée doit par ailleurs inclure ce montant dans le calcul de son revenu pour l'année donnée provenant d'un bien ou d'une entreprise de placement désignée, les règles prévues à l'article 771.4 s'appliquent aux fins de l'article 771.1.1.

771.4. Les règles visées à l'article 771.3 sont les suivantes :

a) la partie du montant visé à l'article 771.3, qui est admissible en déduction dans le calcul du revenu de l'autre société pour une année d'imposition provenant d'une entreprise admissible qu'elle exploite, est réputée être un revenu de la société donnée pour l'année donnée provenant d'une entreprise admissible qu'elle exploite;

b) tout débours ou dépense, dans la mesure où il est raisonnable de considérer ce débours ou cette dépense comme ayant été fait ou engagée par la société donnée en vue de gagner la partie visée au paragraphe *a*, est réputé avoir été fait ou engagée en vue de gagner le revenu visé au paragraphe *a*. »

3.3. LE JUGEMENT DE LA COUR DU QUÉBEC

Pilon inc. a essentiellement argué que le franchiseur n'était qu'un conduit ou un intermédiaire en ce qui a trait au loyer et qu'en réalité, c'est Supermarché inc. qui payait le loyer à Pilon inc. Aussi, comme Supermarché inc. et Pilon inc. étaient des compagnies associées, le loyer devait, en vertu des dispositions des articles 771.3 et 771.4 L.I., être considéré comme étant du revenu d'entreprise.

De son côté, Revenu Québec a essentiellement prétendu qu'en vertu des contrats entre les parties, c'est plutôt le franchiseur qui avait payé le loyer à Pilon inc. et que, comme Pilon inc. et le franchiseur n'étaient pas des

compagnies associées, les articles 771.3 et 771.4 L.I. ne pouvaient recevoir application.

Le juge de la Cour du Québec a tranché en faveur de Pilon inc.

Il a d'abord passé en revue plusieurs arrêts importants des tribunaux canadiens en matière d'interprétation des lois fiscales (notamment *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame du Bon-Secours*²¹, *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*)²², et en matière d'incidence des rapports juridiques entre les contribuables en fiscalité canadienne (*Shell Canada Ltée c. Canada*²³, *Banque Nationale du Canada c. SMRQ et Crédit-Bail Banque Nationale inc.*²⁴, *Simpsons Ltd. c. SMRQ*²⁵, *Senza inc. c. SMRQ*²⁶).

Le juge a, par la suite, conclu que Supermarché inc. était « le véritable débiteur du paiement du loyer et Pilon inc., son bénéficiaire effectif » et que le franchiseur « n'est effectivement qu'un “conduit” par lequel le paiement transite ».

Aussi, le juge a décidé que la position de Pilon inc., dans cette affaire, s'accordait avec la finalité des articles 771.3 et 771.4 L.I., à savoir de permettre « une intégration des taux d'imposition entre deux sociétés associées qui recrée un équilibre fiscal entre les deux ».

3.4. COMMENTAIRES

À noter que Revenu Québec a interjeté appel du jugement de la Cour du Québec et qu'il est à prévoir que la Cour d'appel aura à trancher sur l'importance à accorder à la réalité économique dans cette affaire.

²¹ [1994] 3 R.C.S. 3.

²² [2005] 2 R.C.S. 601.

²³ [1999] 3 R.C.S. 622.

²⁴ J.E. 97-1835 (C.A.).

²⁵ 2006 QCCA 684.

²⁶ 2007 QCCA 1335.

4. NOUVEAUTÉS EN ANNULATION ET RECTIFICATION

Voici une nouvelle en matière de requêtes en rectification ou d'annulation de documents se rapportant au domaine de la fiscalité québécoise.

Le jugement de la Cour supérieure du Québec, rendu dans *Services environnementaux AES inc. c. Agence des douanes et du revenu du Canada*²⁷, a été porté en appel par l'ARC et le sous-ministre du Revenu du Québec.

Dans cette affaire, la Cour supérieure avait permis la modification de certains documents et avait déclaré que cette modification était opposable à l'ARC et au sous-ministre du Revenu du Québec.

La Cour d'appel entendra la cause le 12 janvier 2011.

²⁷ 2009 QCCS 790.

PARTIE C*

Louis Tassé, associé, avocat
Couzin Taylor s.r.l., Avocats fiscalistes

1. L'AFFAIRE GLAXOSMITHKLINE INC. C. LA REINE¹**1.1. LES FAITS**

Il s'agit d'un appel de la décision de la Cour canadienne de l'impôt portant sur l'interprétation de l'ancien paragraphe 69(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*². Précisément, la Cour d'appel fédérale dans cette affaire a dû établir quelle était la méthode appropriée pour évaluer la « somme raisonnable » et ainsi spécifier quelles étaient les circonstances pertinentes en l'espèce qui auraient dû être prises en compte lorsque la Cour canadienne de l'impôt a effectué cette détermination.

En bref, souvenons-nous de la trame factuelle de cette cause type en matière de prix de transfert.

Dans le cadre d'un contrat d'approvisionnement, GlaxoSmithKline Inc. (« GSK » ou « Appelant ») a acheté auprès de la société suisse Adechsa S.A. (« Adechsa ») un ingrédient actif dans la production de Zantac, un médicament contre les ulcères. GSK et Adechsa étaient toutes deux des filiales de Glaxo Group Ltd. (« GGL »). Durant les années d'imposition en litige, soit de 1990 à 1993, le prix payé par GSK pour l'ingrédient actif en question a varié entre 1 282 \$ US et 1 400 \$ US par kilogramme, alors que les fabricants de produits génériques payaient un prix variant entre 149 \$ US et 236 \$ US auprès de leurs fournisseurs pour un ingrédient actif ayant exactement les mêmes caractéristiques.

En plus du contrat d'approvisionnement, GSK avait conclu un contrat de licence avec GGL en vertu duquel celle-ci accordait à GSK notamment le droit de fabriquer, d'utiliser et de vendre le médicament Zantac, le droit d'utiliser ses marques de commerce, le soutien marketing ainsi qu'une

* L'auteur tient à remercier M^e Marie-Claude Marcil de sa précieuse collaboration lors de la rédaction du présent texte.

¹ 2010 CAF 201 (« *GlaxoSmithKline* »).

² L.R.C. (1985), 5^e supp., ch. 1 et mod. (« L.I.R. »).

indemnisation à l'égard de dommages-intérêts résultant d'actions en contrefaçon. En contrepartie de ces droits et services, GSK s'engageait à verser une redevance de 6 % sur les ventes nettes de Zantac.

Le ministre avait refusé la déduction des montants payés par GSK à Adechsa pour l'acquisition de l'ingrédient actif en excédent du prix maximal par kilogramme payé par les fabricants de produits génériques. Par ailleurs, le montant excédentaire ainsi versé a été recharacterisé comme étant un dividende réputé payé à GGL, de sorte que GSK a également été cotisée en vertu de la partie XIII L.I.R. pour défaut d'avoir effectué des retenues à la source sur les dividendes réputés.

1.2. LA QUESTION EN LITIGE

La question devant la Cour d'appel fédérale était donc la suivante : le juge de la Cour canadienne de l'impôt a-t-il erré en droit en n'appliquant pas le test approprié prévu au paragraphe 69(2) L.I.R. afin de déterminer si les sommes payées par GSK à Adechsa pour obtenir l'ingrédient actif dépassaient la « somme raisonnable », c'est-à-dire la somme qu'il aurait été raisonnable de payer « eu égard aux circonstances », si lesdites parties n'avaient pas eu de lien de dépendance?

1.3. LA POSITION DES PARTIES

1.3.1. La position de GSK

L'Appelant soutient que la Cour canadienne de l'impôt n'a pas correctement interprété le paragraphe 69(2) L.I.R. de sorte que les sommes payées à Adechsa auraient dû être considérées comme « raisonnable[s] eu égard aux circonstances »³. Précisément, GSK est d'avis que le test approprié pour déterminer si le paragraphe 69(2) L.I.R. s'applique nécessite un examen complet des faits pertinents. Selon GSK, une étude contextuelle est requise de sorte que l'on doive analyser si une personne raisonnable, sans lien de dépendance, **placée dans les mêmes circonstances**, aurait accepté de déboursier la même somme que celle déboursée par GSK pour acheter ledit ingrédient. Dans cette optique, le contrat de licence aurait dû être pris en compte s'agissant d'un élément économique déterminant dans les circonstances. En effet, la Cour canadienne de l'impôt aurait dû analyser la « raisonnabilité » des sommes payées en tenant compte des droits et avantages conférés par ledit contrat de licence. Ces caractéristiques étaient

³ Par. 69(2) L.I.R.

cruciales pour déterminer quelles sommes des parties sans lien de dépendance auraient été prêtes à payer.

L'Appelant ajoute que toutes les circonstances pertinentes à l'analyse n'ont pas été considérées, notamment parce que la Cour canadienne de l'impôt a accordé, à tort, trop d'importance aux impacts fiscaux internationaux de ces transactions. De plus, GSK est d'avis que le test énoncé au paragraphe 69(2) L.I.R. ne permettait pas à la Cour canadienne de l'impôt de conclure en la « déraisonnabilité » des sommes payées à Adechsa en se basant simplement sur le fait qu'elles excédaient la juste valeur marchande (« JVM ») de l'ingrédient actif sur le marché. En effet, cette JVM n'est pas réaliste dans les circonstances puisque GSK n'aurait jamais pu acheter l'ingrédient actif à ce prix auprès des sociétés qui fournissent les fabricants de produits génériques. Puisqu'il ne s'agissait pas d'une option réelle, l'Appelant prétend qu'elle n'aurait pas dû servir de « comparable ».

Finalement, selon GSK, le juge de première instance aurait erré en droit en concluant que les sommes payées à Adechsa pour l'ingrédient actif au cours des années en litige étaient sujettes à des retenues fiscales en vertu de la partie XIII L.I.R. Selon l'Appelant, si les sommes payées à Adechsa sont considérées comme « raisonnable[s] eu égard aux circonstances », aucun dividende réputé ne sera attribué et ne devrait être inclus dans le revenu en vertu du paragraphe 56(2) et de l'alinéa 214(3)a) L.I.R.

1.3.2. La position de l'Agence du revenu du Canada

L'Agence du revenu du Canada (« ARC ») soutient que les comparables à utiliser sont les transactions où seul l'ingrédient actif a été vendu. Le contrat de licence ne devrait pas influencer l'analyse de la « somme raisonnable ». Subsidiairement, même si l'on devait tenir compte du contrat de licence de pair avec le contrat d'approvisionnement, l'Appelant n'a pas fourni de preuves probantes, pour appuyer ses prétentions, qu'un tiers sans lien de dépendance aurait acquiescé à payer le même prix pour l'ingrédient actif dans ces circonstances.

De plus, l'ARC souligne que la norme de révision applicable est celle de la décision correcte et qu'ainsi la décision de la Cour canadienne de l'impôt devrait être maintenue puisqu'elle n'a pas commis d'erreur manifeste et déraisonnable.

Finalement, l'ARC soutient que le principe de la « somme raisonnable eu égard aux circonstances » doit s'interpréter à la lumière du principe de lien de dépendance et celui du jugement d'affaires raisonnable.

L'ARC consent aussi que la responsabilité de GSK en vertu de la partie XIII L.I.R. sera tributaire de la décision rendue quant à la portée du paragraphe 69(2) L.I.R. et de l'impôt payable en vertu de la partie I L.I.R.

1.4. LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT

Le juge Rip a rejeté l'argument de GSK en affirmant que le contrat d'approvisionnement et le contrat de licence devaient être considérés séparément. Se fondant sur l'arrêt *Singleton c. Canada*⁴, il a conclu qu'il est nécessaire d'observer la transaction en cause indépendamment des circonstances et autres transactions qui l'entourent, pour ensuite considérer le traitement fiscal qui en découle.

En ce qui a trait à la question des méthodes de prix de transfert, la Cour a accepté l'argument de l'ARC selon lequel l'ingrédient actif produit par des fabricants de produits génériques permettait de recourir à la méthode du prix comparable sur le marché libre (« PCML »). En concluant ainsi, la Cour pouvait faire abstraction des fonctions respectives de GGL (détention des biens incorporels) et de GSK (fabrication, marketing et distribution) qui auraient été pertinentes si la Cour avait adopté une méthode basée sur le profit.

La Cour a accepté la position de la Couronne en se servant du prix d'achat de l'ingrédient actif vendu par les fabricants de produits génériques comme « comparable » parfait et en concluant que le prix de transfert payé par GSK était trop élevé. Le prix de transfert déterminé par la Cour était ainsi égal au prix le plus élevé payé par les fabricants de produits génériques, plus un montant additionnel de 25 \$ par kilogramme pour tenir compte de la granulation de l'ingrédient actif effectuée par Adechsa. GSK était donc forclos de déduire l'excédent du prix payé sur le prix de transfert déterminé par la Cour.

D'autre part, GSK a été assujettie à des rajustements secondaires. La Cour a jugé que le montant excédentaire payé par GSK pour l'ingrédient actif constituait un dividende réputé payé par GSK à GGL par l'effet du paragraphe 56(2) L.I.R. et de l'alinéa 214(3)a) L.I.R. GSK avait donc l'obligation d'effectuer une retenue en vertu du paragraphe 215(1) L.I.R.

En dernier lieu, il est important de noter que la Cour a appuyé explicitement l'application des principes de l'Organisation de coopération et

⁴ 2001 CSC 61 (« *Singleton* »).

de développement économiques en matière de prix de transfert, notamment en ce qui concerne la hiérarchie des méthodes de prix de transfert (PCML, prix de revente, prix de revient majoré, partage des bénéfices et méthode transactionnelle de la marge nette), affirmant ainsi la primauté de la méthode PCML lorsqu'elle est disponible.

1.5. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Selon la Cour d'appel fédérale, le juge de première instance avait erré en droit lorsqu'il a conclu, sur les bases de l'arrêt *Singleton*, que le contrat de licence ne devait pas être considéré dans la détermination de la « somme raisonnable ». D'abord, le juge Nadon de la Cour d'appel fédérale note que l'arrêt *Singleton* ne devrait pas trouver application pour déterminer la portée du paragraphe 69(2) L.I.R. En effet, dans cette affaire, la disposition en litige était le sous-alinéa 20(1)c)(i) L.I.R. qui, lui, n'exige pas une analyse du contexte qui sous-tend l'emprunt. Il s'agit d'une disposition qui nécessite seulement la détermination de l'usage fait des fonds empruntés, c'est-à-dire d'établir si les sommes ont été utilisées dans le but de gagner un revenu. Puisque les deux dispositions ne sont en aucun cas semblables – la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Singleton* a confirmé que la « fin économique véritable » de l'emprunt ne devait pas être considérée –, ce principe ne peut être transposé et trouver application en l'espèce.

De plus, la Cour d'appel fédérale a accepté l'argument de GSK selon lequel le juge en chef Rip de la Cour canadienne de l'impôt avait erré dans l'interprétation du paragraphe 69(2) L.I.R. Selon la Cour d'appel fédérale, toutes les circonstances entourant les transactions doivent être prises en compte afin de déterminer la « somme raisonnable ». Confirmant les prétentions de l'Appelant, la Cour d'appel fédérale a conclu, à la lumière de la jurisprudence présentée, qu'une approche contextuelle s'imposait et que le standard applicable était de déterminer si une partie sans lien de dépendance, au courant de toutes les circonstances pertinentes entourant les transactions, aurait accepté de payer le même prix. En d'autres termes, les réalités économiques qui sous-tendent les transactions ne doivent jamais être ignorées lorsque l'on applique le test prévu au paragraphe 69(2) L.I.R. En l'espèce, il était nécessaire de se demander si une partie sans lien de dépendance aurait été prête à payer les mêmes sommes pour l'achat de l'ingrédient actif sachant qu'elle obtenait ainsi le droit notamment de revendre celui-ci sous la marque de commerce de Zantac. Le juge Nadon a donc accepté l'argument de l'Appelant selon lequel le contrat de licence, par les avantages incontestables qu'il octroyait, devait être considéré dans l'analyse des circonstances pertinentes à la détermination de la « somme raisonnable ». La Cour canadienne de l'impôt ne devait donc pas se baser

uniquement sur la JVM de l'ingrédient actif auprès des fabricants de produits génériques.

Bien que la Cour d'appel fédérale ait accueilli l'appel, le juge Nadon a préféré ne pas établir la valeur de cette « somme raisonnable » au cœur du litige, étant d'avis que la Cour canadienne de l'impôt était en meilleure position pour revoir cette détermination. Étant donné l'ampleur de la preuve déposée et des témoignages entendus, le juge Nadon a renvoyé le dossier à la Cour canadienne de l'impôt pour nouvelle audition et reconsidération.

Évidemment, la responsabilité de l'Appelant selon la partie XIII L.I.R. ne sera déterminée que lorsque la détermination de la « somme raisonnable » en vertu du paragraphe 69(2) L.I.R. et ses conséquences seront établies.

1.6. COMMENTAIRES

Lors du Congrès 2008⁵, nous avons exprimé l'opinion que des parties sans lien de dépendance n'auraient jamais conclu un contrat d'approvisionnement sans tenir compte du contrat de licence. La Cour d'appel fédérale confirme que les termes du contrat d'approvisionnement ne peuvent être examinés dans un vacuum.

Il serait intéressant de voir comment ce dossier évoluera, dans la mesure où les parties ne profiteraient pas de cette décision de la Cour d'appel fédérale pour en arriver à un règlement. En effet, la Cour canadienne de l'impôt a plusieurs options à sa disposition : rendre une décision sur la base de la preuve et des plaidoiries au dossier, ne permettre aucune preuve additionnelle mais entendre de nouvelles plaidoiries ou encore permettre aux parties de soumettre une preuve additionnelle et de plaider de nouveau le dossier. Or, il est clair, à la lecture de la décision de la Cour canadienne de l'impôt, que GSK a présenté une preuve pour démontrer que le rendement global (c'est-à-dire en tenant compte des redevances prévues au contrat de licence et du prix convenu au contrat d'approvisionnement) était raisonnable dans les circonstances. Sur cette base, les trois options mentionnées précédemment sont envisageables.

Dans la mesure où le prix de transfert doit être déterminé en fonction de l'ensemble des circonstances, incluant donc les termes du contrat de licence,

⁵ Voir Louis TASSÉ, « Partie C – Jurisprudence fiscale récente », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 27:25-34, à la page 27:33.

il faudra voir si la question qui nous apparaissait primordiale dans ce dossier⁶ sera examinée dans le cadre d'une éventuelle reprise de l'audition.

Finalement, alors que l'audition en Cour canadienne de l'impôt s'était échelonnée sur plus de neuf semaines, la Cour d'appel fédérale a entendu l'appel fait par GSK en une seule journée.

2. L'AFFAIRE CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)⁷

2.1. LES FAITS

Le 8 septembre 2010, le juge Marc-André Blanchard rendait sa décision dans l'affaire *Chambre des notaires du Québec* dans laquelle il a invalidé certaines dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* jugeant qu'elles contrevenaient au secret professionnel des notaires et des avocats.

Dans cette affaire, la Chambre des notaires du Québec (« Chambre ») avait demandé à la Cour supérieure de déclarer inconstitutionnels les articles 231.2 et 231.7 L.I.R. ainsi que l'alinéa 5 du paragraphe 232(1) L.I.R. qui permettaient aux fonctionnaires de l'ARC d'agir au nom du ministre et d'exiger, à l'aide de demandes péremptoires, que les avocats et les notaires fournissent de l'information concernant leurs clients. En effet, la Chambre jugeait que ces dispositions étaient inconstitutionnelles en vertu des articles 7, 8 et 52 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁸ puisqu'elles violent le secret professionnel des conseillers juridiques, un droit fondamental protégé par la Charte. Appuyée par le Barreau du Québec, la Chambre a aussi demandé à ce que la Cour supérieure confirme que certains documents jouissent d'une protection *prima facie* grâce au principe du secret professionnel et, subséquemment, qu'elle déclare que ces documents ne puissent pas faire l'objet de demandes péremptoires. Ces documents incluaient notamment : les actes notariés non publiés, le répertoire des actes en minute, les actes sous seing privé, les offres d'achat, les procurations, les mandats, les correspondances, les avis juridiques, les requêtes,

⁶ *Id.* Une fois que les fonctions respectives de chaque partie ont été correctement rémunérées, qui a droit au profit résiduaire?

⁷ 2010 QCCS 4215 (« *Chambre des notaires du Québec* »).

⁸ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, L.R.C. (1985), app. II, n° 44 (« Charte »), annexe B.

les documents relatifs à la comptabilité en fidéicommiss, les comptes d'honoraires, les ébauches de projets, etc.

2.2. LA POSITION DES PARTIES

La Chambre basait ses prétentions notamment sur l'arrêt *Lavallee, Rackel et Heintz c. Canada (Procureur général)*⁹ arguant que les dispositions devraient être jugées inopérantes puisqu'elles ne prévoient pas de méthodes adéquates qui assurent le respect du secret professionnel. Au contraire, elles permettent à l'ARC d'obtenir des documents sans que le client visé puisse être mis au courant et exigent que le conseiller juridique démontre que le secret professionnel s'applique avant que les documents ne puissent effectivement jouir d'une protection. Ce processus est inconstitutionnel de l'avis de la Chambre d'autant plus qu'ainsi, la protection du secret professionnel repose complètement sur la compétence du conseiller juridique et sa capacité à soulever le caractère confidentiel des documents en temps opportun. La Chambre soulignait aussi le fait que certaines dispositions exigent que les notaires révèlent le nom et la dernière adresse du client avant de pouvoir bénéficier de la mise sous scellés, et ce, avant même qu'un tribunal puisse juger du caractère confidentiel des documents. Ce mécanisme viole donc, selon la Chambre, l'article 37 du *Code de déontologie des notaires*¹⁰.

La Chambre soutenait aussi que les menaces de poursuites pénales dans les lettres de demandes péremptoires mettent en péril le secret professionnel puisqu'elles peuvent engendrer des décisions précipitées qui ne seraient pas nécessairement prises dans le meilleur intérêt du client.

Pour sa part, l'ARC soutenait que la Charte était respectée et donc que les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en litige ne devraient pas être invalidées. Principalement, l'ARC soutenait plutôt que le mécanisme en place est suffisant pour assurer la protection du secret professionnel puisqu'un juge doit d'abord analyser la situation avant d'autoriser l'accès ultime aux documents. De plus, l'ARC était d'avis que la prétention de la Chambre était basée sur des craintes injustifiées pour lesquelles aucune preuve n'avait été présentée. Finalement, il a été plaidé devant la Cour supérieure qu'il n'existait aucun problème d'ordre constitutionnel lorsque la situation était analysée dans son contexte, c'est-à-dire à la lumière du fait

⁹ [2002] 3 R.C.S. 209 (« *Lavallee* »).

¹⁰ R.R.Q., c. N-3, r.0.2.

qu'il n'était pas question de dispositions applicables dans le cadre de poursuites criminelles, et qu'il existait toujours des recours en cas extrêmes de demandes abusives. De toute façon, ce n'est qu'en dernier recours que de telles demandes péremptoires sont adressées aux notaires et aux avocats. Selon elle, les dispositions en litige sont donc valides et en accord avec les objectifs que s'est fixés la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Si les dispositions étaient rendues inconstitutionnelles, cela « créerait un paradis fiscal dans les bureaux d'avocats et de notaires au Québec »¹¹.

2.3. LA DÉCISION

La Cour supérieure a tranché en faveur de la Chambre et a adopté sa position en totalité. Dans sa décision exhaustive, le juge Blanchard a d'abord apporté certaines précisions quant à l'étendue du secret professionnel du notaire. D'abord, il a précisé que le notaire jouissait des mêmes obligations que l'avocat de respecter le droit de son client au secret professionnel. Ensuite, par une revue complète de la jurisprudence des 30 dernières années en matière de secret professionnel de l'avocat, le juge Blanchard a souligné l'évolution dans l'étendue de ce principe à travers les années. Le droit à la confidentialité découlant de la relation avocat-client s'est transformé grâce à l'arrêt *Descôteaux c. Mierzwinski*¹² « de règle de preuve, en règle de fond »¹³ et s'est établi, au cours des années, comme principe fondamental devant être respecté dès les premières démarches effectuées par le client auprès de l'avocat. Selon le juge Blanchard, c'est à la lumière des décisions clés de la Cour suprême dans les arrêts *Lavallee* et *Maranda c. Richer*¹⁴ traitant de la validité des mandats de perquisition que le secret professionnel du notaire doit être analysé. Le secret professionnel doit donc être compris comme étant un privilège devant demeurer aussi absolu que possible de telle sorte que les dispositions législatives doivent toujours s'assurer d'en respecter l'étendue et que celles qui posent un problème d'atteinte potentielle doivent être interprétées de façon restrictive. Finalement, le juge Blanchard a tenu à préciser qu'il était de jurisprudence constante que le secret professionnel devait toujours obtenir une protection « forte et généreuse »¹⁵ et que les documents couverts par le secret professionnel ne devaient être divulgués

¹¹ *Chambre des notaires du Québec*, précité, note 7, par. 30.

¹² [1982] 1 R.C.S. 821.

¹³ *Chambre des notaires du Québec*, précité, note 7, par. 43.

¹⁴ [2003] 3 R.C.S. 193.

¹⁵ *Société d'énergie Foster Wheeler Ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination de déchets (SIGED) inc.*, [2004] 1 R.C.S. 456.

qu'en cas de nécessité absolue. Aucune distinction entre le droit civil et le droit criminel ne doit non plus être faite quant à la détermination de la portée du secret professionnel.

À la lumière de ces principes, la Cour supérieure s'est penchée sur la validité des dispositions législatives qui sous-tendent ce litige. Le juge Blanchard a précisé que la question était de déterminer si « le privilège générique qui découle du droit au secret professionnel est, de façon contextuelle, plus important que la recherche de la vérité »¹⁶ qui est l'objectif visé des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Traitant d'abord des articles 231.2 et 231.7 L.I.R., le juge Blanchard a accepté les prétentions de la Chambre et conclu que la procédure prévue à ces articles ne permettait pas au client de veiller adéquatement à la protection de son droit au secret professionnel puisqu'il n'existe aucune règle exigeant que celui-ci soit mis au courant des demandes péremptoires. Seuls les notaires ou les avocats doivent être avisés de la demande. De plus, le juge a constaté que le délai de cinq jours octroyé pour obtenir l'ordonnance était beaucoup trop court et mettait en péril la protection du secret professionnel. Le fait que l'on ne doive pas démontrer que les demandes sont faites en dernier recours a aussi incité la Cour supérieure à conclure à l'inconstitutionnalité de ces dispositions. Finalement, puisque aucune disposition ne prévoit une période raisonnable afin que le professionnel puisse s'opposer et invoquer le secret professionnel pour protéger l'information obtenue, il ne fait aucun doute pour le juge Blanchard que cette lacune est fatale et confirme qu'il y a atteinte à l'article 8 de la Charte. Les articles ont donc été déclarés inopérants en vertu de l'article 52 de la Charte.

En ce qui concerne l'alinéa 5 de l'article 232(1) L.I.R. qui prévoit qu'un relevé comptable d'un avocat ne doit pas être considéré comme une communication protégée par le secret professionnel, cette disposition a aussi été jugée constitutionnellement inopérante. Le juge Blanchard a ainsi distingué une décision récente¹⁷ en droit de la famille où l'on avait permis la divulgation des montants des honoraires jugeant que les montants des sommes payées, eux, n'étaient pas couverts par le secret professionnel. Selon la Cour supérieure, cette décision n'est pas conforme aux nombreux enseignements de la Cour suprême « qu'il ne doit plus subsister de dichotomie entre "fait" et "communication" et que, *prima facie*, tous les gestes, documents, et informations sont couverts par le secret

¹⁶ *Chambre des notaires*, précité, note 7, par. 86.

¹⁷ *R.L. c. M.S.*, 2010 QCCS 1186.

professionnel »¹⁸, de sorte que cette disposition doit être jugée comme portant atteinte de façon abusive au principe fondamental qu'est le droit au secret professionnel.

Après avoir jugé inconstitutionnelles et rendu inopérantes les dispositions en litige, le juge Blanchard a précisé qu'il incombera au législateur de mettre en place un nouveau régime qui respecte le secret professionnel, et qu'il devrait proposer une procédure analogue à celle en matière de perquisition. Le cas échéant, cela supposerait que l'ARC doive obtenir une autorisation judiciaire au préalable devant une cour de justice avant d'avoir accès à des documents protégés par le secret professionnel. Le fardeau incomberait donc maintenant à l'ARC de démontrer à un juge d'une cour supérieure que les documents qu'elle souhaite obtenir ne sont pas protégés, renversant ainsi l'ordre établi.

2.4. COMMENTAIRES

Il est intéressant de noter que cette nouvelle approche proposée par le juge Blanchard rend obsolètes les demandes péremptoires auprès d'un notaire ou d'un avocat puisque l'ARC devra maintenant s'adresser directement à une cour supérieure pour obtenir de l'information protégée. Ce faisant, la Cour supérieure renverse le mécanisme de la procédure en faisant reposer sur l'ARC le fardeau de démontrer que les documents ne sont pas protégés par le secret professionnel plutôt que l'inverse.

Notons aussi que le juge Blanchard n'a pas accepté que l'application de ses conclusions soit suspendue pour une période d'un an, et ce, même si la Chambre ne s'opposait pas à cette demande de la part de l'ARC. Le juge Blanchard a souligné l'inaction du législateur à la suite de la décision de la Cour suprême en 2002 dans l'affaire *Lavallee*, alors que des dispositions semblables du *Code criminel*¹⁹ ont été invalidées. Il confirme toutefois que sa décision ne vise pas à punir le législateur mais qu'il souhaite plutôt s'assurer que le respect du secret professionnel soit privilégié par rapport à d'autres considérations d'ordre administratif.

Finalement, le juge Blanchard a accordé toutes les conclusions que la Chambre recherchait, en s'assurant toutefois de les rédiger de sorte que cette

¹⁸ *Chambre des notaires*, précité, note 7, par. 109.

¹⁹ L.R.C. (1985), ch. C-46 et mod.

décision s'applique autant aux notaires qu'aux avocats de la province du Québec.

3. L'AFFAIRE *MATTE C. SMRQ*²⁰

3.1. LES FAITS

Dans cette affaire, le fiscaliste Guy Matte (« l'appelant ») conteste les avis de cotisation établis par Revenu Québec (« l'intimé ») pour les années 2003 et 2004 qui lui refuse la déduction de ses dépenses de stationnement. En effet, l'appelant avait déduit respectivement 3 000 \$ et 3 100 \$ pour les années en litige, c'est-à-dire 75 % des frais qu'il a dû déboursier pour louer un espace de stationnement situé dans l'immeuble qui abrite ses bureaux. Selon lui, puisque les dépenses liées à l'utilisation de son véhicule ont été accordées jusqu'à concurrence de 75 % des dépenses ayant été engagées pour gagner un revenu, les dépenses de stationnement du véhicule en question devraient être déductibles suivant la même logique. Précisément, l'appelant prétend devoir utiliser son automobile dans le cadre de sa pratique afin de rencontrer ses clients et solliciter une nouvelle clientèle à Montréal et dans ses banlieues. L'appelant estime donc que la dépense liée aux frais de stationnement lui permet notamment d'éviter des dépenses de taxi lorsqu'il doit se déplacer pour offrir ses services. L'appelant appuie d'ailleurs toutes ses prétentions à l'aide d'une liste des clients qu'il a dû visiter ainsi qu'une liste des nouveaux dossiers qu'il a ouverts durant les années en litige.

3.2. LA QUESTION EN LITIGE

La question en litige devant la Cour du Québec était de déterminer si les dépenses reliées au stationnement étaient déductibles en vertu de la *Loi sur les impôts*²¹.

3.3. LA POSITION DES PARTIES

Selon l'appelant, les dépenses de stationnement devraient être déductibles au même titre que les dépenses liées à l'utilisation dudit véhicule puisqu'elles ont été engagées pour gagner un revenu au sens de l'article 128 L.I. De plus, l'appelant suggère qu'il était dans l'intention du législateur de permettre les dépenses pour les frais de stationnement puisque depuis

²⁰ 2010 QCCQ 5736.

²¹ L.R.Q., c. I-3 et mod. (« L.I. »).

l'abrogation de l'article 133.1 L.I. qui interdisait clairement ce type de dépense en 1990, la *Loi sur les impôts* est maintenant silencieuse à cet effet.

Selon l'intimé, il s'agit plutôt d'une dépense personnelle, donc non déductible en vertu de l'article 133 L.I., et il incombe à l'appelant de démontrer que la cotisation n'est pas valide tel que le prévoit l'article 1014 L.I. L'intimé soutient que les frais de stationnement devraient plutôt subir le même traitement que les dépenses de déplacement entre le domicile et le lieu d'affaires et ainsi être refusés.

3.4. LA DÉCISION

La Cour a accepté l'argument de l'appelant basé sur l'intention du législateur, et a confirmé que l'abrogation de la disposition était « une manifestation de la volonté du législateur d'empêcher cette interdiction »²². Ceci étant, le tribunal devait seulement déterminer si les dépenses déduites se rapportaient à l'entreprise de l'appelant et si celles-ci avaient été engagées pour gagner un revenu provenant de cette entreprise. En l'espèce, la Cour a conclu que les dépenses de stationnement n'étaient pas des dépenses personnelles mais bel et bien des dépenses engagées pour gagner un revenu d'entreprise. Celles-ci devaient donc être traitées de la même façon que les dépenses pour l'utilisation dudit véhicule et donc être déductibles. Par conséquent, les frais de stationnement de l'appelant ont été accordés à hauteur de 75 %.

3.5. COMMENTAIRES

De façon générale, les tribunaux ont reconnu que les déplacements entre la résidence et le lieu de travail habituel étaient de nature personnelle. En l'espèce, l'intimé a prétendu que si le déplacement en voiture était de nature personnelle, les coûts de stationnement, par extension, devaient l'être tout autant. L'appelant a toutefois présenté son dossier « par l'autre bout de la lorgnette », en faisant le rapprochement non pas avec la partie personnelle des déplacements mais plutôt la partie affaires.

Cette décision a été rendue par la Cour du Québec, siégeant en division des petites créances. Elle ne crée donc pas de précédent. Malgré tout, les tribunaux ont reconnu à quelques reprises la validité des principes dégagés par la Cour canadienne de l'impôt en matière de procédure informelle en tant que précédent. Le juge Bowman, tel qu'il était alors, a effectivement

²² *GlaxoSmithKline*, précité, note 1, par. 17.

exprimé de façon très catégorique l'opinion selon laquelle rien ne l'empêchait d'appliquer les principes dégagés dans une décision de procédure informelle bien motivée et articulée, voyant la règle quant à l'absence de précédent comme une exception à la règle du *stare decisis* plutôt qu'une interdiction de s'y référer²³. Cette décision a été citée à quelques reprises avec approbation par la Cour canadienne de l'impôt²⁴.

4. L'AFFAIRE *MRN C. MORRIS ET AUTRES (RCI TRUST)*²⁵

4.1. LES FAITS

Au cours de l'année 2006, RCI Trust (« Fiducie RCI »), qui était une fiducie résidente de la Barbade mais dont les bénéficiaires étaient résidents canadiens, a disposé d'un certain nombre d'actions d'une société canadienne imposable nommée RCI Environnement Inc. (« Actions RCI ») pour un produit de disposition de 145 M\$. Cette transaction en faveur d'une société canadienne liée, soit Les Investissements Historia Inc. (« Historia »), a engendré un gain en capital équivalent à 144 999 800 \$. Le 4 mai 2006, les fiduciaires de la Fiducie RCI, M. Morris et M. Smith (« Fiduciaires »), informaient l'ARC de la vente des Actions RCI et par le fait même, soumettaient une demande pour la délivrance d'un certificat de conformité (« Certificat 116 ») en vertu de l'article 116 L.I.R. puisqu'il s'agissait d'une vente de biens canadiens imposables. Ce certificat aurait permis de relever Historia de son obligation, selon le paragraphe 116(5) L.I.R., de retenir une partie du produit de disposition et de devoir le remettre à titre d'impôt pour le compte de la Fiducie RCI, le vendeur non résident.

En l'espèce, cette demande de certificat est au cœur du litige. En effet, les Fiduciaires ont demandé la délivrance du Certificat 116 au motif qu'aucun impôt n'était exigible à l'issue de la transaction de par l'application du paragraphe 4 de l'article XIV de l'*Accord entre le Canada et la Barbade tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*²⁶ relatif au gain en capital.

²³ *Mourtzis c. La Reine*, 94 D.T.C. 1362 (C.C.I.).

²⁴ Voir notamment *Boland c. La Reine*, 93 D.T.C. 1362 (C.C.I.) et *Duha Printers (Western) Ltd. c. La Reine*, 95 D.T.C. 828 (C.C.I.).

²⁵ 2009 CAF 373.

²⁶ C. 1980-81, ch. 44 (« Convention »).

Bien qu'il n'ait existé à l'époque aucune disposition dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* équivalente aux paragraphes 116(5) et 116(5.01) L.I.R. que l'on retrouve depuis 2008, prévoyant maintenant une exemption spéciale aux exigences de l'article 116 L.I.R. lorsqu'il y a disposition de « biens exemptés par traité », l'ARC détenait quand même un pouvoir discrétionnaire lui permettant de relever un contribuable de son obligation de payer ladite retenue. Conformément à sa politique interne établie dans la *Circulaire d'information 72-17R5*²⁷, l'ARC pouvait exempter un non-résident des exigences de l'article 116 L.I.R. lorsqu'il démontrait qu'il s'agissait d'une transaction exonérée d'impôt au Canada en vertu d'une convention et qu'il présentait toute la documentation requise.

Dans cette affaire, l'ARC avait toutefois refusé de délivrer ledit Certificat 116 et d'exercer son pouvoir discrétionnaire prévu dans la circulaire. Précisément, l'ARC semblait réticente à délivrer un Certificat 116, n'ayant pas assez de détails sur la Fiducie RCI pour conclure qu'elle était uniquement résidente de la Barbade et donc que la Convention trouvait application. L'ARC avait effectivement fait une demande de renseignements supplémentaires que les Fiduciaires avaient ignorée. L'ARC craignait que la Fiducie RCI puisse avoir un statut de double résidence en raison de l'article 94 L.I.R. qui répute résidente du Canada une fiducie étrangère ayant des bénéficiaires canadiens. Au final, l'ARC a donc refusé de délivrer le Certificat 116 sans que soit obtenu un paiement ou une garantie.

Les intimés prétendent toutefois que l'ARC aurait dû exercer sa discrétion et fournir le Certificat 116 sans avoir à payer un montant à titre d'impôt ou à titre de garantie. C'est pour cette raison qu'ils ont d'abord procédé à une demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale afin qu'elle puisse ordonner à l'ARC de délivrer le Certificat 116. En Cour fédérale, les intimés ont eu gain de cause. Cette affaire a ensuite été portée en appel.

4.2. LA QUESTION EN LITIGE

La question au cœur de ce litige est de savoir si les dispositions d'une convention fiscale ont préséance sur les règles fiscales internes de sorte que l'ARC aurait dû exercer sa discrétion et délivrer le Certificat 116 en vertu de

²⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information 72-17R5*, « Procédures concernant la disposition de biens canadiens imposables par des non-résidents du Canada – Article 116 », 15 mars 2005.

la circulaire lorsque le contribuable peut bénéficier d'une exonération prévue à la Convention.

4.3. LA POSITION DES PARTIES

L'ARC prétend qu'elle a compétence pour déterminer le statut de résidence de la Fiducie RCI ainsi que l'application éventuelle de la Convention à la situation d'espèce. L'ARC souligne que ce n'est qu'après avoir pris une décision quant au traitement fiscal de la transaction que les Fiduciaires peuvent voir à ce que la question soit tranchée. Les Fiduciaires auraient d'abord dû déposer leur déclaration de revenus afin qu'un avis de cotisation soit établi, et ensuite décider s'ils désiraient en appeler de la décision devant la Cour canadienne de l'impôt. De plus, l'ARC soutient que la Cour fédérale n'avait pas compétence pour ordonner l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre ni pour établir le statut de résidence de la Fiducie RCI puisque la question n'avait pas été traitée au préalable par les autorités fiscales canadiennes par le biais d'une nouvelle cotisation.

Les Fiduciaires soutiennent au contraire que l'ARC avait l'obligation d'accorder le Certificat 116 puisque la transaction était exempte d'impôt grâce à l'application du paragraphe 4 de l'article XIV de la Convention. Il s'agirait selon eux d'une transaction impliquant une société canadienne et une fiducie uniquement résidente de la Barbade « en raison de son domicile, de sa résidence, de son siège de direction ou de tout autre critère de nature analogue »²⁸. Les intimés prétendent que l'ARC n'avait donc pas la discrétion de refuser la délivrance du Certificat 116 dans de telles circonstances.

4.4. LA DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

La demande de contrôle judiciaire a été accordée en Cour fédérale. D'abord, la Cour fédérale a accepté la position des Fiduciaires quant à la question de la résidence de la Fiducie RCI. En effet, il ne s'agissait pas d'une situation de double résidence puisque aucun facteur physique ne permettait de lier la Fiducie RCI au Canada de manière à créer un problème de double résidence, et que les critères établis à l'article 94 L.I.R. ne devraient pas être considérés. La Fiducie RCI était donc uniquement résidente de la Barbade. Dans ce contexte où, grâce à l'application d'un traité, aucun impôt n'est exigible, la Cour fédérale a précisé que l'ARC ne devait pas appliquer l'article 116 L.I.R. comme mécanisme de perception mais uniquement

²⁸ Convention, précité, note 26, art. IV, par. 1.

comme moyen de retenir une partie de l'impôt lorsque celui-ci est ultimement payable.

Finalement, la Cour fédérale a établi qu'elle avait compétence pour rendre une décision exécutoire, déterminer si les Actions RCI étaient des biens exemptés par traité et ordonner la délivrance dudit certificat sur ces bases. Selon la Cour fédérale, l'ARC avait outrepassé ses pouvoirs en ne délivrant pas le Certificat 116 sur les bases d'un potentiel problème de double résidence.

4.5. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel et conclu en faveur de l'ARC. En effet, la Cour d'appel fédérale a conclu que la Cour fédérale n'avait pas compétence pour statuer sur le refus du ministre de délivrer le Certificat 116. Plutôt, la Fiducie RCI devait d'abord produire une déclaration de revenus pour son année 2006 en litige, attendre l'établissement de l'avis de cotisation et, si elle était insatisfaite, s'adresser à la Cour canadienne de l'impôt pour faire appel de la cotisation. Selon la Cour d'appel fédérale, il ne s'agissait pas tant du recours approprié que de s'adresser à la Cour fédérale pour obtenir un jugement déclaratoire sur la question de la délivrance du Certificat 116; l'ARC doit d'abord pouvoir prendre position et ensuite établir une cotisation s'il y a lieu. La détermination de l'application éventuelle de la Convention pour exonérer le contribuable de tout impôt ne devrait pas être effectuée dans le cadre de la délivrance du Certificat 116, mais bien dans le cadre du processus de cotisation.

Selon la Cour d'appel fédérale, il n'est pas pertinent que la Fiducie RCI ne soit pas tenue par la *Loi de l'impôt sur le revenu* de produire une déclaration de revenus en vertu du paragraphe 150(1) L.I.R. Une telle déclaration devait quand même être soumise afin d'amorcer le processus de cotisation et ainsi obtenir le droit d'en appeler de la décision de l'ARC. Ce principe dérive du fait que l'article 116 L.I.R. est un mécanisme législatif permettant une retenue d'impôt à la source ou le dépôt d'une garantie qui a pour but de faciliter et protéger le recouvrement des impôts dus en vertu de la partie I L.I.R. Il ne s'agit pas d'un mécanisme pour déterminer si le contribuable a l'obligation de payer des impôts sur ses gains en capital.

Finalement, puisqu'il s'agit d'une discrétion administrative que de délivrer un certificat de conformité en vertu de l'article 116 L.I.R., la Cour fédérale n'avait pas le pouvoir de forcer l'ARC à exercer celle-ci en faveur du contribuable lorsque aucun paiement ou aucune garantie n'avait été reçu. La position administrative de l'ARC est claire : le Certificat 116 peut être

délivré sans qu'un paiement ou une garantie soit fourni seulement lorsque le ministre est satisfait que le gain en capital est exempt d'impôt. Dans le cas contraire, le contribuable doit se conformer aux règles prévues à l'article 116 L.I.R. même s'il prétend en l'applicabilité d'une convention fiscale. L'appel a donc été accueilli et la décision de la Cour fédérale renversée.

4.6. COMMENTAIRES

La problématique soulevée par cette affaire est le délai de réponse de l'ARC à la suite d'une demande de Certificat 116. La décision de la Cour fédérale permettait d'espérer que ce délai pourrait être réduit dans la mesure où un recours pouvait être exercé pour forcer l'ARC à délivrer un Certificat 116. En rejetant cette approche, la Cour d'appel fédérale nous renvoie à la case départ et forçant le contribuable à produire une déclaration de revenus, attendre l'établissement d'un avis de cotisation, produire un avis d'opposition et produire un avis d'appel en Cour canadienne de l'impôt. Un tel processus sera évidemment fort long.

En concluant que le recours exercé par le contribuable n'était pas approprié, la Cour d'appel fédérale n'avait plus à se prononcer sur la question de la résidence de la fiducie et du rôle des règles internes. Il faudra donc attendre un autre litige pour avoir des indications à ce sujet de la part des tribunaux.

PARTIE D

Martin Gentile, juriste expert, avocat
Ministère de la Justice Canada

1. L'AFFAIRE *HACHÉ C. LA REINE*¹

1.1. LES FAITS

En février 2001, M. Haché, un pêcheur commercial ayant détenu des permis de pêche pour le poisson de fond et le crabe des neiges pendant 25 ans, s'est prévalu du programme d'accès aux pêches mis en place par le ministère des Pêches et Océans (« MPO »). Ce programme visait à obtenir le retrait volontaire de permis de pêcheurs non autochtones afin de donner accès aux premières nations à des permis de pêche commerciaux ainsi qu'à leur fournir des bateaux et équipements.

Le permis pour le poisson de fond avait été octroyé le 19 avril 2000 pour la période du 1^{er} janvier 2000 au 14 mai 2001. M. Haché n'avait pas reçu les conditions afférentes à ce permis, puisque la pêche pour ces espèces était interdite en raison d'un moratoire qui existait depuis 10 ans.

Le permis pour le crabe des neiges a été octroyé le 13 avril 2000 pour la période du 15 avril 2000 au 15 août 2000. Des conditions concernant la quantité maximale de crabe qu'il pouvait capturer, les zones de pêche ainsi que les obligations à respecter pour exercer son droit étaient rattachées à ce permis.

Au début de février 2001, M. Haché a présenté une demande en vertu de ce programme au MPO en demandant un prix de 3 209 518,20 \$.

Le 26 février 2001, M. Haché a signé une entente suivant laquelle il se déclarait titulaire de deux permis de pêche, l'un pour le poisson de fond, l'autre pour le crabe des neiges, et il abandonnait tous les privilèges et les droits s'y rattachant. De plus, il s'engageait à transférer son navire et ses équipements à une communauté autochtone.

¹ 2010 CCI 10.

Le 9 mars 2001, le MPO contresignait l'entente et s'engageait à verser à M. Haché la somme de 3 050 000 \$, dont 2 583 465 \$ était attribuable aux permis.

Dans sa déclaration de revenus, M. Haché a déclaré un montant de 2 825 000 \$ qu'il a reçu comme le produit de disposition d'une immobilisation admissible qu'il considérait comme non imposable.

L'Agence du revenu du Canada (« ARC ») a considéré un montant de 2 583 465 \$ comme le produit de disposition des deux permis de pêche de M. Haché et l'a imposé au titre de bien en immobilisation admissible. Mais lors de l'audition, la position de l'ARC était que le montant était imposable comme gain en capital.

1.2. LA QUESTION EN LITIGE

Est-ce que M. Haché a disposé d'un bien en rétrocédant ses permis de pêche au MPO et ainsi a-t-il réalisé un gain en capital imposable?

1.3. LES ARGUMENTS DES PARTIES

M. Haché invoquait le fait que le permis était valide seulement si certaines conditions y étaient rattachées. Selon lui, aucune condition n'avait été définie pour le permis de poisson de fond étant donné le moratoire qui empêchait la pêche de ce type de poisson. En ce qui a trait au permis de pêche au crabe des neiges, il était périmé au moment de signer l'entente.

L'ARC, quant à elle, arguait que le montant de 2 583 465 \$ avait été versé à M. Haché en contrepartie du retour de ses permis de pêche auxquels des droits étaient rattachés, faisant en sorte qu'il y avait disposition d'un bien, donc que l'appelant avait réalisé un gain en capital.

1.4. LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT

La juge Lamarre a premièrement déterminé qu'un permis ne comportait aucun droit acquis outre les droits accordés pour la période pour laquelle il était délivré et que seul un permis de pêche assorti d'un droit propriétairel sur des prises effectuées pouvait s'apparenter à un droit de propriété en common law.

Mais elle a conclu en expliquant que M. Haché n'était plus titulaire d'aucun permis de pêche valide au moment où il a signé l'entente avec le MPO puisque, dans le cas du permis pour poisson de fond, il n'a jamais été

valide en raison du moratoire et comme le permis de pêche au crabe était périmé, aucun droit ne pouvait être rattaché à ces permis, ce qui aurait pu leur conférer un droit de propriété.

Conséquemment, elle est d'avis que la somme en litige de 2 583 465 \$ ne provenait pas de la disposition d'un bien et qu'elle ne pouvait donner lieu à un gain en capital imposable au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*².

1.5. COMMENTAIRE

La décision de la Cour canadienne de l'impôt a été portée en appel devant la Cour d'appel fédérale par l'ARC.

Dans cette affaire, la Cour canadienne de l'impôt n'a pas suivi la Cour suprême dans l'affaire *Saulnier c. Banque Royale du Canada*³. La décision de la Cour d'appel fédérale sera importante puisque pour le moment, la situation est plutôt ambiguë et on peut croire que l'industrie de la pêche doit vouloir que la situation soit clarifiée afin que les pêcheurs puissent planifier leurs affaires adéquatement.

De plus, la notion de bien sera examinée de nouveau par la Cour d'appel fédérale.

Cette décision pourrait également avoir un impact lors de la disposition d'autres types de permis en fonction du texte de leur loi habilitante.

2. L'AFFAIRE LA SUCCESSION DU DÉFUNT DONALD MILLS C. LA REINE⁴

2.1. LES FAITS

Le 1^{er} mai 2001, feu Donald Mills (« M. Mills ») a vendu les 21 500 000 actions ordinaires qu'il détenait dans la société 3748278 Canada inc. (« 3748278 ») à 100935 Canada inc. (« 100935 ») pour un prix de 11 653 000 \$. À l'époque de la vente, M. Mills était l'unique actionnaire et administrateur des sociétés 3748278 et 100935.

² L.R.C. (1985), 5^e supp., ch.1 et mod. (« L.I.R. »).

³ 2008 CSC 58.

⁴ 2010 CCI 443.

100935 a payé le prix de vente en signant un billet à ordre de 11 653 000 \$ qui ne portait pas intérêt, au nom de M. Mills.

Pour des raisons de planification fiscale, M. Mills a considéré le produit de disposition de la transaction comme un dividende réputé en vertu de l'alinéa 84.1(1)b) L.I.R. et conséquemment, il a inclus un montant de 11 222 515 \$ à ses revenus en vertu de l'alinéa 12(1j) L.I.R.

En 2002, 100935 a connu des difficultés financières. Après avoir transféré certains actifs à M. Mills en paiement partiel, elle est devenue incapable de rembourser le solde de 10 588 133 \$.

Dans sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition 2002, M. Mills a réclamé une déduction en vertu de l'alinéa 20(1)p) L.I.R. pour le solde de 10 588 133 \$ qui restait à payer à l'égard du billet à ordre. De cette somme, il a appliqué un montant de 306 506 \$ en 2002 et il a reporté des montants de 199 950 \$ en 1999 et 10 081 593 \$ en 2000.

L'ARC a refusé la déduction de 10 588 133 \$ réclamée par M. Mills.

2.2. LA QUESTION EN LITIGE

Malgré le fait qu'il ait considéré le produit de disposition de 11 653 000 \$ comme un dividende réputé en vertu de l'alinéa 84.1(1)b) L.I.R., est-ce que M. Mills avait quand même droit à la déduction de 10 588 133 \$ qu'il a réclamée en vertu de l'alinéa 20(1)p) L.I.R.?

2.3. LES ARGUMENTS DES PARTIES

L'ARC a allégué qu'en raison du fait qu'il avait considéré le produit de disposition de la vente comme un dividende réputé en vertu de l'alinéa 84.1(1)b) L.I.R., M. Mills ne pouvait avoir droit à la déduction pour mauvaise créance en vertu de l'alinéa 20(1)p) L.I.R. Comme il est dit dans l'affaire *Terrador Investments Ltd. et autres c. La Reine*⁵, un montant réputé être un dividende en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui est présumé avoir été payé et reçu par M. Mills en vertu de l'alinéa 84.1(1)b), ne peut également être une créance au sens de l'alinéa 20(1)p) L.I.R.

L'appelante a voulu distinguer la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Terrador*. Premièrement, elle a argué que dans cette affaire, il

⁵ [1999] 3 C.T.C. 520 (C.A.F.) (« *Terrador* »).

s'agissait d'un choix du contribuable de considérer le montant comme un dividende réputé alors qu'ici, l'application de l'alinéa 84.1(1)b) L.I.R. était automatique.

Également, elle invoquait le fait que dans ce cas-ci, contrairement à l'affaire *Terrador*, le billet à ordre constituait la totalité du prix de vente, donc le montant payé et réputé avoir été reçu était égal au produit de disposition, le plein montant du billet à ordre avait donc été inclus au revenu de M. Mills en vertu de l'alinéa 12(1j) L.I.R.

Conséquemment, le solde impayé par 100395 était déductible en vertu de l'alinéa 20(1p) L.I.R.

2.4. LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT

La juge Sheridan était d'avis que l'analyse de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Terrador* était applicable en l'espèce.

La juge était d'avis que M. Mills avait choisi de déclencher l'application de l'alinéa 84.1(1)b) L.I.R. pour des raisons de planification fiscale au lieu de procéder par roulement pour le transfert de ses actions.

Elle a également conclu qu'il n'était pas exact pour l'appelante de dire que le montant du dividende réputé était le même que celui du billet à ordre. En effet, le montant du billet n'était seulement qu'un des éléments du calcul prévu à l'alinéa 84.1(1)b) L.I.R.

Finalement, en citant la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Terrador*, elle a conclu qu'une fois que M. Mills avait choisi de considérer le billet à ordre comme un dividende réputé payé et reçu en vertu de l'alinéa 84.1(1)b) L.I.R., le billet à ordre perdait alors sa nature pour l'application de la loi.

L'appelante n'ayant pu démontrer que le billet à ordre était une créance qui lui était due, et que ce montant avait été inclus à son revenu dans une année antérieure, elle ne peut se prévaloir de la déduction prévue à l'alinéa 20(1p) L.I.R.

2.5. COMMENTAIRE

Cette décision de la Cour canadienne de l'impôt a récemment été portée en appel devant la Cour d'appel fédérale par l'appelante. La Cour a conclu comme elle l'a fait en alléguant que le contribuable avait structuré ses

affaires comme il le désirait et qu'il devait vivre avec les conséquences de ses choix.

3. L'AFFAIRE VAILLANCOURT-TREMBLAY C. LA REINE⁶

3.1. LES FAITS

La famille Tremblay a détenu pendant plusieurs années une entreprise de câblodistribution québécoise du nom de Télésag inc. par le biais d'une compagnie de gestion appelée Les Placements M.H.T. inc. (« MHT »).

En 1989, MHT a vendu ses actions de Télésag inc. à la société publique Le Groupe Vidéotron ltée (« Vidéotron ») en contrepartie d'actions privilégiées de cette dernière par voie de roulement en vertu de l'article 85.1 L.I.R.

Au début de 1994, les membres de la famille ont entrepris une réorganisation de leurs affaires en vue de vivre à l'étranger.

Ils ont donc vendu leurs actions de MHT à 9000-8855 Québec inc. (« 8855 »), une société nouvellement constituée dans le cadre de la réorganisation. Ils ont procédé par voie de roulement en vertu de l'article 85.1 L.I.R. en échange d'actions de catégorie « A » de cette dernière.

Ensuite, Vidéotron a fractionné ses actions subalternes sur la base de deux pour une et 8855 a fait de même à l'égard de ses actions de catégorie « A ». À la suite du fractionnement, la famille Tremblay détenait 3 103 044 actions de catégorie « A » de 8855.

Vidéotron et la famille Tremblay ont par la suite procédé à un échange d'actions en vertu de l'article 85.1 L.I.R., par lequel Vidéotron a alors émis à la famille Tremblay 3 103 044 actions subalternes contre la totalité des actions émises et en circulation du capital-actions de 8855.

8855 a cessé l'exploitation de son entreprise au même moment. Vidéotron a ensuite liquidé 8855 et les débentures ainsi que les actions privilégiées détenues par 8855 ont été distribuées à Vidéotron et annulées.

L'ARC a inclus un dividende imposable dans le revenu des membres de la famille Tremblay en vertu du paragraphe 84(2) L.I.R.

⁶ 2009 CCI 6; 2010 CAF 119.

3.2. LES QUESTIONS EN LITIGE

Est-ce que le paragraphe 84(2) L.I.R. s'applique à l'échange d'actions en litige et est-ce que ces dispositions peuvent s'appliquer conjointement avec celles de l'article 85.1 L.I.R.?

3.3. LES ARGUMENTS DES PARTIES

Les appelants alléguaient qu'en raison de l'application de l'article 85.1 L.I.R. à l'échange entre eux-mêmes et Vidéotron, le paragraphe 84(2) L.I.R. ne pouvait s'appliquer.

Ils arguaient également qu'aucun des actifs de 8855 n'avait été distribué ou autrement attribué de quelque façon que ce soit aux appelants.

L'ARC soutenait que les dispositions de l'article 85.1 L.I.R. pouvaient s'appliquer conjointement avec les dispositions du paragraphe 84(2) L.I.R., car ces dispositions sont toutes aussi spécifiques l'une que l'autre. De plus, les biens de 8855 ont été distribués ou autrement attribués à ses actionnaires, par l'émission des actions subalternes de Vidéotron à la famille Tremblay, puisque cette émission avait le même effet que la conversion des titres que 8855 détenait dans Vidéotron, de sorte que cette émission constituait un rachat indirect des actifs que 8855 détenait dans Vidéotron.

3.4. LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT

Le juge Favreau a conclu à la non-application du paragraphe 84(2) L.I.R. étant donné qu'aucun bien de 8855 n'avait été distribué ou autrement attribué à la famille Tremblay lors de l'échange d'actions avec Vidéotron.

Pour ce faire, il s'est fondé sur les faits et a appliqué le paragraphe 84(2) L.I.R. de façon stricte.

En fait, il a conclu que les actions subalternes émises par Vidéotron aux appelants en contrepartie des actions de 8855 étaient de nouvelles actions et qu'elles n'existaient pas auparavant.

Ces actions subalternes avaient une nature juridique différente des actions privilégiées et des débentures détenues par 8855. Le droit de conversion rattaché à ces dernières n'en faisait pas des biens légalement identiques aux actions subalternes.

Le juge a également conclu que le paragraphe 84(2) L.I.R. pouvait s'appliquer à une transaction régie par l'article 85.1 L.I.R. puisque rien dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne l'empêchait spécifiquement.

3.5. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La juge Trudel a confirmé la décision de la Cour canadienne de l'impôt quant à la non-application du paragraphe 84(2) L.I.R. en l'espèce.

Pour ce faire, elle s'est fondée sur les principes d'interprétation énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Canada Trustco Mortgage Co. c. Canada*⁷, c'est-à-dire : « lorsque le libellé d'une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle important dans le processus d'interprétation ».

Les conditions du paragraphe 84(2) L.I.R. exigent que les biens de 8855 soient distribués aux appelants. En l'espèce, comme il s'agissait d'actions nouvellement émises de Vidéotron qui se sont retrouvées entre les mains de la famille Tremblay à la suite de l'échange d'actions, elles n'étaient pas des biens ayant appartenu à 8855.

De plus, l'ARC n'a pas invoqué le trompe-l'œil et ne s'est pas servie de la règle générale antiévitement de l'article 245 L.I.R. Comme l'opération juridique et le paragraphe 84(2) L.I.R. sont clairs, l'effet juridique étroit et sans ambiguïté de la réorganisation doit être respecté.

La Cour d'appel fédérale a également rejeté l'argument de l'ARC selon lequel les dispositions du paragraphe 84(2) L.I.R. peuvent s'appliquer lorsque les biens de la société subissent des modifications avant de se retrouver entre les mains des actionnaires. L'ARC invoquait le fait qu'il y avait eu transformation des biens de 8855 avant qu'ils aient été distribués aux appelants. La Cour d'appel fédérale ne s'est pas prononcée sur l'application conjointe de l'article 85.1 et du paragraphe 84(2) L.I.R. Le juge Blais était dissident quant à l'application du paragraphe 84(2) L.I.R. en l'espèce, mais il ne s'est pas prononcé sur l'application conjointe du paragraphe 84(2) et de l'article 85.1 L.I.R.

⁷ 2005 CSC 54.

3.6. COMMENTAIRE

Cette décision de la majorité ne restreint pas une interprétation plus large du paragraphe 84(2) L.I.R. et elle ne restreint pas non plus l'application conjointe du paragraphe 84(2) et de l'article 85.1 L.I.R.

La portée de cette décision semble plutôt limitée, puisqu'elle vise les faits particuliers à cette affaire.

4. L'AFFAIRE *EXIDA.COM LTD. C. LA REINE*⁸

4.1. LES FAITS

L'appelante est une société américaine qui exploite une entreprise au Canada. Elle devait produire une déclaration de revenus du Canada, mais elle l'a produite en retard pour les années en litige.

Elle n'avait aucun impôt à payer pour chacune de ces années.

Comme elle a produit ses déclarations de revenus tardivement, une pénalité pour production tardive de 2 500 \$ lui a été imposée pour chacune des années d'imposition 2003, 2004 et 2005 en vertu du paragraphe 162(2.1) L.I.R.

4.2. LA QUESTION EN LITIGE

Est-ce qu'une société non résidente qui exploite une entreprise au Canada doit payer une pénalité pour production tardive de sa déclaration de revenus lorsqu'elle n'a aucun impôt à payer pour l'année d'imposition en question en vertu des paragraphes 162(2.1) ou 162(7) L.I.R.?

4.3. LES ARGUMENTS DES PARTIES

L'ARC alléguait qu'un contribuable est passible de la pénalité prévue au paragraphe 162(1) L.I.R. lorsqu'une déclaration de revenus est produite en retard. Le fait que cela pourrait mener à une pénalité nulle n'a aucune importance. Conséquemment, la société non résidente était passible de la pénalité prévue au paragraphe 162(2.1) L.I.R.

⁸ 2009 CCI 373.

L'appelante était d'avis que la pénalité prévue au paragraphe 162(1) L.I.R. est applicable seulement dans les cas où un impôt est payable.

4.4. LES DÉCISIONS DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT

La Cour canadienne de l'impôt a rendu des décisions contradictoires sur l'application du paragraphe 162(2.1) L.I.R. dans des situations factuelles très similaires.

En effet, dans l'affaire *Goar, Allison & Associates inc. c. La Reine*⁹, le juge Miller avait conclu qu'une société non résidente qui ne doit payer aucun impôt et qui produit tardivement sa déclaration de revenus au Canada ne peut être passible de la pénalité pour production tardive prévue au paragraphe 162(2.1) L.I.R.

Il ajoute qu'il est d'avis que le paragraphe 162(7) L.I.R. ne peut s'appliquer dans ces circonstances en raison de son texte trop ambigu, qui doit être interprété en faveur du contribuable.

Dans la présente affaire, la juge Woods a effectué une analyse textuelle, contextuelle et téléologique du paragraphe 162(2.1) L.I.R.

Elle a conclu que les mots du paragraphe 162(2.1) L.I.R., « la pénalité dont une société est passible pour défaut de produire une déclaration de revenus pour une année d'imposition aux termes de ces paragraphes » (par. 162(1) et 162(2) L.I.R.), englobent les circonstances du présent appel, donc ils s'appliquent si la société non résidente pouvait être assujettie à une pénalité en vertu du paragraphe 162(1) L.I.R. parce qu'elle a omis de produire une déclaration de revenus à temps.

Selon son interprétation des dispositions pertinentes, la juge a conclu que l'appelante était susceptible de faire l'objet d'une pénalité en vertu du paragraphe 162(1) L.I.R., donc que la condition préalable à l'application du paragraphe 162(2.1) L.I.R. était remplie.

La juge a finalement conclu que, étant donné qu'une société non résidente pouvait être passible d'une pénalité en vertu du paragraphe 162(1) L.I.R., la pénalité prévue au paragraphe 162(7) L.I.R. ne pouvait recevoir application dans les circonstances.

⁹ 2009 CCI 174.

4.5. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Dans une décision unanime sous la plume du juge Noël, la Cour d'appel fédérale a expliqué, malgré l'analyse contextuelle et téléologique de la juge Woods dans cette affaire, qu'elle ne peut donner un sens au texte qu'il ne saurait avoir.

Conséquemment, une société non résidente n'ayant aucun impôt à payer ne peut être tenue ou obligée de payer une pénalité en vertu du paragraphe 162(1) L.I.R., car une telle pénalité ne peut lui être imposée.

Comme le paragraphe 162(2.1) L.I.R. ne s'applique pas, la Cour d'appel fédérale a conclu qu'en raison du fait que la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne prévoit pas de pénalité dans un cas comme celui-ci, où l'appelante n'a pas produit sa déclaration de revenus à temps, la première condition préalable à l'application du paragraphe 162(7) L.I.R. était remplie et comme l'appelante est en défaut, elle est passible de la pénalité qui y est prévue.

4.6. COMMENTAIRE

La Cour d'appel fédérale a tranché le débat soulevé par les décisions contradictoires de la Cour canadienne de l'impôt. En confirmant l'application du paragraphe 162(7) L.I.R. à la situation en l'espèce, on donne du mordant à la *Loi de l'impôt sur le revenu* en ce qui a trait aux sociétés non résidentes qui produisent leur déclaration de revenus tardivement.

JURISPRUDENCE RÉCENTE SUR LA RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT



Denis Lacroix
Notaire, M. Fisc., associé
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	28:3
1. LES APPELS ENTENDUS.....	28:3
1.1. L'AFFAIRE <i>ELLEN REMAI (EXÉCUTRICE TESTAMENTAIRE DE LA SUCCESSION DE FRANK REMAI) C. LA REINE</i>	28:3
1.2. L'AFFAIRE <i>LEHIGH CEMENT LIMITED C. LA REINE</i>	28:7
1.2.1. La décision de la Cour d'appel fédérale	28:7
1.2.2. La requête pour permission d'appeler déposée par le Ministère.....	28:11
1.3. L'ARRÊT <i>COLLINS & AIKMAN PRODUCTS CO. C. LA REINE</i>	28:12
1.4. L'AFFAIRE <i>FIDUCIE FAMILIALE GARRON C. LA REINE</i>	28:16

2.	LES CAUSES PENDANTES	28:20
2.1.	DEVANT LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE	28:20
2.1.1.	L'affaire <i>Antle Trust c. La Reine</i>	28:20
2.2.	DEVANT LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT	28:25
2.2.1.	L'affaire <i>Rodan Energy Solutions Inc. c. La Reine</i>	28:25
2.2.2.	L'affaire <i>GTE Venezuela c. La Reine</i>	28:28
2.2.3.	Les affaires <i>Air Liquide Canada Inc. c. La Reine</i> et <i>Vitalaire Canada Inc. c. La Reine</i>	28:32
3.	L'AFFAIRE <i>COPTHORNE HOLDINGS LTD. C. LA REINE</i>, À SUIVRE... ..	28:35
	CONCLUSION	28:40

INTRODUCTION*

Dans le cadre de notre dernière revue de la jurisprudence récente portant sur la règle générale antiévitement (« RGAÉ »)¹, nous notions que les tribunaux n'avaient pas suivi de manière systématique la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Lipson c. La Reine*². En effet, dans une large mesure, les tribunaux avaient continué à s'appuyer sur l'approche rigoureuse de la décision *La Reine c. Hypothèques Trustco Canada*³ plutôt que de prendre en considération le résultat final des opérations mises en place par le contribuable.

Sur le plan de l'application par les tribunaux de la RGAÉ, cette année a été favorable aux contribuables puisqu'ils ont eu gain de cause dans les trois affaires décidées par la Cour d'appel fédérale. Des affaires soulevant des questions importantes pour l'application des critères de la RGAÉ restent néanmoins pendantes devant les différents niveaux de juridiction. À travers l'étude des affaires jugées cette année, de celles pendantes devant la Cour suprême ou la Cour d'appel fédérale et de certaines affaires devant être entendues par la Cour canadienne de l'impôt, nous tenterons de démontrer quelle est l'approche désormais mise en œuvre par les tribunaux.

1. LES APPELS ENTENDUS

1.1. L'AFFAIRE ELLEN REMAI (EXÉCUTRICE TESTAMENTAIRE DE LA SUCCESSION DE FRANK REMAI) C. LA REINE⁴

Dans cette affaire, la Cour d'appel fédérale a décidé, le 19 novembre 2009, que la RGAÉ ne s'appliquait pas à l'opération permettant à un contribuable de bénéficier du crédit d'impôt pour dons de bienfaisance

* L'auteur tient à remercier M^e Marie Blanchard-Sow de son aide dans la rédaction de ce texte.

¹ Denis LACROIX, « Revue de la jurisprudence récente sur la règle générale antiévitement », dans *Congrès 2009*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, pp. 24:1-36; *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e supp., ch. 1 et mod (« L.I.R. »), par. 245(2).

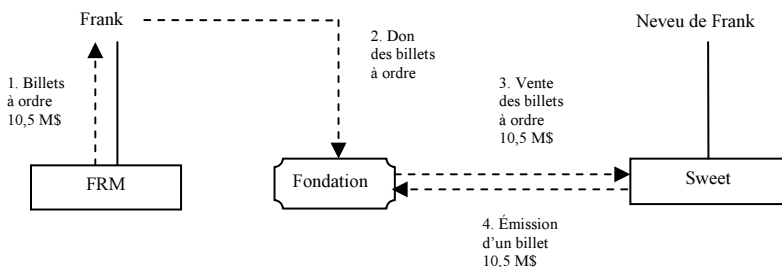
² 2009 D.T.C. 5549 (C.S.C.) (« *Lipson* »).

³ [2005] 2 R.C.S. 601 (« *Trustco Canada* »).

⁴ 2009 D.T.C. 6257 (C.A.F.) (« *Remai* »).

correspondant au don à sa fondation privée de billets à ordre émis par une société qu'il contrôlait.

Le contribuable, Frank Remai (« Frank ») était actionnaire unique de F.R. Management Ltd. (« FRM »). En 1998 et 1999, FRM a payé à Frank des frais de gestion, sous forme de billets à ordre pour un montant total de 10,5 M\$. Frank a ensuite remis les billets à sa fondation privée, la Ellen Remai Foundation (« Fondation »), et a réclamé les crédits d'impôt pour dons de bienfaisance correspondants. Le ministère du Revenu national a refusé d'accorder le crédit demandé au motif que les billets étaient des titres non admissibles aux fins du crédit d'impôt puisqu'ils avaient été émis par une personne (FRM) avec laquelle Frank avait un lien de dépendance⁵.



Le contribuable, ayant réalisé qu'un titre non admissible peut par la suite devenir admissible si l'organisme de bienfaisance en dispose à un tiers avec lequel le donateur n'a pas de lien de dépendance, a mis en place l'opération suivante : les billets détenus par la Fondation ont été achetés par Sweet Developments Ltd. (« Sweet »), une société contrôlée par le neveu de Frank. Sweet a ensuite émis un billet d'un montant identique à la Fondation. À la suite de cette opération, Frank a demandé le crédit d'impôt pour dons de bienfaisance, considérant que les titres étaient désormais admissibles. Le Ministère a refusé d'accorder le crédit demandé au motif que Frank et Sweet avaient un lien de dépendance lors de la vente des billets. Il a également prétendu que la RGAÉ s'appliquait à l'opération.

⁵ Par. 118.1(13) et 118.1(18) L.I.R.

La décision de la Cour canadienne de l'impôt

La Cour canadienne de l'impôt, dans une décision dont nous avons traité lors d'une conférence précédente⁶, a rejeté les arguments du Ministère. Elle a jugé que Frank et Sweet étaient réputés n'avoir aucun lien de dépendance au moment de la vente des billets par la Fondation à Sweet. S'appuyant sur l'arrêt *Trustco Canada*, elle a, par ailleurs, considéré que la RGAÉ ne s'appliquait pas à l'opération. Elle a conclu que l'opération n'était pas abusive et qu'au contraire, elle était explicitement autorisée par la disposition en cause.

La décision de la Cour d'appel fédérale

La Cour d'appel fédérale devait donc déterminer si la disposition des billets par la Fondation constituait une opération sans lien de dépendance et, dans l'affirmative, si la disposition des billets constituait un abus dans l'application de la loi, tombant sous le coup de la RGAÉ.

Sur la question du lien de dépendance, la Cour d'appel fédérale a confirmé la conclusion de la Cour canadienne de l'impôt⁷. Elle s'est ensuite penchée sur la question de l'application de la RGAÉ. Puisque les parties avaient admis que la vente de billets avait procuré un avantage fiscal au contribuable et qu'elle constituait une opération d'évitement, il restait à la Cour à déterminer si l'opération constituait un abus aux fins du paragraphe 245(4) L.I.R. dans l'application des dispositions portant sur les titres non admissibles.

La Cour d'appel fédérale a indiqué qu'il convenait d'identifier l'objet et l'esprit des dispositions relatives aux titres non admissibles afin de déterminer si le fait d'accorder le crédit d'impôt pour dons de bienfaisance les contrecarrait. La Cour a rappelé les normes de contrôle qu'elle devait appliquer à la décision de la Cour canadienne de l'impôt, tel qu'elles

⁶ Denis LACROIX, « Revue de la jurisprudence récente sur la règle générale antiévitement », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 20:1-22.

⁷ La Cour d'appel fédérale a néanmoins considéré que la Cour canadienne de l'impôt avait mal interprété une des dispositions sur lesquelles elle avait fondé sa décision (al. 251(1)c) L.I.R.). Toutefois, cette erreur d'interprétation ne modifiait pas la conclusion puisque la Cour canadienne de l'impôt avait correctement appliqué les critères jurisprudentiels permettant de conclure que l'opération avait été effectuée sans lien de dépendance.

ressortent de l'arrêt *Trustco Canada*. L'identification des objectifs visés par une disposition législative constitue une question de droit, susceptible de contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte. La question de savoir si l'opération examinée constitue un abus dans l'application des dispositions applicables est quant à elle une question mixte de droit et de fait, susceptible de contrôle selon la norme de l'erreur manifeste et dominante⁸.

Dans l'analyse de l'objet des dispositions en cause, la Cour d'appel fédérale parvient à une conclusion identique à celle de la Cour canadienne de l'impôt, mais sur un fondement légèrement différent, en précisant davantage la question de l'évaluation de la valeur d'un billet à ordre. Elle rappelle d'abord que la valeur d'un billet dépend de la capacité de l'émetteur de l'honorer. Par conséquent, si l'organisme de bienfaisance dispose du titre non admissible dans le délai prescrit dans le cadre d'une opération sans lien de dépendance et que le tiers l'achète à sa valeur nominale, le Ministère peut présumer que c'est là sa juste valeur marchande (« JVM ») et accorder un crédit d'impôt pour don de bienfaisance du même montant⁹. La disposition dont l'abus est allégué visait donc à permettre à un contribuable de demander le crédit d'impôt lorsque le donataire cède le titre non admissible à un tiers sans lien de dépendance, ce qui constitue la nature même de l'opération effectuée par Frank¹⁰.

La Cour d'appel fédérale a par ailleurs rejeté l'argument du Ministère selon lequel les dispositions relatives aux titres non admissibles visent à empêcher que des contribuables puissent bénéficier du crédit d'impôt pour don de bienfaisance alors qu'ils conservent le contrôle des fonds correspondants. En effet, d'une part, les difficultés soulevées par ce mécanisme sont spécifiquement traitées dans d'autres dispositions de la loi et ne constituent pas l'objet des dispositions plus générales en cause¹¹. D'autre part, rien dans la preuve ne démontre que le contrôle des fonds par Frank ait été un facteur déterminant dans l'opération.

La Cour d'appel fédérale a conclu que l'opération ne constituait pas un abus dans l'application des dispositions visant les titres non admissibles et ne tombait donc pas sous le coup de la RGAÉ prévue à l'article 245 L.I.R. Pour traiter cette question, la Cour d'appel s'est appuyée exclusivement sur

⁸ *Remai*, précité, note 4, par. 54.

⁹ *Id.*, par. 45.

¹⁰ *Id.*, par. 54.

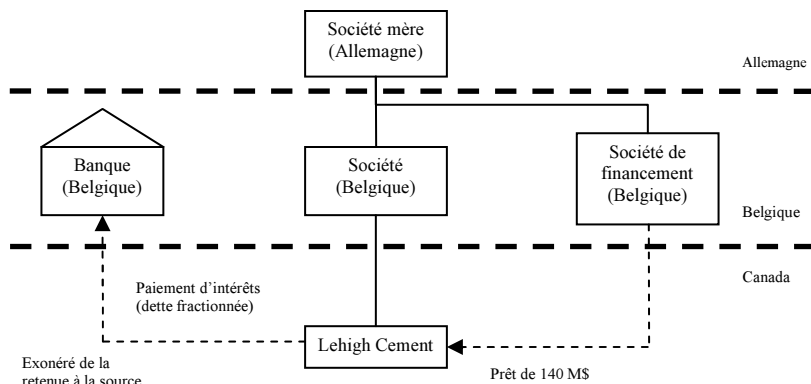
¹¹ *Id.*, par. 58; par. 118(16) et 118(17) L.I.R.

l'approche proposée par la Cour suprême dans l'arrêt *Trustco Canada*. Elle n'a pas mentionné l'arrêt *Lipson* dont la portée apparaît une nouvelle fois limitée.

1.2. L'AFFAIRE *LEHIGH CEMENT LIMITED C. LA REINE*¹²

1.2.1. La décision de la Cour d'appel fédérale

Le 17 mai dernier, la Cour d'appel fédérale a infirmé la décision de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Lehigh*¹³. Elle a jugé que la RGAE ne s'appliquait pas à l'opération par laquelle un prêt intragroupe, détenu par une société non résidente à l'égard d'une société résidente liée, avait été restructuré afin de permettre à cette dernière de bénéficier de l'exemption de la retenue d'impôt sur les intérêts.



Les faits sont les suivants : Lehigh Cement Limited (« Lehigh Cement ») est une société résidant au Canada, membre d'un groupe de sociétés liées dirigé par une société allemande. Lehigh Cement a emprunté 140 M\$ à un consortium de banques canadiennes. À la suite d'une série d'opérations, la dette de Lehigh Cement s'est trouvée détenue par une société belge appartenant au même groupe de sociétés. Les intérêts étaient soumis à la retenue d'impôt de la partie XIII L.I.R., comme prévu par l'alinéa 212(1)b) L.I.R. (dans sa rédaction de l'époque).

¹² 2010 D.T.C. 6844 (C.A.F.) (« *Lehigh* »).

¹³ 2009 D.T.C. 776 (C.C.I.).

Afin que les conditions d'admissibilité à l'exemption de la retenue d'impôt prévues par le sous-alinéa 212(1)b)(vii) (« Exemption ») soient remplies, les modalités de l'obligation de Lehigh Cement ont été modifiées en août 1997. La société belge a vendu à une banque belge n'ayant aucun lien de dépendance avec Lehigh Cement le droit de percevoir tous les paiements d'intérêts sur la dette pour une période de cinq ans. Dans le cadre de cette vente, la banque avait exigé d'atténuer les risques pouvant résulter de l'opération et avait notamment obtenu le droit de pouvoir se retirer de l'entente sans conséquence financière en cas de défaut de Lehigh Cement.

Le Ministère a cotisé Lehigh Cement au motif qu'elle aurait dû déduire et verser l'impôt de la partie XIII L.I.R. sur les paiements d'intérêts versés à la banque belge. Le Ministère considérait que la restructuration du prêt, soit la vente par la société belge de son droit de percevoir les intérêts à une banque étrangère, avait été faite dans le but de bénéficier de l'Exemption. Selon lui, l'opération n'était pas conforme à l'objet de l'Exemption puisque celle-ci visait à faciliter l'accès des contribuables canadiens aux marchés internationaux de capitaux et non à favoriser des opérations dans lesquelles il n'y avait pas de prêteur non résident.

La décision de la Cour canadienne de l'impôt

Dans sa décision rendue l'année dernière, la Cour canadienne de l'impôt a jugé que la RGAÉ était applicable à l'opération et a donné raison au Ministère. Puisque les parties avaient admis que l'opération avait procuré un avantage fiscal au contribuable et qu'elle constituait une opération d'évitement, la Cour canadienne de l'impôt s'est penchée sur la question de savoir si l'opération était abusive au sens du paragraphe 245(4) L.I.R. Elle a considéré que l'objet de l'Exemption était de permettre aux sociétés résidentes de contracter des emprunts concurrentiels auprès de prêteurs étrangers sans lien de dépendance. En l'espèce, la restructuration du prêt et la vente du droit de percevoir les intérêts par la société à la banque belge ne visaient pas à permettre à Lehigh Cement d'obtenir un financement sur le marché international. Par conséquent, cette opération constituait un abus de l'Exemption en ce qu'elle contrecarrait son esprit et son objet.

La décision de la Cour d'appel fédérale

Dans un arrêt unanime, la Cour d'appel fédérale a infirmé la décision de la Cour canadienne de l'impôt. Comme devant le tribunal inférieur, la seule question à trancher était de déterminer si l'opération constituait un abus aux fins du paragraphe 245(4) L.I.R. La Cour a appliqué les principes de l'arrêt *Trustco Canada*. En vertu de ces principes, Lehigh Cement devait avoir droit

au bénéfice de l'exemption du sous-alinéa 212(1)b)(vii) L.I.R. à moins que l'attribution d'un avantage fiscal ne soit pas conforme à l'objet ou à l'esprit de cette disposition, déterminé selon une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique¹⁴.

La Cour d'appel fédérale a procédé ensuite à une analyse de la portée de l'Exemption et de la nature de la vente du droit de percevoir les intérêts par la société belge à la banque belge. Elle a d'abord indiqué que le sous-alinéa 212(1)b)(vii) L.I.R. permettait d'exempter de la retenue d'impôt des non-résidents tout intérêt payable par une société résidant au Canada à un non-résident¹⁵. Elle a ensuite noté que la relation à prendre en compte pour déterminer l'absence de lien de dépendance était celle entre le payeur et la personne ayant droit aux intérêts et non celle entre le payeur et la personne ayant droit au remboursement du capital de la dette. Enfin, elle a souligné que le fractionnement d'une dette entre l'intérêt et le principal était une pratique courante dans les opérations financières et commerciales et connue du législateur¹⁶.

Pour soutenir sa thèse, le Ministère se fondait sur un document budgétaire du ministère des Finances diffusé en 1975 lors de l'adoption d'une première version du sous-alinéa 212(1)b)(vii) L.I.R. Ce document indiquait que l'Exemption visait « à donner une plus grande liberté d'action aux entreprises canadiennes qui établissent des plans de financement à long terme ainsi qu'à leur faciliter l'accès aux marchés internationaux de capitaux »¹⁷. La Cour d'appel fédérale a rejeté cette preuve, car elle n'établissait pas que l'opération visant le fractionnement d'une dette entre le principal et les intérêts était contraire à l'objectif de politique fiscale visé par le sous-alinéa 212(1)b)(vii) L.I.R.¹⁸

Pour permettre l'application de la RGAÉ, le Ministère devait établir que le résultat de l'opération n'était pas conforme à l'objet de l'Exemption en se fondant sur des dispositions de la loi, des décisions ou d'autres sources liées au fractionnement des obligations. Cette preuve du Ministère devait être

¹⁴ *Trustco Canada*, précité, note 3, par. 22.

¹⁵ *Lehigh*, précité, note 12, par. 27-28.

¹⁶ *Id.*, par. 30-31.

¹⁷ CANADA, ministère des Finances, *Budget : faits saillants et renseignements supplémentaires*, 23 juin 1975, p. 24.

¹⁸ *Lehigh*, précité, note 12, par. 34-35.

basée sur une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique de l'Exemption elle-même ou du régime législatif dont l'Exemption relève¹⁹.

La Cour d'appel fédérale a reconnu la difficulté pour le législateur de prévoir toutes les situations auxquelles pourrait s'appliquer une exemption. Toutefois, elle a indiqué que des exemptions peuvent être utilisées de façon non prévue ou novatrice sans entraîner nécessairement l'application de la RGAÉ. Le Ministère ne pouvait donc pas établir l'existence d'un abus dans l'application des dispositions de la loi en établissant simplement qu'une opération donnée exploitait un vide législatif ou que cette opération n'avait pas été envisagée par le législateur lorsqu'il a introduit l'Exemption²⁰.

Pour finir, la Cour d'appel fédérale a souligné une contradiction dans le raisonnement du Ministère. Ce dernier avait reconnu que Lehigh Cement aurait eu le droit à l'Exemption si la société belge avait vendu à la banque belge à la fois le principal et les intérêts de la dette. Or, une telle vente n'aurait pas plus permis à Lehigh Cement d'accéder aux marchés internationaux des capitaux et n'aurait pas changé la situation financière des parties²¹. À notre sens, une distinction fondamentale doit pourtant être faite entre ces deux types de vente. En effet, si la banque avait acheté le principal et les intérêts de la dette, elle aurait remis le capital à la société belge et les fonds utilisés à titre de principal auraient été ceux de la banque. En l'espèce, les fonds utilisés dans le cadre du prêt proviennent de la société mère.

En l'absence de lien de dépendance entre le payeur et le bénéficiaire des intérêts et dans la mesure où le taux d'intérêt convenu est le juste taux du marché, la Cour d'appel fédérale a conclu que Lehigh Cement pouvait bénéficier de l'Exemption et que la RGAÉ n'était pas applicable à l'opération de vente du prêt²². S'appuyant exclusivement sur l'arrêt *Trustco Canada* qu'elle considère constituer « l'arrêt-clé » en ce qui concerne l'application de la RGAÉ²³, la Cour d'appel fédérale souligne qu'il appartient au Ministère de fournir des éléments de preuve solides afin de démontrer l'existence d'un abus. Ce faisant, elle augmente le degré du

¹⁹ *Id.*, par. 39.

²⁰ *Id.*, par. 37.

²¹ *Id.*, par. 41-42.

²² *Id.*, par. 43.

²³ *Id.*, par. 21.

fardeau de persuasion que doit rencontrer le Ministère pour faire appliquer la RGAÉ.

1.2.2. La requête pour permission d'appeler déposée par le Ministère

Le 16 août dernier, le Ministère a déposé auprès de la Cour suprême une demande d'autorisation d'appel du jugement de la Cour d'appel fédérale. Dans sa demande d'autorisation d'appel, le Ministère relève une grande incertitude dans l'application du critère de l'abus de la RGAÉ et demande à la Cour suprême de fournir des directives pour la mise en œuvre de ce critère. Il indique également que son appel constitue une opportunité pour la Cour non seulement de préciser comment le Ministère peut rencontrer le fardeau de la preuve de l'abus, mais également de fournir des critères certains, prévisibles et justes pour l'application de la RGAÉ.

À l'appui de sa demande, le Ministère argue avoir suffisamment démontré que l'avantage obtenu par le contribuable n'était pas conforme à l'objet et à l'esprit de l'Exemption. Il estime avoir établi l'objet de l'Exemption, selon une analyse textuelle, contextuelle et téléologique en présentant des documents budgétaires, notes techniques et commentaires écrits des autorités fiscales pour appuyer son interprétation. D'après le Ministère, si l'arrêt *Trustco Canada* l'oblige à établir l'objet spécifique de la disposition dont l'abus est allégué, il ne lui donne pas le fardeau d'interpréter les lois. L'interprétation des lois relève en effet du rôle fondamental du pouvoir judiciaire. Par conséquent, dès lors que le Ministère avait identifié l'objet, l'esprit et le but d'une disposition et qu'il avait démontré que l'opération contrecarrait cet objet, il appartenait au tribunal de déterminer l'interprétation correcte de la disposition en cause.

Le Ministère considère par ailleurs que les éléments de preuve extrinsèques présentés satisfont au fardeau de la preuve de l'abus telle qu'elle est requise par la jurisprudence. La preuve extrinsèque, notamment les documents budgétaires, avait joué un rôle déterminant dans de nombreuses affaires pour l'analyse de la RGAÉ, telles *OGT Holdings Ltd. c. SMRQ*²⁴, *Remai* et *Collins & Aikman Products Co. c. La Reine*²⁵. Le Ministère note par ailleurs que son interprétation semble confirmée par le

²⁴ 2009 D.T.C. 5705 (C.A.).

²⁵ 2009 D.T.C. 958 (C.C.I.).

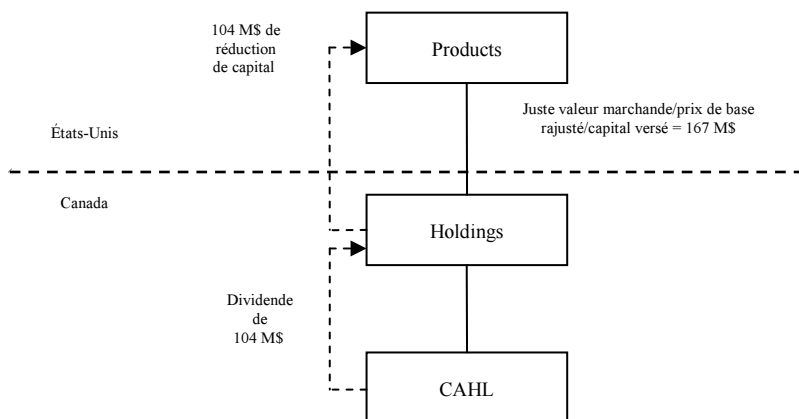
fait que ni le contribuable ni la Cour d'appel fédérale n'ont démontré que l'Exemption puisse avoir un autre objet que celui que lui-même avait établi.

Dans sa réponse à la demande d'autorisation d'appel, le contribuable indique que, si le Ministère doit effectivement faire des propositions quant à l'objet ou l'esprit d'une disposition, ces propositions ne sont pas décisives. Le fardeau de la preuve du Ministère en est un de persuasion. Or le Ministère a fait des propositions sur ce qu'il considérait être l'objet et l'esprit de l'Exemption tant devant la Cour canadienne de l'impôt que devant la Cour d'appel fédérale. Cette dernière a considéré les éléments de preuve qui lui ont été soumis, mais n'a pas été convaincue par les assertions du Ministère. De plus, le poids à donner aux éléments de preuve extrinsèques doit être laissé à l'appréciation souveraine des juges. Dès lors, d'après le contribuable, le caractère persuasif des éléments de preuve soumis et le poids de la preuve extrinsèque sont des questions devant être étudiées au cas par cas selon les faits de chaque affaire. En conséquence, le contribuable demande à la Cour de refuser l'autorisation d'appel.

1.3. L'ARRÊT COLLINS & AIKMAN PRODUCTS CO. C. LA REINE²⁶

Le 29 septembre dernier, la Cour d'appel fédérale a confirmé à l'unanimité la décision de la Cour canadienne de l'impôt dans cette affaire. La question était alors de savoir si le contribuable avait abusé de plusieurs articles de la loi, notamment du paragraphe 84(4) L.I.R. et de plusieurs autres dispositions de la loi relatives à la notion de capital versé (« CV ») et de distribution du surplus (notamment les articles 128.1 et 212.1 L.I.R.).

²⁶ 2010 CAF 251 (« *Collins & Aikman* »).



Les faits sont les suivants : une société américaine (« Products ») détenait des actions d'une société de portefeuille non résidente (« CAHL »). Le CV de ces actions était de 475 000 \$. En 1994, une société canadienne (« Holdings ») a été créée au sein du groupe et Products lui a transféré les actions qu'elle détenait dans CAHL. En échange, Products a reçu des actions ordinaires de Holdings. Au moment du transfert, la juste valeur des actions de CAHL était de 167 M\$. Ce montant constituait le CV des actions de Holdings détenues par Products. CAHL est ensuite devenue résidente du Canada puis a versé un dividende de 104 M\$ à Holdings. Cette dernière a ensuite versé, en franchise d'impôt, des sommes à Products sous forme d'une réduction du CV.

La décision de la Cour canadienne de l'impôt

Saisie de cette affaire, la Cour canadienne de l'impôt a jugé que la RGAÉ ne s'appliquait pas à la réorganisation d'entreprise en cause. En effet, ni l'article 212.1 L.I.R. ni aucune autre disposition de la loi n'avaient été contrecarrés par la réorganisation d'entreprise. Dans cette décision, le juge Boyle paraît avoir été influencé par le fait que Products aurait pu se départir de CAHL, avant la réorganisation, sans subir l'impôt canadien puisque les actions de CAHL ne constituaient pas des biens canadiens imposables. Traitant de la question de savoir si les opérations constituaient un abus des dispositions de la loi, la Cour canadienne de l'impôt a ainsi indiqué :

« [...] aucune [des raisons pour lesquelles le plan choisi était si efficace sur le plan fiscal] ne comportait le degré de facticité, de hardiesse, de vacuité ou d'audace nécessaire pour être considérée comme une échappatoire ou un truc au

sens commun du terme, ni comme un évitement fiscal abusif pour reprendre les termes de la Loi et de la RGAE. [Le] ministre a essayé d'utiliser la RGAE en vue de combler ce qu'il considère comme une lacune possible laissée par le législateur; il s'agit d'une utilisation inappropriée de la RGAE²⁷. »

Le mémoire d'appel du Ministère

Dans son mémoire d'appel, le Ministère argue que la série d'opérations contrecarre l'objet de la loi. Une société ne peut pas capitaliser ses bénéfices non répartis et les verser à un non-résident sans créer un dividende réputé et payer la retenue à la source compte tenu du paragraphe 84(1) et de l'article 212.1 L.I.R. Le Ministère appuie sa position sur l'existence de 18 dispositions antiévitement spécifiques visant le CV et démontrant l'intention du législateur de permettre que seul le montant investi par l'actionnaire puisse lui être reversé sans impôt. En se fondant sur l'historique de la législation, des notes techniques et la jurisprudence, le Ministère soutient également que des opérations dont le but principal est la distribution du surplus vont à l'encontre de la loi.

Sur le plan des principes d'analyse, le Ministère estime que les arrêts *Mathew c. La Reine*²⁸, *Trustco Canada* et *Lipson* rendus par la Cour suprême obligent les tribunaux à s'attacher à l'effet global des opérations afin de déterminer si elles constituent un évitement fiscal abusif. Le Ministère reproche à la Cour canadienne de l'impôt d'avoir examiné chaque opération de manière isolée.

Le Ministère introduit également un nouvel argument. Il indique que l'article 128.1 L.I.R. (dans sa rédaction applicable à l'époque des faits) a été contrecarré par l'élimination de l'impôt sur la vente des actions de CAHL par Products à Holdings. Cette disposition visait en effet à différer, mais non à éliminer, l'imposition canadienne des gains constatés sur les biens canadiens de la société immigrante ou sur les surplus des sociétés canadiennes dont elle était actionnaire. Or, les opérations menées à bien par Products avaient pour but d'éliminer totalement cette imposition, allant ainsi à l'encontre de l'objectif souhaité par l'article 128.1 L.I.R.

²⁷ *Id.*, par. 109.

²⁸ [2005] 2 R.C.S. 643 (« *Mathew* »).

Le mémoire du contribuable

Le contribuable, quant à lui, rappelle que le Ministère a modifié sa position initiale selon laquelle les opérations constituaient un abus de l'article 128.2 L.I.R. et qu'il a introduit de nouveaux arguments selon lesquels les opérations constituaient un abus du paragraphe 250(5.1) puis du paragraphe 84(4) L.I.R. Dans le cadre de l'appel devant la Cour d'appel fédérale, le Ministère fonde désormais son raisonnement sur l'abus des articles 128.1 et 212.1 L.I.R. Le contribuable allègue donc le fait que les opérations en cause ne constituent pas un abus de ces dispositions.

D'une part, reprenant les motifs de la décision de la Cour canadienne de l'impôt, le contribuable souligne que CAHL était devenue une société non résidente bien avant les opérations en cause et qu'il n'a, à aucun moment durant ces opérations, cherché à faire acquérir à CAHL le statut de société non résidente dans le but d'éviter l'application de l'article 212.1 L.I.R. Par conséquent, les opérations n'allaient pas à l'encontre de l'objet ou de l'esprit de cet article.

D'autre part, en réponse aux arguments du Ministère sur l'article 128.1 L.I.R., le contribuable indique que cette disposition, dans sa rédaction applicable à l'époque des faits, visait principalement à soulager les contribuables immigrant au Canada de certaines conséquences fiscales dommageables. Il note notamment que l'application de l'article 128.1 L.I.R. à CAHL a eu pour effet de réputer une fin d'année avant que CAHL ne devienne résidente canadienne, ce qui n'allait pas à l'encontre de l'objectif poursuivi par l'article 128.1 L.I.R.

La décision de la Cour d'appel fédérale

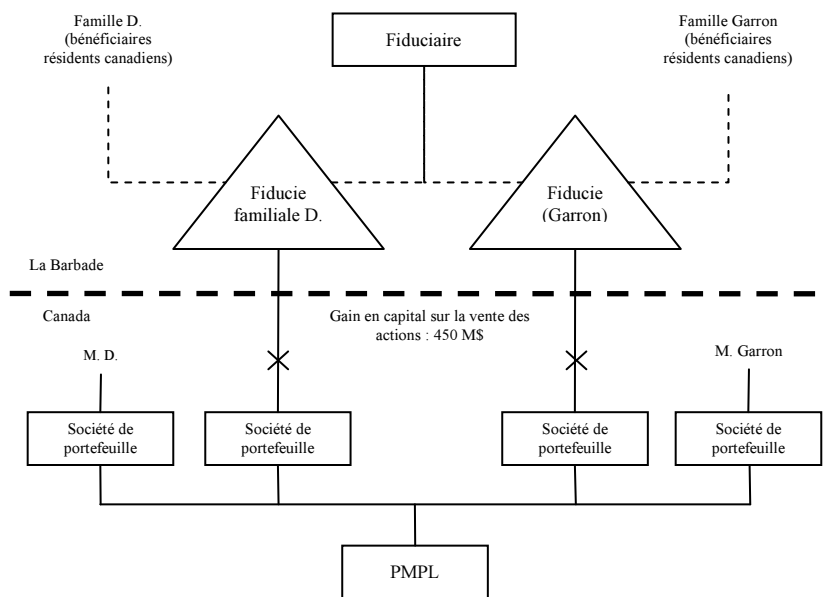
Dans une courte décision, rendue sur le banc le jour de l'audience, la Cour d'appel fédérale confirme la décision du juge Boyle de la Cour canadienne de l'impôt. Elle donne raison au contribuable en s'appuyant essentiellement sur les motifs du juge Boyle et en soulignant par ailleurs le fait que CAHL avait cessé d'être résidente longtemps avant les opérations en cause. Elle conclut en indiquant ceci :

« The key provisions of the Income Tax Act upon which the Crown now relies to portray the relevant statutory scheme, namely sections 84.1 and section 212.1, were carefully drafted so as not to apply to any sale by Products of its CAHL shares to another corporation, even a related corporation that was resident in Canada. We see no reason to conclude that the limited scope of those provisions was anything other than a deliberate policy choice by Parliament. Therefore, Products having sold its CAHL shares for fair market value

consideration, we see nothing abusive about requiring the legal consequences of that sale to be recognized for fiscal purposes and to govern the Canadian income tax consequences, even though the consideration was not paid in cash and the intended result of the transaction was to put in place a Canadian subsidiary with stated capital and paid up capital equal to that consideration²⁹. »

1.4. L'AFFAIRE *FIDUCIE FAMILIALE GARRON C. LA REINE*³⁰

Le 30 septembre dernier, la Cour d'appel fédérale a entendu l'appel du jugement de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Garron*. Cette affaire met en cause une fiducie non résidente impliquée dans une série d'opérations visant à éviter l'impôt canadien découlant du transfert d'actions d'une société résidant au Canada à une partie sans lien de dépendance.



Initialement, les actions de PMPL Holdings Inc. (« PMPL ») étaient détenues par deux sociétés de portefeuille dont Garron Holdings Limited (« GHL »). Les actionnaires de GHL étaient Myron Garron, sa conjointe et

²⁹ *Collins & Aikman*, précité, note 26, par. 4.

³⁰ 2009 CCI 450 (« *Garron* »); *St. Michael Trust Corp. c. La Reine*, 2010 CAF 309.

la fiducie familiale Garron. La planification fiscale en cause impliquait l'établissement de deux fiducies, dont la Fundy Settlement (« Fiducie »). Le fiduciaire de la Fiducie était une société de fiducie résidente de la Barbade et ses bénéficiaires étaient Myron Garron, son épouse et leurs enfants. Une structure équivalente avait été mise en place pour l'autre associé de PMPL, M. D.

Les actions ordinaires du capital-actions de PMPL ont par la suite été converties en actions privilégiées avec droit de vote et rachetables pour un montant égal à la JVM des actions ordinaires, immédiatement après la conversion, soit 50 M\$. Des actions ordinaires sans droit de vote du capital-actions de PMPL ont été émises à deux sociétés de portefeuille canadiennes. La Fiducie a reçu les actions d'une de ces deux sociétés. PMPL a par la suite été vendue et la Fiducie a disposé de ses actions dans la société de portefeuille. Le gain en capital en résultant n'était pas imposable à la Barbade en vertu des règles fiscales locales. La Fiducie se prévalait de l'accord fiscal conclu entre le Canada et la Barbade³¹ pour soutenir que le gain n'était pas non plus imposable au Canada.

La décision de la Cour canadienne de l'impôt

L'affaire *Garron* soulève des questions intéressantes, tant en ce qui concerne la résidence des fiducies que l'application de la RGAÉ à des avantages fiscaux résultant de l'application d'une convention fiscale. La Cour canadienne de l'impôt a tranché en défaveur du contribuable sur la première question en décidant que le lieu de résidence d'une fiducie dépendait du lieu de son siège de direction et de contrôle. En ce qui concerne la RGAÉ, la Cour a limité son examen au fait de savoir si les opérations constituaient un abus de l'Accord et a conclu que non. Elle a refusé de se pencher sur la question de savoir s'il y avait eu abus dans l'application du paragraphe 75(2) L.I.R., cette question ayant été soulevée trop tardivement par le Ministère.

L'Accord prévoit la répartition du droit d'imposer les gains tirés de l'aliénation de biens, ces gains étant imposables uniquement dans l'État dont le cédant est résident. Le Ministère prétendait que le recours à l'exemption prévue par l'Accord en vue d'éviter une disposition antiévitement constituait un abus. Il affirmait par ailleurs que cette exemption ne devait pas

³¹ *Accord entre le Canada et la Barbade tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, S.C. 1980-81, ch. 44 (« Accord »).

s'appliquer aux fiducies ayant des liens étroits avec le Canada, et qu'elle ne devait s'appliquer que dans les cas de double imposition. En outre, l'Accord ne devait pas avoir vocation à exempter le revenu étranger accumulé, tiré de biens, ni à permettre l'érosion de l'assiette fiscale canadienne.

La Cour a rejeté l'ensemble de ces arguments et conclu que la RGAÉ ne s'appliquait pas dans le but de retirer aux fiducies les avantages fiscaux dont elles avaient bénéficié. Sa décision est fondée sur les termes clairs de l'Accord et sur l'absence de preuve d'une intention contraire des États cocontractants. En effet, l'Accord définit la résidence et prévoit les règles applicables aux fiducies résidentes d'un État contractant. Par ailleurs, le Canada n'ayant pas réservé l'application de l'article 94 L.I.R., ce sont les dispositions claires de l'Accord qui doivent s'appliquer.

Le contribuable a fait appel de la décision de la Cour canadienne de l'impôt sur la question de la résidence de la fiducie. Son mémoire n'aborde pas la question de l'application de la RGAÉ puisqu'il avait eu gain de cause sur ce point.

Le mémoire du Ministère

Dans son mémoire, le Ministère fait valoir que les opérations en cause ont permis au contribuable d'éviter l'impôt sur les gains en capital sur la vente des actions. Ainsi, les fiducies en cause ont été constituées à la Barbade et ont acquis les actions des sociétés de portefeuille qui ont elles-mêmes acquis les actions de PMPL dans l'objectif de bénéficier des dispositions de l'Accord et de l'absence d'imposition des gains en capital à la Barbade.

D'après le Ministère, la loi vise à imposer les gains en capital réalisés par des résidents canadiens et n'a pas vocation à permettre à un résident d'échapper à cette imposition. Il appuie son raisonnement sur plusieurs dispositions de la loi et sur l'Accord.

D'une part, l'article 39 L.I.R. vise à inclure dans le revenu imposable les revenus réalisés par un résident sur la vente d'une immobilisation. Les opérations en cause constituent, selon le Ministère, un abus direct de cette disposition. Dans le même esprit, le paragraphe 128.1(4) L.I.R. prévoit que, lorsqu'un résident du Canada cesse de résider au Canada, il est alors réputé avoir disposé de ses actions dans des sociétés canadiennes pour leur JVM et tous les gains en capital sont soumis à l'impôt. Par ailleurs, les gains en capital réalisés sur la vente de biens canadiens imposables par des non-résidents sont imposables. Les gains en capital réalisés par une société

étrangère affiliée contrôlée d'un contribuable canadien résultant de la vente d'actions dans une société canadienne sont inclus dans le revenu étranger accumulé, tiré de biens de la société étrangère affiliée, et sont soumis à l'impôt entre les mains du contribuable canadien.

D'autre part, la Cour canadienne de l'impôt avait conclu que l'article 94 L.I.R. ne s'appliquait pas aux faits sous étude, car le critère de l'apport n'était pas rempli. D'après le Ministère, le paragraphe 94(1) L.I.R. (dans sa rédaction applicable au moment des faits) est une règle antiévitement visant à éviter que des résidents canadiens puissent reporter ou éviter l'impôt canadien en détenant des biens dans une fiducie étrangère établie pour leur bénéfice ou pour celui d'une personne liée résidant au Canada. Les gains en capital réalisés par une fiducie étrangère réputée, aux fins de l'article 94 L.I.R., être résidente au Canada sont soumis à l'impôt canadien. De même, les gains en capital réalisés par une société étrangère affiliée contrôlée d'une fiducie étrangère réputée résidente sur la vente des actions d'une société canadienne sont soumis à l'impôt canadien entre les mains de la fiducie. Les termes de l'article 94 L.I.R. démontrent l'intention du législateur de viser également les structures destinées à éviter son application. Or le type de structure utilisée par le contribuable avait justement pour vocation d'échapper à l'application de cet article. Il faut ici prendre en compte la totalité des opérations mises en place depuis la réorganisation en 1998 jusqu'à la vente des actions à l'acquéreur. Ces opérations constituent un abus de l'article 94 L.I.R. car elles vont à l'encontre de l'intention du législateur : les propriétaires réels des actions n'ont jamais cessé d'être résidents, le gain provient des actions d'une société canadienne et le gain devait être reversé à des résidents canadiens grâce aux distributions de la fiducie, sans encourir l'impôt canadien.

Le sous-alinéa 110(1)f(i) L.I.R. a pour objet de permettre la déduction d'un montant exempté en vertu d'une convention fiscale internationale. L'article XIV(4) de l'Accord prévoit, quant à lui, que les gains résultant de la vente de certains biens ne sont imposables que dans l'État dans lequel le vendeur est résident. Par conséquent, ces deux dispositions visent à exempter de l'impôt canadien certains gains réalisés par des non-résidents du Canada qui pourraient y être autrement imposables. L'article XIV de l'Accord n'exempte pas des gains imposables canadiens réalisés par un résident canadien au Canada. En effet, son objectif n'est pas de permettre aux Canadiens de transférer des biens dans des fiducies étrangères afin d'éviter un gain en capital imposable. La réorganisation mise en place par le contribuable constitue donc également un abus de l'Accord. À cet égard, le Ministère note, d'une part, que les conventions fiscales internationales visent à éviter les doubles impositions et à prévenir l'évasion fiscale et, d'autre

part, qu'il ressort de la jurisprudence que les traités doivent être interprétés de manière libérale afin de compléter la véritable intention des États contractants. La véritable intention du Canada était de donner accès aux avantages de l'Accord aux résidents de la Barbade et non à ceux du Canada. Or, les opérations ont été conçues de manière à permettre l'accès à l'exemption de l'Accord pour éviter un gain en capital « réalisé » par des Canadiens. Par conséquent, une interprétation restrictive de l'article XIV de l'Accord de manière à exclure les fiducies non résidentes, réputées par ailleurs résidentes aux fins de l'article 94 L.I.R., est incompatible avec l'objet de l'Accord.

À cet égard, il est intéressant de noter que les récentes propositions législatives³² prévoient la modification de la *Loi sur l'interprétation des conventions en matière d'impôts sur le revenu*³³ de manière à ce qu'une fiducie réputée résider au Canada en vertu du paragraphe 94(3) L.I.R. proposé soit réputée résider au Canada et non dans l'autre État contractant pour l'application des conventions fiscales.

La décision de la Cour d'appel fédérale n'a pas encore été rendue.

2. LES CAUSES PENDANTES

2.1. DEVANT LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

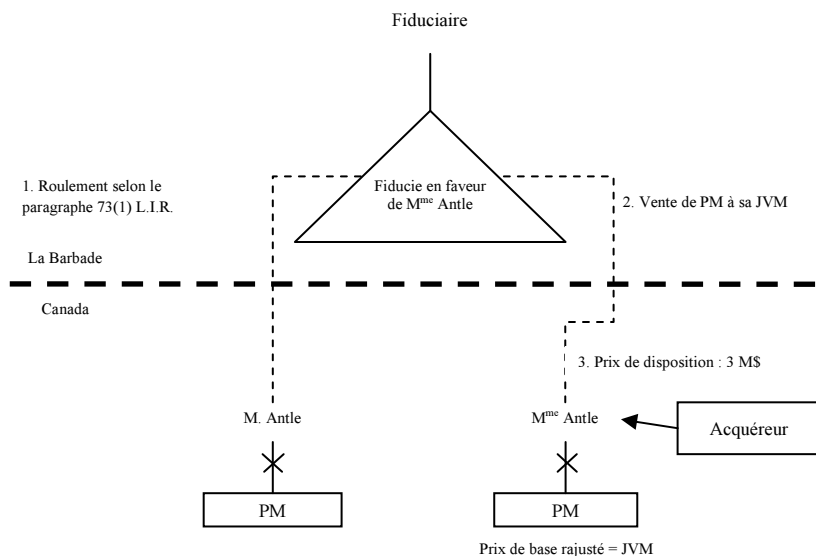
2.1.1. L'affaire *Antle Trust c. La Reine*³⁴

Comme la décision *Garron*, l'affaire *Antle c. La Reine* visait une fiducie non résidente impliquée dans une opération destinée à éviter l'imposition des gains découlant de l'aliénation de biens. Elle a également été portée en appel récemment.

³² CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives concernant la Loi de l'impôt sur le revenu, la Loi sur le droit pour la sécurité des passagers du transport aérien, la Loi de 2001 sur l'accise et la Loi sur la taxe d'accise*, 27 août 2010, art. 26.

³³ L.R.C. (1985), ch. I-4.

³⁴ 2009 CCI 465 (« *Antle* »).



M. Antle, résident du Canada, était actionnaire de PM Environmental Holdings Ltd. (« PM »). Il a entrepris des négociations en vue de la vente de la totalité des actions émises de PM. Avant la conclusion de la vente, la planification fiscale suivante a été mise en place : une fiducie a été constituée à la Barbade en faveur de la conjointe de M. Antle. Ce dernier a transféré ses actions de PM à la fiducie. Il s'est alors prévalu des dispositions de l'alinéa 94(1)c) L.I.R. qui réputait la fiducie être résidente du Canada, et du paragraphe 73(1) L.I.R. qui permet un roulement fiscal dans les transferts entre conjoints. La fiducie a ensuite vendu les actions de PM à son unique bénéficiaire, la conjointe de M. Antle, en contrepartie d'un billet à ordre correspondant à leur JVM. Le gain en capital résultant de cette vente n'était pas imposable à la Barbade. Il ne devait pas non plus être imposable au Canada en vertu de l'Accord. La fiducie a ensuite été liquidée et le billet à ordre, remis à la bénéficiaire, s'est éteint par confusion. Pour finir, l'épouse de M. Antle a vendu à l'acquéreur les actions de PM. Puisque le prix de base rajusté (« PBR ») de ces actions était égal à leur JVM, aucun gain en capital n'a été réalisé.

La décision de la Cour canadienne de l'impôt

Dans cette affaire, la Cour canadienne de l'impôt a conclu que la fiducie n'avait pas été valablement constituée et que le gain en capital imposable devait être inclus dans le calcul du revenu. Elle a également jugé que, même si la fiducie avait été valablement constituée, la RGAÉ se serait appliquée de manière à imposer le gain en capital entre les mains du contribuable. En ce qui concerne la RGAÉ, la question était de savoir si les opérations constituaient un abus des dispositions de la loi, notamment de l'article 73 et des alinéas 94(1)c) et 110(1)f) L.I.R., ou de celles de l'Accord.

La Cour a d'abord considéré que les dispositions relatives au roulement ont pour objet de permettre le report de l'impôt mais non son évitement. Ainsi, l'article 73 L.I.R. vise à différer l'impôt résultant d'un transfert de biens entre conjoints en raison de l'unité maritale formée par les conjoints. Par ailleurs, l'alinéa 94(1)c) L.I.R. vise à réputer résidentes certaines fiducies non résidentes. L'objectif de cette disposition est d'empêcher que des contribuables puissent se soustraire à l'impôt en transférant des actifs à des fiducies à l'étranger. Or, M. Antle a utilisé l'alinéa 94(1)c) L.I.R. pour obtenir le statut de résidence réputée afin de se prévaloir des règles de transfert à une fiducie au profit du conjoint, prévues au paragraphe 73(1) L.I.R. Le recours combiné au paragraphe 73(1) L.I.R. et à l'alinéa 94(1)c) L.I.R. a permis au contribuable d'éviter l'imposition du gain sur la vente des actions à un tiers, à l'extérieur de l'unité maritale. Ce faisant, il est parvenu à un résultat que ces dispositions cherchent justement à éviter. La Cour a conclu que la stratégie de majoration du PBR mise en place par le contribuable allait à l'encontre du paragraphe 73(1) L.I.R. et de l'alinéa 94(1)c) L.I.R.

En revanche, la Cour a conclu que la planification ne constituait pas un abus de l'alinéa 110(1)f) L.I.R. ni de l'article XIV(4) de l'Accord. En effet, l'article XIV(4) répartit simplement le droit d'imposer entre le Canada et la Barbade. Le sous-alinéa 110(1)f)(i) L.I.R. vise, quant à lui, à exonérer d'impôt canadien le revenu et les gains exonérés en vertu de l'Accord.

Le mémoire d'appel du contribuable

Dans son mémoire d'appel, le contribuable allègue que la RGAÉ n'est pas applicable. Tout d'abord, il note que l'unité maritale prise en compte doit inclure la fiducie étrangère. En effet, la loi a été modifiée spécifiquement en 1976 de manière à inclure les biens transférés à une fiducie étrangère au bénéfice d'un des époux. Avant 1976, l'article 94 L.I.R. traitait les fiducies étrangères comme des sociétés réputées, et imposait les bénéficiaires en leur

qualité d'actionnaires réputés. En 1976, l'article 94 L.I.R. a été modifié de manière à distinguer les fiducies discrétionnaires étrangères et les fiducies étrangères non discrétionnaires, les premières étant réputées être des résidentes du Canada à certaines fins et par conséquent, traitées comme des entités taxables. Depuis 2000, les fiducies non résidentes sont réputées être résidentes aux fins de l'article 73 L.I.R. et, par conséquent, un conjoint peut transférer un bien et reporter l'impôt au profit d'une fiducie discrétionnaire étrangère constituée au profit de l'autre conjoint.

De plus, le contribuable souligne que le Canada a conclu de nombreuses conventions internationales depuis 1976. Or, c'est seulement pour la première fois en 2007 que le Canada a insisté pour que seule une fiducie américaine véritablement résidente des États-Unis puisse demander les bénéfices du traité conclu avec les États-Unis³⁵. Avant cela, le Canada n'avait jamais édicté aucune règle, en droit interne ou dans un traité, empêchant un résident canadien de créer une fiducie à l'étranger et de se prévaloir des dispositions du traité. Par conséquent, les opérations mises en place par M. Antle ne constituaient pas un abus de la loi, ni de l'Accord. En appliquant une approche textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions pertinentes, plutôt qu'une approche globale, il apparaît que les opérations menées à bien par M. Antle consistent à faire exactement ce qui était prévu par la loi et l'Accord. Les opérations mises en place par M. Antle étaient parfaitement prévisibles par le législateur, et ont certainement été envisagées par lui lors des différentes modifications législatives. Dès lors, il ne pouvait pas y avoir d'abus des dispositions en cause.

Le contribuable soutient, par ailleurs, que la décision de la Cour canadienne de l'impôt est contraire aux arrêts *Canada c. MIL (Investments) S.A.*³⁶ et *Garron*. L'affaire *MIL* visait un non-résident détenant des actions dans une société canadienne et résidant dans un pays n'ayant pas conclu de convention avec le Canada. Le non-résident est par la suite devenu résident du Luxembourg et a vendu les actions qu'il détenait dans la société canadienne. Il n'a pas été imposé sur le gain en capital résultant de la vente des actions puisque le Luxembourg n'impose pas ces gains en capital et qu'en vertu de la Convention conclue entre le Canada et le Luxembourg, ces gains sont exonérés d'impôt au Canada lorsqu'ils sont perçus par des

³⁵ L'appelant vise ici les nouvelles dispositions applicables aux restrictions apportées aux avantages (LOB) prévues dans le cinquième protocole modifiant la *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, 26 septembre 1980.

³⁶ 2007 D.T.C. 5437 (C.A.F.) (« *MIL* »).

résidents luxembourgeois. La Cour d'appel fédérale avait alors jugé que cette opération ne constituait pas un abus de la loi ni de la Convention, bien qu'il en résulte une double non-imposition. Le contribuable argue donc que les faits dans l'affaire en cause sont similaires à ceux de l'affaire *MIL* et que la décision de la Cour d'appel fédérale dans le jugement *MIL* aurait donc dû être suivie en l'espèce. De même, le contribuable s'appuie sur la décision *Garron* (tout en reconnaissant que cette affaire est actuellement en appel) dont il estime les faits être, en substance, similaires à ceux de l'espèce. À cet égard, nous avons noté dans notre précédente conférence que ces deux affaires devaient être distinguées en raison de la période à laquelle s'était accumulé le gain en cause. Dans l'affaire *Garron*, le gain s'était accumulé lorsque la fiducie était propriétaire des actions alors que dans la cause *Antle*, le gain s'était accumulé lorsque M. Antle était propriétaire des actions et avait été déplacé dans la fiducie grâce à l'utilisation du roulement³⁷.

Le mémoire du Ministère

En réponse aux arguments du contribuable, le Ministère soutient d'abord que la conclusion de la Cour canadienne de l'impôt selon laquelle il existait un évitement fiscal abusif au sens du paragraphe 245(4) L.I.R. est une question de fait sur laquelle la Cour d'appel fédérale ne devrait pas intervenir en l'absence d'erreur manifeste et dominante. Le Ministère indique ensuite que la RGAÉ s'applique, bien que le contribuable ait respecté la lettre de la loi.

En outre, le Ministère note que le contribuable semble confondre l'effet d'une disposition avec son objet lorsqu'il soutient que les opérations mises en place étaient prévisibles par le législateur et ne pouvaient pas, dès lors, constituer un abus des dispositions en cause. Le fait que la combinaison de ces dispositions puisse avoir un certain effet ne signifie pas que cet effet ait été voulu par le législateur. Le contribuable a utilisé une lacune de la législation d'une manière allant à l'encontre de l'objet et de l'esprit des dispositions de la loi. Sur ce point, le Ministère rappelle le caractère artificiel de l'opération et, notamment, le fait que la fiducie ait existé une seule journée et l'absence de liens avec la Barbade.

Enfin, le Ministère rejette l'argument du contribuable sur l'application des décisions *MIL* et *Garron* à titre de précédents. En effet, aucune de ces deux affaires ne portait sur l'utilisation du paragraphe 73(1) L.I.R. De plus,

³⁷ D. LACROIX, *loc. cit.*, note 1, 24:35.

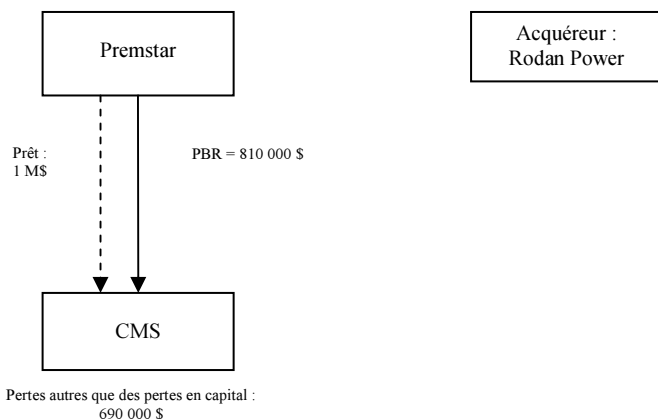
aucun parallèle ne peut être fait avec l'affaire *Garron*, celle-ci étant encore en appel.

L'audition est prévue le 19 octobre prochain.

2.2. DEVANT LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT

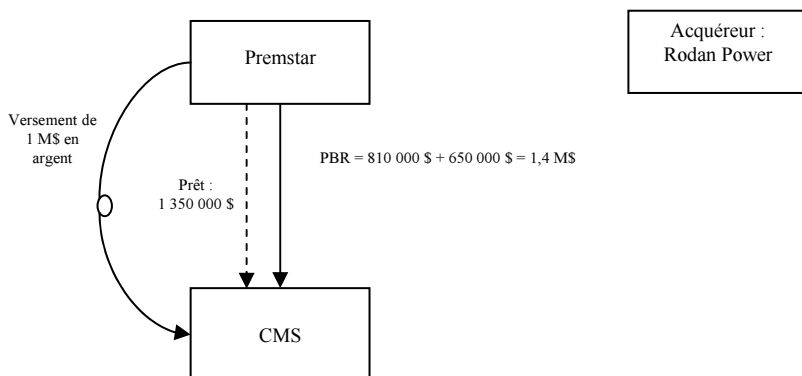
2.2.1. L'affaire *Rodan Energy Solutions Inc. c. La Reine*³⁸

Cette affaire concerne l'application de la RGAÉ dans le contexte des remises de dette.

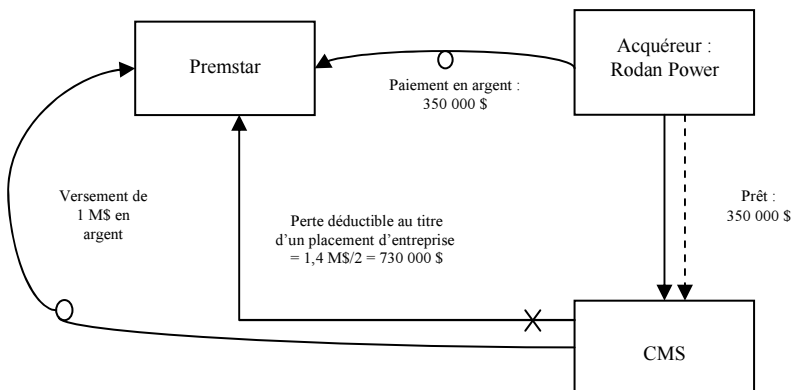


Les faits, tel qu'ils ressortent de l'avis d'appel, sont les suivants : Premstar Energy Canada Limited (« Premstar ») incorporée en Ontario est l'unique détentrice des actions de Canadian Meter Services Ltd. (« CMS »). Le PBR de ces actions est d'environ 810 000 \$. Premstar a également consenti à CMS un prêt intragroupe. En automne 2002, Premstar entame diverses démarches pour céder sa participation dans CMS. Ces démarches aboutissent en 2003 lorsque Premstar et Rodan Power Corporation (« Rodan Power ») signent une lettre d'intention.

³⁸ C.C.I. n° 2010-468 (IT) G (« Rodan »).



Préalablement à la clôture de la transaction, la structure du capital de CMS est réorganisée. Dans un premier temps, Premstar souscrit 1 300 actions ordinaires supplémentaires de CMS, pour une contrepartie en argent de 650 000 \$. Le PBR des actions détenues par Premstar dans CMS est alors de près de 1,4 M\$. Le même jour, Premstar consent une avance supplémentaire à CMS, pour un montant de 350 000 \$.



CMS a par la suite remboursé une partie du prêt intragroupe (1 M\$), réduisant son solde à 350 000 \$. À l'issue de cette réorganisation, Rodan Power achète les actions de la filiale et le prêt intragroupe détenu par Premstar pour un montant de 350 100 \$, dont 100 \$ correspondent aux actions et 350 000 \$ au prêt. CMS devient Rodan Energy Solutions (« Rodan Inc. »).

Premstar a déduit, pour l'année 2003, une perte déductible au titre d'un placement d'entreprise d'un montant de près de 730 000 \$. Elle a considéré, en effet, que le PBR des actions de CMS était d'environ 1,4 M\$ et que la vente des actions à CMS avait donné lieu à une perte presque équivalente. Premstar a estimé qu'il s'agissait d'une perte subie au titre d'un placement d'entreprise et a déduit la perte déductible de son revenu, conformément aux dispositions de l'alinéa 38(c) L.I.R. Rodan Inc. a, quant à elle, déduit des pertes autres que des pertes en capital.

Le Ministère a réduit de 638 000 \$ le montant des pertes autres que des pertes en capital disponibles pour Rodan Inc. au début de son exercice 2003, en considérant qu'il s'agissait d'un montant remis, comme déterminé par l'article 80 L.I.R. Le 6 février 2008, il a adressé des avis de nouvelle cotisation refusant à Rodan Inc. la déduction des pertes autres que des pertes en capital pour les exercices 2004 et 2006, respectivement 241 000 \$ et 397 000 \$. La nouvelle cotisation due par Rodan Inc. s'élève à plus de 120 000 \$ d'impôt et 24 000 \$ d'intérêts. Le Ministère se fonde sur la RGAÉ et a considéré que les règles de l'article 80 L.I.R. s'appliquaient en substance aux opérations de manière à réduire le montant des pertes autres que des pertes en capital de Rodan Inc. avant l'acquisition par Rodan Power.

Le Ministère a également établi une cotisation à l'égard de Premstar afin de réduire de 650 000 \$ la perte subie au titre d'un placement d'entreprise, et de requalifier le reste de la perte en perte en capital.

Rodan Inc. a fait appel des avis de nouvelle cotisation en mai 2008. Ils ont été confirmés le 20 novembre 2009. Rodan Inc. a ensuite fait appel auprès de la Cour canadienne de l'impôt. Le contribuable argue que les articles 80 et 80.01 L.I.R. ne s'appliquent pas. En effet, Rodan Inc. a remboursé le prêt intragroupe en argent préalablement à la vente des actions. Aucune remise de dette n'a été octroyée à CMS, et aucune dette n'a été réglée pour un montant inférieur au capital. En outre, Rodan Power a acquis le prêt pour un montant correspondant au capital. Enfin, il note que les opérations entre les parties ont été effectuées à la JVM et que les effets qu'elles ont produits sont ceux prévus par la loi.

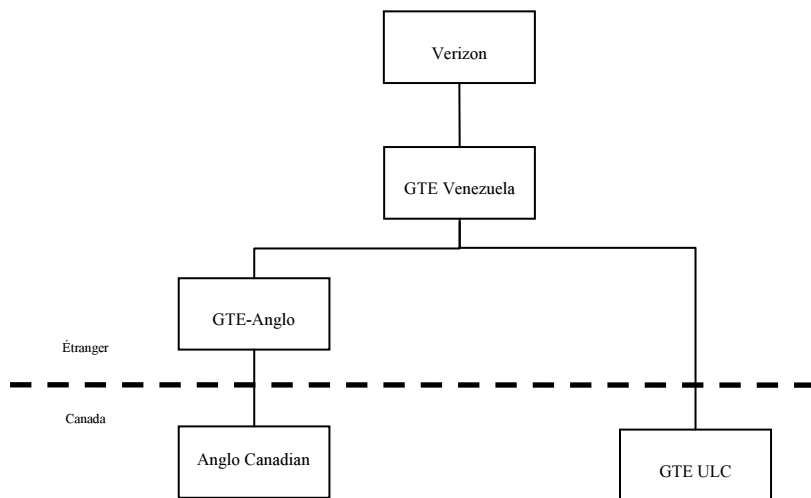
Le Ministère allègue, quant à lui, le fait que les opérations n'ont pas été entreprises principalement pour des objets véritables. Elles constituent un abus des articles 53, 80, 80.01 et de l'alinéa 39(1)c) L.I.R. Plus spécifiquement, il indique que, lorsqu'une société émet une action en faveur d'une personne en contrepartie du règlement d'une dette contractée par la société et payable à cette personne, l'alinéa 80(2)g) L.I.R. prévoit que le montant payé en règlement de la dette en raison de l'émission de l'action est

réputé être égal à la JVM de l'action au moment de l'émission. De plus, en vertu des paragraphes 80.01(6) à 80.01(8) L.I.R., lorsqu'une dette entre personnes liées est vendue à un tiers, elle devient une dette remise et est présumée avoir été réglée pour le montant de la dette remise. L'article 80 L.I.R. alors s'applique pour réduire du montant remis le montant des pertes autres que des pertes en capital du débiteur, en l'occurrence Rodan Inc.

La date de l'audience n'a pas encore été fixée.

2.2.2. L'affaire **GTE Venezuela c. La Reine**³⁹

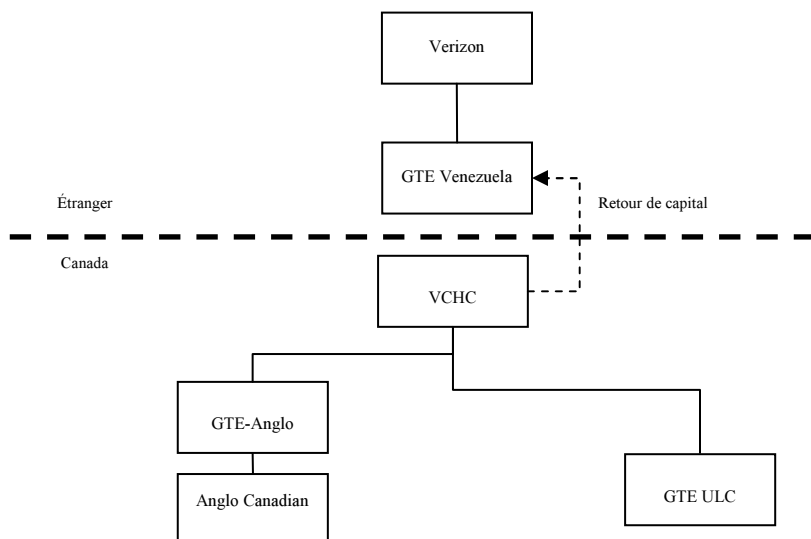
Une autre affaire portant sur l'application de la RGAÉ au remboursement du CV à un actionnaire non résident a récemment fait l'objet d'un appel devant la Cour canadienne de l'impôt.



De manière simplifiée, les faits de cette affaire sont les suivants : en 2000, une société multinationale de télécommunications américaine, Verizon Communications Inc. (« Verizon ») a fait l'acquisition d'une autre société multinationale, GTE Corporation. Après l'acquisition, une réorganisation a été entreprise au sein du groupe afin, notamment, de simplifier sa structure interne et d'optimiser sa situation fiscale. Dans un premier temps, les actions de certaines filiales du groupe ont été transférées à GTE Venezuela S.à.r.l (« GTE Venezuela »), une filiale du groupe

³⁹ C.C.I. n^{os} 2010-1551 (IT) G, 2010-1552 (IT) G et 2010-1553 (IT) G.

incorporée au Luxembourg. À l'issue du transfert, GTE Venezuela détenait notamment les actions de GTE Holdings (Canada) Corporation (« GTE ULC »), une société à responsabilité illimitée (« ULC ») résidente incorporée en Nouvelle-Écosse, et celles de GTE Anglo Holding Company Inc. (« GTE Anglo »), une société non résidente incorporée au Delaware. GTE Anglo détenait elle-même les actions de Anglo Canadian Telephone Company (« Anglo Canadian »), une société canadienne dont les actions avaient une JVM de 3 211 395 509 \$, un CV de 54 966 250 \$ et dont le surplus s'élevait à 3 156 429 259 \$.



Dans un deuxième temps, GTE Venezuela a incorporé, en Nouvelle-Écosse, VCHC, une ULC. Elle lui a transféré sa participation dans GTE ULC et GTE Anglo. En contrepartie, VCHC a payé GTE Venezuela avec une action de son capital-actions. La JVM et le CV de cette action étaient de 3 211 395 509 \$, soit l'équivalent de la JVM des actions d'Anglo Canadian. GTE Anglo a ensuite été liquidée dans VCHC, et VCHC est devenue actionnaire d'Anglo Canadian. Quelque temps après ce transfert, en 2003, 2004 et 2005, VCHC a versé à GTE Venezuela 3 211 395 509 \$ dans le cadre d'une réduction de son CV. Aucun impôt n'a été retenu en vertu de la partie XIII L.I.R. En 2006, GTE Venezuela s'est départie de sa participation dans VCHC au profit d'un tiers.

Le Ministère a cotisé GTE au titre de 2002, 2003 et 2004 en considérant que les paiements versés par VCHC dans le cadre de la réduction de son CV et excédant le CV d'Anglo Canadian (c'est-à-dire excédant 54 966 250 \$) devaient être traités comme des dividendes imposables. Par conséquent, le Ministère les a soumis à la retenue d'impôt de la partie XIII L.I.R., au taux d'imposition réduit de 5 % prévu par la *Convention fiscale entre le Canada et le Grand-Duché de Luxembourg*⁴⁰.

Le contribuable a payé les droits et intérêts calculés par le Ministère puis s'est opposé aux cotisations le 1^{er} février 2010. En l'absence de réponse à l'avis d'opposition, le contribuable a fait appel des cotisations devant la Cour canadienne de l'impôt.

L'avis d'appel du contribuable

Sur le plan procédural, GTE Venezuela allègue le fait que le Ministère ne peut pas la cotiser en raison de l'article 9(3) de la *Convention Canada-Luxembourg*⁴¹. Cet article prévoit que le Canada ne peut pas modifier le revenu imposable d'un contribuable plus de cinq ans après la fin de l'année au cours de laquelle les revenus ont été réalisés. Cela signifie que le Ministère ne pouvait cotiser GTE Venezuela que jusqu'au 31 décembre 2008, 2003 étant la dernière année pour laquelle GTE Venezuela a reçu des remboursements de capital de la part de VCHC. Sur ce point, il est intéressant de noter que la Cour canadienne de l'impôt a récemment entendu une question similaire dans le contexte de l'Accord. Dans l'affaire *Sundog Distributing Inc. c. La Reine*⁴², la Cour canadienne de l'impôt a ainsi conclu que la période de prescription de l'article X(3) de l'Accord (équivalant à l'article 9(3) de la *Convention Canada-Luxembourg*) ne s'applique qu'en présence d'entreprises associées résidant dans chacun des États contractants et à condition que ces entreprises soient visées par l'Accord.

⁴⁰ *Convention fiscale entre le Canada et le Grand-Duché de Luxembourg en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, 10 septembre 1999, entrée en vigueur le 17 octobre 2000 (« *Convention Canada-Luxembourg* »).

⁴¹ *Id.*

⁴² 2010 CCI 392.

GTE fait également valoir que les montants versés constituaient bien des remboursements de capital et n'étaient donc pas soumis à l'impôt de la partie XIII L.I.R. De plus, l'article 212.1 L.I.R. ne s'appliquait pas, car les actions de GTE Anglo ne sont pas des actions d'une société résidente au Canada. En outre, les opérations ne constituent pas une opération d'évitement abusif.

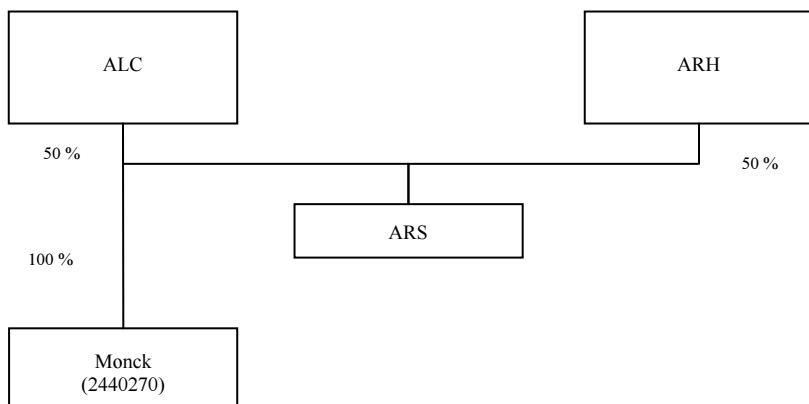
La réponse du Ministère

Dans sa réponse à l'avis d'appel, le Ministère mentionne que, si le surplus d'Anglo Canadian avait été distribué avant la mise en place de la réorganisation, cette distribution aurait fait l'objet d'une retenue d'impôt canadien. En effet, lorsqu'un non-résident dispose des actions d'une société canadienne en faveur d'un acquéreur canadien avec lequel le non-résident a un lieu de dépendance et que, immédiatement après la disposition, les sociétés canadiennes sont rattachées, l'alinéa 212.1(1)b) L.I.R. s'applique de manière à limiter l'augmentation du CV de la société qui a acquis les actions au CV des actions transférées. L'alinéa 212.1(1)b) L.I.R. permet ainsi d'éviter que le montant du surplus ne puisse être sorti du Canada en franchise d'impôt. Or, d'après le Ministère, l'incorporation de GTE Venezuela et de VCHC ainsi que l'acquisition par VCHC des actions de GTE Anglo constituent des opérations destinées à éviter l'application de l'impôt de la partie XIII L.I.R. à la distribution du surplus d'Anglo Canadian. Dès lors, elles constituent des opérations d'évitement abusives au sens de l'article 245 L.I.R.

La récente décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Collins & Aikman* semble être de bon augure pour le contribuable. Il reste néanmoins à savoir dans quelle mesure la date d'acquisition de la société transférée pourra influencer les décisions à venir des tribunaux. Dans l'affaire *Collins & Aikman*, la Cour d'appel fédérale a souligné le fait que la société transférée était non résidente bien avant la série d'opérations. La décision aurait-elle été différente si la société avait été acquise dans la même série d'opérations que le transfert de ses actions?

2.2.3. Les affaires *Air Liquide Canada Inc. c. La Reine*⁴³ et *Vitalaire Canada Inc. c. La Reine*⁴⁴

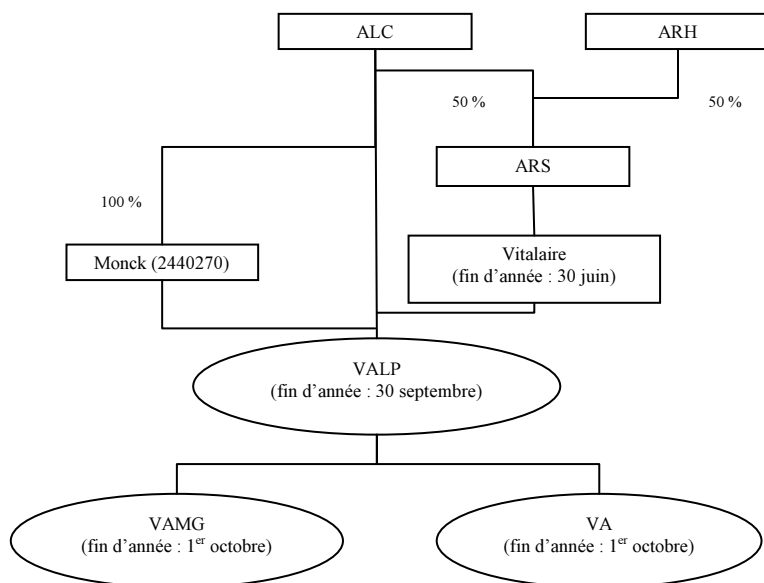
Les affaires *Air Liquide Canada* et *VitalAire* impliquent des contribuables ayant utilisé la même structure à deux paliers de sociétés de personnes sœurs.



Cette structure concernait trois sociétés, Air Liquide Canada Inc. (« ALC »), Associated Respiratory Holdings Inc. (« ARH ») et Monck Enterprises Ltd. (« Monck ») œuvrant dans des secteurs d'activité connexes. Monck était détenue par ALC. ALC et ARH détenaient en parts égales Associated Respiratory Services Inc. (« ARS »). En juillet 1994, ALC, ARH et Monck décident de regrouper certaines de leurs activités afin d'améliorer l'efficacité de leurs opérations commerciales et de créer des synergies entre les sociétés. Les parties négocient pendant une dizaine de mois et plusieurs structures sont alors envisagées.

⁴³ C.C.I. n° 2009-1992 (IT) G (« *Air Liquide Canada* »).

⁴⁴ C.C.I. n° 2009-1976 (IT) G (« *VitalAire* »).



En mai 1995, les parties s'accordent sur une structure à deux paliers de sociétés de personnes sœurs. Celle-ci est mise en place entre le 29 juin 1995 et le 1^{er} juillet 1995. La société VitalAire Company (« Vitalaire ») a d'abord été incorporée. Dans le cadre d'un roulement prévu à l'article 85 L.I.R., ARS transfère à Vitalaire tous ses actifs en contrepartie de 99 % des actions avec droit de vote de Vitalaire. VitalAire Medical Gas Partnership (« VAMG ») est ensuite créée avec pour associés ALC et Vitalaire. Dans le cadre d'un roulement prévu à l'article 97, ALC transfère à VAMG certains actifs en contrepartie d'un intérêt de 99 % dans VAMG. Vitalaire effectue une contribution en argent pour 1 % des intérêts dans VAMG. Vitalaire Partnership (« VA ») est ensuite constituée. Ses associés, ALC, Vitalaire et Monck, lui transfèrent certains actifs dans le cadre d'un roulement de l'article 97 L.I.R. En contrepartie de ce transfert, ALC reçoit 28,67 % d'intérêts dans VA, Vitalaire 68,59 % et Monck 2,74 %. Enfin, ALC, Vitalaire et Monck ont constitué VitalAire Limited Partnership (« VALP »). Vitalaire et Monck ont transféré leurs intérêts respectifs dans VAMG et VA en contrepartie d'un intérêt dans VALP.

La date de clôture de la mise en place de la structure était le 1^{er} juillet 1995. Par conséquent, la date de fin d'année d'ARS et de Vitalaire a été

fixée au 30 juin, celle de VALP au 30 septembre, et celle de VAMG et de VA au 1^{er} octobre, soit un jour après la fin d'année de VALP. Le décalage des fins d'années des entités de la structure a permis un report d'impôts pour VALP et Vitalaire, allant jusqu'à 21 mois pour ce dernier.

En mars et mai 2004, le Ministère a établi des avis de cotisation visant à refuser à ALC les 12 derniers mois de report d'impôts résultant de la structure sur la base de la RGAÉ, pour les années 1996, 1998, 1999, 2000 et 2001. Il a également cotisé Vitalaire au titre des années 1999 à 2001. ALC et Vitalaire se sont opposées à ces avis.

L'avis d'appel des contribuables

Les contribuables font valoir que la structure a été mise en place pour des objets véritables. En effet, la structure à deux niveaux a été mise en place pour répondre à divers objectifs, identifiés durant les négociations et énumérés dans l'avis d'appel du contribuable. Toutes les parties devaient contribuer à la structure en apportant une part de leurs activités et chacune devait participer aux revenus générés par la combinaison des activités. Les apports respectifs des parties reflétaient la valeur relative des secteurs d'activité apportés. ARH devait se voir attribuer un intérêt de 50 % et une représentation équivalente au conseil d'administration de l'entité gouvernant la structure afin d'exercer un contrôle opérationnel sur les activités mises en commun. Ces activités devaient être isolées autant que possible de toutes réclamations pouvant être exercées par un éventuel successeur. Enfin, la structure était commercialement viable.

Afin de réaliser ces objectifs, plusieurs structures avaient été envisagées par les parties. Elles ont d'abord envisagé de constituer une société. Cette solution soulevait toutefois des difficultés commerciales ainsi que des enjeux fiscaux, tant au Canada qu'à l'étranger. Elle a donc été abandonnée. La deuxième structure envisagée était celle d'une société de personnes unique. Ce type de structure ne pouvait néanmoins pas être mise en place sans entraîner une imposition immédiate, et soulevait aussi d'importantes problématiques de droit du travail. Par ailleurs, les parties ont étudié la possibilité de créer une structure à un seul palier de sociétés de personnes sœurs. Bien que cette structure eût permis de résoudre les difficultés de droit du travail, elle n'aurait pas accordé à ARH le bénéfice des revenus et des opportunités de développement et aurait créé des difficultés fiscales. Les parties ont donc finalement résolu de mettre en place une structure à deux niveaux de sociétés de personnes sœurs. Le contribuable souligne que, durant les négociations, les considérations fiscales n'ont pas été déterminantes. Toutefois, lors de la mise en place de la structure, les parties

se sont rendu compte qu'elles pourraient tirer avantage du choix de fin d'année.

S'agissant de 1998, le contribuable argue qu'il n'aurait pas été impossible même s'il n'avait pas mis en place la structure en cause. De plus, s'il existait un avantage fiscal résultant des opérations en cause, il ne pourrait s'agir que de la différence entre les impôts initialement payés et les impôts qui auraient été dus si le report avait été limité à une année.

Sur le plan procédural, le contribuable fait valoir que certaines des périodes visées par les avis de cotisation sont prescrites, aucun motif ne justifiant l'application d'une période de cotisation autre que la période normale.

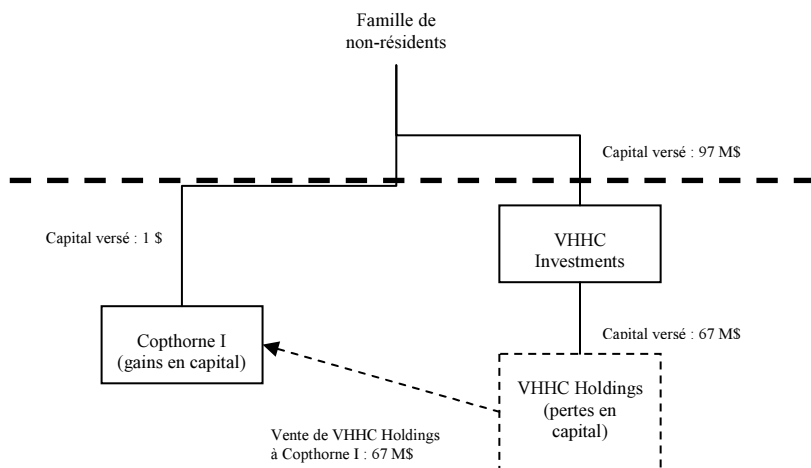
La réponse du Ministère à l'avis d'appel

Le Ministère estime que la création de VALP et le choix d'une fin d'exercice financier au 30 septembre constituent des opérations d'évitement au sens des paragraphes 245(2) et 245(3) L.I.R. Ces opérations ont permis à ALC et Vitalaire d'obtenir le report de l'impôt de la partie I L.I.R. sur les revenus d'activité de VA et de VAMG, le report de l'impôt de la partie I.3 L.I.R. sur le capital de la société de personnes et la réduction des montants d'acomptes. Les dispositions dont l'abus est allégué sont les paragraphes 2(1), 2(2), 96(1), 249(1) et l'article 249.1 L.I.R. L'argument relatif à la prescription n'est pas évoqué par le Ministère dans sa réponse à l'avis d'appel.

3. L'AFFAIRE *COPTHORNE HOLDINGS LTD. C. LA REINE*⁴⁵, À SUIVRE...

La décision unanime de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Copthorne Holdings* a fait l'objet d'un appel devant la Cour suprême du Canada et cette dernière a accordé la demande d'autorisation d'appel le 28 janvier dernier.

⁴⁵ 2009 D.T.C. 5918 (C.A.F.) (« *Copthorne Holdings* »).

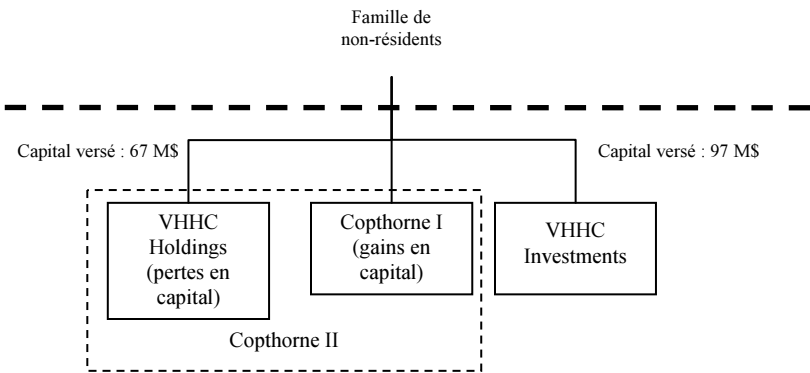


Pour mémoire, cette affaire, traitée lors de notre précédente revue⁴⁶, implique un groupe de sociétés canadiennes et non résidentes contrôlées par des non-résidents. Dans les années 1980, une société (« Copthorne I ») a été constituée pour acquérir un hôtel à Toronto. Son capital-actions comprenait une seule action, détenue par une société néerlandaise (« Big City ») et son CV était de 1 \$. Copthorne I et Big City étaient directement ou indirectement contrôlées par la famille Li. L'hôtel détenu par Copthorne I a été revendu par la suite. Copthorne I a alors réalisé un gain en capital important.

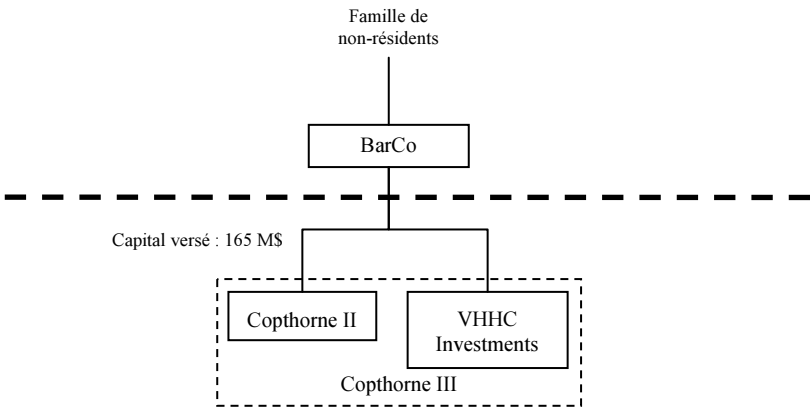
En 1987, une nouvelle société canadienne a été constituée (« VHC Investments »). Entre 1987 et 1991, la famille Li et certaines sociétés liées ont investi dans cette nouvelle société, portant le CV des actions de VHC Investments à 96 736 845 \$. VHC Investments a parallèlement procédé à des investissements dans VHC Holdings de manière à acquérir 67 401 279 actions ordinaires ayant un CV de 67 401 279 \$. VHC Holdings détenait par ailleurs les actions d'une autre société auxquelles se rattachait une perte en capital inhérente substantielle. En 1992, afin de transférer la perte en capital se rattachant aux actions détenues par VHC Holdings à Copthorne I, VHC Investments a vendu ses 67 401 279 actions ordinaires de VHC Holdings à Copthorne I pour

⁴⁶ D. LACROIX, *loc. cit.*, note 1. La première partie de cette section reprend des extraits de notre discussion de la décision de la Cour d'appel fédérale.

1 000 \$. Cette perte devait être utilisée par Copthorne I pour réduire le gain réalisé lors de la disposition de l'hôtel.



L'année suivante, la famille Li a souhaité fusionner plusieurs des sociétés canadiennes. Afin d'éviter l'élimination du CV de VHHC Holdings qu'aurait entraînée une fusion entre cette dernière et Copthorne I, il a été décidé d'abord de vendre les actions de VHHC Holdings à Big City pour une somme de 1 000 \$. Copthorne I et VHHC Holdings ont ensuite été fusionnées, permettant la création de Copthorne II. À la suite de cette fusion, Big City détenait tout le capital-actions de Copthorne II, auquel se rattachait un CV de 67 401 280 \$.



Finalement, en 1994, une société a été constituée à la Barbade (« BarCo ») afin d'acquérir toutes les actions de Copthorne II et de VHHC

Investments. Leur CV était respectivement de 67 401 280 \$ et de 96 736 845 \$. La fusion de Copthorne II et de VHHC Investments a permis la création de Copthorne III, dont le CV était de près de 165 M\$. Copthorne III a racheté les actions de son capital-actions détenues par BarCo sans retenir l'impôt de la partie XIII L.I.R.

Le Ministère avait appliqué la RGAÉ, estimant qu'un avantage fiscal résultait de la création artificielle de CV au sein du groupe. Il a donc considéré qu'une partie du montant versé à BarCo était imposable en vertu des paragraphes 215(6) et 212(2) L.I.R. et qu'elle aurait dû faire l'objet des retenues d'impôt de la partie XIII L.I.R.

Saisies de l'affaire, la Cour canadienne de l'impôt⁴⁷ puis la Cour d'appel fédérale ont tranché en faveur du Ministère et conclu à l'application de la RGAÉ. Deux questions importantes étaient soulevées : celle de la notion de série aux fins de l'article 245 L.I.R. et celle de la préservation du CV au sein d'un groupe. Tant la Cour canadienne de l'impôt que la Cour d'appel fédérale ont conclu que les deux séries d'opérations, à savoir la vente des actions de Copthorne I à Big City et le rachat des actions de Copthorne III faisaient partie de la même série d'opérations aux fins de l'article 245 L.I.R. Parvenues à cette conclusion, elles ont jugé que l'opération était abusive puisque la vente des actions avait permis d'éviter l'élimination du CV qui aurait résulté de la fusion.

Dans son *factum*, le contribuable allègue le fait que la vente des actions ou la série d'opérations incluant la vente des actions ne constituent pas un abus aux fins du paragraphe 245(4) L.I.R., que ces opérations ne constituent pas un évitement fiscal et qu'elles n'ont pas donné lieu à un avantage fiscal. Selon lui, le CV constitue un attribut de la société, qui a vocation à refléter le capital investi dans la société et à permettre son retour aux actionnaires en franchise d'impôt. De plus, la comptabilisation séparée du CV au sein d'un groupe est la conséquence de la nature même du CV ainsi que de l'absence de régime d'intégration fiscale dans les sociétés du groupe. La loi prévoit elle-même dans quelle mesure le CV peut être retourné aux actionnaires en franchise d'impôt. Par ailleurs, rien dans le paragraphe 84(3) L.I.R. ne suggère l'intention du législateur de ne pas permettre la préservation du CV. Il indique enfin que la loi ne crée pas d'attente « systémique », que le CV soit retracé ou utilisé d'une certaine manière dans le cadre du groupe.

⁴⁷ 2007 D.T.C. 1230 (C.C.I.).

Le contribuable rappelle, par ailleurs, que la fusion en cause était une fusion horizontale puisqu'elle visait initialement Cophorne I et VHHC Holdings. Lors d'une fusion horizontale, les actions ne sont pas annulées, alors qu'elles le seraient dans le cadre d'une fusion verticale. La Cour d'appel fédérale aurait donc erré en inférant l'interdiction de double comptabilisation du CV de l'obligation d'annuler les actions dans le cadre d'une fusion verticale. De plus, la disposition fondant l'interdiction d'une double comptabilisation n'est pas une disposition de nature fiscale, mais résulte du droit des sociétés. Le contribuable note que la Cour d'appel fédérale avait reconnu l'absence d'abus du paragraphe 87(3) L.I.R., disposition prévoyant certains rajustements destinés à assurer la continuité du CV dans le cadre de fusions.

Selon le Ministère, le CV permet en effet de distinguer les revenus du capital. Ce dernier peut effectivement être distribué aux actionnaires en franchise d'impôt, puisqu'il ne constitue pas un revenu. Il faut considérer les dispositions applicables aux sociétés (autorisant le retour du CV en franchise d'impôt) et celles applicables aux revenus perçus par les actionnaires (notamment la retenue à la source du paragraphe 212(2) L.I.R.) afin de comprendre l'objet et l'esprit des dispositions relatives au CV. L'historique de ces dispositions, les dispositions actuelles (notamment le paragraphe 84(3) L.I.R. qui vise à traiter comme un dividende tout montant dépassant les fonds investis, lorsque ceux-ci sont distribués par le biais d'un rachat d'actions et la jurisprudence) démontrent que le fait d'extraire de la compagnie un revenu non distribué sans supporter d'impôt n'est pas approprié. Le Ministère estime également que la fusion visée par les opérations est celle d'une société mère et de sa filiale, et que la vente de VHHC Holdings à Big City visait justement à éviter les conséquences du paragraphe 87(3) L.I.R. applicables aux fusions verticales.

Sur la question de savoir si la vente des actions constitue une opération d'évitement au sens du paragraphe 245(3) L.I.R., le contribuable estime qu'il n'y avait pas de série d'opérations au sens de l'article 245 L.I.R. La première « série » d'opérations n'a pas été faite en vue du rachat : d'après le contribuable, les critères de la série ne devraient pas s'appliquer de manière rétroactive. En effet, l'expression contenue au paragraphe 248(10) L.I.R. indique que les opérations devraient avoir un lien de causalité ou un objectif inhérent commun. Or, au moment de la vente, aucun rachat n'était envisagé. De plus, la vente des actions était une opération ayant un objet véritable, puisqu'elle visait à permettre l'utilisation des pertes et à simplifier la structure. Dans son mémoire, le Ministère fait valoir qu'une connexion entre la vente des actions et le rachat suffit pour que cette vente et ce rachat fassent partie de la même série de common law. La seconde série a été réalisée en

vue de la première : la préservation du CV dans la première série a été prise en compte dans la deuxième série. Ainsi, il n'était pas nécessaire que les mécanismes précis du rachat aient été connus au moment où la décision de vendre les actions a été prise. Ce qui importe est le fait que, sans le rachat, il n'aurait pas été possible de bénéficier du versement du CV. Il considère que la vente des actions à Big City avait pour objet de préserver le CV de VHH Holdings. Sans cette vente, la fusion aurait éliminé le CV.

Enfin, le contribuable prétend que la série d'opérations, incluant la vente des actions, n'a pas donné lieu à un avantage fiscal. En effet, la préservation du CV ne constitue pas un avantage fiscal au sens du paragraphe 245(1) L.I.R. À cet argument, le Ministère répond que l'avantage fiscal est ici le fait d'avoir évité l'extinction du CV d'une filiale au moment de la première fusion et l'utilisation de Cophorne III pour distribuer aux actionnaires, en franchise d'impôt, un montant supérieur au montant investi (environ 97 M\$ avaient été investis alors que 165 M\$ étaient disponibles pour la distribution).

La date d'audition a été provisoirement fixée au 18 janvier 2011.

CONCLUSION

L'étude de la jurisprudence de cette année démontre un rehaussement du niveau d'exigence des tribunaux à l'égard de la preuve de l'abus proposée par le Ministère dans les affaires où il invoquait la RGAÉ. Les appels entendus ont ainsi été l'occasion pour la Cour d'appel fédérale de rappeler au Ministère qu'il a le fardeau de présenter des éléments de preuve convaincants afin de persuader les tribunaux de l'existence d'un abus des dispositions de la loi. Il ressort clairement de la décision *Lehigh* de la Cour d'appel fédérale et de celle de la Cour canadienne de l'impôt confirmée par la Cour d'appel fédérale dans *Collins & Aikman* que la RGAÉ ne peut être utilisée pour combler une lacune législative ou pour sanctionner un contribuable qui aura utilisé les dispositions de la loi de manière novatrice.

La jurisprudence de cette année poursuit par ailleurs la tendance constatée au cours des années antérieures en ce qui concerne l'application des critères de la RGAÉ. Nous avons conclu l'année passée que le traitement réservé par les juges à l'arrêt *Lipson* était relativement marginal et que les principes de la décision *Trustco Canada* restaient les principes de référence en matière d'application de la RGAÉ. Les décisions rendues cette année par la Cour d'appel fédérale confirment que l'arrêt *Trustco Canada* reste l'arrêt de principe. Même la jurisprudence de cette dernière année semble suggérer qu'une approche rigoureuse de la RGAÉ soit désormais

privilégiée, la revue des procédures dans les causes en suspens démontre toutefois que la RGAÉ continue de soulever des difficultés d'application. Ainsi, des questions demeurent en ce qui concerne notamment la teneur de la preuve devant être faite par le Ministère pour démontrer l'existence d'un abus, la notion de série d'opérations ou encore l'objet et l'esprit des dispositions relatives au CV. L'affaire *Cophorne* et l'affaire *Lehigh*, si la Cour suprême accepte d'entendre l'appel, seront l'occasion pour cette dernière de préciser ces points.

PANEL SUR L'ADMINISTRATION FISCALE



Paul Ryan
Avocat, associé
Ravinsky Ryan Lemoine
s.e.n.c. Avocats



Jean Groleau
Avocat, associé
Fraser Milner Casgrain
s.e.n.c.r.l.



Avec la participation de
Johanne L. Bergeron
Sous-ministre adjointe
Direction générale des entreprises
Revenu Québec

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (PAUL RYAN)

Divulgations volontaires et rapatriements de fonds – Nouvelle politique fédérale

PARTIE B (JEAN GROLEAU)

Faire ou ne pas faire témoigner des fournisseurs allégués de factures d'accommodation, telle est la question!

INTRODUCTION	29:10
1. AFFAIRE <i>AMIANTE SPEC</i>	29:10
1.1. FAITS	29:10
1.2. POSITION DES PARTIES	29:11
1.2.1. Amiante Spec	29:11
1.2.2. Ministre	29:11
1.3. ANALYSE	29:12
1.4. COUR D'APPEL FÉDÉRALE	29:13
2. AFFAIRE <i>BELLE-OR</i>	29:14
2.1. FAITS	29:14
2.2. POSITION DES PARTIES	29:15
2.2.1. Belle-Or	29:15
2.2.2. Ministre	29:15
2.3. ANALYSE	29:16
CONCLUSION	29:18

PARTIE A**Divulgations volontaires et rapatriements de fonds – Nouvelle politique fédérale**

Paul Ryan, avocat, associé

Ravinsky Ryan Lemoine s.e.n.c. Avocats

Plusieurs facteurs font en sorte que les divulgations volontaires sont présentement un sujet d'actualité, particulièrement en ce qui concerne le rapatriement de fonds détenus à l'étranger.

En premier lieu, au cours des derniers mois, les autorités fiscales fédérales et provinciales ont procédé à une remise en question en profondeur de leur approche à cet égard.

En second lieu, au plan international, plusieurs événements ont fait en sorte qu'il devient de plus en plus risqué de détenir des fonds à l'étranger à l'insu des autorités fiscales.

On pense notamment à ce qui suit :

- a) Les efforts déployés au niveau des pays membres du G20, pour lutter contre l'évasion fiscale internationale;
- b) L'obligation imposée par certains pays du G20 à des paradis fiscaux notoires de négocier des traités fiscaux avec un nombre minimum d'une douzaine de pays occidentaux à taux d'imposition élevés;
- c) Le dossier très médiatisé impliquant la banque UBS et le gouvernement américain;
- d) Les problèmes de régie interne éprouvés par certaines banques, incluant principalement la banque HSBC, qui ont entraîné la divulgation du nom de plusieurs centaines de détenteurs de comptes de banque à l'étranger.

En date d'aujourd'hui, le gouvernement provincial n'a pas tout à fait complété sa réflexion, mais vous avez entendu M. Kevin Pratt, directeur national de programme des divulgations volontaires pour l'Agence du revenu du Canada (« ARC »), vous confirmer qu'une nouvelle politique fédérale est maintenant en vigueur.

L'objectif de cette conférence est de discuter des aspects pratiques de la nouvelle politique fédérale et des résultats concrets qu'elle entraînera.

Pour bien comprendre la nouvelle politique, il est nécessaire de faire un bref retour sur la politique précédente, qui comportait notamment les aspects suivants :

- a) Les impôts et intérêts payables par le contribuable étaient souvent évalués arbitrairement à 38 % de la somme à rapatrier, à savoir 19 % par niveau de gouvernement;
- b) Pour arriver à cette fin, les revenus de placement du contribuable étaient imposés intégralement pour un certain nombre d'années et un montant arbitraire était ensuite imposé pour faire arriver le total payable à 38 %.

Les trois principaux soucis du gouvernement fédéral, en établissant sa nouvelle politique, ont manifestement été les suivants :

- a) Éliminer l'arbitraire et s'assurer que les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ soient respectées;
- b) Éliminer l'imposition de sommes durant une année autre que celle durant laquelle elles ont été gagnées par le contribuable;
- c) S'assurer que les dossiers de cette nature soient traités de la même manière à l'échelle du Canada.

Pour en arriver à ces fins, il a donc fallu mettre fin de manière définitive aux ententes arbitraires à 38 % et identifier les dispositions légales sur lesquelles l'ARC peut s'appuyer pour négocier un dossier de divulgation volontaire.

Les deux séries de dispositions qui ont été identifiées sont les suivantes :

- a) Les paragraphes 152(4) et suivants L.I.R., qui stipulent que le contribuable a généralement le fardeau de preuve lorsqu'un avis de cotisation est émis à l'intérieur de la période normale de cotisation de trois ans (pour la plupart des contribuables), mais que le fardeau de preuve incombe plutôt à l'ARC, lorsqu'un avis de cotisation est émis après l'expiration de cette période;
- b) Le paragraphe 220(3.2) L.I.R., qui prévoit que l'ARC peut renoncer aux intérêts et pénalités, mais seulement pour les 10 années précédentes.

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

Sur cette base, l'ARC a conclu, en ce qui concerne les cotisations à être émises au-delà de la période normale de cotisation de trois ans, qu'il lui fallait absolument une preuve documentaire sérieuse pour justifier de telles cotisations.

C'est dans ce contexte que la nouvelle politique de l'ARC prévoit de manière générale que les années qui seront imposées, dans le cadre d'une divulgation volontaire portant sur un rapatriement de fonds, que le nombre des années qui seront imposées correspondra tout simplement au nombre d'années pour lesquelles il est possible d'obtenir des registres bancaires permettant de comptabiliser correctement les revenus de placement gagnés par le contribuable.

De manière générale, la plupart des contribuables dans cette situation détiennent leurs fonds en Europe ou dans les Caraïbes et l'ARC indique que ses contacts avec les juridictions impliquées lui laissent entendre que les registres sont disponibles en Europe pour une période d'au moins 10 ans, alors que la période est d'au moins six ans dans les Caraïbes.

La multitude de dossiers de divulgation volontaire et le nombre relativement limité d'institutions impliquées feront en sorte que l'ARC sera rapidement informée de la situation qui prévaut au sein de chaque institution, de sorte qu'il sera impossible pour les contribuables de faire des fausses représentations, à l'égard du nombre d'années pour lesquelles des registres sont disponibles.

Toujours dans le souci de respecter les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la nouvelle politique fédérale comportera également les facettes suivantes :

- a) Pour les contribuables qui détiennent leurs fonds dans une autre devise, aucun compromis ne sera accordé au niveau du taux de change, si le rapport entre la devise et le dollar canadien a varié de manière défavorable au contribuable durant la période en cause;
- b) Aucun rabais d'intérêt ne sera consenti pour les années comprises dans la période normale de cotisation, mais des rabais d'intérêt importants seront accordés pour les années qui dépassent la période normale de cotisation;
- c) Toutefois, vu que le paragraphe 220(3.2) L.I.R. limite la discrétion de l'ARC d'accorder des réductions ou une annulation d'intérêt à une période de 10 ans, aucun rabais d'intérêt ne sera consenti pour les années additionnelles, si l'ARC obtient des preuves (par exemple, registres

bancaires, autres documents ou admissions du contribuable) pour des années qui remontent à plus de 10 ans.

En terminant, examinons quelques modèles de calcul simplifiés, donnant un aperçu du coût approximatif d'une divulgation volontaire au fédéral en vertu de la nouvelle politique, dépendant que le contribuable ait détenu ses fonds en dollars américains ou en dollars canadiens.

Aux fins de ces exemples, nous avons supposé que le contribuable détenait 1 M\$ au 1^{er} janvier 2000 et qu'il a réalisé un revenu de placement de 5 % par année (selon l'expérience de l'auteur, cette hypothèse est généreuse, puisque les contribuables réalisent souvent des revenus de placement plus minimes à l'étranger, en tenant notamment compte du peu d'attention qu'ils accordent à leurs affaires à l'étranger et des frais souvent exorbitants prélevés par les institutions étrangères).

Le Tableau 1 montre l'évolution depuis 2000 du taux de change avec le dollar américain.

Le Tableau 2 montre le coût approximatif d'une divulgation volontaire fédérale pour un contribuable qui détenait ses fonds en dollars américains.

Le Tableau 3 effectue le même calcul pour un contribuable qui détenait ses fonds en dollars canadiens.

Ces calculs montrent un taux d'imposition fédéral net variant entre 10,5 % et 13,3 % du capital actuel à l'étranger, pour un contribuable qui aurait gagné des revenus de placement à l'étranger de 5 % par année.

Au niveau monétaire, la nouvelle politique fédérale est donc nettement plus avantageuse que la précédente et il faut donc espérer qu'elle incitera un grand nombre de contribuables à régulariser leur situation.

Nous tenons en terminant à remercier M. Kevin Pratt et toute son équipe pour leur excellente collaboration avec le Comité mis sur pied par l'APFF au cours des derniers mois pour discuter de cette question.

Tableau 1

Variation des taux de conversion \$ US *versus* \$ CAD
(Banque du Canada)

	<u>\$ US</u>
2000	1,4853
2001	1,5488
2002	1,5704
2003	1,4015
2004	1,3015
2005	1,2116
2006	1,1340
2007	1,0748
2008	1,0660
2009	1,1420
1 ^{er} octobre 2010	1,0205

Tableau 2

Coût d'une divulgation volontaire fédérale pour rapatriement de fonds – \$ US						
Cas « revenu imposable à 100 % », capital de départ 1 M\$, rendement de 5 % par année imposé sur 10 ans						
		\$ US			\$ CAD	
		<u>Montant</u>	<u>% imposable</u>	<u>Montant imposable</u>	<u>Taux</u>	<u>Montant imposable</u>
Revenus	2000	50 000	100 %	50 000	1,4853	74 265
	2001	50 000	100 %	50 000	1,5488	77 440
	2002	50 000	100 %	50 000	1,5704	78 520
	2003	50 000	100 %	50 000	1,4015	70 075
	2004	50 000	100 %	50 000	1,3015	65 075
	2005	50 000	100 %	50 000	1,2116	60 580
	2006	50 000	100 %	50 000	1,1340	56 700
	2007	50 000	100 %	50 000	1,0748	53 740
	2008	50 000	100 %	50 000	1,0660	53 300
	2009	50 000	100 %	50 000	1,1420	<u>57 100</u>
Total imposé en \$ CAD						646 795
Impôt fédéral estimé à 24,22 %						156 654
Intérêts estimés à 30 %						<u>46 996</u>
Total à payer au fédéral						<u>203 650</u>
• Total à l'étranger selon hypothèse (\$ US)						1 500 000 \$
• Taux de conversion 1 ^{er} octobre 2010						1,0205
• Valeur en \$ CAD au 1 ^{er} octobre 2010						1 530 750 \$
• Coût de la DV au fédéral selon hypothèse						203 650 \$
• Valeur en %						13,3 %

Tableau 3

Coût d'une divulgation volontaire fédérale pour rapatriement de fonds – \$ CAD

Cas « revenu imposable à 100 % », capital de départ 1 M\$,
rendement de 5 % par année imposé sur 10 ans

	<u>Montant</u>	<u>%</u> <u>imposable</u>	<u>Montant</u> <u>imposable</u>
Revenus 2000	50 000	100 %	50 000
2001	50 000	100 %	50 000
2002	50 000	100 %	50 000
2003	50 000	100 %	50 000
2004	50 000	100 %	50 000
2005	50 000	100 %	50 000
2006	50 000	100 %	50 000
2007	50 000	100 %	50 000
2008	50 000	100 %	50 000
2009	50 000	100 %	50 000
Total imposé en \$ CAD			500 000
Impôt fédéral estimé à 24,22 %			121 100
Intérêts estimés à 30 %			36 330
Total à payer au fédéral			157 430
• Total à l'étranger selon hypothèse (\$ CAD)			1 500 000 \$
• Coût de la DV au fédéral selon hypothèse			157 430 \$
• Valeur en %			10,5 %

PARTIE B**Faire ou ne pas faire témoigner des fournisseurs allégués de factures d'accommodation, telle est la question!**

Jean Groleau, avocat, associé
Fraser Milner Casgrain s.e.n.c.r.l.

INTRODUCTION

La Cour canadienne de l'impôt s'est prononcée au cours des dernières années dans deux affaires¹ similaires dans lesquelles des crédits de taxe sur les intrants (« CTI ») avaient été refusés au motif qu'ils avaient été réclamés en lien avec des factures d'accommodation. Les deux contribuables ont toutefois adopté une stratégie fort différente lors du procès. En effet, la première a choisi de ne pas faire témoigner les fournisseurs allégués de factures d'accommodation, à l'exception d'un, alors que la seconde a fait témoigner les dirigeants de six des sept fournisseurs en cause. Bien que l'appel de la contribuable ait été rejeté dans les deux cas, les décisions des juges Favreau et Bédard contiennent des commentaires surprenants, lorsqu'ils sont mis en parallèle, quant à l'opportunité de faire témoigner des fournisseurs allégués de factures d'accommodation.

1. AFFAIRE AMIANTE SPEC**1.1. FAITS**

Dans cette affaire, le ministre du Revenu du Québec, agissant pour le ministre du Revenu national (« Ministre »), avait émis à l'encontre d'Amiante Spec inc. (« Amiante Spec »), une société exploitant une entreprise d'enlèvement de fibres d'amiante et de pose d'isolation, un avis de cotisation en vertu de la partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise*² ajoutant un montant de taxe nette de 139 791,69 \$, imposant une pénalité de 56 056,69 \$ en vertu des articles 280 et 285 L.T.A. et exigeant des intérêts s'élevant à 14 012,61 \$.

¹ *Amiante Spec inc. c. La Reine*, [2008] G.T.C. 440 (C.C.I.), confirmé par [2009] G.T.C. 2019 (C.A.F.) (« *Amiante Spec* »); 9116-0762 *Québec inc. (Belle-Or)* c. *La Reine*, [2010] G.T.C. 40 (C.C.I.) (« *Belle-Or* »).

² L.R.C. (1985), ch. E-15 et mod. (« L.T.A. »).

Amiante Spec contestait devant la Cour canadienne de l'impôt le refus du Ministre d'accorder des CTI s'élevant à 128 281,41 \$ qu'elle avait réclamés relativement à des fournitures acquises auprès de sous-traitants.

1.2. POSITION DES PARTIES

1.2.1. Amiante Spec

Amiante Spec a soutenu qu'elle avait eu régulièrement recours, durant la période en litige, aux services de sous-traitants dans le cadre de l'exploitation de son entreprise, notamment pour la location et l'installation de plates-formes ainsi que pour des travaux de nettoyage.

En ce qui concerne les CTI refusés, Amiante Spec a allégué avoir effectivement reçu les services des sous-traitants en question et avoir payé en contrepartie de ces services un montant total de plus de 1,8 M\$ au cours de la période en litige. Puisqu'elle ne possédait ni le personnel ni l'équipement pour procéder à l'installation des plates-formes sur les chantiers, elle a estimé avoir démontré que les services avaient été rendus par les sous-traitants. Enfin, Amiante Spec a avancé qu'il n'existait aucune collusion ou intention commune avec les sous-traitants.

1.2.2. Ministre

Au soutien de sa décision de refuser les CTI, le Ministre a indiqué que les factures des sous-traitants en question lui semblaient être des factures d'accommodation, c'est-à-dire des factures pour lesquelles les sous-traitants n'avaient rendu aucun service à Amiante Spec. Selon le Ministre, il a été possible de constater à l'égard de chacun des fournisseurs plusieurs des éléments suivants :

- Omission de s'inscrire aux fichiers de la taxe sur les produits et services (« TPS ») et des retenues à la source (« RAS »);
- Omission de produire des déclarations de taxes, de revenu et de RAS, ou encore production de déclarations inadéquates;
- Omission de s'inscrire ou de divulguer des contrats à la Commission de la construction du Québec (« CCQ »);
- Omission d'obtenir des certificats de conformité de la Commission de la santé et de la sécurité du travail (« CSST »);

- Encaissement de chèques dans des centres d'encaissement;
- Peu d'éléments d'actif, par exemple de véhicules enregistrés auprès de la Société de l'assurance automobile du Québec;
- Aucune activité commerciale aux places d'affaires déclarées.

Pour ces raisons, le Ministre a conclu que les fournisseurs en cause n'avaient pas la capacité de fournir les services prétendument rendus à Amiante Spec et qu'il s'agissait donc de factures d'accommodation.

De plus, selon le Ministre, certaines factures ne respectaient pas les exigences de la LTA et du *Règlement sur les renseignements nécessaires à une demande de crédit de taxe sur les intrants*³ en ce que :

- Le nom de l'acquéreur ou du fournisseur n'y apparaissait pas;
- Le numéro d'inscription au fichier de la TPS n'était pas indiqué, était invalide ou appartenait à une autre personne;
- Le fournisseur avait été radié du registre des entreprises.

1.3. ANALYSE

Le juge Favreau a d'abord rappelé que le fardeau de réfuter les hypothèses émises par le Ministre pour établir la cotisation reposait sur les épaules d'Amiante Spec et que ce fardeau ne peut pas être renversé à la légère ou arbitrairement, tel qu'il a été énoncé par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Orly Automobiles Inc. c. La Reine*⁴. À son avis, Amiante Spec n'a pas établi, par une preuve *prima facie*, que les services avaient été rendus par les sous-traitants visés et, par conséquent, il n'y a pas lieu de renverser le fardeau de preuve.

La Cour a mis en doute la crédibilité d'Amiante Spec et de ses représentants, notamment en raison de la remise au Ministre, au cours de la vérification, de faux documents provenant supposément de la CCQ et de la CSST. Il a également été reproché à Amiante Spec d'avoir dû payer à la CCQ un montant de 90 000 \$ puisque des heures supplémentaires effectuées

³ DORS/91-45 et mod. (« Règlement »).

⁴ [2006] G.T.C. 1115 (C.A.F.).

par la main-d'œuvre fournie par des sous-traitants n'avaient pas été payées à temps double.

En ce qui concerne l'absence de la presque totalité des fournisseurs à la barre des témoins, le juge Favreau a émis le commentaire suivant :

« Le fait que l'appelante n'a fait témoigner aucun représentant des sous-traitants, exception faite de Monsieur Poliquin, est également très révélateur et une inférence négative doit être tirée de cette absence de témoins importants. L'avocat de l'appelante a expliqué qu'il ne pouvait faire témoigner des personnes qui ont fraudé le fisc et qui n'ont pas remis les montants de taxes perçues. Plusieurs dossiers de ces sous-traitants seraient sous enquête⁵. » (Notre soulignement)

De plus, bien que certains témoins aient affirmé avoir vu des plates-formes sur les chantiers, le juge a trouvé très troublant qu'aucun témoin n'ait réellement vu le montage ou le démontage desdites plates-formes. Au sujet d'un représentant d'entreprises de montage de plates-formes, M. Réal Pomerleau, il a écrit :

« [...] Ce représentant aurait pu, entre autres choses, confirmer avoir vu les employés des sous-traitants monter et démonter les plates-formes et transporter les équipements sur les chantiers. L'absence de ce témoin important m'amène à adopter une inférence négative, à savoir que son témoignage aurait été défavorable à la cause de l'appelante⁶. » (Notre soulignement)

En dernière analyse, le juge Favreau a penché en faveur de la thèse défendue par le Ministre selon laquelle il s'agissait de factures d'accommodation. Il a également conclu que certaines factures ne respectaient pas les exigences législatives et réglementaires applicables. Il a de plus confirmé les pénalités imposées par le Ministre à Amiante Spec. Par conséquent, l'appel a été rejeté.

1.4. COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Amiante Spec a porté le jugement de la Cour canadienne de l'impôt en appel, en soulevant les motifs suivants :

⁵ *Amiante Spec*, précité, note 1, par. 81.

⁶ *Id.*, par. 89.

- Le juge de première instance a erré en imposant un fardeau plus lourd que ce qui a été déterminé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hickman Motors Ltd. c. Canada*⁷;
- Le juge de première instance a erré en tirant une inférence négative de l'absence de M. Réal Pomerleau à la barre des témoins et en concluant ainsi que son témoignage « aurait été défavorable à la cause de l'appelante »;
- Le juge de première instance a commis des erreurs manifestes et dominantes dans l'appréciation de la preuve, plus particulièrement la preuve relative à la remise de faux documents aux autorités fiscales et à l'encaissement des chèques remis aux sous-traitants.

La Cour d'appel fédérale n'a décelé aucune erreur manifeste dans les conclusions tirées par le juge de première instance. Selon la Cour, ce dernier a, à bon droit, conclu que la preuve offerte par Amiante Spec n'offrait pas une crédibilité suffisante pour constituer une preuve *prima facie* pouvant démolir les présomptions du Ministre.

En ce qui concerne l'inférence négative tirée par le juge en raison de l'absence de M. Pomerleau, la Cour d'appel fédérale n'a pas cru nécessaire d'examiner ce motif, en précisant que, même si Amiante Spec avait raison, cette erreur n'aurait pas changé le sort de l'appel.

2. AFFAIRE BELLE-OR

2.1. FAITS

La société 9116-0762 Québec inc. (« Belle-Or ») exploitait, au cours de la période pertinente aux fins du litige, une entreprise de vente de bijoux en gros. Elle a porté en appel devant la Cour canadienne de l'impôt une nouvelle cotisation établie par le Ministre en vertu de la partie IX L.T.A.

Le Ministre avait refusé des CTI s'élevant à 671 901,62 \$ qui avaient été demandés par Belle-Or relativement à des fournitures acquises auprès de sept fournisseurs. Le Ministre avait également imposé à Belle-Or une pénalité pour faux énoncés ou omissions en vertu de l'article 285 L.T.A.

⁷ [1997] 2 R.C.S. 336 (« *Hickman Motors* »).

2.2. POSITION DES PARTIES

2.2.1. Belle-Or

Belle-Or a soutenu qu'elle avait droit aux CTI réclamés pour les motifs suivants :

- Les fournisseurs en cause avaient tous, durant la période pertinente, un numéro d'inscription valide au fichier de la TPS;
- Les factures émises par les fournisseurs répondaient aux exigences documentaires de la *Loi sur la taxe d'accise* et du Règlement;
- Elle a payé la totalité des factures émises par les fournisseurs en contrepartie des fournitures qui avaient été réellement effectuées par ces derniers.

2.2.2. Ministre

Dans un premier temps, sur la base du profil des fournisseurs, le Ministre a conclu que les pièces justificatives soumises par Belle-Or étaient des factures d'accommodation et qu'aucune fourniture de biens n'avait été effectuée, pour les raisons suivantes :

- Les fournisseurs n'avaient pas les ressources nécessaires pour effectuer les fournitures que Belle-Or prétendait avoir acquises;
- Les adresses des places d'affaires des fournisseurs n'avaient aucun lien avec la fabrication ou la distribution de bijoux;
- Les fournisseurs ne tenaient généralement pas de comptabilité et n'avaient pas produit de déclarations de taxe nette;
- Les fournisseurs faisaient partie d'un réseau de production de factures d'accommodation.

De plus, le Ministre a constaté, dans le cadre de sa vérification, les faits suivants :

- Les déclarations de taxe nette de Belle-Or étaient généralement créditrices, ce qui est incompatible avec le type d'entreprise exploitée par cette dernière;

- Belle-Or procédait à un nombre anormalement élevé de transactions qui ne généraient que des bénéfices minimales ou des pertes;
- Belle-Or prétendait effectuer le paiement de certaines factures en or alors que ses inventaires ne le permettaient pas;
- Belle-Or prétendait effectuer un nombre anormalement élevé de fournitures de rebuts d'or.

Dans un deuxième temps, le Ministre a soutenu que les pièces justificatives fournies par Belle-Or ne répondaient pas aux exigences documentaires prescrites par la *Loi sur la taxe d'accise* et le Règlement.

2.3. ANALYSE

Le juge Bédard de la Cour canadienne de l'impôt a rappelé d'entrée de jeu les enseignements de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Hickman Motors* selon lesquels le fardeau de preuve en matière fiscale repose sur le contribuable et que celui-ci peut s'en décharger en présentant une preuve *prima facie* qui démolit les présomptions formulées par le Ministre pour établir une cotisation. Le fardeau passe alors au Ministre qui doit réfuter la preuve *prima facie* faite par le contribuable et prouver ses présomptions.

En l'espèce, Belle-Or a soutenu avoir démolit les présomptions du Ministre, selon lesquelles elle n'avait acquis aucune fourniture d'or des fournisseurs, en produisant en preuve les témoignages crédibles et non contredits de son président et des dirigeants de plusieurs fournisseurs. Le juge en arrive toutefois à la conclusion que Belle-Or n'a pas renversé le fardeau de preuve puisqu'il n'a accordé aucune valeur probante aux témoignages qu'elle a fait entendre pour étayer sa position.

À l'égard des dirigeants de six des sept fournisseurs ayant témoigné à l'instance, le juge a émis le commentaire suivant :

« Je souligne immédiatement que je n'ai accordé aucune valeur probante au témoignage de ces dirigeants notamment parce que les sociétés qu'ils dirigeaient étaient sans exception de grands délinquants fiscaux. La propension de ces sociétés à se soustraire à leurs obligations fiscales était pour le moins effroyable⁸. » (Notre soulignement)

⁸ Belle-Or, précité, note 1, par. 11.

Il appert du jugement que le dossier fiscal de chacun des fournisseurs en question présentait plusieurs des caractéristiques suivantes :

- Omission de produire des déclarations de taxe nette et de verser la TPS perçue;
- Comptabilité inexistante;
- Négligence totale ou partielle dans la conservation de documents;
- Non-paiement de cotisations en matière de TPS pour des montants élevés;
- Cession des biens de la société et constitution d'une nouvelle société pour lui succéder de façon concomitante.

Le juge a ajouté que les réponses des dirigeants étaient généralement vagues, imprécises, ambiguës, souvent incompréhensibles et parfois même contradictoires.

Par ailleurs, aucune valeur probante n'a été accordée au témoignage du président de Belle-Or au motif qu'il était contradictoire en ce qui concerne les activités réelles de la société et le taux de rotation de ses stocks.

Enfin, d'autres éléments ont été pris en considération dans le jugement, à savoir :

- L'un des fournisseurs n'avait pas la capacité de vendre à Belle-Or des stocks d'or à hauteur de 3 262 524 \$ dans une période de six mois;
- Deux factures établies par le même fournisseur à deux mois d'intervalle étaient rigoureusement identiques, alors que le prix de l'or avait nécessairement fluctué;
- Il paraît invraisemblable que Belle-Or ait réellement eu une activité liée à la spéculation sur le prix de l'or étant donné qu'elle pouvait difficilement tirer un profit en achetant des bijoux à un prix composé notamment des coûts de main-d'œuvre et en les revendant pratiquement immédiatement à un prix basé uniquement sur le cours de l'or sur les marchés.

Le juge Bédard a donc déterminé que Belle-Or n'avait pas véritablement acquis les fournitures pour lesquelles elle avait demandé les CTI et a jugé

inutile d'examiner les factures des fournisseurs pour déterminer si elles répondaient aux exigences de la *Loi sur la taxe d'accise* et du Règlement.

En raison de sa conclusion relativement à la première question en litige, le juge a considéré que le Ministre s'était acquitté du fardeau de preuve qui reposait sur lui aux termes de l'article 285 L.T.A. et a confirmé la pénalité imposée à Belle-Or.

L'appel a donc été rejeté avec dépens.

CONCLUSION

À la lecture des jugements de la Cour canadienne de l'impôt dans les affaires *Amiante Spec* et *Belle-Or*, il semble bien que les contribuables soient pris entre l'arbre et l'écorce. D'un côté, s'ils optent pour faire témoigner des représentants de fournisseurs allégués de factures d'accommodation en situation de délinquance fiscale, comme cela a été le cas dans l'affaire *Belle-Or*, le juge risque de ne leur prêter aucune crédibilité. De l'autre côté, s'ils décident de ne pas faire témoigner les représentants de leurs fournisseurs, comme dans l'affaire *Amiante Spec*, le juge pourrait en tirer une inférence négative et présumer que le témoignage de ceux-ci aurait été défavorable à la cause du contribuable.

Il est à souhaiter que cette contradiction au sein de la jurisprudence soit résolue, car un contribuable ayant acquis des fournitures de fournisseurs en situation de délinquance fiscale pour lesquelles sa demande de CTI est refusée se trouve présentement dans une situation qui semble insoluble quant à l'opportunité de faire témoigner des représentants de ses fournisseurs pour mettre en preuve les faits appuyant ses prétentions.

RÉSIDENTE DES FIDUCIES – ASPECTS PRATIQUES ET DÉVELOPPEMENTS (AFFAIRE **GARRON**)



François L. Morin
Avocat, associé
Borden Ladner Gervais
s.e.n.c.r.l., s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	30:3
1. LE TEST DE RÉSIDENCE SELON L’AFFAIRE <i>THIBODEAU</i>	30:3
1.1. ADMINISTRATION ET CONTRÔLE DE LA FIDUCIE	30:4
1.2. RECOMMANDATIONS	30:6
2. COMMENT DÉTERMINER LA RÉSIDENCE D’UNE FIDUCIE SELON L’AGENCE DU REVENU DU CANADA.....	30:7
3. LE TEST DE RÉSIDENCE SELON L’AFFAIRE <i>GARRON</i>	30:9
3.1. FAITS	30:9
3.2. ANALYSE DE LA JUGE WOODS POUR ÉCARTER LES CONCLUSIONS DE L’AFFAIRE <i>THIBODEAU</i>	30:10
3.3. LE TEST « CENTRE DE GESTION ET DE CONTRÔLE ».....	30:11
3.3.1. Comparaison entre les sociétés et les fiducies	30:11

3.4.	FAITS IMPORTANTS QUI ONT MENÉ LA JUGE WOODS À CONCLURE QUE « LA GESTION ET LE CONTRÔLE » DE LA FIDUCIE SE RETROUVAIENT AU CANADA.....	30:13
4.	CRITÈRES DE RÉSIDENCE DANS CERTAINES AUTRES JURIDICTIONS.....	30:16
4.1.	LE DROIT AMÉRICAIN.....	30:16
4.1.1.	Test de common law : affaire <i>Jones</i>	30:16
4.2.	LE DROIT AUSTRALIEN.....	30:18
4.3.	LE DROIT DU ROYAUME-UNI	30:18
4.3.1.	« Le siège de direction effective ».....	30:19
5.	DÉCISION EN APPEL RENDUE DANS L'AFFAIRE <i>GARRON</i>	30:21
	CONCLUSION	30:22

INTRODUCTION

Selon la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹, toute personne résidant au Canada à un moment donné au cours d'une année d'imposition est assujettie à un impôt sur le revenu². Bien qu'une fiducie n'ait pas la personnalité en droit civil, la *Loi de l'impôt sur le revenu*³ présume que la fiducie est un particulier et, par conséquent, la résidence est donc le critère essentiel afin de déterminer si la fiducie devra être imposée au Canada. Cependant, la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne définit pas explicitement les situations lors desquelles une fiducie est considérée comme étant résidente au Canada. Le but du présent texte est donc d'effectuer un survol de la jurisprudence pertinente canadienne et du droit international pour déterminer le test de résidence pertinent à appliquer et plus précisément quels faits seront les plus importants pour les tribunaux afin de déterminer la résidence d'une fiducie selon le test de *central management and control* élaboré dans l'affaire *Garron Family Trust c. La Reine*⁴. Avant de discuter de ce nouveau test, nous analyserons le test établi dans l'affaire *Thibodeau Family Trust c. La Reine*⁵ et de quelle façon il est appliqué aujourd'hui. Finalement, il sera opportun d'avancer des recommandations et suggestions pour s'assurer que le test de résidence a bel et bien été respecté, car le fait de l'ignorer pourrait créer des conséquences fiscales néfastes.

1. LE TEST DE RÉSIDENCE SELON L'AFFAIRE *THIBODEAU*

La cause *Thibodeau* a instauré le test approprié à appliquer pour déterminer la résidence d'une fiducie et jusqu'à récemment, cette cause faisait autorité sur le sujet. Dans cette décision, la Cour fédérale avait conclu qu'une fiducie réside à l'endroit où se trouve la majorité de ses fiduciaires. Encore plus intéressant, elle a semblé écarter l'argument du « centre de gestion et de contrôle » (ou *central management and control*) utilisé pour déterminer la résidence d'une fiducie, principe que nous verrons ci-après, dans la cause *Garron*. Pour bien saisir les concepts discutés dans cette affaire et pour bien analyser les faits que le juge a cru importants dans cette cause, il est utile de réviser sommairement les faits.

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

² Par. 2(1) L.I.R.

³ Par. 104(2) L.I.R.

⁴ 2009 D.T.C. 1287 (C.C.I.) (« *Garron* »).

⁵ 78 D.T.C. 6376 (C.F.) (« *Thibodeau* »).

Les faits de cette cause sont assez simples. La fiducie Thibodeau (« Fiducie ») a été créée par acte de fiducie (« Acte ») le 15 février 1968 entre les constituants Margaret Schaldenbrand et Leo Joseph Thibodeau. L'Acte octroyait certains pouvoirs aux fiduciaires, Peter R. Pearson et Leo Joseph Thibodeau, notamment, le pouvoir de prendre leurs retraites et de transférer l'autorité d'administrer et gérer les actifs de la fiducie. Initialement, la fiducie détenait des actifs d'une valeur totale de 500 \$. Peu de temps après, Leo Joseph Thibodeau a transféré 5 400 actions ordinaires et 8 000 actions privilégiées de catégorie B de la compagnie Thibodeau Express Limited et quelques actions ordinaires de Thibodeau Pooling Limited (« Pooling ») à la Fiducie. Par la suite, la Fiducie a acquis toutes les actions ordinaires restantes de Pooling, la Fiducie détenant ainsi les 997 actions ordinaires de Pooling. Les problèmes ont débuté lorsque le fiduciaire, Peter R. Pearson, a décidé de prendre sa retraite en novembre 1970. Un mois après, soit en décembre 1970, et en vertu des pouvoirs établis par l'Acte, Leo Joseph Thibodeau a nommé James Appleby Pearman et Nicholas Bayard Dill, deux résidents et avocats chevronnés des Bermudes, comme fiduciaires de la Fiducie. La question en l'espèce était de déterminer si la Fiducie résidait au Canada et donc si elle était assujettie à l'impôt canadien ou si la Fiducie était résidente des Bermudes.

1.1. ADMINISTRATION ET CONTRÔLE DE LA FIDUCIE

Le ministère du Revenu avait tenté d'avancer l'hypothèse que la Fiducie était dans les faits résidente du Canada, car l'administration et le contrôle de celle-ci étaient exercés au Canada. Cet argument n'a pas été retenu par le juge Gibson. Il a plutôt établi dans sa décision de 1978 que la résidence de la Fiducie se situait à l'endroit où la majorité des fiduciaires résidaient. En *obiter*, il a aussi écarté le test de « centre de gestion et de contrôle » (*central management and control*) applicable aux sociétés par actions au motif que les fiduciaires ne pouvaient pas déléguer leur pouvoir à des tiers ni mettre en place une politique d'inactivité systématique (*policy of masterly inactivity*), car cela irait à l'encontre de leurs obligations fiduciaires. À cet effet, le juge Gibson a écrit :

« As to the submission that the Court in this case, even if it also finds that the Trust has a residence in Bermuda, it should find that it has a residence in Canada in that part of the paramount or supreme authority in relation to the management of this Trust was carried on in Canada applying by analogy the principles in the cited cases of determining residence for income tax purposes of corporations, in my view, such submission is also not valid. The judicial for this respecting a corporation, in my view, cannot apply to trustees because trustees cannot delegate any of their authority to co-trustees. A trustee cannot adopt a "policy of masterly inactivity" as commented upon in Underhill on the Law of Trusts and Trustees, 12th Edition, page 284; and on the evidence, none of the

trustees did adopt such a policy. Therefore, it is not possible for a trust to have a dual residence for income tax purposes, and therefore it is not possible to find that part of the paramount of “superior and directing authority” of a Trust is and was in two places. In any event, a finding of dual residence of this Trust is not made in this case⁶. »

Le juge Gibson avait donc présumé que les obligations fiduciaires seraient toujours respectées. De son côté, la juge Woods a rejeté ces motifs dans sa décision dans l'affaire *Garron*, car, selon elle, dans la réalité il y aura toujours des situations où les fiduciaires n'exerceront pas leur rôle de fiduciaire. La juge Woods a écrit au sujet du passage cité ci-dessus dans l'affaire *Thibodeau* :

« If the above comment is intended to be applicable in all cases, regardless of the particular facts and circumstances, I respectfully cannot agree with it.

It may be correct that trustees would generally be in breach of fiduciary obligations if they adopted a policy of “masterly inactivity”. The difficulty that I have with applying the obiter comment in all circumstances, though, is that it presumes that trustees always comply with their fiduciary obligations.

This may have been a reasonable conclusion for Gibson J. to make on the particular facts before him, but it is not always the case.

The facts in a decision of the Federal Court of Appeal rendered shortly before *Thibodeau* provide an example where trustees may not have complied with their fiduciary duties: *Robson Leather Company Ltd. v. MNR*, 77 DTC 5106 (“*Robson Leather*”).

I would mention in particular that the argument accepted in *Thibodeau* that trustees should presume to comply with their fiduciary obligations was rejected by the Federal Court of Appeal in *Robson Leather*. This decision was not referred to in *Thibodeau*⁷. »

Malgré les conclusions du juge Gibson dans l'affaire *Thibodeau*, nous croyons pertinent d'analyser et de mentionner les faits suivants de cette cause :

- i) depuis le transfert en décembre 1970 des actifs et de l'administration de la Fiducie aux fiduciaires résidents aux Bermudes, les fiduciaires

⁶ *Id.*, 6385.

⁷ Précité, note 5, par. 142-146.

résidents aux Bermudes ont toujours maintenu la possession et le contrôle des actifs de la Fiducie;

- ii) toutes les réunions de fiduciaires ont eu lieu à Hamilton aux Bermudes;
- iii) toutes les décisions concernant les actifs et l'administration de la Fiducie ont été prises lors des réunions de fiduciaires mentionnées ci-dessus;
- iv) suivant le transfert des actifs et de l'administration de la Fiducie aux Bermudes, les fiduciaires résidents aux Bermudes ont procédé à l'ouverture de comptes de banque situés à Hamilton aux Bermudes;
- v) il a été convenu entre les fiduciaires que Leo Joseph Thibodeau, alors fiduciaire résident au Canada, pouvait suggérer par téléphone aux conseillers financiers de la Fiducie ou aux fiduciaires des Bermudes des investissements précis;
- vi) malgré ce pouvoir de suggestion du fiduciaire canadien, la confirmation par les fiduciaires non résidents était nécessaire avant que les conseillers financiers ne puissent agir;
- vii) l'approbation par au moins un fiduciaire résident aux Bermudes était nécessaire, car, selon l'Acte, les décisions se prenaient à la majorité des trois fiduciaires;
- viii) les fiduciaires résidents aux Bermudes ont à maintes reprises rejeté les propositions suggérées par le résident du Canada.

1.2. RECOMMANDATIONS

Il est peut-être vrai que l'affaire *Thibodeau* a finalement déterminé que la résidence d'une fiducie devrait être établie en fonction de la résidence de la majorité des fiduciaires en l'absence de simulacre *sham*, mais il n'en demeure pas moins que la Cour a quand même analysé des critères qui s'apparentent à ceux nécessaires pour déterminer où est le « centre de gestion et de contrôle » et, selon l'auteur, les deux tests auraient conduit à la même conclusion, soit que la Fiducie était résidente des Bermudes. En *obiter*, le juge Gibson a considéré ce test « de gestion et de contrôle » et avait conclu qu'il ne s'appliquait pas, car les obligations des fiduciaires les empêchaient de déléguer leurs pouvoirs. Il était évident en l'espèce que les fiduciaires des Bermudes, MM. Dill et Pearman, deux des avocats les plus respectés des Bermudes ayant une grande connaissance des fiducies, avaient respecté leurs obligations fiduciaires compte tenu des faits et de leurs

actions. Nous croyons que puisque les obligations fiduciaires ont été respectées par les fiduciaires, la Cour est plus facilement arrivée à la conclusion que la résidence d'une fiducie devrait s'établir en vertu de la résidence de la majorité de ses fiduciaires. Les faits propres à chaque cause sont d'une importance primordiale pour établir le rôle des fiduciaires et la résidence de la fiducie. Ainsi, pour déterminer la résidence d'une fiducie, il faudra nécessairement analyser tous les faits essentiels, peu importe le nom que l'on donne au test. Si l'on recherche une résidence en particulier, il faudra s'assurer que les fiduciaires de cet endroit jouent un véritable rôle et exercent leurs pouvoirs de façon sérieuse et rigoureuse.

Pour respecter le test de résidence et de gestion et de contrôle établi dans l'affaire *Garron*, nous croyons qu'il soit nécessaire de toujours considérer les critères suivants :

- i) où se situent la possession et le contrôle des actifs;
- ii) où se déroulent les réunions des fiduciaires;
- iii) où sont prises les décisions concernant les actifs et l'administration de la fiducie, incluant les questions de distribution de revenus et de capital;
- iv) comment et par qui sont prises les décisions financières touchant la fiducie;
- v) quel est le degré de contrôle des fiduciaires; et
- vi) jusqu'où porte l'influence des bénéficiaires et des constituants.

2. COMMENT DÉTERMINER LA RÉSIDENCE D'UNE FIDUCIE SELON L'AGENCE DU REVENU DU CANADA

Suivant la décision du juge Gibson dans l'affaire *Thibodeau*, l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») est venue clarifier sa position quant à la détermination de la résidence d'une fiducie dans son *Bulletin d'interprétation* IT-447⁸ publié le 30 mai 1980. Selon l'ARC, il s'agit principalement d'une question de fait qui peut différer d'un cas à l'autre. L'ARC a précisé dans ce bulletin d'interprétation qu'elle allait généralement reconnaître qu'une fiducie réside au même endroit que son fiduciaire, qui,

⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-447, « Résidence d'une fiducie ou succession », 30 mai 1980.

dans les faits, administre la fiducie ou contrôle les biens de la fiducie. Essentiellement, l'ARC a suivi la décision du juge Gibson dans l'affaire *Thibodeau*, mais elle a précisé qu'il fallait vérifier si le ou les fiduciaires s'occupaient véritablement de l'administration de la fiducie et la contrôlaient.

L'ARC indique dans son bulletin les facteurs importants dans la détermination du contrôle fiduciaire :

- « a) le contrôle des changements au sein du portefeuille d'investissements de la fiducie;
- b) la responsabilité d'administrer toute entreprise ou tout bien appartenant à la fiducie;
- c) la responsabilité de tout arrangement bancaire et financier de la fiducie;
- d) le contrôle de tout autre bien de la fiducie;
- e) la responsabilité de préparer les comptes de la fiducie et les comptes rendus aux bénéficiaires de la fiducie; et
- f) le pouvoir de conclure des contrats au nom de la fiducie et de faire affaire avec des conseillers⁹. »

Dans certains cas, il est possible que plusieurs fiduciaires exercent le contrôle et l'administration de la fiducie. Lorsque c'est le cas, il s'agit de déterminer si l'un des fiduciaires exerce une influence plus importante sur la gestion et le contrôle de la fiducie.

Parfois il arrive qu'il soit difficile de déterminer qui détient véritablement le contrôle et qui gère la fiducie malgré une analyse des critères mentionnés ci-dessus. Devant une telle incertitude, l'ARC considéra d'autres facteurs, plus précisément : « a) l'endroit où s'appliquent les droits légaux à l'égard des biens de la fiducie; et b) l'endroit où se trouvent les biens de la fiducie¹⁰. »

En réponse à l'affaire *Thibodeau*, l'ARC affirme qu'elle considère un test basé sur le centre de la gestion et du contrôle d'une fiducie comme plus indiqué pour établir la résidence d'une fiducie. Elle a toutefois reconnu que

⁹ *Id.*, par. 2.

¹⁰ *Id.*, par. 4.

normalement une fiducie réside au même endroit que ses fiduciaires. Cela suppose toutefois que les fiduciaires remplissent leurs obligations fiduciaires et exercent véritablement la gestion de la fiducie et la contrôlent. L'ARC résume bien sa position lorsqu'elle écrit ceci :

« La résidence d'une fiducie dépend normalement de la résidence du ou des fiduciaires qui l'administrent et la contrôlent; les faits peuvent, dans certains cas, indiquer qu'une part importante de l'administration et du contrôle incombe à une personne tels le disposant ou les bénéficiaires. Dans les situations de ce genre, la résidence de cette autre personne peut être le facteur déterminant de résidence, même si le contrat de fiducie comporte des dispositions contrares¹¹. »

Nous devons, comme planificateurs fiscaux, nécessairement nous assurer que les fiduciaires administrent et contrôlent véritablement la fiducie si nous voulons conclure qu'une fiducie réside au même endroit que ses fiduciaires en tenant compte des facteurs pertinents mentionnés dans le *Bulletin d'interprétation* IT-447. Nous verrons ci-après que ces critères ressemblent aux critères mentionnés dans la jurisprudence américaine portant sur ce même sujet (voir ci-après l'affaire *B.W. Jones Trust v. Commissioner of Internal Revenue*¹²).

3. LE TEST DE RÉSIDENCE SELON L'AFFAIRE GARRON

Dans cette cause, la Cour canadienne de l'impôt devrait déterminer le test à appliquer pour établir la résidence des fiducies. L'affaire *Garron* visait la situation où deux fiducies avaient été mises en place avec des fiduciaires qui ne résidaient pas au Canada afin d'éviter que de l'impôt ne soit payé au Canada. Plus précisément, les individus en question voulaient éviter les impôts sur un gain en capital résultant de la disposition éventuelle des actions de sociétés privées canadiennes. Cette cause a clarifié l'état de la jurisprudence canadienne sur le sujet de la résidence des fiducies pour la rendre plus conforme aux opinions et intentions de l'ARC, bien que, pour plusieurs, il s'agisse véritablement d'un changement de cap.

3.1. FAITS

Pour bien comprendre le raisonnement de la juge Woods dans cette cause, une récapitulation des faits est nécessaire. Sommairement, il s'agissait

¹¹ *Id.*, par. 5.

¹² 132 F.2d 914 (4^e Cir. 1943) (« *Jones* »).

d'une réorganisation du capital-actions de la société PMPL Holdings Inc. (« PMPL »). La société PMPL était résidente au Canada et avait comme actionnaires des résidents du Canada. Dans le cadre d'une réorganisation effectuée en 1998, les actionnaires de PMPL ont échangé leurs actions ordinaires pour des actions privilégiées rachetables. Parallèlement, deux sociétés résidentes au Canada nouvellement constituées (« Holdcos ») avaient souscrit à des actions ordinaires de la société PMPL. Ensuite, deux fiducies non résidentes (ayant comme unique fiduciaire une société résidente à la Barbade) avaient été mises en place. Ces deux fiducies ont alors procédé à la souscription des nouvelles actions ordinaires des Holdcos pour un montant nominal dans le cadre d'un gel successoral. Cette réorganisation avait été envisagée justement pour pouvoir bénéficier du traitement favorable concernant l'imposition des gains en capital à la Barbade conformément au traité fiscal entre le Canada et la Barbade¹³. En effet, en vertu de ce traité, les gains provenant d'une disposition de biens, dans ce cas des actions, sont imposés par l'État dans lequel le vendeur desdits biens est résident. Pour déterminer si une personne est résidente d'un État parti au traité, il convient de se référer aux lois internes de chaque État en question.

3.2. ANALYSE DE LA JUGE WOODS POUR ÉCARTER LES CONCLUSIONS DE L'AFFAIRE THIBODEAU

Premièrement, la juge Woods a rapidement écarté le test de résidence utilisé dans l'affaire *Thibodeau* en concluant que ce jugement ne créait pas une présomption selon laquelle la résidence d'une fiducie devrait être analysée seulement en fonction de la résidence de ses fiduciaires. L'affaire *Thibodeau* n'avait pas créé, selon la juge Woods, un test général pour établir la résidence d'une fiducie. La décision était plutôt applicable précisément aux faits de cette cause. Comme nous l'avons déjà mentionné, la juge Woods a bien expliqué que les conclusions du juge Gibson étaient adéquates en considérant les faits précis de l'affaire *Thibodeau*, cependant, selon elle, cette cause n'avait pas créé un test universel pour déterminer la résidence d'une fiducie. Dans la mesure où les fiduciaires remplissent leurs obligations fiduciaires, on pourrait peut-être souscrire à la notion qu'une fiducie réside au même endroit que la majorité de ses fiduciaires. Toutefois, souvent cela n'est pas le cas et un test basé sur la gestion et le contrôle d'une fiducie est donc nécessaire, selon la juge Woods.

¹³ *Convention fiscale entre le Canada et la Barbade*, S.C. 1980-81, ch. 44.

3.3. LE TEST « CENTRE DE GESTION ET DE CONTRÔLE »

Étant donné que le test de résidence des fiduciaires élaboré par le juge Gibson dans l'affaire *Thibodeau* n'est pas un test qui doit nécessairement être suivi dans chaque cas, existe-t-il un test plus approprié à appliquer afin de déterminer la résidence d'une fiducie aux fins d'imposition au Canada? Considérant les faits et prétentions de chacune des parties, la juge Woods en est arrivée à la conclusion que pour résoudre la question de résidence d'une fiducie, il faut déterminer l'endroit où se situe effectivement le « centre de gestion et de contrôle » de la fiducie.

3.3.1. Comparaison entre les sociétés et les fiducies

Même s'il existe plusieurs différences significatives sur le plan juridique entre une société et une fiducie, les caractéristiques en ce qui a trait à la détermination de la résidence fiscale de chacune, selon la juge Woods, devraient être similaires. La juge est arrivée à la conclusion que l'affaire *Thibodeau* ne permettait pas à la Cour de rejeter le test de résidence basé sur le « centre de gestion et de contrôle » d'une fiducie qui est appliqué pour les sociétés. Bien au contraire, elle était plutôt d'avis que le test utilisé afin de déterminer la résidence d'une société était applicable aux fiducies.

Pour arriver à comprendre où se situe le « centre de gestion et de contrôle » d'une société, il faut trouver l'endroit où les décisions concernant la société sont prises (par exemple, où les administrateurs de la société se rencontrent pour prendre les décisions). Ce test, dit de common law, de « centre de gestion et de contrôle » utilisé par les tribunaux pour déterminer la résidence d'une société est apparu dans la cause britannique *De Beers Consolidated Mines Ltd. v. Howe*¹⁴. Cette cause britannique a été l'une des premières à commenter le test approprié à appliquer lorsqu'il est question de déterminer la résidence d'une société.

Lord Loreburn, dans l'affaire *De Beers* s'est exprimé en ces termes :

« A company cannot eat or sleep, but it can keep house and do business. We ought, therefore, to see where it really keeps house and does business. An individual may be of foreign nationality, and yet reside in the United Kingdom. So may a company¹⁵. »

¹⁴ [1906] A.C. 455 (H.L.) (« *De Beers* »).

¹⁵ *Id.*

Ainsi, une société ne dort ni ne mange, par contre, elle doit nécessairement avoir un établissement et exploiter une entreprise et c'est exactement cet endroit qu'il faudra trouver pour déterminer sa résidence. Une société constituée dans un pays peut quand même être résidente d'un autre si justement la société *keeps house and does business* dans cet autre pays.

Ces conclusions de Lord Loreburn ont été confirmées par un tribunal canadien dans la cause *Bedford Overseas Freighters Ltd. c. MRN*¹⁶.

Dans la cause *Bedford Overseas Freighters*, la Cour de l'Échiquier du Canada devait décider si une société était résidente du Canada et a confirmé le principe selon lequel une société est résidente du pays où se situe son « centre de gestion et de contrôle ». Il s'agissait d'un cas où l'actionnaire majoritaire prenait les décisions importantes visant la société par l'entremise d'un administrateur qui résidait au Canada. Suivant les instructions de l'actionnaire majoritaire, l'administrateur s'occupait de la gestion de l'entreprise et de l'exécution de toutes ces décisions. Le juge Kerr a conclu, après avoir analysé toute la preuve pertinente et les faits de la cause, que le « centre de gestion et de contrôle » de la société se situait *de facto* au Canada. Selon nous, les faits essentiels ayant mené le juge à conclure que la société était résidente du Canada et à retenir sont les suivants :

- i) l'exécution de contrats ou ententes au Canada par les administrateurs;
- ii) livres de la division canadienne de la société gardés au Canada;
- iii) réunions des administrateurs effectuées au Canada;
- iv) rédaction de résolutions effectuée au Canada;
- v) paiements faits au gouvernement du Canada par des administrateurs se situant au Canada;
- vi) vérificateurs engagés au Canada; et
- vii) gestion des affaires de la compagnie faite au Canada.

Même si les instructions ont été données par un actionnaire majoritaire qui se situait à l'extérieur du Canada, la gestion et le contrôle effectif des

¹⁶ 70 D.T.C. 6072 (C. de l'É.) (« *Bedford Overseas Freighters* »).

affaires de la société se faisaient par l'entremise des administrateurs se situant au Canada.

Cette cause est fort intéressante, car le juge a reconnu que, même si les décisions importantes ont été instaurées par un actionnaire majoritaire qui se retrouvait à l'extérieur du pays et que les administrateurs au Canada suivaient de près les instructions parvenant de ce même actionnaire majoritaire, les administrateurs canadiens détenaient quand même la gestion et le contrôle de la compagnie. En effet, lorsque des administrateurs se réunissent pour discuter de la demande d'un actionnaire pour décider si cette demande sera acceptée ou rejetée, ces administrateurs exercent pleinement leur pouvoir dans la mesure où l'on peut voir qu'un processus décisionnel a été suivi même si dans la grande majorité des cas, les demandes sont acceptées.

Compte tenu du fait que nous devons maintenant étudier ce même test « de gestion et de contrôle » pour établir la résidence d'une fiducie, il faut respecter les mêmes critères lorsque nous sommes en présence de fiduciaires qui agissent en suivant de près les instructions du ou des bénéficiaires. En effet, ceux-ci peuvent quand même conserver « la gestion et le contrôle » de la fiducie s'il est démontré qu'ils jouaient un rôle actif et n'étaient pas simplement agents agissant à titre de marionnettes des bénéficiaires ou d'un tiers. Si l'on peut conclure que les fiduciaires se sont déchargés de leurs « obligations fiduciaires » en procédant à une analyse des faits pour chaque demande des bénéficiaires, alors nous sommes portés à croire que le test de « gestion et contrôle » par les fiduciaires sera alors amplement respecté.

3.4. FAITS IMPORTANTS QUI ONT MENÉ LA JUGE WOODS À CONCLURE QUE « LA GESTION ET LE CONTRÔLE » DE LA FIDUCIE SE RETROUVAIENT AU CANADA

Après avoir conclu que le test de résidence d'une fiducie devait plutôt être basé sur le « centre de gestion et de contrôle » de la fiducie, il est important de souligner les faits que la juge Woods a considérés comme étant essentiels pour appliquer ce test. La juge a conclu que, malgré le fait que le seul fiduciaire des fiducies était résident de la Barbade, celui-ci ne contrôlait ni n'administrait la fiducie. Elle a appuyé ses conclusions sur les faits suivants :

- i) le seul fiduciaire de chaque fiducie était St. Michael Trust Corp. (« St. Michael »), une société de la Barbade dont les actions étaient détenues par les associés de PricewaterhouseCoopers de la Barbade;

- ii) les individus de St. Michael chargés de l'administration des fiducies en question étaient Peter Jesson, un associé dans le service de fiscalité de PricewaterhouseCoopers de la Barbade et administrateur de St. Michael, et Jim Knott, gérant de St. Michael;
- iii) M. Knott était impliqué dans les affaires des fiducies jusqu'à sa retraite en 2003;
- iv) depuis la retraite de M. Knott en 2003 et le départ de M. Jesson, M. Hutchinson est devenu le responsable de St. Michael pour les fiducies;
- v) **la juge a conclu que St. Michael a été choisi comme fiduciaire uniquement pour jouer un rôle purement administratif en ce qui concernait les fiducies;**
- vi) **le rôle joué par St. Michael était ainsi plutôt passif et consistait à remplir des documents et formulaires requis par la loi et à fournir des services administratifs accessoires;**
- vii) **St. Michael n'avait pas de véritable responsabilité décisionnelle concernant les fiducies;**
- viii) **la juge Woods a conclu qu'un arrangement existait entre St. Michael et M. Dunin et M. Garron, deux individus ayant des intérêts dans PMPL, soit directement ou par l'entremise de compagnies de gestion, selon lequel St. Michael allait suivre toutes les recommandations provenant de ces deux individus;**
- ix) pour en arriver à cette conclusion la juge a consulté les notes de service interne de St. Michael visant les fiducies, notamment celles prévoyant que St. Michael **agirait de façon purement administrative** en ce qui a trait à la vente des actions de PMPL;
- x) la preuve présentée à l'audience démontrait que l'investissement du produit de la vente de PMPL a été effectué sous la direction de M. Dunin et M. Garron, deux résidents canadiens, et non pas sous la direction des fiduciaires;
- xi) St. Michael consultait les mêmes conseillers financiers que ceux consultés par les bénéficiaires des fiducies;

- xii) **les conseillers financiers pouvaient suivre les suggestions des bénéficiaires directement sans avoir à consulter les fiduciaires;**
- xiii) les bénéficiaires pouvaient diriger toutes stratégies d'investissement;
- xiv) de plus, M. Garron et son épouse pouvaient remplacer le fiduciaire, St. Michael, à leur guise;
- xv) **les appelants dans cette cause n'ont fourni aucune preuve démontrant que les fiduciaires ont agi de manière active en ce qui concernait la gestion de la fiducie;**
- xvi) encore plus surprenant, les seuls témoins appelés pour démontrer que l'administration et le contrôle de la fiducie ont été exercés par St. Michael étaient MM. Dunin, Garron et Hutchinson. Les deux individus qui ont agi pour St. Michael pendant les années recotisées n'ont pas témoigné.

En mettant tous ces faits ensemble, la juge Woods en est arrivée à la conclusion que St. Michael n'exerçait pas le *central management and control* de la fiducie. De cette cause, nous pouvons tirer les questions pertinentes suivantes que chaque planificateur fiscal devrait se poser afin de s'assurer que la résidence d'une fiducie se situe véritablement à l'endroit désiré :

- i) Quel est le rôle joué par le ou les fiduciaires? S'agit-il d'un rôle actif ou plutôt d'un rôle passif?
- ii) Est-ce que le rôle des fiduciaires se limitait à remplir des documents et à rendre des services administratifs accessoires ou est-ce qu'il impliquait plus de responsabilités?
- iii) Est-ce que dans les faits les fiduciaires ont un pouvoir décisionnel quelconque?
- iv) Est-ce que les fiduciaires ont le pouvoir de rejeter les suggestions provenant des bénéficiaires? Y a-t-il eu des vérifications ou discussions à la suite des suggestions provenant des bénéficiaires?
- v) Qui sont les conseillers financiers de la fiducie? Est-ce que les bénéficiaires et la fiducie ont les mêmes conseillers financiers?
- vi) Qui dirige les stratégies d'investissements?

4. CRITÈRES DE RÉSIDENCE DANS CERTAINES AUTRES JURIDICTIONS

Pour bien comprendre comment établir la résidence d'une fiducie et produire une liste de facteurs importants à considérer, il est important d'effectuer un survol du droit international et des facteurs considérés comme étant pertinents par la législation et les tribunaux étrangers.

4.1. LE DROIT AMÉRICAIN

4.1.1. Test de common law : affaire *Jones*¹⁷

La cause souvent citée par les tribunaux américains pour déterminer la résidence d'une fiducie est l'affaire *Jones*. Dans cette cause, il s'agissait de déterminer si les fiducies étaient des résidentes des États-Unis et donc pouvaient être imposées sur le gain en capital résultant de la disposition de certaines valeurs mobilières américaines ou si les fiducies étaient effectivement résidentes de l'Angleterre. La Cour a conclu dans cette affaire qu'une fiducie est résidente de l'État où l'administration de la fiducie est effectuée, et ce, même si la majorité des fiduciaires sont résidents d'un autre État. Pour en arriver à cette conclusion, le tribunal américain a considéré plusieurs faits.

Malgré le fait que les fiducies en question ont été créées en Angleterre, qu'elles avaient des constituants anglais, que chaque fiducie avait un bénéficiaire anglais et que chaque fiducie avait les mêmes quatre fiduciaires, c'est-à-dire trois résidents anglais et un résident des États-Unis, le tribunal a quand même conclu que les fiducies étaient résidentes des États-Unis pour les raisons suivantes :

- i) les fiducies ont toujours maintenu un bureau à New York au nom des quatre fiduciaires;
- ii) la majorité des valeurs mobilières américaines détenues par les fiducies étaient conservées dans des banques situées dans la ville de New York au nom des quatre fiduciaires;
- iii) depuis 1926, l'acte de fiducie permettait à un seul fiduciaire américain de signer les comptes de banque au nom des quatre fiduciaires;

¹⁷ Précité, note 12.

- iv) le contrôle sur la propriété de la fiducie était exercé par le fiduciaire américain et un des fiduciaires anglais;
- v) le fiduciaire anglais effectuait des visites deux fois par année à New York pour discuter avec le fiduciaire américain de l'achat et de la vente de certaines valeurs mobilières. À cette fin, le fiduciaire américain suivait généralement les conseils du fiduciaire anglais;
- vi) la vente, l'achat et l'accumulation des revenus générés par les valeurs mobilières étaient faits par le fiduciaire américain qui a été dédommagé pour ses efforts sur une base différente de celle des trois autres fiduciaires;
- vii) lorsque les dividendes et intérêts étaient reçus par le fiduciaire américain, ces sommes étaient distribuées sur une base trimestrielle à un compte de banque situé en Angleterre;
- viii) lorsque de nouvelles valeurs mobilières étaient acquises, le fiduciaire américain effectuait les paiements avec des chèques tirés de comptes de banque situés à New York.

En considérant tous ces faits pertinents, la Cour en est arrivée à la conclusion que la fiducie était administrée par le fiduciaire résidant des États-Unis, et ce, malgré le fait que la majorité des fiduciaires se trouvaient en Angleterre. Si nous comparons ce test américain à celui édicté par notre tribunal canadien dans l'affaire *Garron*, nous pouvons conclure que ces deux tests se ressemblent. Le tribunal américain a appliqué un test basé sur « la gestion et le contrôle » des fiducies qui est comparable à celui discuté dans l'affaire *Garron*. La Cour s'est exprimée ainsi :

« [...] but we feel no hesitation in saying that it cannot be predicated of a trust 90 % of whose property consists of stocks and bonds of domestic corporations, held in this country in the possession of a trustee who is a citizen of the country, traded in by that trustee on the exchange of the country, and returning income which is collected by such trustee in the country and handled from an office maintained in the country for that purpose¹⁸. »

Cependant, le test jurisprudentiel américain diffère du test statutaire australien expliqué ci-après.

¹⁸ *Jones*, précité, note 12, par. 916.

4.2. LE DROIT AUSTRALIEN

Le test de résidence australien est un test bien défini dans la loi sur l'impôt australienne intitulée *Income Tax Assessment Act 1997*¹⁹. Selon le paragraphe 995.1(1) I.T.A.A., qui est le pendant du paragraphe 248(1) L.I.R., une fiducie sera considérée comme étant résidente de l'Australie aux fins du gain en capital si à un moment donné pendant l'exercice financier :

- a) pour une fiducie qui n'est pas un fonds commun de placement, au moins un fiduciaire est résident australien et le « centre de gestion et de contrôle » se situe en Australie; et
- b) pour une fiducie de fonds commun de placement, une des conditions prévues à la colonne 2 et une des conditions prévues à la colonne 3 du tableau suivant sont remplies ;

Élément	Une de ces conditions doit être remplie	et aussi une de ces conditions
1.	Au moins une partie de la propriété de la fiducie est située en Australie.	Le « centre de gestion et du contrôle » se situe en Australie.
2.	La fiducie exploite une entreprise en Australie.	Des résidents australiens détiennent plus de 50 % des droits au revenu ou au capital de la fiducie.

Il est intéressant de noter que le législateur australien utilise lui aussi le concept de « centre de gestion et de contrôle » au paragraphe 995.1(1) I.T.A.A.

4.3. LE DROIT DU ROYAUME-UNI

Au Royaume-Uni, la résidence d'une fiducie est déterminée par un test législatif prévu à l'article 69 du *Taxation of Chargeable Gains Act (1992)*²⁰ et à l'article 475 du *Income Tax Act (2007)*²¹.

¹⁹ *Income Tax Assessment Act 1997* (Commonwealth Consolidated Acts) (« I.T.A.A. »).

²⁰ *Taxation of Chargeable Gains Act (1992)* (U.K.), 1992 c. 12 (« T.C.G. »).

²¹ *Income Tax Act (2007)* (U.K.), 2007 c. 3 (« I.T.A. »).

En vertu de l'article 475 I.T.A., les fiduciaires d'une fiducie doivent être considérés comme étant une seule et même personne. De plus, selon l'article 475 I.T.A., une fiducie est considérée comme résidente du Royaume-Uni si :

- a) à tous moments, chaque fiduciaire est résident du Royaume-Uni; ou
- b) au moins un des fiduciaires est résident du Royaume-Uni et un des fiduciaires est non-résident **et** le constituant était résident du Royaume-Uni au moment où la fiducie a été constituée.

En vertu du paragraphe 69(1) T.C.G., les fiduciaires d'une fiducie sont considérés aussi comme une seule et même entité. Cette entité sera traitée comme étant résidente du Royaume-Uni, à moins que l'administration générale de la fiducie ne soit effectuée à l'extérieur du Royaume-Uni et que les fiduciaires ou la majorité des fiduciaires ne soient pas résidents du Royaume-Uni.

La jurisprudence concernant le concept du « siège de direction effective », test utilisé pour régler des situations de double résidence en vertu d'un traité fiscal, vient ajouter aux règles législatives expliquées ci-dessus. À première vue, le test de « siège de direction effective » peut paraître similaire à notre test de « centre de gestion et de contrôle » énoncé dans l'affaire *Garron*, mais ces deux tests servent à des fins entièrement différentes comme nous le verrons ci-dessous. Malgré ces différences, le principe de « siège de direction effective » peut aider à mieux comprendre le concept de « centre de gestion et de contrôle ».

4.3.1. « Le siège de direction effective »

Le principe de « siège de direction effective » (*place of effective management*) discuté dans l'affaire *Re the Trevor Smallwood Trust; Smallwood and another v. Revenue and Customs Commissioners*²² est comme nous l'avons dit un concept utilisé pour établir la résidence dans le contexte d'un traité fiscal plutôt que dans le contexte de la législation du Royaume-Uni. Le test se retrouve à l'article 4 du *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune* de l'Organisation de coopération et de développement économiques (« OCDE »), qui se lisent comme suit :

« (1) Au sens de la présente Convention, l'expression "résident d'un État contractant" désigne toute personne qui, en vertu de la législation de cet État,

²² [2010] EWCA 778 (Civ.).

est assujettie à l'impôt dans cet État, en raison de son domicile, de sa résidence, de son siège de direction ou de tout autre critère de nature analogue et s'applique aussi à cet État ainsi qu'à toutes ses subdivisions politiques ou à ses collectivités locales. Toutefois, cette expression ne comprend pas les personnes qui ne sont assujetties à l'impôt dans cet État que pour les revenus de sources situées dans cet État ou pour la fortune qui y est située; et

[...]

(3) Lorsque, selon les dispositions du paragraphe 1, une personne autre qu'une personne physique est un résident des deux États contractants, elle est considérée comme un résident seulement de l'État où son siège de direction effective est situé²³. »

Parfois, il arrive, dans un traité entre deux États cocontractants, après avoir appliqué le droit interne de chaque État, qu'une fiducie puisse être considérée comme étant résidente des deux États. Cependant, le Modèle de convention prévoit une règle de bris d'égalité basée sur l'endroit où se situe le « siège de direction effective » de la personne qui n'est pas une personne physique. Selon les commentaires de l'OCDE, l'expression « siège de direction effective » signifie ceci :

« [...] the place where key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the enterprise's business as a whole are in substance made. All relevant factors must be examined to determine the place of effective management. An enterprise may have more than one place of management, but it can have only one place of effective management at any one time²⁴. »

Il est peut-être vrai que le concept de « centre de gestion et de contrôle » est similaire au principe du « siège de direction effective »; cependant, ces concepts ne sont pas identiques. Ces concepts servent à des fins entièrement différentes.

« [...] the two concepts serve entirely different purposes. Central management and control determines whether a company is resident in the UK or not; POEM (place of effective management) is a tiebreaker the purpose of which is to

²³ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, Paris, OCDE, 2010 (« Modèle de convention »), par. 1 et 3 de l'article 4.

²⁴ Voir le paragraphe 24 des commentaires de l'OCDE au paragraphe 3 de l'article 4 du Modèle de convention.

resolve cases of dual residency by determining in which of two states it is to be found²⁵. »

L'interprétation faite par la Cour d'appel de ce principe de « siège de direction effective » est fort intéressante aux fins fiscales canadiennes, car plusieurs de nos traités fiscaux contiennent cette règle de bris d'égalité.

Ainsi, si une fiducie est établie comme étant résidente du Canada en vertu du test de « centre de gestion et de contrôle » établi dans l'affaire *Garron* et si elle est aussi résidente d'un autre État en vertu des lois de cet autre État, alors il faudrait avoir recours à cette règle de bris d'égalité pour alors trouver l'endroit où se situe le siège de direction effective de la fiducie et ainsi pouvoir trancher le débat sur sa résidence.

5. DÉCISION EN APPEL RENDUE DANS L'AFFAIRE GARRON

Depuis la présentation du présent texte au congrès annuel de l'Association de planification fiscale et financière le 7 octobre 2010, la Cour d'appel fédérale a confirmé, dans une décision unanime, le jugement de la juge Woods dans l'affaire *Garron*²⁶. Dans sa décision, la juge Sharlow écrit ce qui suit au nom de la Cour :

« For the reasons that follow, I have concluded that these appeals should be dismissed. I agree with Justice Woods that a central management and control test, as described below, should be applied in determining the residence of the Trusts. In my view, it was reasonably open to her to conclude on the basis of the record that for the purposes of the Income Tax Act, the Trusts were resident in Canada in 2000²⁷. »

Et elle ajoute encore plus loin :

« There is very little jurisprudence relating to the determination of the residence of a trust for tax purposes. Justice Woods reviewed the jurisprudence and concluded, correctly in my view, that there is no case law establishing a single test for determining the residence of a trust. She also concluded that “the judge-made test of residence that has been established for corporations should also

²⁵ Ken SNIDER, *Residence of Trusts*, août 2008, CCH (en ligne), compte rendu n° 49.

²⁶ *Garron Family Trust c. La Reine sous le nom St. Michael Trust Corp., as Trustee of the Fundy Settlement c. La Reine*, 2010 CAF 309.

²⁷ *Id.*, par. 51.

apply to trusts, with such modifications as are appropriate” (reasons, paragraph 162). I agree with her, substantially for the reasons she gave²⁸. »

CONCLUSION

Depuis que la cause *Garron* a été rendue le 10 septembre 2009 et a été confirmée par la Cour d’appel fédérale le 17 novembre 2010, il est clair que le meilleur test à utiliser afin d’établir la résidence d’une fiducie est maintenant le « centre de gestion et de contrôle ». Conformément à notre analyse du droit canadien et du droit international sur le sujet de la résidence des fiducies, nous suggérons la liste suivante de questions importantes à considérer pour établir l’endroit du *central management and control* et établir la résidence de la fiducie :

- i) Qui détient la possession et le contrôle des actifs ou de la propriété de la fiducie?
- ii) Où sont situés les biens de la fiducie?
- iii) Où se tiennent les réunions des fiduciaires?
- iv) Où sont prises les décisions concernant les actifs et l’administration de la fiducie?
- v) Ces décisions sont-elles prises lors des réunions de fiduciaires?
- vi) Est-ce que les procès-verbaux de ces réunions élaborent le processus décisionnel?
- vii) Par qui ces décisions sont-elles prises?
- viii) Quel est le rôle joué par les fiduciaires lors du processus décisionnel? S’agit-il d’un rôle actif ou plutôt passif?
- ix) Quel est le niveau d’ingérence démontré par les bénéficiaires ou constituants? Est-ce que toutes les suggestions des bénéficiaires ou d’un tiers sont nécessairement suivies?

²⁸ *Id.*, par. 57.

- x) Même si toutes les décisions provenant des bénéficiaires ou des tiers sont suivies, est-ce que la situation a été discutée ou analysée entre les fiduciaires?
- xi) Est-ce que la fiducie a des conseillers financiers? Si oui, comment et par qui ces conseillers ont-ils été choisis et nommés?
- xii) À qui les conseillers financiers répondent-ils? Qui dirige les stratégies d'investissements?
- xiii) Est-ce que la fiducie possède des comptes bancaires? Qui a procédé à l'ouverture de ces comptes bancaires? Où ces comptes bancaires sont-ils situés?
- xiv) Qui a la responsabilité de préparer les redditions de compte aux bénéficiaires?
- xv) Qui a le pouvoir de conclure des contrats au nom de la fiducie et qui, dans les faits, conclut de tels contrats?
- xvi) Où sont exécutés les ententes et contrats impliquant la fiducie et par qui?

La question de résidence d'une fiducie demeure une question de fait propre à chaque cause. Selon l'expression anglaise bien connue, *Home is where the heart is*, cependant cette expression est difficilement attribuable aux fiducies. Peut-être pourrait-on dire pour la fiducie, *Home is where the mind and management lie*? Selon nous, la cause *Garron* a simplement clarifié et confirmé un principe qui existait déjà depuis l'affaire *Thibodeau*. Si les fiduciaires jouent un rôle actif, s'ils sont impliqués dans le processus décisionnel relié à toutes les questions mentionnées ci-dessus et administrent la fiducie, la fiducie sera alors résidente de l'État où se retrouve la majorité des fiduciaires. En d'autres mots, si les fiduciaires respectent leurs obligations fiduciaires, la fiducie sera résidente de l'État où se retrouve la majorité des fiduciaires.

ADMINISTRATION D'UNE FIDUCIE (PAR UNE SOCIÉTÉ DE FIDUCIE)



Marc-André Lamontagne
Notaire, Pl. Fin.
Trust Banque Nationale



Claude Morais
Notaire
Trust Banque Nationale

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	31:3
1. OUVERTURE DE COMPTE	31:6
1.1. VÉRIFICATIONS PRÉALABLES ET DOCUMENTATIONS.....	31:6
2. ADMINISTRATION COURANTE.....	31:9
2.1. GESTION DES VALEURS MOBILIÈRES	31:10
2.2. GESTION IMMOBILIÈRE	31:11
2.3. REDDITION DE COMPTES ANNUELLE ET FINALE.....	31:12
2.4. DÉCLARATIONS FISCALES ET FRACTIONNEMENT DE REVENUS	31:12
2.5. BUDGET.....	31:14
2.6. COMPAGNIES PRIVÉES	31:15

3.	EXERCICE DE CERTAINS POUVOIRS DISCRÉTIONNAIRES	31:15
3.1.	REMISES DES REVENUS	31:16
3.2.	EMPIÈTEMENT DE CAPITAL ET REMISE PAR ANTICIPATION	31:17
3.3.	PRÊT À DES BÉNÉFICIAIRES	31:19
4.	REDDITION DE COMPTES ET PARTAGE	31:19
4.1.	FORMALITÉS ET PROCÉDURES.....	31:19
CONCLUSION		31:21
ANNEXE A.....		31:23
ANNEXE B.....		31:26
ANNEXE C.....		31:32

INTRODUCTION

Nous sommes très heureux que les membres du comité du congrès annuel aient décidé de mettre au programme le sujet des fiducies, mais cette fois-ci, sous l'angle de leur administration, en particulier par une société de fiducie. À notre connaissance, c'est la première fois que le sujet sera abordé sous cet angle (et que les fiscalistes nous céderont la place... pendant 45 minutes)!

Il n'est pas rare, dans l'exercice de nos fonctions au sein d'une société de fiducie, de constater lors d'échanges avec de nombreux professionnels qui œuvrent dans le domaine des fiducies (fiscalistes, assureurs vie, planificateurs financiers, avocats, notaires), leur méconnaissance de la « pratique » journalière, ce qui est normal, convenons-en, mais d'y voir fleurir les nombreuses légendes urbaines dont certaines sont plutôt défavorables à notre industrie : ainsi entend-on encore, entre autres commentaires, que les sociétés de fiducie sont conservatrices, ou que les bénéficiaires en sont captifs, puisqu'elles s'accaparent leurs biens sur le long terme. Nous espérons que le présent texte permettra à chacun d'apporter les nuances qui s'imposent et de comprendre un peu mieux les principes qui gouvernent notre activité et ses contraintes inhérentes.

Notre texte portera principalement sur l'administration de fiducies personnelles, particulièrement testamentaires, notre champ d'expertise à tous les deux, en soulignant au plus près ce qui distingue l'administration offerte par une société de fiducie de l'administration des autres professionnels et individus offrant de semblables services.

Notre approche se veut « pratique », loin des controverses que les fiducies ne cessent de présenter dans leur volet légal, que ce soit au civil ou au fiscal.

Les sociétés de fiducie tirent leurs prérogatives de la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*¹. Vous nous permettez, dans un premier temps et brièvement, de poser les quelques clarifications suivantes.

Aux termes de la loi précitée, seules les sociétés de fiducie régulièrement constituées auront le droit (parfois exclusivement) d'agir comme fiduciaire « corporatif » en vertu des mandats qui leur seront

¹ L.R.Q., c. S-29.01 (« L.S.F.S.E. »).

légalement confiés. Cette prérogative n'est pas accordée aux conseillers en placements, aux sociétés de courtage ou aux banques, par exemple.

D'autres attributions sont également offertes aux sociétés de fiducie². Ainsi, dans l'industrie, on regroupe leurs principales activités sous deux dénominations : d'une part, **les services offerts aux sociétés**, tels, pour ne retenir que ceux-ci, la garde de valeurs et d'agent pour l'enregistrement ou le transfert de valeurs (dont on a beaucoup entendu parler ces années-ci) et l'administration de régimes d'épargne dont l'enregistrement est prévu par la loi; d'autre part, **les services offerts aux particuliers** : conseiller en placement et gestionnaire de portefeuilles, liquidateur de succession, tuteur et curateur aux biens, conseiller d'un majeur, mandataire aux biens en vertu d'un mandat en cas d'incapacité, séquestre et syndic et, bien entendu, fiduciaire.

L'ensemble des services requis à l'intérieur de ces différents mandats est généralement offert par les principales sociétés de fiducie. Ces services font appel à différentes compétences et expertises en plus de requérir les supports technologiques adéquats. La gestion de placements, les services de comptabilité et de fiscalité, l'expertise légale et l'établissement de bonnes relations font ainsi partie du quotidien de toute administration fiduciaire efficiente et de son personnel. Nous renvoyons le lecteur à l'article de notre collègue et notaire, M^e Sophie Ducharme, qui examine ce sujet avec une approche plus poussée des dispositions légales afférentes à ces activités³.

Il est d'usage, lorsque la société de fiducie est désignée comme le fiduciaire ou l'un d'entre eux, dans l'acte constitutif, sans autre disposition restrictive, que celle-ci offre l'ensemble de ces services. Par ailleurs, l'acte constitutif pourra établir une division des charges, comme le permet la loi, auquel cas le mandat du fiduciaire corporatif pourra être limité ou au contraire augmenté par rapport au mandat confié à ses cofiduciaires⁴. Ce sera également le cas lorsqu'un contrat de prestation de services lui sera confié

² Art. 1 et 170 L.S.F.S.E.

³ Sophie DUCHARME, « La vraie nature du fiduciaire – Panel sur les fiducies, Partie C », dans *Congrès 98*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 7:59-77.

⁴ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »), art. 1333-1334. Il est d'usage, par exemple, de confier exclusivement dans l'acte constitutif de la fiducie ou, sinon par voie de délégation par les fiduciaires individuels, l'administration courante de la fiducie dont les opérations bancaires, la garde des valeurs, la tenue de la comptabilité et la préparation des déclarations fiscales annuelles à la société de fiducie.

par les fiduciaires individuels, auquel cas la responsabilité du fiduciaire corporatif, agissant alors plutôt à titre de prestataire de services, sera limitée au mandat qui lui aura été confié, alors que celle des fiduciaires individuels désignés dans l'acte demeurera entière à l'égard des bénéficiaires de la fiducie⁵.

Toute personne physique pleinement capable de l'exercice de ses droits civils peut être fiduciaire⁶. Dans la majorité des fiducies qui sont constituées, les fiduciaires ou la majorité d'entre eux sont des individus et il n'est pas rare que le fiduciaire corporatif soit minoritaire. Soulignons que le Code civil prévoit que les décisions des fiduciaires se prennent à la majorité des voix⁷. Veuillez noter qu'en pratique, les décisions sont généralement prises à l'unanimité des fiduciaires individuels et de la société de fiducie. Il est très rare que la majorité exerce seule ses pouvoirs. Les divergences d'opinions comme les avis de dissidence ne sont pas monnaie courante, comme on pourrait être porté à le penser⁸. On doit même y voir un signe de dissension entre les fiduciaires qui conduira au remplacement d'un fiduciaire par voie de démission ou de procédure judiciaire, chose plutôt rare.

Lorsqu'un fiduciaire corporatif est désigné, non seulement se charge-t-il de la majeure partie, sinon de la totalité du travail administratif quotidien souvent négligé par les fiduciaires individuels (et que nous vous décrirons dans ses grandes lignes dans les pages qui suivent), mais en plus il participera activement à la prise de décision sur toutes les questions importantes. Nous ne saurions non plus minimiser le rôle de conseiller, d'expert privilégié, parfois d'éminence grise qu'il saura jouer auprès de ses collègues fiduciaires, des bénéficiaires et des tiers avec lesquels la fiducie interagira.

Avant même d'aborder l'administration fiduciaire proprement dite, ajoutons quelques mots sur les normes de qualification des clients que mettent en place les principales sociétés de fiducie œuvrant au Québec. Certaines de ces normes ont trait évidemment à la réputation et à la notoriété

⁵ Art. 2098 et suiv. C.c.Q.

⁶ Art. 1274 C.c.Q.

⁷ Art. 1332 C.c.Q.

⁸ Art. 1335 C.c.Q. Afin d'éviter sa responsabilité, le fiduciaire dissident doit non seulement manifester sa dissidence qui sera consignée dans le procès-verbal de la décision mais également en informer les bénéficiaires de la fiducie dans un délai raisonnable.

des clients. La société de fiducie ne voudra pas être associée à des individus ou des groupes d'individus au passé trouble, ou dont la légalité des activités peut être remise en question. Vous comprendrez qu'il existe des mécanismes internes et différentes mesures de contrôle pour éviter que ce genre de situation se présente.

Par ailleurs, les sociétés de fiducie mettent en place également des normes de nature financière, ayant trait à l'acceptation de mandats. Ainsi, selon notre connaissance, les minimums d'actifs financiers à administrer de l'une à l'autre se situeront entre 500 000 \$ et 1 M\$. En effet, sauf exception, il pourrait être moins avantageux de retenir les services de la société de fiducie dans le cas d'une valeur inférieure au minimum, compte tenu de l'étendue des services requis et des honoraires annuels qui seront facturés. La présence de fiduciaires individuels sera alors plus appropriée.

Et maintenant place à l'administration fiduciaire.

1. OUVERTURE DE COMPTE

1.1. VÉRIFICATIONS PRÉALABLES ET DOCUMENTATIONS

Le processus d'ouverture de compte débute essentiellement par la cueillette des renseignements pertinents à l'administration du bien d'autrui. Ainsi, pour procéder officiellement à l'ouverture du compte de fiducie proprement dit, le directeur de compte attitré au dossier doit nécessairement remplir une fiche de contrôle qui est contre-vérifiée par un supérieur hiérarchique. Ce document, conçu en interne, est préparé de telle façon que l'ensemble des éléments essentiels à l'administration d'une fiducie y sont répertoriés et analysés. Ainsi, on s'assure de regrouper tous les éléments pertinents qui permettront un suivi rigoureux tout au long de l'administration qui, parfois, peut durer plus de 50 ans. Cette étape accomplie, les informations sur le compte peuvent être saisies et intégrées à la base de données.

De nombreux documents doivent être fournis aux institutions bancaires lors de l'ouverture d'un compte de banque au nom de la fiducie dans une succursale. La structure réglementaire et légale qui régit les sociétés de fiducie exige un dossier encore plus complet.

Ainsi, sont nécessaires les documents suivants :

- a) l'acte constitutif : contrat à titre gratuit ou onéreux, testament, jugement⁹;
- b) le contrat de service¹⁰ : ce document sera pertinent uniquement dans les cas où la société de fiducie n'est pas nommée directement dans l'acte constitutif à titre de fiduciaire ou de cofiduciaire. Le contrat de service décrit précisément les engagements de la société de fiducie et du fiduciaire;
- c) la délégation des pouvoirs administratifs entre coadministrateurs¹¹ : ce document permet à la société de fiducie d'accomplir seule des tâches purement administratives et répétitives qui ralentiraient inutilement le bon fonctionnement du dossier. Il est entendu que tout geste ou acte courant autre qu'administratif nécessitera l'intervention du fiduciaire individuel. Cette délégation s'apparente, en quelque sorte, à la délégation bancaire à laquelle consentent les fiduciaires individuels entre eux en l'absence d'une société de fiducie;
- d) le certificat de décès est nécessaire dans le cas d'une fiducie testamentaire pour prouver le décès du constituant, mais également dans tous les cas où un fiduciaire décède. La preuve de décès nous permettra de confirmer la transmission des pouvoirs et responsabilités au fiduciaire substitut. Le certificat de décès d'un bénéficiaire peut finalement être requis afin de déterminer le(s) bénéficiaire(s) des ordres subséquents de la fiducie;
- e) l'acte de renonciation et de nomination des fiduciaires remplaçants¹² : la forme notariée en minute n'est pas une exigence légale, mais en pratique cette formalité est privilégiée pour des raisons de pérennité de la documentation;
- f) les pièces d'identité des intervenants¹³, exigées pour les fiduciaires, sont les suivantes : une copie conforme de deux pièces d'identité avec

⁹ Art. 1262 C.c.Q.

¹⁰ Voir annexe A du présent texte.

¹¹ Art. 1337-1338 C.c.Q.

¹² Art. 1355 C.c.Q.

¹³ *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, ch. 17, art. 5 et suiv.; en vertu de la loi sur l'impôt américain, *Internal Revenue Service Rev. Proc.* 2000-12, 2000-4 I.R.B. 387, les sociétés de fiducie doivent respecter certains critères afin d'être considérées comme (à suivre...)

photos pour les bénéficiaires des revenus et du premier ordre du capital, une photocopie de deux pièces d'identité, le numéro d'assurance sociale à des fins fiscales et le certificat de naissance afin de prouver la filiation, le cas échéant;

- g) la déclaration de traité¹⁴ : obtention de la signature des cofiduciaires afin de respecter les exigences fiscales américaines quant aux retenues d'impôt sur les revenus provenant de sources américaines¹⁵;
- h) les redditions de comptes successives : il est possible que la société de fiducie soit nommée à titre de fiduciaire remplaçant, ou qu'elle soit appelée à intervenir en cours d'administration. Il est alors important de recueillir l'historique comptable et fiscal¹⁶ complet des administrateurs précédents;
- i) la confirmation que les intervenants ne sont pas sur la liste des indésirables du Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada (CANAFE);
- j) la vérification de la publication de la clause d'inaliénabilité et de la clause d'insaisissabilité au Registre des droits personnels et réels mobiliers (« RDPRM »). Suivant la vérification de la validité de chacune des clauses, la société de fiducie procède à leur publication afin d'en assurer l'opposabilité envers les tiers¹⁷, et ce, avec le consentement du bénéficiaire le cas échéant. Puisque le rôle de fiduciaire assumé par une société de fiducie emporte une expertise d'ordre légale, il est du devoir du fiduciaire corporatif d'informer les bénéficiaires de ces mesures de

(...suite)

un « Qualified Intermediary » (QI) et pouvoir ainsi limiter les retenues d'impôt sur des revenus provenant de sociétés américaines à 15 %. Un des critères est le maintien au dossier de pièces d'identité des administrateurs de la fiducie.

¹⁴ *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, telle qu'amendée par les protocoles signés les 14 juin 1983, 28 mars 1984, 17 mars 1995, 29 juillet 1997 et 21 septembre 2007.

¹⁵ *Id.* Exigence afin de maintenir la désignation de « Qualified Intermediary » (QI).

¹⁶ Inventaire des actifs, plus récente reddition de comptes annuelle, relevés de compte à partir de la dernière reddition et déclarations T-3 et TP-646 antérieures.

¹⁷ Art. 1214 et 2649 C.c.Q.

protection et de s'assurer que les formalités administratives ont été respectées conformément aux normes réglementaires.

L'ensemble de ces documents ainsi que tout autre document important en cours d'administration seront archivés professionnellement de façon à y avoir accès en tout temps, notamment lors des redditions de comptes. Il n'est pas rare qu'une administration de fiducie se prolonge pendant plusieurs décennies.

Une autre question pratique, soulevée lors de l'ouverture du dossier de fiducie, est de vérifier le nombre de fiducies créées par l'acte constitutif. On peut dire sans se tromper qu'une proportion importante des planifications fiduciaires prévoient la création d'une fiducie (tant du point de vue du droit civil que du droit fiscal) par bénéficiaire afin de maximiser le fractionnement fiscal. Autant de comptes distincts sont donc ouverts par l'institution. Non seulement le fiduciaire s'assure de produire le nombre de déclarations fiscales appropriées, mais cette méthode facilite grandement le suivi comptable des parts de chacun des bénéficiaires et maintient la confidentialité entre les différents intervenants.

Même si l'acte constitutif prévoit la création d'une seule fiducie, il n'empêche que des comptes distincts sont ouverts pour chacun des bénéficiaires afin d'en faciliter l'administration distincte. Une seule déclaration de revenus sera produite pour l'ensemble des comptes, et une gestion intégrée du portefeuille sera mise en place.

2. ADMINISTRATION COURANTE

Parmi les éléments qui permettent aux sociétés de fiducie de se distinguer dans l'administration courante d'une fiducie, on retrouve la présence d'un système informatique et comptable qui permet de comptabiliser séparément et automatiquement les transactions de nature « capital », des transactions de nature « revenu », et ce, à l'intérieur d'un seul compte. Bien entendu, la présence de ce système n'est pas indispensable, mais elle facilite grandement le travail des comptables qui doivent s'assurer de bien identifier et attribuer chacune des transactions. Les fiduciaires doivent s'en remettre au Code civil, afin de déterminer laquelle des caisses ils doivent affecter. Cet exercice est le lot quotidien des fiduciaires corporatifs.

2.1. GESTION DES VALEURS MOBILIÈRES

Une des plus importantes responsabilités qui incombent aux fiduciaires est certainement la gestion des actifs¹⁸. Dans la très grande majorité des cas, les actifs sont majoritairement, voire uniquement constitués de valeurs mobilières. Plusieurs options s'offrent alors aux fiduciaires, toujours dans le respect de possibles restrictions stipulées dans l'acte constitutif. Dans tous les cas, la préparation et l'adoption d'une politique de placement atteignant les objectifs précis de la fiducie sont essentielles au positionnement du portefeuille.

L'offre de services de notre institution financière est généralement accompagnée de la gestion discrétionnaire de portefeuille. Une gestion discrétionnaire d'actif est un mandat confié à une équipe de gestionnaires spécialisés pour prendre au nom des administrateurs, au jour le jour, les meilleures décisions d'investissement afin de préserver et de faire fructifier le capital. Sans entrer dans les moindres détails des possibilités offertes, la politique de placement permet de statuer par écrit sur les balises et limites concernant les véhicules de placement, le choix des titres et leur diversification géographique, toutes limites qui devront être respectées intégralement par le gestionnaire du portefeuille¹⁹ pendant toute la durée de l'administration, assujettie aux modifications qui pourront y être apportées de temps à autre.

Dans le contexte d'un groupe financier intégré, la gestion du portefeuille pourra également être assumée par l'entremise d'un conseiller en placement qui est courtier en plein exercice. D'autres formalités administratives doivent alors être remplies avec la firme de courtage²⁰. Il s'agit ici de bien délimiter les responsabilités de chacun des intervenants, de telle sorte que le gestionnaire de portefeuille ne devienne pas un quasi-fiduciaire.

La politique de placement fait l'objet d'une révision périodique de la part des fiduciaires. Une révision annuelle est donc à l'ordre du jour.

Le rôle de la société de fiducie consiste donc à s'assurer en tout temps de la cohérence du profil d'investissement avec les besoins et objectifs des

¹⁸ Art. 1306 C.c.Q.

¹⁹ Voir annexe B du présent texte.

²⁰ Par exemple, l'ouverture du compte de courtage par les fiduciaires, l'établissement de la politique de placement, ou la délégation des pouvoirs de placement au cofiduciaire.

bénéficiaires. Une des principales difficultés réside dans le maintien de l'équilibre entre la création d'un maximum de revenu et une croissance du capital à long terme pour les bénéficiaires éventuels du capital.

Il est toujours possible, pour le constituant, de prévoir des contraintes en ce qui concerne les véhicules de placement ou les types d'investissement admissibles. Ainsi, le constituant prévoit que les fiduciaires sont limités aux placements présumés sûrs²¹. Les recommandations des fiduciaires corporatifs, au moment de la rédaction des actes fiduciaires, tendent à éviter de telles restrictions. En effet, nos expériences en ce domaine nous enseignent que le milieu financier évolue très rapidement et que les directives trop restrictives du constituant peuvent très facilement être dépassées par de nouvelles réalités et s'avérer désavantageuses pour la fiducie et ses bénéficiaires. Un coûteux recours au tribunal pour modifier les balises peut alors s'avérer nécessaire afin de rétablir la marge de manœuvre dans la gestion du portefeuille²².

2.2. GESTION IMMOBILIÈRE

Les propriétés immobilières sont des actifs qui peuvent se retrouver parmi les biens détenus par des fiducies. Il s'agit souvent d'une résidence principale occupée par le bénéficiaire. Dans ce contexte, la gestion immobilière cède généralement sa place à une simple supervision administrative et à la mise en place des actes conservatoires²³.

On retrouve également des immeubles à revenus commerciaux ou résidentiels. Dans ces derniers cas, l'impartition par contrat de service est généralement de rigueur. La présence d'un gestionnaire d'immeuble permet de profiter d'une expertise professionnelle poussée, et ainsi de maximiser le potentiel de rendement de l'actif immobilier. Les tâches telles que la négociation des baux et la perception des loyers, le paiement des taxes municipales et scolaires, le paiement des frais de condominium, la vérification des couvertures des polices d'assurance habitation et les paiements des primes, le suivi des demandes des locataires et la supervision des réparations seront ainsi imparties au gestionnaire d'immeuble.

²¹ Art. 1339 et suiv. C.c.Q.

²² Art. 1294, al. 2 C.c.Q.

²³ Par exemple, le paiement des taxes municipales et scolaires, le paiement des frais de condominium ou le paiement des primes de la police d'assurance habitation.

Cependant, les réparations majeures et les actes d'aliénation restent la prérogative des fiduciaires.

Sauf les cas où les fiduciaires doivent conserver le bien en nature, telle la constitution d'un droit d'habitation en faveur d'un bénéficiaire, la société de fiducie privilégiera la vente des actifs immobiliers afin de se consacrer à la gestion de valeurs mobilières.

2.3. REDDITION DE COMPTES ANNUELLE ET FINALE

L'administration du bien d'autrui implique inévitablement la présence d'une reddition de comptes par l'administrateur au profit des bénéficiaires. Le *Code civil du Québec* n'exige pas de forme obligatoire, précisant uniquement que la reddition de comptes doit être suffisamment claire et détaillée afin que l'on puisse en vérifier l'exactitude²⁴.

Dans notre institution financière, cette exigence se traduit par l'envoi de relevés de compte très détaillés de toutes les transactions. Un relevé de biens, où se retrouvent notamment plusieurs informations relativement à la valeur marchande de chacun des titres du portefeuille, leur valeur comptable, les revenus estimés, le rendement du portefeuille, fait également partie de l'envoi. Ces relevés sont envoyés aux cofiduciaires et aux bénéficiaires des revenus sur une base trimestrielle. Les bénéficiaires en capital, quant à eux, le reçoivent annuellement. Ces fréquences peuvent être modifiées sur demande des intervenants.

Des états financiers peuvent également être préparés afin de répondre à des besoins spécifiques. Dans la très grande majorité des cas, ils ne sont pas vérifiés.

2.4. DÉCLARATIONS FISCALES ET FRACTIONNEMENT DE REVENUS

Il est de la responsabilité des fiduciaires de respecter les exigences fiscales liées à la gestion fiduciaire²⁵. Ainsi, la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit que la production des déclarations fiscales annuelles doit être complétée dans les 90 jours de la fin de l'année financière (T-3 au fédéral et TP-646 au provincial).

²⁴ Art. 1351 et suiv. C.c.Q.

²⁵ *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e supp., ch. 1 et mod. (« L.I.R. »), par. 104(2) et *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (« L.I. »), art. 677 à 683.

Afin de faciliter la préparation des déclarations fiscales, il est d'usage de coordonner les fins d'années financières avec le dernier jour du mois précédant le décès ou la création de la fiducie. Une exception est faite dans les cas où la fiducie est créée au courant du mois de janvier. Dans ce cas, la date de fin d'année choisie n'est pas le 31 décembre, mais bien le 1^{er} janvier de l'année suivante afin de permettre l'imposition dans l'année civile subséquente²⁶. Ainsi, la règle voulant qu'une période maximale de 365 jours soit couverte pour la production des impôts est ainsi respectée²⁷, tout en simplifiant les calculs puisque les comptables peuvent travailler avec les relevés de fin de mois.

La préparation des déclarations fiscales annuelles permet d'entreprendre une réflexion sur la pertinence du choix de fractionnement en vertu des paragraphes 114(13.1) et 114(13.2) L.I.R.²⁸ Ainsi, le choix de fractionnement permet l'imposition des revenus de la fiducie testamentaire aux taux progressifs à l'intérieur même de la déclaration fiscale de la fiducie testamentaire, et permet ainsi d'éviter le cumul avec les revenus personnels du bénéficiaire. À l'opposé, la totalité, ou une portion des revenus, peut être attribuée à un bénéficiaire ayant peu ou n'ayant pas de revenus personnels. Une flexibilité existe donc dans la détermination de la portion du revenu qui sera imposable au niveau de la fiducie des revenus qui seront attribués au bénéficiaire et imposés entre ses mains. Ce choix est annuel et peut être différent d'une année à l'autre en fonction de la situation fiscale du bénéficiaire, l'objectif étant de trouver la structure où les taux d'imposition seront les plus bas.

Lorsque le nombre de bénéficiaires des revenus est limité (on parle généralement d'un nombre inférieur à quatre), une lettre est systématiquement envoyée aux bénéficiaires afin, dans un premier temps, d'informer ces derniers des revenus nets imposables de la fiducie et, dans un deuxième temps, de s'enquérir de leur situation fiscale personnelle de l'année en cours. Ces échanges personnalisés permettent de s'assurer que le choix de fractionnement sera avantageux et diminuera la facture fiscale globale en comparant précisément les taux d'imposition de la fiducie *versus* le taux marginal d'imposition du bénéficiaire.

²⁶ Il faut ici distinguer les fiducies entre vifs des fiducies testamentaires. En effet, la fin d'année financière des fiducies entre vifs est obligatoirement le 31 décembre de chaque année.

²⁷ Art. 1294, al. 2 C.c.Q.

²⁸ Art. 663.1 et 663.2 L.I.

En plus du taux d'imposition, certains bénéficiaires pourraient avoir d'autres considérations spécifiques susceptibles d'influencer le choix de fractionnement²⁹.

Dans les situations où le nombre de bénéficiaires est plus élevé et où il devient complexe de déterminer les avantages du fractionnement en raison de la situation particulière de chacun, les revenus sont attribués fiscalement par feuillet directement aux bénéficiaires.

2.5. BUDGET

Puisque la grande majorité des fiducies sont structurées de telle façon que le bénéficiaire des revenus a droit à recevoir les revenus nets générés par les actifs de la fiducie, il y a lieu de s'assurer de l'exactitude des remises périodiques au bénéficiaire. Certaines compagnies de fiducie ont des systèmes qui effectuent des remises des revenus nets à la fin de chaque mois. Cette méthode implique des variations mensuelles importantes considérant les échéances des encaissements des revenus et des déboursés.

La préparation de budgets permet d'uniformiser les remises mensuelles en estimant les revenus en fonction des investissements et du profil du portefeuille. Les déboursés font également l'objet d'une estimation. Il s'agit principalement des impôts attribuables aux revenus d'intérêts et de dividendes, dans le cas de fractionnement des revenus, de la portion des honoraires attribuables aux revenus et des dépenses d'immeuble, le cas échéant. On tient également compte du surplus ou du déficit de l'année antérieure afin de rajuster les remises de l'année en cours.

Le bénéficiaire est donc en mesure, dans un premier temps, de constater l'évolution de ses remises et, dans un deuxième temps, de visualiser la répartition des revenus payés directement ou à son acquit.

Les dispositions de l'acte constitutif peuvent prévoir des modalités de distribution des revenus à la discrétion des fiduciaires. Ainsi, le constituant aura accordé au fiduciaire le pouvoir de maintenir en faveur du bénéficiaire le même niveau de vie auquel il était habitué du vivant du constituant. L'exercice de cette discrétion doit être exécuté avec rigueur. Non seulement les fiduciaires doivent-ils se référer aux termes de l'acte constitutif afin de

²⁹ Il est possible que le taux d'imposition marginal soit plus élevé en raison du remboursement de la pension de la Sécurité de la vieillesse (PSV) ou du Supplément de revenu garanti (SRG), par exemple.

déterminer l'étendue de leur discrétion, élément capital dans la prise de décision, mais ils doivent aussi estimer le potentiel de revenu du portefeuille, l'importance du capital de la fiducie, les besoins du bénéficiaire requérant et des autres bénéficiaires et l'espérance de vie du bénéficiaire, entre autres. Ils doivent surtout conserver par écrit les motifs ayant conduit à la décision prise dans l'établissement du budget proposé et adopté.

2.6. COMPAGNIES PRIVÉES

De nombreuses fiducies se retrouvent actionnaires de compagnies privées. Que ce soit dans le contexte d'un gel successoral ou non, la compagnie de gestion de portefeuille ou la société exploitée activement font l'objet d'une structure administrative autonome. En effet, les responsabilités qui incombent aux administrateurs telles la comptabilité, la tenue de livres et la fiscalité sont toujours confiées à des professionnels externes à la société de fiducie afin de s'assurer d'une expertise et d'une collaboration à la fine pointe.

Dans le cas où la fiducie est l'actionnaire unique, les fiduciaires sont les administrateurs. Il en résulte une double responsabilité qui doit être exercée avec rigueur, notamment dans la déclaration des dividendes à l'actionnaire et dans la politique de placement.

Les cas de compagnies exploitantes ne sont pas légion dans les administrations fiduciaires confiées à des sociétés de fiducie. Bien que la gestion d'une entreprise de distribution de Coca-Cola ou de fabrication de roulottes puisse être intéressante, les compagnies exploitées activement ne sont pas très attirantes pour les sociétés de fiducie. La responsabilité du fiduciaire, actionnaire unique ou majoritaire dans l'entreprise, le met dans une position où les décisions qu'il devra prendre sont souvent hors de son champ d'expertise. De plus, les tensions familiales sont parfois amplifiées en entreprise et peuvent faire du fiduciaire corporatif un arbitre dans des situations hors de sa portée. Voilà pourquoi le réflexe initial du fiduciaire corporatif consiste généralement à planifier une voie de sortie qui mènera à la vente ou au transfert de la compagnie.

3. EXERCICE DE CERTAINS POUVOIRS DISCRÉTIONNAIRES

Comme cela a été mentionné précédemment, l'exercice de pouvoirs discrétionnaires est une pratique inhérente et incontournable de l'administration d'une fiducie.

De par leur nature juridique et leur structure organisationnelle, les sociétés de fiducie disposent d'avantages non négligeables dans l'administration de fiducies. Non seulement elles sont en mesure de fournir, sous un même toit, l'ensemble des services requis par une administration fiduciaire et de prendre en charge toutes les responsabilités (gestion des actifs et du portefeuille, comptabilité, fiscalité, conseil juridique et administration courante), mais elles bénéficient d'un atout majeur en raison de leur capacité intrinsèque d'agir avec impartialité. Il s'agit là d'un des points forts des sociétés de fiducie et qui sont souvent recherchés par les constituants.

L'impartialité, qui est un des principes administratifs de base³⁰, n'est donc pas teintée par des relations sentimentales ou par des pressions familiales. On peut simplement imaginer une situation où le fiduciaire doit se positionner devant des demandes incessantes d'un frère ou d'une sœur. Il peut s'agir également de demandes qui ne respectent pas intégralement les conditions prévues à l'acte constitutif ou que l'on pourrait qualifier de déraisonnables étant donné les contraintes de la fiducie. Limiter, refuser ou simplement contrôler l'accès au capital à un proche, même si l'origine du pouvoir émane d'un tiers, n'est certainement pas une mince tâche.

3.1. REMISES DES REVENUS

Il est généralement prévu que les revenus nets produits par les biens meubles ou immeubles appartenant à la fiducie doivent être remis au bénéficiaire³¹. On doit se référer aux dispositions prévues à l'acte constitutif pour déterminer précisément les modalités des versements.

Dans plusieurs cas, la discrétion du fiduciaire n'est aucunement sollicitée. En effet, il est fréquemment prévu que la totalité des revenus doit être versée. Dans ces cas, le fiduciaire doit donc se contenter d'effectuer un calcul mathématique³².

À l'opposé, certains dossiers requièrent une intervention et une réflexion plus fouillées en raison de la discrétion qui est accordée dans la remise ou non des revenus. L'important pour la compagnie de fiducie est la documentation qui doit accompagner la prise de décision. On doit s'assurer

³⁰ Art. 1317 C.c.Q.

³¹ Art. 1284 C.c.Q.

³² Voir la section 2.5. du présent texte.

que les motifs invoqués pour accorder la demande remplissent intégralement les critères et conditions imposés par l'acte constitutif tel qu'on l'a vu précédemment.

Les documents les plus souvent demandés ou exigés par le fiduciaire afin d'évaluer la pertinence des remises sont les suivants : le budget des revenus et dépenses personnels du bénéficiaire (autres que ceux provenant de la fiducie), les déclarations de revenus, des preuves de revenus, une lettre sommaire d'un médecin, une preuve d'inscription à un établissement d'éducation, des factures, etc.

On ne peut souligner suffisamment l'importance, pour les sociétés de fiducie, de documenter les décisions de cette nature. En effet, il est facile d'envisager qu'au moment de la reddition de comptes la responsabilité du fiduciaire corporatif sera évaluée plus sévèrement que celle d'un fiduciaire non corporatif en raison de ses connaissances et de son devoir de conseil.

3.2. EMPIÈTEMENT DE CAPITAL ET REMISE PAR ANTICIPATION

De nombreux actes de fiducie prévoient la possibilité de remettre des sommes au profit du bénéficiaire en sus des revenus nets générés par les actifs.

Les deux cas les plus fréquents sont les suivants :

- 1) Empiètement de capital : les clauses de ce type peuvent faire l'objet d'un large spectre de possibilités. Il peut s'agir de stipulations très restrictives³³ ou, à l'opposé, elles peuvent prévoir de larges pouvoirs discrétionnaires³⁴ qui permettront aux fiduciaires d'évaluer les demandes qui leur sont faites. À la lumière des termes de l'acte constitutif,

³³ Par exemple, le constituant peut autoriser la remise de capital uniquement dans le cas de maladie grave et prolongée.

³⁴ Par exemple :

« Mes fiduciaires utiliseront tout ou partie du capital des biens en fiducie, à leur seule discrétion, selon les proportions qu'ils jugeront convenables, soit pour le paiement par eux-mêmes des dépenses d'hébergement, de logement, d'entretien, d'instruction, d'éducation, de loisirs, de frais médicaux et d'hospitalisation de l'un ou l'autre de mes enfants au premier degré, pour et au nom de ceux-ci ou de leur représentant légal si alors mineurs ou autrement inaptes, soit pour le remettre à l'un ou l'autre de mes enfants au premier degré, pour tout motif qu'ils jugeront raisonnable. »

l'évaluation est faite en fonction de la valeur marchande des actifs de la fiducie, de l'âge du bénéficiaire, des revenus personnels de ce dernier et de l'utilisation projetée qui sera faite de sommes remises³⁵. Il ne s'agit pas ici, pour la société de fiducie, de restreindre indûment l'accès au capital par les bénéficiaires, mais plutôt de s'assurer du respect des volontés du constituant par le regroupement d'informations et de documentations afin de consigner au dossier les motifs de l'acceptation de la demande.

Les demandes de moindre importance sont habituellement traitées directement par le directeur de comptes attiré au dossier en compagnie de son supérieur hiérarchique. Dans les cas plus complexes, les autres directeurs de comptes peuvent être appelés à se joindre à la rencontre et à former un comité afin d'apporter leur expertise dans la prise de décision. Cette démarche permet également à la société de fiducie de maintenir une uniformité et une équité dans l'ensemble des décisions, non seulement entre les bénéficiaires d'une même fiducie, mais également entre les différents comptes de fiducie qui ont des similitudes quant aux clauses prévues d'empiètement de capital ou de remise par anticipation.

À moins de représenter une somme modeste, les empiètements de capital font l'objet d'un suivi serré de la part des compagnies de fiducie qui devront, lors de la reddition de comptes, justifier aux bénéficiaires ultimes les motifs de la décision.

- 2) Remise par anticipation : ce type de clause autorise les fiduciaires à remettre au bénéficiaire le capital de la fiducie avant la date prévue de remise³⁶. Les motifs autorisant de telles remises peuvent être différents des empiètements de capital, mais leur traitement est pratiquement

³⁵ Voici quelques exemples de demandes récentes : fécondation *in vitro*, soins orthodontiques, établissement professionnel, achat d'une voiture, achat de biens de consommation.

³⁶ Par exemple :

« Nonobstant les époques de remises de capital prévues précédemment, mes fiduciaires pourront, à partir du moment où le plus jeune de mes enfants au premier degré alors vivants aura atteint l'âge de dix-huit (18) ans, avancer à l'un ou l'autre de mes bénéficiaires tout ou partie de sa part de capital s'ils jugent que cette remise anticipée est à l'avantage de tel bénéficiaire et que le résidu du capital des biens en fiducie est d'une valeur suffisante pour permettre de faire face aux besoins de mes autres enfants au premier degré jusqu'à la fin de la présente fiducie. »

identique. L'avantage présumé de la remise anticipée devra être bien justifié, à la satisfaction des fiduciaires.

3.3. PRÊT À DES BÉNÉFICIAIRES

À moins de limitations expresses par le constituant, les pouvoirs accordés au fiduciaire sont les pouvoirs de pleine administration³⁷.

Dans le cas où la clause d'empiètement de capital est limitative, voire inexistante, il pourrait être attrayant pour un bénéficiaire de demander des remises de capital par la voie d'un prêt. Cette situation peut générer beaucoup de pression pour un fiduciaire, mais la norme utilisée par les sociétés de fiducie est la suivante : on ne peut pas faire indirectement ce qu'on ne peut faire directement. En temps normal, on refusera de telles demandes. Cette règle peut toutefois faire l'objet d'exception dans le cas, par exemple, où la date de remise du capital est rapprochée dans le temps. On parle ici de moins d'un an. Cette solution d'exception requiert toutefois la présence d'une forme de garantie, notamment l'hypothèque ou l'assurance vie au profit de la fiducie, l'objectif étant de respecter les volontés du constituant en cas de décès du bénéficiaire avant la remise complète des actifs.

4. REDDITION DE COMPTES ET PARTAGE

4.1. FORMALITÉS ET PROCÉDURES

Une fois informé du décès du dernier bénéficiaire des revenus³⁸, il est de bonne pratique de faire parvenir une lettre de condoléances au bénéficiaire du capital. On profite alors de cette occasion pour informer ceux-ci des étapes à venir en vue de la remise complète des actifs³⁹ et des délais anticipés de la délivrance des biens.

Dans le cas où la date de partage est prévisible et préétablie, le certificat de décharge partiel, délivré par le gouvernement provincial, est demandé environ 90 jours avant la date de fin de la fiducie. Cette procédure permet la remise d'une partie des actifs plus rapidement, car les délais de délivrance de ce certificat par Revenu Québec sont malheureusement de plus en plus longs.

³⁷ Art. 1278, al. 2 C.c.Q.

³⁸ Art. 1356 et suiv. C.c.Q.

³⁹ Art. 1284 C.c.Q.

Dans l'attente dudit certificat, le service de comptabilité prépare les déclarations fiscales finales (T-3 et TP-646). De même, le plan de partage⁴⁰ et un projet de quittance sont préparés et envoyés directement à tous les bénéficiaires du capital pour approbation et signature. Dès réception de l'acceptation du compte⁴¹ et des signatures de tous les bénéficiaires, il est procédé à la remise partielle des biens par chèque ou par virement électronique, au choix du bénéficiaire.

Les politiques internes des sociétés de fiducie peuvent différer. Il est cependant d'usage de limiter la remise partielle au montant prévu au certificat de décharge partiel délivré par le gouvernement du Québec. Ainsi, une réserve fiscale représentant environ 20 % des actifs est conservée en liquidité jusqu'à l'obtention des certificats de décharge finaux délivrés par les deux paliers de gouvernement⁴². On peut facilement parler d'un délai de 10 à 12 mois pour les dossiers usuels et de 18 mois ou plus pour les dossiers plus complexes.

L'acte constitutif peut prévoir que la remise du capital sera répartie en plusieurs tranches; on parle alors de remises partielles. Il est également question de remises partielles dans le cas où un des bénéficiaires a atteint l'âge de remise et que la fiducie doit se poursuivre pour les autres bénéficiaires. Le même processus de partage et de reddition de comptes est alors utilisé pour la remise des actifs.

Une réalité qui ne touche pas uniquement les sociétés de fiducie, mais qui peut se révéler pertinente, est la reddition de comptes judiciaire⁴³. Cette ultime étape est envisagée dans les cas où le bénéficiaire, ou un des bénéficiaires, refuse de signer la quittance. Bien entendu, la remise du dossier à un procureur externe est subordonnée à une proposition de rencontre avec le bénéficiaire pour répondre à ses questions et régler le différend à l'amiable. Jusqu'au débat qui a lieu devant le juge, le cas échéant, les actifs sont conservés dans le compte de la fiducie. Le juge reçoit alors la reddition de comptes, prend en considération les prétentions du bénéficiaire pour finalement rendre jugement et accorder la quittance et toute ordonnance, le cas échéant. Notre expérience, en tant que fiduciaire

⁴⁰ Voir annexe C du présent texte.

⁴¹ Art. 1363 C.c.Q.

⁴² Par. 159(2) L.I.R. et art. 14 L.I.

⁴³ Art. 1364 C.c.Q.

corporatif, nous enseigne qu'une infime portion des dossiers se retrouve devant cette situation.

CONCLUSION

Il y a de nombreuses années, on avait la mauvaise habitude de comparer malicieusement l'administration de fiducies et la liquidation de succession, deux services traditionnellement offerts par les sociétés de fiducie, aux services hospitaliers.

D'une part, la liquidation de succession pouvait facilement s'apparenter aux services d'urgence, soit, en quelques mots : pas un cas pareil, nécessité de grandes expertises... et urgence de régler au plus vite le dossier!

D'autre part, l'administration de fiducies était apparentée aux soins prolongés (puisque la convalescence en milieu hospitalier existait... alors) : services répétitifs et récurrents, plus facilement prévisibles, avec un protocole ou des processus bien rodés, d'aspect plutôt tranquille, même fonctionnalisés... jusqu'à la sortie du patient (bénéficiaire ou prestataire de services), mort ou vif!

Les choses ont bien changé.

Les bénéficiaires ont un rôle de plus en plus actif. Ils doivent être informés régulièrement. L'exercice de pouvoirs discrétionnaires de plus en plus fréquents dans les actes de fiducie, afin de faire face à la complexité accrue des situations familiales, confère souvent à la société de fiducie un rôle de conseiller et d'arbitre qu'il n'est pas toujours facile d'exercer à la satisfaction de toutes les parties. La société de fiducie devra assumer son rôle d'arbitre impartial, agir avec honnêteté et loyauté, justice et équité, conformément aux dispositions de fiducie, et ce, dans le meilleur intérêt des bénéficiaires et de la fiducie. On peut comprendre que, dans certains cas, la société de fiducie devra éclairer le bénéficiaire sur son propre intérêt et lui faire également comprendre celui des autres bénéficiaires de la fiducie!

Les fiduciaires ne peuvent plus se contenter de gérer la fiducie de façon passive. Les législations, tant civiles que fiscales, ont augmenté considérablement leurs responsabilités. Ainsi, rappelons, entre autres, la disposition de l'article 1306 C.c.Q. qui oblige le fiduciaire à faire fructifier le patrimoine fiduciaire. Finie la gestion de placements au moyen de dépôts garantis seulement!

Enfin, les sociétés de fiducie se sont également adaptées aux règles du marché concernant l'offre de services. Ainsi, nous recevons de plus en plus de demandes pour des services à la carte. Par exemple, le gestionnaire de portefeuille qui nous aura recommandé auprès de ses clients comme fiduciaire désirera agir comme gestionnaire de portefeuille de la fiducie sans toutefois être fiduciaire. Dans beaucoup de cas, la société de fiducie agira de concert avec les professionnels et conseillers du client de façon à répondre à ses attentes et assurer le maximum d'efficacité dans l'administration de la fiducie.

Nous espérons enfin que la présente présentation a su vous faire partager notre enthousiasme pour ce type d'activités.

ANNEXE A**Sommaire de contrat de service****CONTRAT DE SERVICE POUR ADMINISTRATION
DES BIENS D'UNE FIDUCIE****ENTRE :**

_____, agissant comme fiduciaire des biens de la (des) fiducie(s) (ci-après appelé _ la « Fiducie ») constituée aux termes :

- du testament de feu
 - . reçu par _ , notaire, le _ , sous le numéro _ de ses minutes; ou
 - . exécuté sous la forme olographe le _ et dûment vérifié à la Cour supérieure de la Province de Québec dans le district de _ , le _ , dossier numéro _ ; ou
 - . exécuté devant témoins le _ et dûment vérifié à la Cour Supérieure de la Province de Québec, dans le district de _ , le _ , dossier numéro _ ;
- d'un acte de fiducie reçu par _ , notaire, le _ , sous le numéro _ de ses minutes et publié :
 - . au registre des droits personnels et réels mobiliers sous le numéro _ ;
et/ou
 - . au bureau de la publicité des droits de la circonscription foncière de _
sous le numéro _ ;
- *(pour la fiducie statutaire, indiquer ici le texte législatif)*

Ci-après appelé le « **CLIENT** »;

ET

XY, une société de fiducie légalement constituée ayant son siège social en la ville de Montréal, Province de Québec, et une place d'affaires au 1234 rue du Fiduciaire, Montréal (Québec), agissant et représentée aux présentes par AB, Directeur principal et par CD, Directeur de comptes, officiers dûment autorisés aux fins des présentes tels qu'ils le déclarent;

Ci-après appelée le « **Fiduciaire corporatif** ».

Le Client et le Fiduciaire corporatif conviennent comme suit :

1. NATURE ET OBJET DU CONTRAT

Le Fiduciaire corporatif s'oblige envers le Client à fournir uniquement ses services pour l'administration des biens de la Fiducie décrits à l'annexe « C » ci-jointe et qui pourront faire l'objet d'une modification subséquente.

2. POUVOIRS ET OBLIGATIONS DU TRUST BANQUE NATIONALE

- 2.1 Le Client autorise le Fiduciaire corporatif à poser les gestes et accomplir les actes suivants, savoir :
 - 2.1.1 Ouverture d'un compte;
 - 2.1.2 Vérification des assurances;
 - 2.1.3 Perception des fruits et revenus;
 - 2.1.4 Préparation annuelle des déclarations d'impôt sur les revenus de la Fiducie;
 - 2.1.5 Recommandations relatives aux empiètements de capital;
 - 2.1.6 Recommandations dans la préparation du budget;
 - 2.1.7 Recommandations relatives à la planification fiscale et fractionnement de revenus;
 - 2.1.8 Conservation des valeurs mobilières émises au nom de la Fiducie;
 - 2.1.9 Gestion discrétionnaire du portefeuille de valeurs mobilières;
- 2.2 Tout geste ou acte du Fiduciaire corporatif, autre que ceux décrits aux sous-paragrophes 2.1.1 à 2.1.9 des présentes, nécessitera les instructions spécifiques du Client;
- 2.3 Le Fiduciaire corporatif agira avec prudence et diligence, au meilleur des intérêts du Client;
- 2.4 Le Fiduciaire corporatif s'engage envers le Client :
 - 2.4.1 Fournir un relevé de caisse distinguant les transactions de capital et de revenu;

2.4.2 Fournir un relevé détaillant les titres et valeurs détenus par la Fiducie;

2.4.3 Rendre compte annuellement de son administration.

3. **AVANCES DE FONDS POUR COMBLER TOUT SOLDE DÉBITEUR DANS LE PORTEFEUILLE DE LA FIDUCIE**

4. **OBLIGATION DU CLIENT**

Le Client s'oblige envers le Fiduciaire corporatif :

4.1 À lui fournir tout renseignement utile et nécessaire pour l'exécution du contrat.

5. **RÉMUNÉRATION**

6. **DURÉE DU CONTRAT**

Le présent contrat est établi pour une durée indéterminée; il pourra être résilié en tout temps après préavis écrit de trente (30) jours adressé par l'un à l'autre.

7. **GÉNÉRALITÉS**

EN FOI DE QUOI, le client a signé à ce ^e jour du mois de deux mille dix (2010)

Le Client :

Nom :

EN FOI DE QUOI, les représentants du Fiduciaire corporatif ont signé à ce ^e jour du mois de deux mille dix (2010)

Nom :

Titre :

Nom :

Titre :

ANNEXE B

Sommaire de politique de placement

DÉCISIONS DES FIDUCIAIRES

Nous, soussignés, étant tous les administrateurs du compte :

(ci-après appelés « LES ADMINISTRATEURS »), déclarons ce qui suit :

POLITIQUE DE PLACEMENT

Les administrateurs adoptent la politique de placement présentée à la grille de répartition ci-jointe, laquelle politique énonce de manière précise les balises à l'intérieur desquelles Le Fiduciaire corporatif et ses gestionnaires feront la gestion des sommes du compte ci-dessus.

CADRE DE GESTION

Le présent document établit des principes et des normes de placement qui correspondent à la philosophie du Gestionnaire relativement aux types et qualités des investissements pouvant être effectués par celui-ci.

La gestion de portefeuille du compte ci-dessus est discrétionnaire. À cet effet, le Gestionnaire est responsable de la gestion quotidienne des portefeuilles de valeurs mobilières. Il a toute liberté sur le choix des titres et autres valeurs mobilières et sur le moment de leur achat et de leur vente et ce, compte tenu des limites qui lui sont imposées par la présente. De plus, lorsque nécessaire, le gestionnaire s'assure que les placements effectués se qualifient de placements présumés sûrs conformément aux dispositions des articles 1339 à 1343 du Code civil du Québec.

TYPES D'INVESTISSEMENTS

Les types de valeurs mobilières ou autres investissements pouvant composer cette catégorie sont essentiellement les suivants :

Titres à revenus

Marché obligataire

Les types de valeurs mobilières ou autres investissements pouvant composer cette catégorie sont essentiellement les suivants :

Actions privilégiées

Les types de valeurs mobilières ou autres investissements pouvant composer cette catégorie sont essentiellement les suivants :

Titres boursiersMarché boursier canadien

Les types de valeurs mobilières ou autres investissements pouvant composer cette catégorie sont essentiellement les suivants :

Marchés boursiers américains et internationaux

Les types de valeurs mobilières ou autres investissements pouvant composer cette catégorie sont essentiellement les suivants :

Marchés émergents

Cette catégorie est composée de titres boursiers internationaux provenant de pays dont l'économie est dite en émergence. Les types de valeurs mobilières ou autres investissements pouvant composer cette catégorie sont essentiellement les suivants :

Gestion alternative

Les véhicules d'investissement utilisés par le Gestionnaire dans cette catégorie d'actifs permettent l'utilisation de stratégies d'investissement non traditionnelles faiblement corrélées aux différents marchés financiers et aux autres classes d'actif. Pour ce faire, le Gestionnaire utilise des fonds de couverture dans le but : (i) de réaliser des rendements faiblement corrélés avec les marchés de titres de participation et d'emprunt; et (ii) de réaliser des rendements moins volatils que ceux du marché des actions.

Déviations tactiques

L'objectif de la déviation tactique est de bonifier le rendement du portefeuille en surpondérant les catégories d'actifs qui sont susceptibles de mieux performer dans un avenir rapproché et en sous-pondérant les autres catégories d'actif.

Afin de surpondérer ou sous-pondérer une catégorie d'actifs, le Gestionnaire utilise un fonds commun de placement privé, lequel pourra notamment investir dans : des contrats à terme, des contrats à livrer, des options d'achat ou de vente sur indices boursiers ou titres, options d'achat ou de vente sur indices représentatifs du marché obligataire, options ou contrats à terme sur devises et conventions d'échange (swap) sur des titres à revenus fixes, variables, devises et indices.

Produits dérivés

Le Gestionnaire se réserve le droit d'utiliser des produits dérivés pour contrôler le risque du portefeuille en contrepartie.

Le Gestionnaire se réserve le droit d'utiliser d'autres véhicules d'investissement que ceux mentionnés dans ce document dans la mesure où l'utilisation de ces derniers est conforme à l'information contenue au document appelé « Votre politique de placement » et à la Demande d'ouverture de compte Gestion privée de placement du Client.

DÉCLARATION DE PRINCIPES CONCERNANT LES TITRES D'ÉMETTEURS LIÉS ET D'ÉMETTEURS ASSOCIÉS AU FIDUCIAIRE CORPORATIF

HONORAIRES

MODIFICATIONS

Le présent document de même que la grille de répartition jointe annulent et remplacent tout autre document signé antérieurement au même effet. De plus, toute modification aux présentes ou renonciation à un droit en découlant sera sans effet si elle n'est pas expresse et constatée par un écrit signé par tous les administrateurs.

EN FOI DE QUOI, LES ADMINISTRATEURS signent comme suit :

 _____
ès qualités de fiduciaire

Date : _____

 _____
ès qualités de fiduciaire

Date : _____

Fiduciaire corporatif
ès qualités de fiduciaire

 _____
Par :

Date : _____

 _____
Par :

Date : _____

Politique de placement

Présentée à Fiducie Pierre Jean Jacques
1234, du
Bénéficiaire
Montréal
Québec

Stratégie
d'investissement : Équilibre
Montant investi : 1 000 000 \$
Compte : Fiducie

La politique de placement, présentée ci-après, présente de manière précise les balises à l'intérieur desquelles le Trust Banque Nationale et ses gestionnaires vont gérer les sommes qui leur sont confiées. La politique de placement présente, entre autres choses, les caractéristiques suivantes :

- Elle vise une meilleure efficience fiscale par l'utilisation d'actions privilégiées.
- Elle vise à maximiser le potentiel des titres à revenu par l'utilisation d'obligations à haut rendement.
- Elle présente une diversification optimale grâce à l'utilisation de la gestion alternative.
- Elle présente une diversification géographique optimale grâce à la présence des marchés émergents.
- Elle présente une diversification sectorielle additionnelle grâce à la présence des actifs réels.

	Minimum	Cible	Maximum	Montant
Liquidités et déviation		5,0 %		50 000 \$
marché monétaire	2,50 %	2,50 %	15,00 %	25 000 \$
déviati on tactique	2,50 %	2,50 %	2,50 %	25 000 \$
Titres à revenu		33,00 %		330 000 \$
obligations gouvernementales	7,50 %	15,00 %	22,50 %	150 000 \$
obligations à haut rendement	9,00 %	9,00 %	9,00 %	90 000 \$
actions privilégiées	9,00 %	9,00 %	9,00 %	90 000 \$

Titres boursiers	39,50 %	52,00 %	59,50 %	520 000 \$
actions canadiennes	12,50 %	20,00 %	25,00 %	
actions canadiennes A	12,50 %	20,00 %	25,00 %	200 000 \$
actions américaines	3,50 %	11,00 %	16,00 %	
actions américaines A	3,50 %	11,00 %	16,00 %	110 000 \$
actions internationales	3,50 %	11,00 %	16,00 %	
actions internationales A	3,50 %	11,00 %	16,00 %	110 000 \$
marchés émergents	5,00 %	5,00 %	5,00 %	
marchés émergents	5,00 %	5,00 %	5,00 %	50 000 \$
actifs réels	5,00 %	5,00 %	5,00 %	
actifs réels	5,00 %	5,00 %	5,00 %	50 000 \$
Gestion alternative		10,00 %		100 000 \$
fonds de couverture	10,00 %	10,00 %	10,00 %	100 000 \$
Total :	100 %			1 000 000 \$

Les déviations sont celles visées par les gestionnaires et ne tiennent pas compte des variations quotidiennes sur les marchés.

Grille de répartition

Ce document fait partie intégrante de la Convention de fiducie.

Nous, soussignés, étant tous les administrateurs du compte, confirmons avoir pris connaissance de la politique de placement et y adhérer en notre qualité susdite,

X

ès qualité de fiduciaire

date :

X

ès qualité de fiduciaire

date :

X

ès qualité de fiduciaire

date :

X

et X

C211111

111

à l'attention de l'administration
(à retranscrire, au besoin, aux sections 9 et 11 du formulaire d'ouverture)

numéro de portefeuille : C

Changement à la politique de placement existante

N° du compte : 123456

2

1

1

1

ANNEXE C**Exemple de plan de partage****Succession XY****COMPTE N° 07-008051****TABLEAU DE PARTAGE AU 4 JUIN 2008**Capital au 7 octobre 2010 (selon les états financiers)

Encaisse	– \$
Caisse de marché monétaire	498 218,13 \$
	<u>498 218,13 \$</u>
Moins :	
Revenus réels et courus payables à la succession de Z. Y.	(29 704,59) \$
Total	<u>468 513,54 \$</u>

VARIATION DU 1^{er} MAI AU 7 OCTOBRE 2010

Intérêts sur marché monétaire	1 350,12 \$
Total à partager	469 863,66 \$
Moins :	
Honoraires de remise (1 % du total à partager)	(4 698,64) \$
TPS & TVQ sur honoraires de remise	<u>(604,95) \$</u>
Total net à partager	464 560,07 \$
Réserve conservée aux fins d'impôt	<u>(123 375,00) \$</u>
SOLDE À REMETTRE	<u>341 185,07 \$</u>

Succession XY
COMPTE N° 07-008051

REMISE

LÉGATAIRES À TITRE UNIVERSEL	Part	Total net à partager	MOINS	SOLDE À REMETTRE
			Réserve conservée aux fins d'impôt	
A. B.	1/4	116 140,02 \$	(30 843,75) \$	85 296,27 \$
C. D.	1/4	116 140,02 \$	(30 843,75) \$	85 296,27 \$
E. F.	1/20	23 228,00 \$	(6 168,75) \$	17 059,25 \$
G. H.	1/20	23 228,00 \$	(6 168,75) \$	17 059,25 \$
I. J.	1/20	23 228,00 \$	(6 168,75) \$	17 059,25 \$
K. L.	1/20	23 228,00 \$	(6 168,75) \$	17 059,25 \$
M. N.	1/20	23 228,00 \$	(6 168,75) \$	17 059,25 \$
O. P.	1/12	38 713,34 \$	(10 281,25) \$	28 432,09 \$
Q. R.	1/12	38 713,34 \$	(10 281,25) \$	28 432,09 \$
S. T.	1/12	38 713,35 \$	(10 281,25) \$	28 432,10 \$
TOTAL		464 560,07 \$	(123 375,00) \$	341 185,07 \$

**PROGRAMME DE VÉRIFICATION DES DOSSIERS FISCAUX
DE FIDUCIES PAR L'AGENCE DU REVENU DU CANADA :
COMMENT DOCUMENTER LES INFORMATIONS REQUISES**



Lucie Beauchemin
Notaire, M. Fisc., TEP,
associée, fiscalité
Raymond Chabot Grant
Thornton s.e.n.c.r.l.



Gisèle Prévost
CGA, LL.M. fisc., TEP
Raymond Chabot Grant
Thornton s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 32:3

**1. RÉCAPITULATION DES ANNONCES FAITES PAR L'ARC
ET DES COMMENTAIRES DE LA COMMUNAUTÉ FISCALE** 32:4

1.1. CONGRÈS ANNUEL 2009 DE STEP – TABLE RONDE
DE L'ARC 32:4

1.2. LA PRÉSENTATION DE NOVEMBRE 2009 PAR M^{ME} WENDY
STUART DE L'ARC, INTITULÉE « TOP 8 PERSONAL
TRUST ISSUES » 32:4

1.3. LE PROJET DE VÉRIFICATION DES FIDUCIES PAR
LES AUTORITÉS FISCALES 32:9

1.4. LA TRILOGIE DES ARTICLES DE M. DAVID LOUIS, J.D.,
DE MINDEN GROSS, TORONTO 32:13

1.5.	CONGRÈS ANNUEL 2010 DE STEP – TABLE RONDE DE L'ARC	32:16
2.	QUE PEUT-ON CONCLURE DE CE QUI A ÉTÉ COMMUNIQUÉ RELATIVEMENT AU PROJET DE VÉRIFICATION DE L'ARC?	32:19
2.1.	UNE SURVEILLANCE ACCRUE DES OPÉRATIONS FINANCIÈRES DES FIDUCIES	32:19
2.2.	UN BESOIN DE RETROUVER DES INFORMATIONS CONCLUANTES RELATIVEMENT AUX AVANTAGES CONFÉRÉS AUX BÉNÉFICIAIRES	32:19
2.3.	UNE REMISE EN QUESTION DES PRINCIPES FISCAUX HABITUELLEMENT APPLICABLES	32:19
2.4.	DES TRANSACTIONS QUI EXPOSENT À UN EXAMEN PLUS SOUTENU	32:19
3.	QU'EST-CE QUI S'EST FAIT SUR LE TERRAIN DEPUIS 2009?	32:20
3.1.	LES RÉSULTATS D'UN SONDAGE	32:20
3.2.	DÉROULEMENT DE CAS VÉCUS DE VÉRIFICATIONS	32:20
3.3.	L'EXISTENCE D'ÉLÉMENTS DÉCLENCHEURS ET LES TRANSACTIONS À RISQUE	32:27
3.4.	LES INFORMATIONS FINANCIÈRES ET LES REGISTRES DES FIDUCIES	32:27
	3.4.1. Les règles applicables aux personnes morales	32:28
	3.4.2. La fiducie et la collecte des renseignements financiers	32:31
3.5.	LA FIDUCIE ET L'EXERCICE DES POUVOIRS DU FIDUCIAIRE	32:34
3.6.	LA FIDUCIE ET LA BASE DE SON EXISTENCE SUR LE PLAN FISCAL	32:37
4.	LES CONSTATS ET RECOMMANDATIONS	32:42
4.1.	LES TRANSACTIONS À RISQUE ET LES STRUCTURES COMPLEXES DE FRACTIONNEMENT DE REVENUS	32:42
4.2.	LA PRÉPARATION DES DOSSIERS DE FIDUCIES	32:43
	CONCLUSION	32:44
	ANNEXE	32:46

INTRODUCTION*

Depuis novembre 2009¹, l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») a fait part de son intention de procéder à la vérification d'un plus grand nombre de dossiers que par le passé concernant des fiducies entre vifs². Cette initiative a été entraînée par les conclusions du vérificateur général du Canada publiées en 2005. En effet, dans son rapport déposé le 22 novembre 2005 à la Chambre des communes, la vérificatrice générale du Canada, Sheila Fraser, a signalé que l'approche utilisée par l'ARC pour vérifier les déclarations de revenus des fiducies canadiennes comporte des lacunes.

Dans le cas des fiducies canadiennes, le rapport précise que l'ARC n'évalue pas systématiquement les revenus fiscaux qui sont à risque pour décider quelles déclarations vérifier parmi les 175 000 déclarations qu'elle reçoit chaque année : « L'Agence réussit bien à identifier les déclarations de revenus des particuliers qui méritent un second examen, a précisé M^{me} Fraser. Elle doit adopter une approche semblable pour les déclarations des revenus des fiducies canadiennes³. »

Parce que les fiducies entre vifs semblent avoir connu un essor important depuis les 20 dernières années et parce qu'elles sont perçues par les autorités fiscales comme des véhicules uniquement créés à des fins de fractionnement des revenus, il est devenu important pour l'ARC de mieux

* M^e Beauchemin travaille maintenant pour Borden Ladner Gervais s.e.n.c.r.l., s.r.l.

¹ Wendy STEWART, « Top 8 Personal Trust Issues », document émanant d'un séminaire de l'ARC, qui a eu lieu à Kitchener-Waterloo, le 25 novembre 2009.

² Sauf si autrement expressément prévu, il ne sera question dans le présent texte que de fiducies entre vifs se qualifiant de fiducies personnelles sur le plan fiscal, lesquelles auront été créées selon le droit québécois en faveur de bénéficiaires étant des personnes et/ou fiducies, résidents du Canada, ayant entre elles des liens de dépendance. Nous ne nous attarderons pas, sauf lorsque cela est pertinent aux fins du présent texte, aux vérifications ayant été effectuées par l'ARC en ce qui concerne la résidence fiscale des fiducies parce que ce sujet aura été traité dans le cadre d'autres textes du présent ouvrage. Le présent texte, lorsqu'il sera appelé à traiter de fiducies entre vifs traitera, sauf mention contraire expresse, de fiducies discrétionnaires, c'est-à-dire de fiducies aux termes desquelles seront bénéficiaires du revenu et du capital les mêmes personnes et/ou fiducies et dont la part respective sera déterminée, de temps à autre, à la seule discrétion des fiduciaires.

³ Sheila FRASER, Rapport de novembre de la vérificatrice générale, chapitre 3, 22 novembre 2005.

organiser la collecte d'informations en vue d'informatiser les déclarations de revenus de fiducie et de prévenir les abus.

1. RÉCAPITULATION DES ANNONCES FAITES PAR L'ARC ET DES COMMENTAIRES DE LA COMMUNAUTÉ FISCALE

1.1. CONGRÈS ANNUEL 2009 DE STEP⁴ – TABLE RONDE DE L'ARC

Dans le cadre de questions qui étaient présentées par un panéliste à M. Wayne Adams, représentant de l'ARC, en juin 2009, il fut question de la règle générale antiévitement (« RGAÉ ») et des fiducies. Aux termes de la présentation, quelques montages fiscaux ont été présentés pour commentaires au représentant de l'ARC, lequel a donné son opinion quant à l'application ou non de la RGAÉ⁵.

Les planifications qui ont été présentées visaient, dans l'ensemble, à mettre en place des transactions ou des structures pour que certains revenus puissent être imposés entre les mains de bénéficiaires mineurs de fiducies familiales, à des taux d'imposition inférieurs à ceux qui auraient par ailleurs été normalement applicables à ces individus. Les règles fiscales qui étaient visées par la presque totalité des planifications présentées étaient celles relatives au revenu fractionné (visé par le paragraphe 120.4 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁶ ou *Kiddie Tax*). Dans la presque totalité des cas présentés, M. Adams a mentionné que même si, techniquement, certaines des structures et transactions présentées pouvaient ne pas être visées par les règles de revenus fractionnés, une demande de décision anticipée entraînerait un refus de la proposition par l'ARC alors que la mise en place de la planification serait attaquée en vertu de la RGAÉ.

1.2. LA PRÉSENTATION DE NOVEMBRE 2009 PAR M^{ME} WENDY STUART DE L'ARC, INTITULÉE « TOP 8 PERSONAL TRUST ISSUES »

Dans la présentation de novembre 2009, huit sujets ont été discutés par l'ARC comme étant des points sensibles touchant les fiducies. Les sujets les plus pertinents aux fins du présent texte sont les suivants :

⁴ « Practitioner/CRA Round Table », dans *2009 STEP Canada National Conference, Society of Trust and Estate Practitioners*, 18 juin 2009, chapitre canadien.

⁵ En date de la préparation du présent texte, les réponses données par le représentant de l'ARC lors de cet événement ne sont toujours pas disponibles sur le site de STEP.

⁶ L.R.C. (1985), 5^e supp., ch. 1 et mod. (« L.I.R. »).

- La déductibilité des frais juridiques et comptables et des frais d'administration

L'ARC a réitéré sa position selon laquelle les frais payés par une fiducie ne seraient déductibles que s'ils avaient été engagés dans le but de gagner ou de produire un revenu d'entreprise ou de biens et ne sont pas des dépenses de nature capital. Ont été considérés comme des dépenses déductibles les frais légaux et comptables engagés dans le cadre des activités normales, des transactions ou des contrats incidents ou nécessaires à la production de revenus d'entreprise ou de biens. À ce titre, les dépenses de routine engagées dans les circonstances suivantes ont été considérées comme déductibles à la condition d'avoir été faites dans un cadre d'affaires, à savoir :

- le recouvrement de dettes commerciales;
- la préparation d'états financiers et de résolutions d'administrateurs et d'actionnaires;
- la préparation des déclarations annuelles;
- la vérification régulière et de routine des états financiers;
- la vigie de la législation applicable aux activités commerciales d'un contribuable.

Ces exemples n'ont toutefois pas été transposés dans un contexte de fiducie non commerciale. Quant aux frais d'administration, pour en permettre la déduction, ils doivent être considérés comme raisonnables, doivent correspondre à des services rendus qui sont justifiés au moyen de normes descriptives et doivent être répartis clairement entre ce qui constitue la partie « revenus » et la partie « capital »⁷.

- Les pertes subies au cours de la première année d'existence d'une succession aux termes du paragraphe 164(6) L.I.R. et les pertes pouvant être créées par l'application du paragraphe 107(2.001) L.I.R.

⁷ Voir également pour une étude un peu plus détaillée au sujet de la déductibilité des dépenses, la réponse donnée dans : « Practitioner/CRA Round Table », dans *2008 STEP Canada National Conference, Society of Trust and Estate Practitioners*, 6 juin 2008, question 3, « Trustee and Executor Fees ».

L'ARC a rappelé que le paragraphe 40(3.61) L.I.R., qui exempte une succession des règles concernant les pertes réputées nulles prévues aux paragraphes 40(3.4) et 40(3.6) L.I.R. ne s'appliquera, dans le cadre du report d'une perte subie par une succession au cours de sa première année d'imposition, que lorsque la perte subie proviendra de la disposition d'une action de société. Comme le démontre une interprétation technique du mois d'avril 2010⁸, aux termes de laquelle la perte de la succession créée en conséquence d'un choix effectué en vertu du paragraphe 107(2.001) L.I.R. a été réputée nulle, les règles habituelles s'appliqueront et entraîneront des effets néfastes lorsque la perte subie par la succession ne sera pas couverte par l'exception prévue au paragraphe 40(3.61) L.I.R. et lorsqu'il y aura un lien d'affiliation entre la fiducie et le bénéficiaire, ce qui risque de se produire fréquemment.

- Les fiducies interprovinciales

Dans le cadre de la conférence, l'ARC a présenté une planification aux termes de laquelle il a été mentionné que, bien qu'en général la raisonnable de bonis et de frais de gestion payés à des individus par des sociétés privées incorporées ne soit pas remise en question, les exigences de l'article 67 L.I.R. s'appliqueront lorsque de tels montants sont payés par des sociétés incorporées à des fiducies. Le montage présenté avait comme effet de permettre que le montant des frais de gestion payés par une société incorporée de l'Ontario à une fiducie familiale de l'Ontario, pour des services de gestion, soit assujéti à l'impôt provincial de l'Alberta. Après la réception des frais de gestion, la fiducie de l'Ontario distribuait la totalité de ses revenus nets à son unique bénéficiaire, la fiducie de l'Alberta qui, elle, payait ses impôts selon les taux de l'Alberta.

Le but de la structure mise en place était de réduire l'impôt provincial par ailleurs applicable aux revenus gagnés par la fiducie de l'Ontario. Un rappel a été fait quant à la discrétion accordée au ministre, aux termes du paragraphe 104(2) L.I.R., de réputer deux fiducies distinctes n'en être qu'une seule aux fins fiscales si, dans l'ensemble, tous les biens des diverses fiducies proviennent d'une même personne et si les diverses fiducies profitent au même bénéficiaire ou groupe de bénéficiaires. Dans le cas présenté, les biens des deux fiducies provenaient de la même personne, notamment, la société incorporée de l'Ontario. Dans le cas présenté, la

⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2009-034941117, 13 avril 2010.

résidence des fiduciaires et la question de l'administration et du contrôle de la fiducie n'a fait l'objet d'aucune remise en question.

- Les jugements récents

L'ARC a ensuite traité des jugements rendus dans deux causes désormais célèbres, c'est-à-dire *Garron et autres c. La Reine*⁹, dont le jugement a été rendu le 10 septembre 2009, et *Antle et autres c. La Reine*¹⁰, dont le jugement a été rendu le 18 septembre 2009¹¹. Dans ces deux causes, il s'agissait de structures fiduciaires aux termes desquelles les fiduciaires étaient apparemment des non-résidents du Canada alors que les bénéficiaires étaient des résidents du Canada. La résidence des fiduciaires hors du Canada avait pour effet, dans ces deux causes, de rendre des revenus qui auraient été imposés au Canada, non imposables au Canada. Selon l'ARC, ces deux décisions ont eu des conséquences importantes sur les procédures de vérification à utiliser par l'ARC pour les fiducies. Dans la cause *Garron*, les tribunaux ne se sont pas contentés des règles de résidence préalablement acceptées pour les fiducies, mais ils ont poussé plus loin l'examen dans le but de déterminer qui, en réalité, contrôlait les activités de ces fiducies. Malgré le fait que le seul fiduciaire, une société de fiducie, ait été non résident du Canada, le tribunal a considéré qu'il fallait non seulement tenir compte de la résidence du fiduciaire, mais également de celle des personnes qui exerçaient un contrôle dans les décisions de la fiducie, et ce, de façon à rapprocher le test de résidence d'une fiducie à celui utilisé pour une société incorporée. Dans la cause *Antle*, c'est plutôt en attaquant la validité de la création elle-même de la fiducie qu'il a été déterminé que les vrais joueurs n'avaient jamais transféré leurs biens à une fiducie. Le transfert de biens n'ayant pu s'effectuer en faveur d'une fiducie non résidente non valablement créée, les biens ont continué à appartenir au résident canadien malgré la « supposée » disposition ayant eu lieu. Les décisions rendues dans ces jugements ont été la conséquence directe d'un examen documentaire détaillé de la mise en place et de la gestion des fiducies visées.

- Les transferts de biens vers ou en provenance des fiducies

L'ARC a rappelé, à ce chapitre, que la règle d'application générale est qu'un bien est transféré à une fiducie à sa juste valeur marchande (« JVM »).

⁹ 2009 CCI 450 (« *Garron* »).

¹⁰ 2009 CCI 465 (« *Antle* »).

¹¹ Ces deux causes sont actuellement en appel auprès de la Cour fédérale.

Les exceptions à cette règle générale se retrouvent dans le cadre de transferts admissibles à des fiducies en faveur du conjoint, à des fiducies en faveur de soi-même (*alter ego trusts*), à des fiducies mixtes en faveur du conjoint, à des fiducies pour soi (*self benefit trusts*) et à des dispositions admissibles effectuées en faveur de fiducies sans changement dans la propriété effective (art. 107.4 L.I.R.). L'ARC a également rappelé que la règle d'application générale est que le transfert d'un bien en provenance d'une fiducie s'effectue sur une base de roulement exempt d'impôt et que, simultanément à la remise d'un bien par la fiducie, il y a disposition par le bénéficiaire de totalité ou de partie de sa participation au capital de la fiducie. Les exceptions à cette règle générale de roulement des biens en provenance d'une fiducie résultent soit de choix qui sont effectués aux termes des paragraphes 107(2.001) ou 107(2.002) L.I.R., soit du transfert de biens provenant d'une fiducie au conjoint en faveur de quelqu'un d'autre que le conjoint alors vivant, soit de la distribution en faveur d'un bénéficiaire non résident. En conséquence de l'application de l'une ou l'autre de ces exceptions, il y a disposition du bien par la fiducie pour une valeur égale à sa JVM (par. 107(2.1) L.I.R.).

L'exception aux termes de laquelle la fiducie peut être réputée disposer du bien à sa JVM plutôt qu'à son coût fiscal pourra également trouver application, lors de certains transferts en provenance d'une fiducie, si le paragraphe 75(2) L.I.R. a pu, à un certain moment, s'appliquer à la fiducie visée. À titre de rappel, le paragraphe 75(2) L.I.R. s'appliquera pour attribuer à l'auteur d'un transfert à la fiducie tout revenu/perte, gain en capital/perte en capital généré relativement au bien ainsi transféré ou à ceux acquis en remplacement si l'auteur du transfert a conservé certains droits à l'égard de la fiducie, soit en tant que bénéficiaire du capital, soit en tant que personne devant prendre part aux décisions relatives à l'administration ou à la remise du bien.

- **Projet régional visant les fiducies domestiques**

L'ARC a finalement annoncé que certains bureaux des services fiscaux (« BSF »), en Ontario exclusivement, participaient actuellement à un projet spécial visant la vérification des fiducies canadiennes personnelles entre vifs. À cet effet, l'ARC a souligné, dans le cadre de ce projet, l'importance qui serait accordée au respect des lois fiscales, à l'éducation des contribuables et des praticiens œuvrant dans ce secteur fiscal spécialisé et à la conservation par les fiduciaires d'informations financières jugées satisfaisantes.

À la suite de cette annonce, certains experts ont émis l'opinion que ce projet serait étendu à d'autres BSF. Il a été mentionné, entre autres, dans certains communiqués n'émanant pas directement de l'ARC, que cette

dernière s'inquiéterait du fait que des fiducies aient distribué à leurs bénéficiaires des billets à ordre dont certains seraient actuellement légalement prescrits, ou encore du fait que les fiduciaires aient pu, malgré les règles fiscales applicables, retirer des fonds de la fiducie pour leur propre usage. En plus de réitérer l'importance mentionnée par l'ARC pour les fiduciaires de conserver des informations financières satisfaisantes, il a été ajouté que l'absence de procès-verbaux des fiduciaires et l'impossibilité de retrouver le bien qui était à l'origine de la disposition en fiducie étaient une source d'inquiétude pour l'ARC¹².

1.3. LE PROJET DE VÉRIFICATION DES FIDUCIES PAR LES AUTORITÉS FISCALES¹³

MM. Alain Godin et Dan Rivet de l'ARC, tous deux affectés au service de l'ARC à Ottawa, en Ontario, ont traité, dans le cadre de leurs activités respectives, dans la Division des opérations internationales et des fiducies, pour l'un, et dans la Division de la planification fiscale abusive, pour l'autre, de six points particuliers d'intérêt dans le cadre de la vérification des dossiers de fiducies par l'ARC.

- Les planifications *Kiddie Tax*

MM. Godin et Rivet ont repris, pour illustrer une planification fiscale relativement à laquelle l'ARC avait déjà annoncé son intention d'appliquer la RGAÉ, l'exemple de la planification donnée au Congrès national 2009 de STEP¹⁴ dont il a été question à la section 1.1. du présent texte. La planification en question vise à faire imposer les revenus provenant d'une société incorporée entre les mains de ses actionnaires comme du gain en capital plutôt que comme du dividende, ce qui permet, dans le cas où les bénéficiaires de la fiducie actionnaire sont des personnes mineures, de totalement éviter les règles de revenus fractionnés (*Kiddie Tax*).

¹² Jack BERNSTEIN, « Vérification des fiducies canadiennes par l'ARC », dans *Faits saillants en fiscalité canadienne*, vol. 17, n° 12, Association canadienne d'études fiscales, décembre 2009.

¹³ Alain GODIN et Dan RIVET, « Projet de vérification des fiducies par les autorités fiscales », dans *Colloque – Fiducies – Un retour aux sources*, 190, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010.

¹⁴ « Practitioner/CRA Round Table », *loc. cit.*, note 4.

- Les fiducies interprovinciales

MM. Godin et Rivet ont présenté, pour illustrer une planification fiscale relativement à laquelle l'ARC avait annoncé que le ministre du Revenu utiliserait le pouvoir discrétionnaire lui étant accordé aux termes du paragraphe 104(2) L.I.R. pour empêcher le paiement d'un impôt provincial autre que celui autrement applicable, le même cas que celui présenté par M^{me} Wendy Stuart de l'ARC dans le cadre de la présentation de novembre 2009 intitulée « Top 8 Personal Trust Issues », que nous avons traitée à la section 1.2. ci-dessus¹⁵.

- La multiplication de l'exonération des gains en capital

MM. Godin et Rivet ont présenté un cas type de fiducie de gel aux termes de laquelle, à la suite du remaniement de capital effectué dans une société incorporée se qualifiant de société exploitant une petite entreprise (« SEPE »), il y a eu augmentation importante de valeur des actions ordinaires émises dans le cadre d'un gel et, par la suite, vente à un tiers de celles-ci. Parce que la fiducie familiale discrétionnaire est en mesure de payer totalité ou partie du produit de vente des actions ainsi reçu du tiers à l'un ou l'autre de ses bénéficiaires, il est possible d'éviter tout ou partie de l'impôt autrement exigible en conséquence de cette vente en permettant à chacun des bénéficiaires ainsi avantagés d'utiliser à l'encontre du gain en capital lui étant attribué l'exonération de gain en capital à laquelle il a droit. Les points relevés comme attirant l'attention de l'ARC relativement à la transaction de vente des actions par la fiducie étaient les suivants, à savoir :

- a) L'évaluation de la JVM des actions ordinaires ainsi vendues : les représentants du ministère ont souligné l'importance pour eux de pouvoir justifier que le produit de vente des actions ordinaires reflète réellement leur JVM. Puisque dans le genre de planification dont il est question il s'agit souvent d'une vente de plusieurs catégories d'actions de la même société incorporée, simultanément, il est important de pouvoir expliquer au moyen de chiffres à l'appui la répartition faite du prix de vente entre les différentes catégories d'actions vendues. Dans le cadre de cet exercice, il sera essentiel de pouvoir justifier qu'au moment du remaniement de capital ayant donné lieu au gel, une valeur raisonnable a été attribuée aux actions privilégiées non participantes émises à l'actionnaire antérieur. Dans l'éventualité où une valeur trop basse aurait

¹⁵ W. STUART, *loc. cit.*, note 1.

été attribuée aux actions privilégiées non participantes reçues, on présumerait un transfert de valeur par l'actionnaire antérieur en faveur de la fiducie nouvellement détentrice des actions ordinaires. En conséquence d'un tel transfert et du lien de l'actionnaire antérieur avec la fiducie, des règles d'attribution pourront trouver application et rediriger le gain en capital vers l'actionnaire antérieur¹⁶.

- b) L'absence de règles d'attribution pouvant rediriger le gain en capital réalisé par la fiducie à d'autres contribuables : il est important pour la fiducie d'avoir souscrit aux actions ordinaires émises au moyen de son propre argent sans qu'il y ait eu de transfert à la fiducie par une personne avec lien de dépendance ou qu'il y ait eu des garanties données pour l'obtention d'un prêt par la fiducie. Un prêt consenti à la fiducie doit être un prêt véritable.
- c) L'attribution du gain en capital aux bénéficiaires *versus* les montants leur ayant été payés ou étant devenus payables en leur faveur. Si le produit de vente est payé en totalité et en argent comptant par le tiers à la fiducie dès la clôture de la transaction, en principe, il devrait y avoir paiement par la fiducie d'un montant suffisant pour justifier l'attribution du gain en capital à chacun des bénéficiaires. Rappelons que le paiement d'un montant équivalant au gain en capital imposable sera suffisant pour appuyer l'attribution du gain en capital réalisé en faveur d'un bénéficiaire au prorata de sa part respective, aux termes de la déclaration fiscale de la fiducie¹⁷. Toutefois si malgré le paiement effectué à la fiducie, les fiduciaires désirent conserver le produit obtenu parmi les biens de la fiducie ou encore si la fiducie ne dispose pas des liquidités suffisantes pour effectuer le paiement complet (par exemple, solde de prix de vente à recevoir; remboursement de dettes de la fiducie devant être effectué), il

¹⁶ Si l'on se base sur le jugement rendu dans l'affaire *La Reine c. Kieboom*, 92 D.T.C. 6382, il pourrait y avoir en effet, dans certains cas, un transfert d'une partie de la valeur appartenant à l'actionnaire antérieur à la fiducie. Par ailleurs, tel transfert pourrait aussi être invoqué si un gel a été effectué en vertu des dispositions de l'article 51 L.I.R., de l'article 85 L.I.R. ou de l'article 86 L.I.R., et qu'on est en présence d'une « *partie donnée* » aux termes de l'article 86 L.I.R. ou de l'article 51 L.I.R., ou d'un « *avantage conféré à une personne liée* » aux termes de l'article 85 L.I.R. Un tel transfert pourrait entraîner l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. si par ailleurs l'actionnaire antérieur est parmi les bénéficiaires du capital de la fiducie ou est l'un des fiduciaires.

¹⁷ Voir INTERNATIONAL AND TRUST DIVISION, interprétation technique 6975, 5 avril 2002.

devra y avoir des documents justificatifs de paiement dans le but de démontrer le droit des bénéficiaires à un montant payable par la fiducie.

- Le fractionnement de revenus professionnels

Sans donner d'exemples des planifications visées¹⁸, MM. Godin et Rivet ont abordé la question du fractionnement de revenus professionnels et l'application possible, à l'égard de certaines structures utilisées, des règles de revenus fractionnés en indiquant que l'ARC est préoccupée par les méthodes utilisées, pour éviter les règles de revenus fractionnés et qu'il faudrait s'attendre à ce que ce type de structure soit éventuellement soumis à des vérifications.

- La résidence d'une fiducie

MM. Godin et Rivet ont parlé du jugement *Garron*¹⁹ pour mentionner qu'aux termes de la décision rendue, un test de gestion centrale et de contrôle serait appliqué pour déterminer la résidence d'une fiducie mais que l'accent serait mis, dans le cadre de cet examen, sur l'implication des différents intervenants dans le cadre de transactions majeures plutôt que dans un contexte administratif, telles les opérations courantes de la fiducie. Rappelons que ce jugement est toujours en appel.

- D'autres sujets d'intérêt

MM. Godin et Rivet ont finalement mentionné un certain nombre de questions qui pourrait faire l'objet d'un examen plus approfondi lors d'une vérification de l'ARC tel que l'effet d'un changement parmi les fiduciaires d'une fiducie sur le contrôle d'une société incorporée, l'application possible du paragraphe 75(2) L.I.R. en conséquence des gestes accomplis à la suite de la création de la fiducie et de la validité juridique de la fiducie en vertu du *Code civil du Québec*²⁰. Il est intéressant de noter qu'il a été mentionné que l'ARC exigerait dorénavant des documents juridiques, tels des procès-verbaux, billets à ordre, contrats et autres, pour valider le fait que des montants imposés entre les mains des bénéficiaires d'une fiducie leur auront été réellement payés ou leur seront devenus payables.

¹⁸ Certaines ont été exposées par M. Wayne Adams dans le cadre du Congrès annuel 2009 de STEP, dont il a été question dans la section 1.1, plus haut.

¹⁹ Précité, note 9.

²⁰ L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »).

1.4. LA TRILOGIE DES ARTICLES DE M. DAVID LOUIS, J.D., DE MINDEN GROSS, TORONTO²¹

Malgré le fait que ces articles ne tiennent aucunement compte des particularités du droit civil québécois, ils représentent une mine de renseignements importants relativement à ce qu'il ne faut pas oublier en ce qui a trait aux règles de base applicables relativement aux fiducies. Ces articles peuvent servir à la rigueur de liste de contrôle dans la mise en place de procédures visant à mettre en évidence les *best practices* à adopter au niveau des fiducies.

Parmi les rappels qui sont effectués relativement au fonctionnement fiscal des fiducies entre vifs l'on trouve les références suivantes :

- Les dividendes en provenance de sociétés privées incorporées que l'on tenterait d'attribuer à un individu qui n'est pas âgé de 18 ans ou plus dans l'année donnée entraîneront l'application des règles de revenus fractionnés;
- Même si la fiducie a attribué la totalité de ses revenus aux bénéficiaires au cours d'une année donnée, il est recommandé de produire une déclaration de revenus de fiducie;
- Si la fiducie détient le contrôle d'une société incorporée, la désignation d'un fiduciaire ou un changement d'un fiduciaire peut provoquer l'application des règles d'acquisition de contrôle;
- Il faudrait prendre soin dans le cadre de la création d'une fiducie de tenir compte des règles d'association pouvant s'appliquer, surtout dans le cadre de gels successoraux;
- En principe le transfert de biens à une fiducie ne s'effectue pas sur une base exempte d'impôt;
- La distribution de biens en provenance d'une fiducie requiert un avis informé. Une distribution en faveur d'un bénéficiaire non résident peut

²¹ David LOUIS, *The Estate Planner*, « The Trouble with Trusts », mai 2010, n° 184, CCH; *The Estate Planner*, « Is a Family Trust Vulnerable to the CRA? Some Warning Signs », juin 2010, n° 185, CCH; *The Estate Planner*, « Is a Family Trust vulnerable to the CRA? More Warning Signs: Subsections 75(2) – 107(4.1) », juillet 2010, n° 186, CCH.

entraîner un gain en capital ainsi que d'autres conséquences fiscales en plus d'obligations de divulgations;

- Le 21^e anniversaire d'une fiducie doit être planifié à l'avance;
- Une modification à une fiducie peut entraîner une disposition présumée de droit aux revenus ou au capital par les bénéficiaires de la fiducie ou encore le transfert présumé par la fiducie de tous ses biens à une nouvelle fiducie.

L'auteur traite ensuite des meilleures pratiques visant les fiduciaires dans le cadre de l'exécution de leurs tâches. Après avoir souligné l'importance pour le constituant et les fiduciaires d'une fiducie de bien comprendre, dès la création de la fiducie, leur rôle respectif et les décisions qu'ils auront à prendre, il traite de l'importance pour les fiduciaires de se rencontrer au moins annuellement, si cela est raisonnablement possible, pour discuter des biens se trouvant en fiducie, des usages prévisibles qui en seront faits, des transactions à venir et des paiements à effectuer, le cas échéant, en faveur des bénéficiaires au cours de l'année donnée. Tout en décrivant un certain nombre de façons de procéder à des paiements en provenance de la fiducie en faveur des bénéficiaires, tels le transfert direct du compte bancaire de la fiducie au compte bancaire du bénéficiaire, la remise de chèques tirés sur le compte bancaire de la fiducie aux bénéficiaires pour que ceux-ci les déposent dans leur propre compte, le remboursement des dépenses d'un bénéficiaire à un tiers au moyen de chèques tirés sur le compte bancaire de la fiducie, l'auteur recommande l'émission par la fiducie de billets à ordre pour toute distribution autre que sous forme d'argent liquide, tout virement, chèque ou billet devant être négociable avant le 31 décembre de l'année donnée pour en permettre la déduction par la fiducie. Dans ses deux premiers articles, bien que M. Louis admette qu'il soit nécessaire d'adapter le processus recommandé selon la nature des biens qui seront détenus par la fiducie, l'identité des fiduciaires (corporatifs ou non) et l'objectif que l'on veut atteindre, il considère que la préparation de résolutions pour documenter les décisions des fiduciaires et pour démontrer qu'ils ont fait des gestes pour agir en tant que personnes prudentes et diligentes relativement aux biens en fiducie ne pourra pas nuire. Sur le plan financier, selon l'auteur, une documentation sommaire devrait permettre de suivre les entrées et les sorties de fonds effectuées pour la fiducie et au nom de celle-ci et, si certains revenus de la fiducie devant faire l'objet d'une attribution fiscale ne sont pas payés avant la fin d'une année donnée à l'un ou l'autre des bénéficiaires ou pour son compte, des résolutions des fiduciaires ou des billets à ordre qu'on

ne laissera pas se prescrire²² devraient appuyer le fait qu'il s'agisse de montants légalement payables.

Dans son deuxième article, l'auteur attire l'attention sur l'importance d'un encadrement continu des fiduciaires à la suite de l'implication initiale des juristes pour la mise en place de la fiducie et dans l'intervalle des implications ponctuelles des comptables et planificateurs financiers appelés à produire, périodiquement, les déclarations fiscales. La recommandation d'un encadrement continu est, entre autres, justifiée par les conséquences fiscales malencontreuses qui résulteront de tout geste des fiduciaires, se voulant sans conséquence, mais pouvant être interprétées comme un apport à la fiducie. Tout professionnel appelé à examiner un dossier de fiducie à l'égard duquel une modification aura été effectuée à la fiducie à la suite de sa création, une nouvelle souscription de capital-actions par la fiducie aura eu lieu à la suite du gel ou, encore, un remaniement de capital de la société dans laquelle la fiducie détient des actions aura été réalisé à la suite de la mise en place de la fiducie sera bien avisé d'obtenir un mandat pour effectuer une étude plus poussée des conséquences fiscales ayant pu être provoquées. Devrait être évité le paiement aux parents des montants attribués aux fins fiscales à leurs enfants bénéficiaires. L'auteur revient sur l'importance de bien structurer la façon dont les paiements en provenance de la fiducie doivent être effectués. Un retrait du compte bancaire de la fiducie et un dépôt correspondant dans le compte du bénéficiaire sont des pratiques recommandées. Les paiements effectués en provenance du compte bancaire de la fiducie à des tiers au bénéfice d'un bénéficiaire particulier requièrent un suivi documentaire pouvant être complexe. À titre de rappel, il n'est pas suffisant de démontrer que des dépenses ont été engagées par la fiducie pour l'ensemble des bénéficiaires de façon globale; il est plutôt nécessaire de distinguer quelles dépenses ont été effectuées pour chaque bénéficiaire particulier. Devrait être évitée la modification des modalités d'un prêt antérieurement consenti à une fiducie pour que le taux d'intérêt convenu soit réduit au nouveau taux prescrit sans qu'il y ait de mouvements de fonds correspondants. La modification d'un billet préalablement émis à la fiducie pour constater un prêt effectué en sa faveur en vue d'en réduire le taux d'intérêt payable au taux de 1 %, le taux prescrit actuel, aura pour effet de ne plus qualifier la fiducie, selon l'auteur, à l'exception aux règles d'attribution par ailleurs

²² À titre d'information, alors que l'article de M. Louis traite des règles de la prescription en vigueur pour l'Ontario, un billet à ordre se prescrit au Québec dans les trois ans suivant la date de son émission à moins qu'un geste soit fait pour interrompre la prescription. Voir Michel PERREAULT et Lucie BEAUCHEMIN, « La prescription et le billet à demande », dans *Entracte* (journal de la Chambre des notaires du Québec), vol. 19, n° 6, 15 juillet 2010, p. 13.

applicables parce que le prêt consenti ne le sera pas au taux prescrit en vigueur à l'origine, lors de l'octroi du prêt.

Finalement dans son troisième article, qui est totalement consacré aux effets extrêmes pouvant être associés à l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. à une fiducie, l'auteur fait remarquer à quel point il est possible par inadvertance et sans aucunement chercher à profiter, par le biais de la fiducie déjà créée, de nouveaux avantages fiscaux quels qu'ils soient, d'empêcher la réalisation de l'objectif fiscal initialement recherché.

1.5. CONGRÈS ANNUEL 2010 DE STEP – TABLE RONDE DE L'ARC²³

Plusieurs des questions qui avaient été préparées pour cette table ronde visaient l'imposition des fiducies entre vifs²⁴.

L'une des questions portait directement sur le programme de vérification des fiducies enclenché par l'ARC en 2009 et sur la raison de cette initiative qui a été attribuée aux conclusions du vérificateur général.

Dans la réponse donnée à la question présentée, les représentantes de l'ARC ont confirmé que bien que le projet de vérification de l'ARC relativement aux fiducies ait été instauré à titre de projet régional avec la participation uniquement des BSF de Mississauga, Hamilton, Kitchener, London et Windsor, tous dans la province de l'Ontario, il s'agissait désormais d'une initiative nationale s'appliquant à tout le Canada.

Les principales préoccupations de l'ARC relativement à l'imposition de fiducies domestiques entre vifs sont le manque d'informations retrouvées dans les dossiers fiscaux. Il a été mentionné que l'ARC en était actuellement à établir la liste des informations qui seraient demandées dans le cadre des vérifications à effectuer. Jusqu'à ce jour les problèmes récurrents ayant été soulevés dans le cadre des dossiers vérifiés relativement aux obligations fiscales des fiducies touchaient les questions suivantes, à savoir :

²³ « Practitioner/CRA Round Table », dans *2010 STEP Canada National Conference, Society of Trust and Estate Practitioners*, 8 juin 2010.

²⁴ En date de la préparation du présent texte, les réponses données par les représentantes de l'ARC lors de cet événement ne sont toujours pas disponibles sur le site de STEP.

- La déductibilité des honoraires des fiduciaires et des frais d'administration des conseillers en placement;
- Les planifications visant à requalifier les revenus qui seraient autrement assujettis aux règles de revenus fractionnés (*Kiddie Tax*) en gains en capital;
- La multiplication de l'exonération du gain en capital parmi les bénéficiaires des fiducies;
- Les planifications visant l'utilisation de fiducies interprovinciales pour réduire l'impôt provincial autrement payable;
- Les attributions aux fins fiscales aux bénéficiaires des fiducies *versus* les paiements leur ayant réellement été effectués; et
- la mécanique des règles fiscales pouvant entraîner l'application des différentes règles d'attribution existantes aux termes de la loi.

D'autres questions ayant un lien avec les réponses ci-dessus données ont également suscité des commentaires.

Les représentantes de l'ARC ont réitéré qu'il n'existait aucune obligation de production d'états financiers avec la déclaration de revenus de la fiducie. Toutefois, il a été admis que l'ARC considérait la possibilité d'exiger des documents financiers explicatifs; on a mentionné qu'actuellement on étudiait cette possibilité en tentant d'éviter d'augmenter les obligations de conformité relatives aux fiducies.

Notamment, la position de l'ARC voulant que, dans une situation où il n'y a pas de paiement au comptant, un montant ne soit pas considéré comme « payable » à un bénéficiaire, et donc comme déductible pour la fiducie, à moins qu'un billet à ordre ne soit émis par la fiducie en faveur du bénéficiaire visé, a été examinée.

Les représentants de l'ARC font référence au *Bulletin d'interprétation* IT-342R2²⁵ pour discuter de la définition qui devait, selon l'ARC, être donnée au mot « payable » utilisé dans le cadre du paragraphe 104(24) L.I.R.

²⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-342R2, « Fiducies – Revenu payable à des bénéficiaires », 12 mars 1990.

À titre de rappel, une somme sera réputée ne pas être devenue payable au cours d'une année donnée, à moins qu'elle n'ait été payée au cours de l'année ou que le bénéficiaire n'ait eu le droit au cours de l'année d'en exiger le paiement. L'ARC considérera une somme comme payable si elle est payable aux termes du droit en vigueur par ailleurs applicable. Il est intéressant de voir que, pour l'ARC, il semble y avoir une distinction entre un montant dû sans restriction (avec ou sans *cash-flow*) et un montant pouvant être payé immédiatement en provenance de liquidités appartenant à ce moment au patrimoine fiduciaire (avec *cash-flow*). Les représentantes de l'ARC ont tenu à préciser qu'un billet à ordre était, pour l'ARC, une reconnaissance de dette, quelque chose d'autre ayant dû survenir préalablement pour créer la dette confirmée par le billet. De plus, pour qu'une somme soit payable aux termes d'un billet à ordre, le billet doit être payable à demande et non à terme et peut ne pas être assujetti à un taux d'intérêt.

Les représentantes de l'ARC ont précisé que, à la suite du jugement obtenu dans l'affaire *Garron*, lequel visait la détermination de la résidence fiscale d'une fiducie, la résidence d'une fiducie était, avant tout, autant en présence de facteurs d'extranéité que dans un cadre domestique, une question de fait. L'ARC est en accord avec le jugement obtenu qui, selon elle, n'est pas incompatible avec la position administrative qu'elle avait déjà publiée dans le *Bulletin d'interprétation* IT-447²⁶.

Finalement, à la suite d'une question sur la conséquence que pourrait avoir une nouvelle caractérisation d'un dividende d'une société incorporée canadienne en gain en capital, aux termes d'une attaque par l'ARC en vertu de la RGAÉ, il a été mentionné qu'une révision des objectifs poursuivis par les parties concernées dans le cadre de l'obtention de tels résultats fiscaux serait effectuée par l'ARC avant de déterminer si une règle antiévitement spécifique pouvait être considérée comme transgressée. Seulement à la suite d'une détermination qu'il y a abus pourrait-on utiliser l'un ou l'autre du paragraphe 84(2), des articles 84.1, 212.1 ou de l'ancien paragraphe 247(1) L.I.R. pour requalifier le revenu perçu. Si aux termes de la requalification l'ARC en arrivait à considérer que le montant réalisé est un dividende plutôt qu'un gain en capital, il ne pourrait pas s'agir, sur le plan fiscal, d'un dividende déterminé.

²⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-447, « Résidence d'une fiducie ou succession », 30 mai 1980.

2. QUE PEUT-ON CONCLURE DE CE QUI A ÉTÉ COMMUNIQUÉ RELATIVEMENT AU PROJET DE VÉRIFICATION DE L'ARC?

2.1. UNE SURVEILLANCE ACCRUE DES OPÉRATIONS FINANCIÈRES DES FIDUCIES

L'ARC semble reprocher le manque d'informations financières retrouvées dans les dossiers de fiducie ayant fait l'objet de vérifications. En comparant les documents financiers et les registres retrouvés dans les dossiers de fiducies vérifiées avec ceux habituellement disponibles pour des sociétés incorporées, l'ARC semble voir les dossiers de fiducies comme des dossiers incomplets, faisant preuve de négligence de la part des fiduciaires concernés.

2.2. UN BESOIN DE RETROUVER DES INFORMATIONS CONCLUANTES RELATIVEMENT AUX AVANTAGES CONFÉRÉS AUX BÉNÉFICIAIRES

L'ARC semble considérer la présence de résolutions des fiduciaires comme seule source de création de droits en faveur des bénéficiaires. En comparant les documents devant, légalement, être conservés par les sociétés incorporées à ceux requis, légalement, relativement aux fiducies, l'ARC semble, en l'absence de résolutions et de documents jugés appropriés dans un contexte corporatif, remettre en question la véracité des avantages octroyés aux bénéficiaires et totalement ignorer la réalisation d'objectifs autres que fiscaux découlant des opérations de la fiducie.

2.3. UNE REMISE EN QUESTION DES PRINCIPES FISCAUX HABITUELLEMENT APPLICABLES

En conséquence des perceptions de l'ARC voulant que les dossiers de fiducie, laissant souvent place à plus de flexibilité en conséquence des choix qui peuvent être effectués, donnent lieu à des abus, on remet en question des principes qui semblaient établis, tels que, par exemple, la validité de la création de la fiducie et sa résidence.

2.4. DES TRANSACTIONS QUI EXPOSENT À UN EXAMEN PLUS SOUTENU

En conséquence des avantages fiscaux pouvant être obtenus en mettant en place une structure fiduciaire, il est devenu nécessaire, dans le cadre des transactions « à risque », de devoir démontrer à l'ARC, même si aucune règle antiévitement spécifique ne vient s'appliquer, que la finalité obtenue n'est pas contraire à l'esprit de la loi.

De plus, à titre d'exemple, parce que pour éviter les règles d'attribution dont celles applicables uniquement aux fiducies aux termes du paragraphe 75(2) L.I.R., une fiducie devra toujours s'assurer, peu importe la matérialité de ses besoins additionnels de liquidités, de recevoir l'argent requis au moyen de ses propres revenus ou de prêts commerciaux véritables²⁷, tout revenu gagné devra être scruté et tout prêt obtenu devra pouvoir être confirmé par un écrit, tel un contrat de prêt, un billet à ordre ou une résolution des fiduciaires.

3. QU'EST-CE QUI S'EST FAIT SUR LE TERRAIN DEPUIS 2009?

3.1. LES RÉSULTATS D'UN SONDAGE

Selon un sondage non scientifique que nous avons effectué dans nos bureaux de la province de Québec et du reste du Canada et dans certains autres bureaux du Québec, l'initiative annoncée par l'ARC a surtout touché jusqu'à ce jour des dossiers relevant de l'un ou l'autre des BSF de l'Ontario et du Québec.

Presque tous les dossiers qui ont été visés par une vérification de l'ARC concernaient des transactions ayant donné lieu à du gain en capital admissible à l'exonération de gain en capital. Pour certains de ces dossiers, les difficultés vécues découlaient principalement de l'absence de décaissement total du montant de gain en capital imposable attribué aux bénéficiaires de la fiducie au cours de l'année de la réalisation du gain en capital. Certains dossiers touchés par une vérification de l'ARC étaient des dossiers aux termes desquels il était question de résidence interprovinciale de la fiducie ou encore de la déductibilité des dépenses de la fiducie. Finalement, dans l'un des dossiers touchés, l'ARC remet en question la source de l'argent utilisé pour permettre à la fiducie de payer la souscription d'actions ordinaires d'une société dont la fiducie est devenue actionnaire.

3.2. DÉROULEMENT DE CAS VÉCUS DE VÉRIFICATIONS

La présente section porte sur trois cas vécus de vérification de fiducies dont l'un vise une fiducie testamentaire, plus précisément une succession. Nous tenons à remercier les professionnels et leurs clients qui ont bien voulu que nous discutons de leur cas. Nous leur avons demandé de nous décrire les étapes du processus de révision qu'ils ont vécu, la liste des documents demandés, l'approche adoptée par les représentants de l'ARC, le genre de

²⁷ *Howson c. La Reine*, 2006 CCI 644, daté du 7 novembre 2006.

dossier visé, l'élément déclencheur qui a attiré l'attention, les démarches et relations entre les représentants de l'ARC, les clients et les professionnels, les positions adoptées par l'ARC, et, finalement, lorsque c'est possible, les résultats obtenus. Nous nous en tiendrons à relater l'essentiel de ce qui nous a été transmis.

- **Cas n° 1 : Fiducie entre vifs DD**

Une fiducie entre vifs a été valablement créée et, à la suite d'un gel des actions d'une société privée, des actions participantes de la société privée visée ont été émises à la fiducie. Plusieurs années plus tard, la fiducie a vendu ses actions à une tierce partie, engendrant ainsi un gain en capital non admissible à l'exonération de gain en capital pour la fiducie. Ledit gain en capital a été, aux fins fiscales, attribué parmi les bénéficiaires de la fiducie qui étaient le conjoint et les enfants mineurs et majeurs du père, lequel était le seul actionnaire antérieur de la société privée visée. Le père, seul fiduciaire de la fiducie, n'est pas bénéficiaire de la fiducie.

Dans ce dossier, une copie des rapports émanant de l'ARC a été obtenue par l'entremise de la *Loi sur l'accès à l'information*²⁸ ou de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*²⁹.

Le père/fiduciaire a reçu une lettre de la part de l'ARC, datée du 28 janvier 2009, pour lui mentionner que la fiducie avait été sélectionnée aux fins de vérification et qu'un vérificateur se présenterait pour faire l'examen des dossiers la concernant. Aucune liste de documents à préparer n'a été fournie au père/fiduciaire. Le 14 avril de la même année, à la suite de la vérification, l'ARC informait le père/fiduciaire, par écrit, de son intention d'appliquer le paragraphe 75(2) L.I.R. relativement au revenu de la fiducie pour l'année d'imposition au cours de laquelle le gain en capital a été réalisé. La lettre du 14 avril 2009 ne faisait l'objet d'aucune explication, mais elle donnait au père/fiduciaire la possibilité de faire des représentations, dans la mesure où un formulaire de renonciation à la prescription serait fourni. On comprend que le délai de prescription relatif à la déclaration de revenus produite approchait.

La particularité à mentionner dans ce dossier repose sur le fait que la fiducie ait souscrit aux actions lui ayant été émises au moyen de revenus

²⁸ L.R., 1985, ch. A-1.

²⁹ L.R.Q., c. P-39.1.

d'entreprise qu'elle a réalisés plutôt qu'au moyen de l'obtention d'un prêt commercial véritable.

Aux termes du rapport interne du vérificateur de l'ARC, selon sa compréhension, le père/fiduciaire a simulé la réalisation d'un revenu d'entreprise dans la fiducie afin de laisser croire que la fiducie possédait les sommes requises pour lui permettre de souscrire aux actions de la société privée visée suivant le gel, à défaut, pour elle, d'avoir obtenu les liquidités requises autrement. Le rapport précise aussi qu'aucun déboursé n'a été fait pour l'acquisition par la fiducie des actions de la société privée. Par ailleurs, le rapport mentionne que le vérificateur a analysé les écritures comptables de la fiducie et que, selon sa conclusion, elles ne représentaient pas la réalité. Le rapport indique que le vérificateur n'a pu avoir accès aux registres des procès-verbaux de la société dans laquelle la fiducie détenait des actions, ce qui a été démenti par le père/fiduciaire, puisque, selon lui, aucune demande n'a été faite par le vérificateur pour consulter ce livre.

L'élément déclencheur est le fractionnement du gain en capital réalisé par la fiducie entre ses bénéficiaires. L'approche du représentant de l'ARC semble rapidement s'être orientée vers une disposition de la loi pouvant empêcher ce fractionnement au moyen d'une règle d'attribution. Le déroulement du dossier a, par la suite, été empreint de la certitude du vérificateur qu'il devait y avoir application du paragraphe 75(2) L.I.R. afin que le gain en capital réalisé par la fiducie soit plutôt imposé entre les mains du père/fiduciaire, actionnaire antérieur de la société privée visée.

L'application du paragraphe 75(2) L.I.R. reposant sur l'existence d'un transfert effectué à la fiducie, dans ce cas, par son seul fiduciaire, le représentant de l'ARC semble avoir concentré ses efforts sur les modalités de financement des actions souscrites par la fiducie. Le paiement des actions par la fiducie au moyen de revenus d'entreprises que celle-ci a générés semble être le point de contention ayant amené le dossier aux oppositions où il se trouve toujours.

Le constat : il a été difficile de savoir tout au long du processus, avant l'obtention de son rapport, ce que le représentant de l'ARC cherchait à savoir. Même avant l'étape où le client a pu faire valoir ses représentations, le jugement du vérificateur avait été rendu, à savoir que ce qui s'était passé était suspect et devait entraîner l'application d'une règle permettant de refuser le fractionnement de revenus réclamé. Le vérificateur semble s'être attendu à retrouver des documents précis et une façon de procéder habituelle. Le fait de ne pas avoir retrouvé toute la documentation pouvant, selon lui,

être la seule à pouvoir expliquer chacune des étapes ayant mené à la souscription des actions par la fiducie était inexcusable et irréparable.

• Cas n° 2 : Fiducies entre vifs C et A

À la suite d'un gel successoral, deux fiducies entre vifs créées ont souscrit à des actions ordinaires d'une société exploitante. Quelques années plus tard, tous les actionnaires ont vendu leurs actions dans la société, y compris les fiducies. Le gain en capital réalisé par les fiducies a été attribué, aux fins fiscales, en partie aux conjoints des actionnaires antérieurs, ces derniers ayant vendu les actions privilégiées de gel qu'ils détenaient personnellement pour réaliser leur propre gain en capital admissible sur ces actions. Les conjoints des actionnaires antérieurs étaient parmi les bénéficiaires des fiducies. Aucun gain en capital n'a été attribué à un enfant.

Les documents demandés (délai de 30 jours) par le vérificateur de l'ARC sont les suivants :

- les états financiers des fiducies pour deux années;
- les états de banque et les chèques;
- pour tout revenu attribué mais non payé, la documentation soutenant que les montants étaient payables;
- les documents de vente des actions;
- la démonstration indiquant que la société se qualifiait à titre de SEPE (aux fins de l'exonération du gain en capital);
- les noms et adresses des bénéficiaires des fiducies;
- les registres des procès-verbaux des fiducies, les résolutions, etc.;
- les notes de planification fiscale;
- les modifications apportées à l'acte de fiducie, le cas échéant, ainsi que toute annexe de l'acte de fiducie.

Dans ce dossier, toute l'information a été fournie, car la fiducie préparait des états financiers en bonne et due forme. Des billets à ordre avaient été préparés pour constater les montants payables aux bénéficiaires et les

montants dus ont été subséquemment payés. Ni les fiduciaires ni les bénéficiaires n'ont fait l'objet d'aucune nouvelle cotisation.

Le constat : la documentation qui avait été préparée dans ce dossier nous semble plus complète que ce qui est juridiquement exigé par les fiduciaires dans l'administration des biens de la fiducie (discuté subséquemment). Par ailleurs, il nous apparaît que le fait que les opérations de la fiducie aient été documentées comme s'il s'agissait d'une personne morale (préparation d'états financiers, résolutions et décisions consignées dans un registre) a grandement facilité le traitement du dossier. Il s'agissait, malgré tout, d'une structure qui a permis de multiplier l'exonération du gain en capital.

• Cas n° 3 : Succession RL

La contribuable est décédée en 2004, laissant à ses quatre légataires universels résiduaire, en absolue propriété, une terre agricole qui avait été exploitée à cette fin pendant plusieurs années par celle-ci et son défunt époux. En 2006, la succession, par l'entremise de ses liquidateurs, a procédé à la vente de la terre qui, jusqu'à cette date, était demeurée immatriculée au nom de la défunte. L'acquéreur a payé une partie du prix de vente en argent, et la succession a accepté de financer le solde de prix de vente à payer. Une hypothèque a été octroyée par le vendeur à la succession sur la terre agricole en vue de garantir le remboursement du solde du prix de vente sur un délai de cinq ans, avec intérêts. Le seul versement de capital devant s'effectuer, à la suite de la vente, par le vendeur était dû au cinquième anniversaire de la vente. Dans ses déclarations fiscales de l'année de la vente, la succession a déclaré le gain en capital et a réclamé une réserve. Pour chacune des cinq années visées, le gain de la succession, net de la réserve, a été attribué, sur le plan fiscal, à parts égales entre les quatre légataires universels résiduaire. Chaque légataire a, par la suite, réclamé son exemption du gain en capital sur le bien agricole admissible. Aux termes du testament, bien que le droit au résidu des biens de la succession pour chacun des légataires universels résiduaire ait été certain et déterminé, le testament prévoyait que les pouvoirs des liquidateurs de la succession pouvaient se prolonger jusqu'à ce qu'il soit considéré comme possible d'effectuer le partage final des biens entre les légataires. Les liquidateurs ont procédé, dans le cadre de la liquidation de la succession, à la remise des biens au fur et à mesure qu'il a été possible pour eux de le faire, les rendements générés à la suite du décès ayant été versés aux légataires universels résiduaire, périodiquement, ce qui fut le cas également pour la partie du gain en capital ayant pu leur être distribuée à la suite de la vente et du paiement comptant par le vendeur.

Dans un premier temps, les documents demandés par l'ARC dans sa communication avec les liquidateurs ont été les suivants :

- le calcul du prix de base rajusté et contrat de vente de la terre;
- les déclarations finales de la personne décédée, et de son conjoint décédé deux années avant;
- l'explication faisant valoir que le bien vendu se qualifie comme un bien agricole admissible;
- les détails des paiements reçus et dus selon les provisions relatives aux dispositions d'immobilisations (en d'autres termes, calcul de la réserve).

Avant d'avoir reçu la totalité des documents, l'ARC a envoyé un projet de cotisation selon lequel la terre ne se qualifiait pas de bien agricole admissible, ce qui a donné lieu à de nombreuses communications et à la production de documents visant à démontrer la qualification fiscale du bien. Finalement, on a accepté l'idée que la terre se qualifiait de bien agricole admissible.

Malgré cette victoire, l'ARC est revenue à la charge, mais cette fois, refusant la déduction des montants attribués aux légataires universels résiduels sous prétexte que les conditions du paragraphe 104(24) L.I.R. n'étaient pas réunies. De plus, l'ARC a imposé la pénalité prévue aux termes du paragraphe 163(2) L.I.R., considérant qu'il y avait faute lourde relativement à de faux renseignements fournis dans les déclarations de la succession.

Le dossier a été déposé par le client aux oppositions. Malgré les représentations de la succession selon lesquelles, aux termes du droit applicable à la succession, le droit des légataires relativement à tout produit de vente à recevoir pour la terre vendue était irrévocablement acquis en leur faveur, nonobstant le fait que les documents juridiques signés aient mentionné la succession à titre de créancier³⁰, l'agent des oppositions a considéré que l'examen de la situation ne requerrait pas l'analyse de règles autres que les règles fiscales applicables aux termes desquelles en l'absence de documentation précise les montants en jeu ne pouvaient pas être

³⁰ Sans parler que c'est en conséquence du calcul fiscal prévu qu'un montant non encore dû doit être ajouté aux revenus courants malgré l'absence de réception réelle des fonds.

considérés comme des montants « payables ». Devant cette situation, la succession a soumis les copies de résolutions et de décisions des exécuteurs testamentaires, ainsi que les billets à ordre émis. Malgré la production des documents demandés, les représentants de l'ARC ont décidé que les montants ne pouvaient être considérés comme « payables » et, ainsi, comme imposables pour les bénéficiaires puisque la succession, n'ayant reçu aucun nouveau montant depuis la clôture (sauf les revenus d'intérêts, qui étaient remis immédiatement aux légataires) de la transaction, n'était pas en mesure d'honorer, en tout temps ou à tout moment, ledit billet à ordre, en conséquence de son manque de liquidités. En réponse, la succession a fait la démonstration que, malgré l'absence d'actifs en espèces, si requis, elle était en mesure d'honorer ses billets à ordre par le transfert d'une quote-part de la créance à recevoir en faveur du légataire qui en aurait fait la demande.

Le constat : il y a eu un problème sérieux à l'égard de ce dossier parce que les représentants de l'ARC (autant le vérificateur que l'agent des oppositions) ont complètement mis de côté le besoin de considérer les règles juridiques qui devaient s'appliquer pour déterminer si le montant était ou non payable aux légataires, sur le plan fiscal. De plus, en l'absence de liquidités disponibles immédiatement, les représentants de l'ARC ont conclu qu'il était impossible d'honorer les billets émis, alors que la succession possédait un actif important, qui pouvait être transféré aux légataires.

- **Autres commentaires**

À partir de ces trois cas de vérification, et à la lumière des annonces faites par l'ARC de ses intentions de réviser les scénarios de planifications fiscales mis en place dans bon nombre de fiducies, il est permis de croire qu'il sera complexe et ardu de régler les dossiers qui seront vérifiés, et ce, autant en ce qui concerne la vérification qu'en ce qui a trait aux oppositions.

Également, dans les trois cas ci-dessus mentionnés, l'ARC semble avoir considéré que les contribuables concernés avaient créé une structure uniquement dans un but de planification fiscale, et ce, sans égard aux concepts de droit privé, autres que fiscaux, qui avaient pu également justifier la mise en place de la structure. Selon nous, il est essentiel pour les autorités fiscales de reconnaître que des raisons autres que fiscales sont à la base de la création de la plupart des fiducies entre vifs, que des résultats autres que fiscaux sont attendus aux termes du droit privé applicable et que le contribuable a le droit de bénéficier d'une présomption d'intention de bonne foi.

3.3. L'EXISTENCE D'ÉLÉMENTS DÉCLENCHEURS ET LES TRANSACTIONS À RISQUE

Dans les cas qui nous ont été signalés, il nous semble que ce soit l'importance des montants en cause qui ait attiré l'attention de l'ARC. De plus, les dossiers révisés peuvent donner l'impression de scénarios, sauf pour ce qui est de la succession, qui s'inscrivent dans le cadre du programme de vérification des fiducies annoncé par l'ARC.

3.4. LES INFORMATIONS FINANCIÈRES ET LES REGISTRES DES FIDUCIES

La planification fiscale en général vise à organiser une situation pour réduire à son minimum les impôts autrement exigibles au moyen de ce que prévoient la loi fiscale et les choix qui y sont proposés.

La planification fiscale est possible autant dans le cadre de situations très simples, telle la décision visant à choisir la structure juridique à utiliser pour l'exploitation d'une entreprise qui débute, que dans le cadre de situation complexe pouvant impliquer des transactions entre structures multinationales.

La planification fiscale est à la portée de tous et, selon les choix effectués, il est important de savoir qu'il revient au contribuable de démontrer pourquoi il devrait bénéficier d'une exception permise par les lois fiscales plutôt que d'être assujéti à la règle générale qui prévoit une imposition. « Il est d'intérêt public que la charge de prouver le fondement des déductions et des réclamations repose sur le contribuable. Toute personne doit être en mesure de produire toutes les informations et justifications permettant d'appuyer les réclamations qu'elle fait³¹. »

Selon le paragraphe 230(1) L.I.R., il est nécessaire pour quiconque est obligé, par la loi, de payer des impôts, de tenir des registres et des livres de comptes (y compris un inventaire annuel dans le cas de l'exploitation d'une entreprise) dans la forme et renfermant les renseignements qui permettent d'établir le montant des impôts payables en vertu de la loi fiscale. Le paragraphe 230(3) L.I.R. prévoit que le ministre peut enjoindre à une personne qui n'a pas tenu les registres et livres de comptes voulus de tenir ceux qu'il lui spécifiera et cette personne devra, dès lors, tenir les registres et livres de comptes qui sont ainsi exigés d'elle.

³¹ *Njenga*, [1997] 2 C.T.C. 8 (C.A.F.).

Comment peut-on actuellement interpréter le paragraphe 230(1) L.I.R. dans le cadre de fiducies personnelles discrétionnaires?

3.4.1. Les règles applicables aux personnes morales

Par comparaison, le choix d'une personne morale comme structure à utiliser pour la détention de biens nécessitera, pour l'obtention du régime d'imposition propre à ce type de structure, une série de procédures et de documents qui démontrera qu'un tel choix a été effectué et que la structure a été légalement mise en place. Étant donné que l'on connaît les exigences juridiques requises pour les personnes morales, il semble tout naturel que les autorités fiscales soient en droit d'exiger, en plus de la production de déclarations de revenus et autres formulaires d'informations fiscales prescrits, copie de documents devant par ailleurs être préparés aux termes des normes juridiques applicables.

À titre d'exemple pour ce qui s'applique à une personne morale, l'article 342 C.c.Q. prévoit que le conseil d'administration d'une personne morale, c'est-à-dire d'une société incorporée, doit tenir la liste des membres ainsi que les livres et registres nécessaires au bon fonctionnement de la personne morale. En conséquence de ces normes juridiques devant être respectées, il peut être compréhensible que, lors de vérifications effectuées par l'ARC, une demande soit faite pour consulter tels livres et registres. Les articles 344 et 346 C.c.Q. prévoient, quant à eux, toujours relativement à une personne morale, la tenue d'assemblées et de réunions du conseil d'administration alors que l'article 354 C.c.Q. fait état de l'obligation de conserver des résolutions écrites et des procès-verbaux des délibérations. En plus du *Code civil du Québec* qui traite des personnes morales, des lois particulières viennent en réglementer, plus en détail, la création, le fonctionnement et l'extinction³². Il s'agit principalement, pour le Québec, de la *Loi sur les compagnies*³³ et de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*.

³² Le *Code civil du Québec* établit le droit commun à l'égard de toutes les matières qui y sont comprises, dont l'ensemble du droit relatif aux personnes morales. La confirmation que le Code civil fournit le droit supplétif pour l'application de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (L.R.C. (1985), ch. C-44 et mod. (« L.C.S.A. »)) a été obtenue aux termes de l'affaire *Nadeau c. Nadeau*, (1988) R.J.Q. 2058 (C.A.). La situation serait la même à l'égard des personnes morales constituées en vertu de la législation provinciale. Voir Madeleine CANTIN CUMYN, *Traité de Droit civil – L'Administration du bien d'autrui*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 115, note 350.

³³ L.R.Q., c. C-38 (« L.C. »).

On a qu'à jeter un coup d'œil sur les chapitres de ces deux législations traitant des livres et registres devant être tenus pour réaliser qu'il n'est pas possible pour une personne morale ainsi assujettie de ne pas être en défaut si les documents d'information requis ne sont pas préparés et conservés et si les redditions de compte devant être effectuées par les administrateurs auprès des actionnaires n'ont pas lieu.

Aux termes de la *Loi sur les compagnies*, une compagnie doit tenir un « Livre de la compagnie » contenant divers documents et renseignements. La loi elle-même n'indique pas de quels registres précis ce livre doit se composer, mais en pratique il s'agit des documents et renseignements suivants, à savoir³⁴ :

- les statuts de la compagnie, ses règlements et la convention unanime des actionnaires ou la déclaration d'un actionnaire unique;
- les procès-verbaux des assemblées et les résolutions des actionnaires;
- les noms et prénoms de ses administrateurs en indiquant, pour chaque mandat accepté, la date où il commence et celle où il se termine;
- les renseignements à l'égard de chaque action émise;
- les procès-verbaux des réunions et les résolutions du conseil d'administration et du comité exécutif;
- les livres comptables contenant :
 - les recettes et déboursés et les matières auxquelles se rapportent les uns et les autres³⁵,

³⁴ Yvon MARTINEAU, *Manuel des Corporations du Québec*, vol. A, 1994, p. 9-12. Les règles applicables aux sociétés régies par la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* semblent, dans l'ensemble, prévoir la conservation des mêmes registres, livres et renseignements. Voir le même ouvrage aux pages 9-35 à 9-37. Voir également Maurice et Paul MARTEL, *La compagnie au Québec : Les aspects juridiques*, vol. I, Montréal, Wilson & Lafleur, 2007, pp. 11-2 et 11-3.

³⁵ Le paragraphe 20(2) L.C.S.A. prévoit que la société doit tenir une « comptabilité adéquate ». Les registres de comptabilité incluent les pièces justificatives utilisées aux fins de la préparation des états financiers, tels les factures d'achat, les reçus de caisse, les contrats, les reçus d'achat faits par cartes de crédit, les bordereaux de livraison et de dépôt, les bons de commande, les chèques et les relevés bancaires.

- les transactions financières, et
- les créances et obligations.

Les livres et registres de la compagnie font, à première vue, preuve des faits qui y sont énoncés. C'est à partir des renseignements sur ses livres comptables que la compagnie procède à l'établissement du bilan et du relevé général des recettes et des dépenses exigées en vertu des alinéas 98(2)a) et 98(2)b) L.C.³⁶ Il est important de remarquer que tout défaut se rapportant à la tenue des livres de comptabilité constitue une infraction au sens de l'article 397 du *Code criminel*³⁷. Les administrateurs d'une compagnie sont tenus, lors de chaque assemblée annuelle, de soumettre aux actionnaires une série de documents, dont le bilan, un relevé général des recettes et des dépenses pendant l'exercice se terminant à la date la plus rapprochée du bilan, un rapport du vérificateur et tout autre renseignement relatif à la situation financière de la compagnie exigé par l'acte constitutif ou par les règlements de la compagnie³⁸.

Dans le cadre de la production des déclarations de revenus qui doivent être soumises selon la loi fiscale, la compagnie est tenue de produire une déclaration de revenus qu'un montant d'impôt soit ou non payable par elle pour l'année. Les déclarations de revenus devant être produites s'accompagnent des états financiers de la compagnie pour l'année³⁹.

Si on fait une nouvelle lecture du paragraphe 230(1) L.I.R., il est clair que lorsque des allègements fiscaux sont réclamés par une compagnie, il faudra être en mesure de fournir les renseignements raisonnables requis pour prouver le fondement des déductions et des réclamations présentées et il faudra produire toutes les informations et justifications permettant d'appuyer les réclamations ainsi faites.

³⁶ La loi sur les sociétés exige que les états financiers soient établis selon les principes comptables généralement reconnus qui sont énoncés dans INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *Manuel de l'ICCA – Comptabilité*, vol. I, Toronto, ICCA. Voir les articles 70 à 72 du *Règlement sur les sociétés par actions de régime fédéral* (2001). Voir les articles 155 et suiv. L.C.S.A.

³⁷ L.R.C. (1985), ch. C-46 et mod.

³⁸ Y. MARTINEAU, *op. cit.*, note 34, p. 9-15, section 9.8, « États financiers ».

³⁹ *Id.*, p. 9-28, section 9.29, « Déclarations de revenus ».

Il faut toutefois noter que, sauf si une législation particulière impose à la structure juridique choisie, la tenue de livres et de registres particuliers, surtout dans un cas où il n'y a pas d'exploitation d'entreprise, il ne devrait être nécessaire pour satisfaire aux exigences du paragraphe 230(1) L.I.R. que de tenir des renseignements raisonnables pouvant permettre d'établir le montant des impôts payables en vertu de la loi fiscale.

Le détail et le nombre des renseignements à conserver devraient raisonnablement être directement proportionnels à l'importance des allègements demandés et au caractère incertain de l'obtention des avantages réclamés.

3.4.2. La fiducie et la collecte des renseignements financiers

Le régime comptable applicable au fiduciaire est un régime qui, plutôt que de donner des précisions dans la façon d'exercer ses pouvoirs, donne au fiduciaire des règles de conduite. Les pouvoirs du fiduciaire sont ceux que requiert l'accomplissement de sa mission⁴⁰. Alors qu'il agit avec des pouvoirs de pleine administration, le fiduciaire ne sera pas assujéti dans l'exercice de ses fonctions aux mêmes normes de contrôle que les administrateurs chargés de la simple administration. Dans la pleine administration, c'est le souci d'efficacité qui dominera plutôt que celui de la conservation des biens.

L'administrateur du bien d'autrui doit agir avec prudence et diligence. Il doit aussi agir avec honnêteté et loyauté, dans le meilleur intérêt du bénéficiaire ou de la fin poursuivie⁴¹. Le législateur considère que le fiduciaire se sera engagé, par l'acceptation de sa charge, à respecter des règles d'honneur et de probité l'obligeant, par exemple, à donner au bénéficiaire tous les renseignements utiles susceptibles d'influer sur sa volonté de maintenir l'administration, de la modifier ou d'y mettre fin. Toutefois, pour le fiduciaire, il s'agira d'un devoir d'information du bénéficiaire, à la suite des gestes accomplis, puisque le fiduciaire ne sera aucunement obligé d'obtenir d'autorisation préalable pour faire un geste pour la fiducie et au nom de celle-ci. En tant qu'administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration, le fiduciaire est placé dans une situation où il doit juger de l'opportunité de son intervention pour réaliser l'objectif général de sa gestion, ainsi que la finalité particulière de ses

⁴⁰ Voir M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 32, pp. 164-165.

⁴¹ Art. 1309 C.c.Q.

pouvoirs. La pleine administration accorde au fiduciaire une grande latitude quant aux raisons qui justifient les initiatives à entreprendre. Il a le pouvoir de faire tous les actes qu'il juge opportuns pour réaliser l'objectif général de rentabilité que la pleine administration et la finalité particulière de la fiducie lui ont conféré⁴².

En tant qu'administrateur du bien d'autrui, le fiduciaire sera assujéti, en fonction des clauses prévues à l'acte de fiducie⁴³, aux dispositions du *Code civil du Québec* sur le compte annuel et sur la reddition de compte définitive à la fin de son administration⁴⁴. Il rendra, en conséquence, un compte sommaire de sa gestion aux bénéficiaires au moins une fois l'an. À la fin de son administration, le fiduciaire devra soumettre un compte définitif. Le compte sommaire annuel ne doit respecter aucune forme particulière et pourrait ne pas être sous forme d'écrit⁴⁵. Le devoir du fiduciaire de produire un compte sommaire annuel n'est pas décrit ni délimité quant aux modalités qu'il doit respecter : il s'agit plutôt d'un devoir laissé au bon jugement du fiduciaire quant à ce qui est requis en détail et justification, selon la nature des biens administrés⁴⁶ et selon les circonstances de l'administration. Il devra, à tout moment, permettre au bénéficiaire de l'administration fiduciaire qui le demande d'examiner les livres et pièces justificatives se rapportant à

⁴² Voir M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 32, p. 170.

⁴³ Ne serait pas efficace une clause d'un acte de fiducie dispensant le fiduciaire de l'obligation de rendre compte annuellement lorsque la charge se prolonge dans le temps, sauf toutefois si le constituant est le seul bénéficiaire de l'administration. En cas d'inexécution, seul le bénéficiaire peut renoncer à cette exigence pour le passé, pourvu qu'il ne soit pas frappé d'incapacité. M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 32, p. 262. À noter que le fiduciaire n'est pas tenu, en tant qu'administrateur du bien d'autrui, de faire inventaire des biens de la fiducie, aux termes de l'article 1324 C.c.Q. Selon ce qui précède, les règles d'administration du bien d'autrui, dans leur ensemble, sont considérées comme n'étant pas d'ordre public et pouvant, sauf exception, être écartées au moyen de clauses d'un acte de fiducie. Voir John B. CLAXTON, *Studies on the Quebec Law of Trust*, Thomson, Carswell, 2005, p. 414, n° 18.27.

⁴⁴ Il s'agit des articles 1351 à 1354 C.c.Q. pour le compte annuel et des articles 1363 à 1370 C.c.Q. pour la reddition de compte définitive. Il est important de préciser que nous visons, dans le présent texte, les fiduciaires autres que les sociétés de fiducie puisque l'offre de service de ces fiduciaires de même que les conditions du marché les touchant leur imposent un code de conduite plus complet que ce que prévoit le *Code civil du Québec* relativement aux fiduciaires, lequel se rapproche de celui concernant les administrateurs de personnes morales.

⁴⁵ M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 32, p. 331, n° 389, qui parle du formalisme plus important du compte définitif par comparaison au compte annuel.

⁴⁶ *Id.*, p. 263.

l'administration de la fiducie. L'existence de livres et de pièces justificatives dépendra des circonstances : de la raison d'être et de l'affectation de la fiducie, des biens faisant l'objet du patrimoine fiduciaire et de leur valeur et de l'identité des acteurs de la fiducie. En ce qui concerne la reddition de compte définitive, le compte devra être suffisamment détaillé pour permettre d'en vérifier l'exactitude; les livres et les autres pièces justificatives se rapportant à l'administration de la fiducie pourront, dans ce cas, être consultés par les intéressés. Selon les mentions faites aux articles applicables du *Code civil du Québec*, le fiduciaire devra, aux fins du compte définitif, qui semble requérir plus d'informations que le compte annuel, répertorier les dépenses de l'administration, y compris les frais de la reddition de compte et de sa rémunération. Le fiduciaire sera considéré comme s'acquittant de son obligation s'il procure au bénéficiaire de l'administration les données et documents sans lesquels l'objectif d'informer n'est pas atteint. Il est toutefois possible, lorsque le compte est rendu à l'amiable, que le bénéficiaire dispense le fiduciaire de fournir des pièces justificatives ou qu'il se satisfasse de preuves ou de déclarations qui ne seraient pas jugées suffisantes dans le cadre d'une reddition de compte en justice⁴⁷. Le *Code de procédure civile*⁴⁸, auquel le paragraphe 2 de l'article 1364 C.c.Q. renvoie, relativement au compte définitif, mentionne que le compte, s'il ne peut être rendu à l'amiable, doit être divisé en deux chapitres, l'un pour les revenus, l'autre pour les dépenses, et se terminer en établissant le solde entre l'un et l'autre.

Ce qui est prévu, aux termes de ce qui précède, nous semble assez loin de l'organisation financière applicable dans un contexte de personne morale.

À la lumière de ce qui précède et du code d'honneur général requis du fiduciaire selon la nature et la valeur du patrimoine administré et selon ce qui est prévu à l'acte de fiducie en tant qu'affectation, il devient difficile de voir exactement comment le constituant, le bénéficiaire ou tout autre intéressé pourrait agir contre le fiduciaire, aux termes de l'article 1290 C.c.Q., pour le contraindre à exécuter des obligations qu'il n'a pas relativement à la préparation et à la conservation de documents particuliers. La suffisance des pièces justificatives à fournir dans le cadre de la reddition de compte annuelle s'appréciera dans chaque cas, selon les circonstances. Pourquoi ne serait-il pas suffisant, dans le cas d'une fiducie personnelle discrétionnaire créée dans le cadre d'un gel successoral, aux termes de laquelle les mêmes personnes sont les bénéficiaires des revenus et du capital, de ne produire

⁴⁷ *Id.*, pp. 331-332.

⁴⁸ L.R.Q., c. C-25.

comme compte annuel que les déclarations fiscales établies et les reçus et quittances pour les dépenses effectuées⁴⁹, de même que les rapports annuels se rapportant aux biens détenus, tels les états de compte bancaires.

Bien sûr, dans le cas de fiducies requérant plus de transactions et possédant une variété de biens productifs de revenus, il serait recommandé aux fiduciaires de procéder, dans le cadre du compte annuel, à la préparation d'un bilan énumérant tous les actifs par catégories, les passifs ainsi que les surplus ou déficits, et à la préparation d'un état des revenus et dépenses par catégorie montrant le résultat des revenus nets ou du déficit net. Dans un tel cas, le compte annuel pourrait ressembler aux documents financiers à produire par une personne morale. Des annotations et explications pourraient également être ajoutées pour expliquer les causes et conséquences des modifications les plus importantes⁵⁰.

3.5. LA FIDUCIE ET L'EXERCICE DES POUVOIRS DU FIDUCIAIRE

Une personne morale est une créature artificielle, créée sur papier. Être fictif, elle ne pose pas elle-même d'actes, mais elle n'en est pas moins engagée par les personnes qui la représentent. Toute sa structure n'a d'existence concrète que celle qui figure dans des écrits. Pour que la voix de ses représentants qui parlent pour elle représente un engagement pour la compagnie, il faut que cette dernière la reconnaisse et qu'elle admette être liée par elle. C'est ici qu'interviennent les livres et registres de la compagnie. La compagnie est née en vertu d'un écrit et elle vit et se manifeste par des

⁴⁹ Un auteur mentionne ce qui suit :

« Beyond stating that the annual accounting is a summary account, the Code leaves the parties relatively free to determine the method of bookkeeping and of accounting employed and, to some degree, the level of detail required. There is no suggestion on the form of bookkeeping or accounting required. A simple list of receipts and disbursements by categories will suffice if it permits verification of the transactions and their effects. »

Voir J. B. CLAXTON, *op. cit.*, note 43, p. 414, n° 18.27. Sur le plan fiscal, voir le jugement rendu dans la décision *Onorio Rotondi c. La Reine*, C.C.I., n° 2009-2924 (IT) I, 13 juillet 2010, j. D'Arcy, aux termes duquel on a permis la déduction aux fins fiscales des dépenses d'un contribuable exploitant une entreprise même en l'absence de pièces justificatives parce que les informations fournies de façon verbale ont été jugées satisfaisantes.

⁵⁰ Voir J. B. CLAXTON, *op. cit.*, note 43, p. 453, n° 19.38.

écrits : c'est le seul moyen dont elle dispose pour se manifester dans un monde réel, palpable⁵¹.

En conséquence de ce qui précède, on comprend la personne morale comme un regroupement de personnes qui, par leurs gestes, permettent l'existence et l'évolution d'un être fictif, distinct de ses membres, possédant la personnalité juridique et pouvant également posséder des biens. Les personnes qui peuvent engager la personne morale, qui ne peut s'engager sans leur intervention, agissent au moyen de pouvoirs de mandataires de la personne morale⁵² et non en tant qu'administrateurs du bien d'autrui⁵³. C'est dire que les administrateurs d'une personne morale décident, mais que c'est la personne morale qui exécute. Les administrateurs possèdent des pouvoirs qui doivent être conformes au mode d'exercice prévu et ils sont limités par les mécanismes de contrôle retrouvés dans la loi applicable, l'acte constitutif et les règlements qui visent à assurer le respect de la finalité poursuivie⁵⁴. Les actes effectués par les mandataires de la personne morale devront être ratifiés par la personne morale pour qu'il y ait création d'obligations envers cette dernière. Même si les règles du *indoor management*⁵⁵ s'appliquent pour faire présumer la ratification par la personne morale, il y a une distinction entre la décision prise par le représentant de la personne morale et la décision prise par la personne morale elle-même, ce qui vient justifier la préparation de résolutions.

La fiducie, quant à elle, même si dépourvue de la personnalité juridique, possède des biens qui composent le patrimoine distinct qui lui appartient. La fiducie, comme la personne morale, est propriétaire de ses biens. C'est le fiduciaire qui en est le seul administrateur et à ce titre, le fiduciaire est l'organe qui décide et également celui qui exécute⁵⁶. La fiducie, c'est le fiduciaire. Le fiduciaire agit à titre d'administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration; il n'est pas mandataire de la fiducie. Comparativement à la personne morale, la loi applicable ne prévoit pas en détail la nature des obligations et les modalités d'exercice des pouvoirs du fiduciaire. À moins toutefois que l'acte constitutif n'intègre un code à

⁵¹ M. et P. MARTEL, *op. cit.*, note 34, p. 11-1.

⁵² Voir l'article 321 C.c.Q.

⁵³ Voir M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 32, p. 165.

⁵⁴ *Id.*, p. 116.

⁵⁵ M. et P. MARTEL, *op. cit.*, note 34, chap. 26.

⁵⁶ M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 32, p. 121.

l'égard de ses agissements, le fiduciaire est habilité à faire des actes juridiques efficaces sur des biens qui ne sont pas les siens, en posant les gestes qu'il estime nécessaires pour réaliser la fin particulière voulue par le constituant.

Le fiduciaire agit en son nom propre pour réaliser l'affectation voulue par le constituant. La limite à ses pouvoirs s'illustre par la surveillance et le contrôle reposant entre les mains de personnes particulières qui ont le pouvoir de vérifier que le fiduciaire fait de ses prérogatives un usage conforme à leur finalité. Jamais, toutefois, le fiduciaire n'a à obtenir d'autorisation préalable, et ce, même pour l'exercice de pouvoirs pouvant avoir des effets importants pour le patrimoine administré⁵⁷. Personne ne peut être en mesure de contrôler les décisions du fiduciaire qui, seul, peut engager la fiducie. Si plusieurs fiduciaires sont en fonction simultanément, l'acte constitutif dictera les modalités de prise de décision⁵⁸. Parce que souvent un acte de fiducie prévoira expressément le pouvoir des fiduciaires de déléguer certaines de leurs fonctions aux autres également fiduciaires, les décisions présentées comme ayant été prises par les fiduciaires ne devraient pas être remises en question par des tiers, d'autant plus que le *Code civil du Québec* prévoit expressément qu'un seul de plusieurs fiduciaires a le droit d'engager la fiducie pour des actes conservatoires ou qui demandent célérité⁵⁹. Ceux que la loi habilite à agir à l'encontre du fiduciaire, prévus aux articles 1287 à 1291 C.c.Q.⁶⁰, sont investis, à leur tour, de pouvoirs mais leurs pouvoirs ne sont pas ceux d'un administrateur du bien d'autrui et ne pourront pas

⁵⁷ *Id.*, p. 167.

⁵⁸ Ce n'est que par défaut que l'article 1332 C.c.Q. prévoit la prise de décisions à la majorité si plus de deux fiduciaires agissent simultanément à titre de fiduciaires d'une fiducie.

⁵⁹ L'article 1333 C.c.Q. prévoit notamment, à défaut d'une clause spécifique de l'acte de fiducie, que

« [s]i, en cas d'empêchement ou par suite de l'opposition systématique de certains d'entre eux, les administrateurs ne peuvent agir à la majorité ou selon la proportion prévue, les autres peuvent agir seuls pour les actes conservatoires; ils peuvent aussi agir seuls pour des actes qui demandent célérité, s'ils y sont autorisés par le tribunal ».

Parmi les actes qui peuvent se qualifier comme actes conservatoires, voir J. B. CLAXTON, *op. cit.*, note 43, pp. 167-168.

⁶⁰ En ce qui concerne les fiducies personnelles discrétionnaires dont il est question dans le présent texte, il s'agira du constituant et des bénéficiaires, même éventuels de la fiducie bien que les articles 1290 et 1291 C.c.Q. traitent également d'un autre intéressé.

s'articuler à l'encontre des biens du patrimoine fiduciaire. Ces pouvoirs de contrôle et de surveillance pourront tout au plus être exercés contre le fiduciaire soit pour le faire démettre de ses fonctions, soit pour faire annuler un geste posé qui n'aura pas été conforme à la finalité recherchée par le constituant.

En bref, le fiduciaire n'a pas du tout les mêmes responsabilités et obligations qu'un administrateur ou autre mandataire d'une personne morale, aux termes du droit applicable.

3.6. LA FIDUCIE ET LA BASE DE SON EXISTENCE SUR LE PLAN FISCAL

En principe, il y a trois acteurs impliqués dans la création, l'existence et la liquidation d'une fiducie, sur le plan fiscal : l'auteur de la fiducie, le fiduciaire et le bénéficiaire. Occasionnellement, on a, au moyen d'interprétations techniques, assimilé d'autres personnes à des fiduciaires, notamment en ce qui a trait à des protecteurs⁶¹. C'est pourtant toujours le droit applicable à la fiducie, qu'il s'agisse de la common law ou du droit civil québécois, qui établit clairement les droits et les pouvoirs de chacun de ces acteurs. En principe, une usurpation de pouvoir par un individu sur le rôle de l'un ou l'autre des acteurs de la fiducie créera une situation irrégulière devant être corrigée au moyen des remèdes légaux offerts : un tel exercice illégal d'une prérogative n'aura pas pour effet d'invalider la fiducie ni d'affecter les biens en faisant l'objet. Une personne ayant une influence trop grande sur les fiduciaires d'une fiducie ne deviendra jamais fiduciaire, sur le plan juridique. Il y aura plutôt déclenchement d'un système permettant de réparer le problème : le fiduciaire étant responsable de l'administration des biens de la fiducie et de la poursuite de l'affectation de la fiducie pourra, pour avoir manqué à ses responsabilités, être démis de ses fonctions, être tenu à des dommages-intérêts ou être forcé de poser le geste qu'il aurait dû poser. Étant sous la surveillance du constituant et des bénéficiaires⁶², le manque à ses devoirs par le fiduciaire, tout comme l'abus de pouvoirs d'une autre personne relativement à la fiducie devra être corrigé et entraînera soit

⁶¹ Ce concept n'est toutefois pas reconnu expressément aux fins du droit québécois. Le *Code civil du Québec* ne contient aucun article clair et explicite permettant la désignation d'un protecteur possédant des pouvoirs tels que celui de destituer le fiduciaire et de procéder à son remplacement. Les articles 1276, 1278 et 1287 à 1292 C.c.Q. semblent, à eux seuls, encadrer la désignation du seul intervenant pouvant avoir le pouvoir d'engager la fiducie ainsi que les modalités de la désignation et du remplacement du fiduciaire.

⁶² Voir l'article 1287 C.c.Q.

la ratification des gestes préalablement posés dans un contexte d'abus de pouvoirs, soit leur annulation. Une décision touchant le patrimoine fiduciaire ou touchant l'un ou l'autre de ses biens ne pourra valablement lier la fiducie, à moins de l'intervention du fiduciaire ou d'un juge. Il n'existe rien de tel qu'un fiduciaire apparent. Une décision prise par un tiers pour la fiducie et au nom de celle-ci n'engagera pas la fiducie.

Sur le plan fiscal, bien qu'aux termes du principe de base voulant que le propriétaire d'un bien soit en principe responsable des impôts sur le revenu relativement à ce que le bien produit⁶³, il a été à maintes reprises rappelé que, dans certains cas, c'est plutôt la personne qui aura la jouissance du bien ou qui aura le contrôle du bien qui sera assujettie à l'imposition⁶⁴. À titre d'exemple, on n'a pas hésité à imposer des contribuables sur le produit de leur crime alors qu'ils s'appropriaient sans droit le bien d'autrui. À noter toutefois que, dans de tels cas, ce n'est pas le vrai propriétaire qui a eu la facture d'impôt, mais plutôt l'usurpateur.

Bien que la détermination de la propriété d'un bien doive être faite en fonction du droit privé applicable, aux termes de l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation* fédérale⁶⁵, les lois fiscales se sont souvent appliquées à d'autres qu'au propriétaire des biens. Il existe d'ailleurs des présomptions de propriété dans le cadre de la détermination de l'imposition des revenus

⁶³ En l'occurrence, malgré le fait que l'article 1261 C.c.Q. établisse clairement que personne parmi le constituant de la fiducie, le fiduciaire et les bénéficiaires n'a un droit de propriété à l'égard des biens de la fiducie et malgré le fait qu'il soit, dans l'état actuel du droit, incertain que la fiducie soit un sujet de droit pouvant réclamer la propriété des biens en faisant l'objet, le paragraphe 104(2) L.I.R. vient, aux fins fiscales, pallier cette situation afin d'éviter que, aux fins fiscales, la propriété des biens de la fiducie soit indéterminée.

⁶⁴ Voir le jugement *Sura c. MRN*, (1962) R.C.S. 65, où l'on a déterminé l'assujettissement à l'imposition d'une personne sur la base des pouvoirs d'administration détenus à l'égard des biens, comme concept applicable quand la propriété est indéterminée.

⁶⁵ L.R.C. (1985), ch. I-21 et mod. L'article 8.1 se lit comme suit :

« Le droit civil et la common law font pareillement autorité et sont tous deux sources de droit en matière de propriété et de droits civils au Canada et, s'il est nécessaire de recourir à des règles, principes ou notions appartenant au domaine de la propriété et des droits civils en vue d'assurer l'application d'un texte dans une province, il faut, sauf règle de droit s'y opposant, avoir recours aux règles, principes et notions en vigueur dans cette province au moment de l'application du texte. »

fiscaux découlant de biens faisant l'objet d'un régime matrimonial⁶⁶ qui ne sont aucunement basées sur les concepts juridiques applicables en l'instance.

Pour ce qui est de la fiducie, sur le plan fiscal, le paragraphe 248(1) L.I.R. vient définir la fiducie aux fins de la loi en se référant au sens donné à ce terme au paragraphe 104(1) L.I.R. Le paragraphe 104(1) L.I.R. n'est toutefois d'aucune utilité lorsqu'on cherche à établir si une fiducie existe; dans ce cas, on doit plutôt tenir compte du droit privé⁶⁷. Le paragraphe 108(1) L.I.R. vient ajouter au paragraphe 104(1) L.I.R. en énumérant certains types de fiducies qui seront présumées, pour l'application de certaines dispositions spécifiques de la loi fiscale, ne pas être des fiducies. Il faut donc en conclure que les fiducies énumérées au paragraphe 108(1) L.I.R. seront considérées comme des fiducies pour l'application du reste de la loi fiscale dont fait partie le paragraphe 104(1) L.I.R.

De plus, selon ce qui précède, même si une structure juridique aux termes du droit applicable n'est clairement pas une fiducie, telle structure pourra néanmoins être considérée comme une fiducie, sur le plan fiscal,

⁶⁶ Voir les paragraphes 248(22), 248(23) et 248(23.1) L.I.R. Préalablement à l'existence de ces paragraphes, il avait fallu se pencher sur cette question devant les tribunaux pour tenter de définir dans un cas de propriété indéterminée comment la loi fiscale devait s'appliquer pour percevoir les impôts qui lui étaient dus.

⁶⁷ L'article 8.1 de la *Loi d'interprétation fédérale* codifie le principe de la complémentarité du droit privé provincial. L'interprétation d'une disposition de la législation fédérale débute, en conséquence, par la recherche d'un renvoi à une règle, un concept ou un principe de droit privé. Si tel est le cas, il devient nécessaire de déterminer d'abord si la législation fédérale énonce sa propre règle de droit privé. Lorsque la législation fédérale est silencieuse à cet égard, toute référence à une règle, un concept ou un principe de droit privé doit s'interpréter conformément au droit privé provincial applicable. Voir Marc CUERRIER, Sandra HASSAN et Marie-Claude GAUDREAU, « Bijuridisme canadien et harmonisation de la législation fiscale fédérale », (2003), vol. 51, n° 1 *Revue fiscale canadienne* 64-132, pp. 183 à 185. Voir également les notes de David M. SHERMAN dans *La loi du praticien – Loi de l'impôt sur le revenu 2010*, 21^e édition, Toronto, Carswell, sous le paragraphe 104(1) L.I.R. Ces notes font référence à deux documents publiés à cet effet, à savoir, au Québec, le VIEWS doc 2009-0317641E5 et le paragraphe 248(3) L.I.R. En conséquence de cela, au Québec, pour qu'une fiducie existe, il faudra que les conditions mentionnées à l'article 1260 C.c.Q. se retrouvent, à savoir un transfert par le constituant, en provenance de son patrimoine, de biens à un autre patrimoine qu'il constitue et qu'il affecte à une fin particulière, qu'un fiduciaire s'oblige à détenir et à administrer, pourvu qu'il y ait eu transfert de biens par le constituant à un patrimoine qu'il voudra créer pour une fin particulière dont il confiera l'administration à une personne désignée comme fiduciaire, il y aura sur le plan juridique création d'une fiducie.

comme le prévoit le paragraphe 248(3) L.I.R. pour le Québec, dans le cas notamment d'usufruits, de droits d'usage ou d'habitation, de substitutions et d'arrangements admissibles. Toujours en ce qui concerne les structures n'étant pas des fiducies au sens juridique de ce terme selon le droit privé, elles peuvent être néanmoins considérées à titre de fiducies sur le plan fiscal si leurs caractéristiques sont considérées comme suffisamment proches de ce qui représente au Canada des fiducies⁶⁸.

Tel qu'il est mentionné ci-dessus, la définition qu'il faudra donner au mot « fiducie » sur le plan fiscal est beaucoup plus large que la définition de ce terme selon le droit privé. Toutefois, sauf pour certaines exceptions, un arrangement aux termes duquel les supposés fiduciaires agissent plutôt à titre de mandataires de l'ensemble des bénéficiaires relativement aux opérations portant sur les biens soumis à l'arrangement ne sera pas réputé être une fiducie selon la loi fiscale⁶⁹. Cette exception vise l'ampleur et la nature des pouvoirs octroyés aux fiduciaires. Cette exception ne devrait pas s'appliquer à l'égard d'une fiducie jugée valide en ce qui a trait au droit privé puisque, dans un tel cas, le pouvoir des fiduciaires provient du constituant alors que ce qui est mentionné pour l'exception prévue à la fin du paragraphe 104(1) L.I.R. ne vise que les arrangements aux termes desquels ce sont les bénéficiaires qui sont les réels propriétaires des biens et qui sont ceux qui accordent des pouvoirs de représentation aux supposés fiduciaires relativement à l'arrangement en place. Dans un tel cas, les biens soumis à l'arrangement seront réputés toujours appartenir aux bénéficiaires qui seront les seuls à être responsables de l'imposition qui en résultera. Il est important de noter que l'exception prévue à la fin du paragraphe 104(1) L.I.R. vise des biens qui appartiennent en réalité, au moment en question, aux bénéficiaires.

À la suite de cette courte et sommaire révision du concept de fiducie, tel qu'il s'applique aux fins de la loi fiscale, il faut en conclure qu'à partir du moment où un arrangement est considéré comme une fiducie aux termes de la loi fiscale, la fiducie sera réputée être un particulier relativement aux biens

⁶⁸ Voir les notes de D. M. SHERMAN, *op. cit.*, note 67. Ces notes font référence à un fonds de placement allemand (VIEWS doc 2004-0106101R3), à une fondation du Liechtenstein (VIEWS doc 2008-0206625EI7) qui ont été considérés comme une fiducie. À titre de rappel, une succession est considérée comme une fiducie aux termes du paragraphe 104(1) L.I.R. : voir VIEWS doc 2006-0184741E5.

⁶⁹ Voir le paragraphe 104(1) L.I.R. *in fine*. Cela veut dire que si la propriété des biens appartient aux bénéficiaires d'une « supposée » fiducie, aux termes du droit applicable et qu'un fiduciaire n'agit à l'égard de ces biens qu'en conséquence de prérogatives lui ayant été conférées par ces bénéficiaires, il n'y aura pas de fiducie sur le plan fiscal.

de la fiducie⁷⁰, la mention de la fiducie dans la loi fiscale vaudra également mention du fiduciaire ou, s'il n'y a pas de fiduciaire, d'un autre représentant légal ayant la propriété ou le contrôle des biens de la fiducie⁷¹; sera alors considérée à titre de bénéficiaire toute personne qui, à l'égard de la fiducie, détiendra l'un ou l'autre des droits mentionnés au paragraphe 248(25) L.I.R.

Il semblerait donc logique d'appliquer, une fois admise l'existence d'une fiducie sur le plan fiscal, les différents concepts déterminatifs d'une imposition de la fiducie, aux termes de la loi fiscale, sur la base de ce qui a été mentionné ci-dessus relativement à l'existence ou non d'une fiducie, plutôt que de s'en remettre à un système d'exceptions applicable selon les faits de chaque cas particulier, comme ce semble être le cas actuellement⁷². Par la suite, la logique serait d'utiliser le droit privé applicable, sous réserve des définitions et règles expressément prévues dans la loi fiscale, pour la détermination des droits et des pouvoirs des acteurs concernés. Il doit être accepté par tous qu'en complément, quand la loi fiscale y fait référence, les concepts de droit privé applicables doivent entrer en ligne de compte.

Une fois admise l'existence d'une fiducie sur le plan fiscal, les revenus de la fiducie devront être imposés en ce qui a trait à la fiducie elle-même ou, s'ils sont payés ou payables aux termes du droit privé applicable, en ce qui a trait aux bénéficiaires en faveur de qui tels paiements auront été effectués, et ce, en vertu de ce que prévoit la loi fiscale. À titre de rappel, loin d'être un

⁷⁰ Par. 104(2) L.I.R.

⁷¹ Voir le paragraphe 104(1) L.I.R. Ce paragraphe ne laisse aucune place à l'inclusion d'autres personnes pouvant être assimilées à une fiducie. Ce paragraphe se réfère au fiduciaire et la seule autre description, parmi les termes qui y sont utilisés, qui pourrait avoir un effet relativement à une fiducie serait « [...] un autre représentant légal ayant la propriété ou le contrôle des biens en fiducie ». Sur le plan juridique, aux fins du droit civil du Québec devant s'appliquer à toute fiducie créée au Québec, seul le fiduciaire a le contrôle des biens d'une fiducie, et ce, à titre d'administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration. L'article 1261 C.c.Q. prévoit expressément que personne ne possède de droit réel relativement aux biens de la fiducie, ce qui élimine tout droit de propriété de la part de l'un ou l'autre des acteurs relativement aux biens de la fiducie. Quant à des règles de contrôle en ce qui a trait aux fiducies qui pourraient exister aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qui écarteraient l'application du droit civil québécois, nous ne considérons pas que dans l'état actuel de la loi fiscale, particulièrement à la suite d'un examen des dispositions du paragraphe 256 L.I.R., il soit possible d'appliquer les règles de contrôle existantes dans un contexte de fiducie pour déterminer qui, en réalité, détient le contrôle de la fiducie.

⁷² Voir en annexe au présent texte le questionnaire dont il est fait référence (drop.io/TrustAudit) dans les notes de D. M. SHERMAN, *op. cit.*, note 67.

effet de planifications fiscales résultant de mécanismes mis en place pour réduire les impôts autrement payables, le fractionnement de revenus entre les bénéficiaires d'une fiducie représente la règle d'application lorsqu'il y a paiement (payé ou payable).

Pourquoi ne pas appliquer les règles spécifiques d'attribution prévues pour empêcher un tel fractionnement lorsque les conditions de ces règles sont clairement applicables?

Pourquoi ne pas laisser, par la suite, la RGAÉ, qui a pour rôle d'assurer, dans le cadre d'abus perçus par les autorités fiscales, le respect de l'esprit de la loi, s'appliquer si besoin est, à la lumière des faits particuliers des cas visés?

4. LES CONSTATS ET RECOMMANDATIONS

4.1. LES TRANSACTIONS À RISQUE ET LES STRUCTURES COMPLEXES DE FRACTIONNEMENT DE REVENUS

La déclaration du juge Miller dans son jugement dans la cause *Antle* est très à propos :

« This conclusion emphasizes how important it is, in implementing strategies with no purpose other than avoidance of tax, that meticulous and scrupulous regard be had to timing and execution. Backdating of documents, fuzzy intentions, lack of transfer of documents, lack of discretion, lack of commercial purpose, delivery of signed documents distributing capital from the trust prior to its purported settlement, all frankly miss the mark – by a long shot. They leave an impression of elaborate window dressing. In short, if you are going to play the avoidance game, it is not enough to have brilliant strategy, you must have brilliant execution⁷³. »

Tel que l'établit cette déclaration, tout dossier visant exclusivement, dans le cadre d'un dossier de fiducie, l'obtention d'une déduction ou d'une exonération, ou encore un fractionnement de revenus autres que ce que la loi fiscale prévoit comme étant le régime fiscal normalement applicable à la fiducie devrait posséder copie des documents pertinents, tels une copie de l'acte de fiducie, des notes fiscales de planification, des résolutions des fiduciaires, des avis aux bénéficiaires, des preuves d'entrées et de sorties de fonds, le cas échéant, des billets à ordre émis et des états financiers préparés.

⁷³ Précité, note 10, par. 58.

Toutefois, il sera important pour l'ARC, dans l'analyse de toute stratégie impliquant une fiducie, de faire la distinction entre une stratégie mise en place uniquement aux fins fiscales et une stratégie ayant des objectifs additionnels aux objectifs fiscaux en résultant.

Il nous semble être rare de retrouver des fiducies créées uniquement pour des raisons d'ordre fiscal. En conséquence de cela, il serait souhaitable que les démarches de vérifications à instaurer par l'ARC puissent s'effectuer dans un climat de confiance entre les différents intervenants.

Sans qu'ils soient limitatifs, voici quelques contextes souvent retrouvés en pratique où il est souhaitable de considérer la mise sur pied d'une fiducie entre vifs :

- lorsque, dans le cadre d'un gel de sociétés incorporées, la relève n'est pas encore clairement établie ou n'est que partiellement établie, alors qu'une fiducie offrira la flexibilité voulue pour s'adapter à des circonstances actuellement difficiles à prédire;
- lorsque, dans le cadre d'un gel de sociétés incorporées, il est souhaitable de protéger les actifs d'une relève identifiée contre les risques d'un divorce ou d'une séparation future possible;
- lorsqu'il devient souhaitable de mettre certains actifs à l'abri de risques financiers futurs non encore concrétisés.

Ces objectifs autres que fiscaux souvent documentés dans l'acte de fiducie lui-même, de même que pouvant être décrits dans le cadre de communications avec l'ARC, doivent absolument être considérés par les personnes appelées à intervenir dans les procédures de vérification de sorte que l'exercice effectué puisse donner les résultats justes et équitables désirés.

4.2. LA PRÉPARATION DES DOSSIERS DE FIDUCIES

Malgré le fait que le droit applicable aux fiducies ne soit pas très détaillé relativement aux documents financiers devant être préparés par les fiduciaires et à la documentation pouvant justifier leur prise de décisions, tout dossier de fiducie devrait posséder, à la base, si au moins l'un des objectifs de la fiducie est la réalisation d'un fractionnement de revenus pouvant entraîner l'application d'une règle d'attribution spécifique, une copie de l'acte de fiducie, une copie des documents ayant permis, à l'origine, l'acquisition des biens de la fiducie, une copie des déclarations de revenus annuelles, une copie des feuilles de travail utilisées pour la préparation des

déclarations de revenus annuelles et une copie de tout avis envoyé par les fiduciaires aux bénéficiaires relativement aux avantages leur ayant été consentis. Un document faisant état du contexte dans lequel la fiducie a été mise sur pied et des motifs qui ont été discutés ou invoqués lors de sa création pourraient aussi être d'une grande utilité.

Au fur et à mesure de l'évolution de la fiducie qui aura été créée, des transactions qui seront effectuées, de la diversification des actifs qui sont détenus et des planifications fiscales complexes qui seront exécutées, pourront être ajoutées aux documents de base⁷⁴, une copie des notes fiscales de planification, une copie des documents relatifs aux transactions effectuées, les états financiers préparés et les billets à ordre constatant les montants payables aux bénéficiaires.

À défaut de pouvoir trouver, à un certain moment, tous les documents antérieurs confirmant les décisions prises et les gestes posés par les fiduciaires, des ratifications écrites des événements passés et des décisions prises, avec documents justificatifs à l'appui, devraient pouvoir régulariser chaque situation.

CONCLUSION

Il est logique, avec la constatation que les fiducies entre vifs sont devenues plus accessibles qu'avant, que l'ARC désire mieux s'organiser pour traiter ce genre de dossiers.

Toutefois, il ne s'agit pas de structures nouvelles ni de structures profitant de concepts nouvellement ajoutés dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Depuis fort longtemps, les fiducies existent, sur le plan fiscal, et ont fait l'objet de vérifications, de révisions, de corrections législatives et de jugements.

Que les fiducies puissent, en conséquence de leur flexibilité, s'adapter à une série d'objectifs fiscaux et non fiscaux variés est indéniable. L'évolution constante des fiducies comme structure de détention de biens découle, au Québec, des modifications survenues à ce véhicule juridique depuis 1994

⁷⁴ Sous réserve, le cas échéant, de documents pouvant être visés par le secret professionnel. Pour avoir une idée de ce genre de document, voir le jugement déclaratoire rendu dans l'affaire *Chambre des notaires du Québec c. Canada (Procureur général)*, 2010 QCCS 4215.

dans le cadre de la révision du *Code civil du Québec* et du contexte économique et fiscal actuel.

Il faut toutefois constater que, dans bien des cas, les fiducies ne sont pas utilisées dans un contexte d'exploitation d'entreprise. Il faut aussi réaliser que, dans la plupart des cas, les fiduciaires des fiducies ne sont pas uniquement des sociétés de fiducie ou des professionnels ayant des compétences techniques dans ce domaine. Souvent, parmi les raisons ayant justifié le choix d'une fiducie comme structure de détention de biens, plutôt qu'une personne morale, on trouvera la simplicité relative de son fonctionnement et le peu de contrôle exercé sur ses opérations.

Que des vérifications fiscales plus fréquentes doivent être effectuées relativement aux dossiers de fiducie, nul n'en doute. Toutefois, pour le moment, il y a lieu de procéder à cette démarche en respectant les particularités propres aux fiducies aux termes des lois privées, les régissant plutôt que de les assimiler aux personnes morales dont les règles de fonctionnement sont bien établies.

S'il est devenu important de mieux encadrer la fiducie, sur le plan fiscal et que cette démarche d'encadrement soit entamée correctement, il est souhaitable pour tous les intervenants de définir la fiducie et les concepts qui en découlent de façon à bien connaître et comprendre les règles qui s'y appliquent.

Selon nous, l'encadrement désiré par l'ARC peut s'effectuer de deux façons : en appliquant correctement à la fiducie les concepts juridiques qui la décrivent ou en apportant des modifications à la loi ou à la réglementation fiscale par l'inclusion de définitions additionnelles ou par l'ajout de normes quant aux renseignements financiers à fournir pour que ces nouvelles mesures aient priorité sur le droit privé applicable.

Pour le moment, nous croyons que le projet de vérification entamé offre aux représentants de l'ARC ainsi mis à contribution une belle occasion d'approfondir leur connaissance de la fiducie sur le plan du droit privé applicable⁷⁵ dans un climat de collaboration avec les contribuables et les professionnels de ce secteur fiscal spécialisé.

⁷⁵ Notamment pour ce qui est de la question de la validité de la fiducie, des personnes la contrôlant, des personnes possédant des droits dans la fiducie, de la détermination de montants comme étant des montants payables, pour n'en citer que quelques exemples.

ANNEXE

The following is a CRA audit questionnaire by The Aggressive Tax Planning Section based on the T3 trust income tax and information returns being selected for review on the residency of a trust.

CRA audit questionnaire

1. How were you appointed as the trustee? Who appointed you? When were you appointed? Why were you appointed? What is your relationship to the trust? Please provide us with copies of the trustee agreement and/or contracts entered into by you.
2. What is your qualification, expertise and experience?
3. Do you receive a fee for your services? What is the amount and how is it paid? How is the amount determined? Please provide copies of all billings/invoices issued to trust with regard to your fees during the periods under review.
4. Please provide a list of your duties and responsibilities as the trustee.
5. Do you have control over the trust's investment portfolio and any other trust assets?
6. What signing and/or contracting authority do you have? Do you have the power to contract and deal with the trust advisors (i.e. accountants, lawyers etc.)?
7. Are you responsible for the management of any business or property owned by the trust? How is this done?
8. Are you responsible for banking and financing arrangements for the trust? How is this done?
9. Are you responsible for the preparation of the trust's accounts and reporting to the beneficiary? How is this done? Please provide copies of all correspondence, memorandum, faxes, electronic mails, handwritten notes, minutes and/or records of meetings and conversations etc. with respect to communications between the trustee, the settlor and the beneficiary during the periods under review.

10. How are decisions in relation to the trust property made? Where are the decisions made? Who makes these decisions? Are they documented? Who signs off on these decisions? Please provide copies of all correspondence, memorandum, electronic mails, handwritten notes, minutes and/or records of meetings and conversations etc. with respect to all decisions made by you as the trustee in relation to the trust property during the periods under review.
11. Who made the decision to distribute income from the trust to the beneficiary and elect to have the income taxed in the trust during the periods under review? Where were the decisions made? Please provide copies of all correspondence, memorandum, electronic mails, handwritten notes, minutes and/or records of meetings and conversations etc. with respect to these decisions.

Understand that this list is not exhaustive and that additional information and/or documentation may be required in order to complete the review. Please provide the requested information within thirty (30) days from the date of this letter.

RÈGLES AFFÉRENTES AUX FIDUCIES NON RÉSIDENTES



Charles C. Gagnon
Avocat, associé
BCF s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 33:3

1. HISTORIQUE DES NOUVELLES RÈGLES 33:3

2. LES FIDUCIES NON RÉSIDENTES 33:4

2.1. RÈGLES D’ASSUJETTISSEMENT 33:4

2.1.1. Nouveaux critères d’assujettissement 33:4

2.1.2. Apport 33:11

2.1.3. Fiducie étrangère exempte 33:22

2.2. CONSÉQUENCES DE L’ASSUJETTISSEMENT
ET CALCUL DE L’IMPÔT 33:26

2.2.1. Résidence canadienne réputée à certaines fins 33:26

2.2.2. Non-application de certaines dispositions 33:34

2.2.3. Commencement de résidence au Canada 33:35

2.2.4. Cessation de résidence au Canada 33:36

2.3.	RESPONSABILITÉ POUR LE PAIEMENT DE L'IMPÔT	33:36
2.3.1.	Responsabilité solidaire des contribuants résidants et des bénéficiaires résidants	33:36
2.3.2.	Plafond de recouvrement	33:36
2.4.	INTERACTION AVEC LES CONVENTIONS FISCALES	33:38
3.	FONDS DE PLACEMENT NON RÉSIDENTS	33:40
3.1.	MODIFICATIONS À L'ARTICLE 94.1 L.I.R.	33:40
3.2.	INTRODUCTION DE L'ARTICLE 94.2 L.I.R.	33:41
3.3.	RÈGLES TRANSITOIRES	33:42
4.	LA FIDUCIE NON RÉSIDENTE COMME OUTIL DE PLANIFICATION	33:43
4.1.	FIDUCIE D'IMMIGRATION	33:43
4.2.	FIDUCIE D'ÉMIGRATION ET AUTRES FIDUCIES SANS CONTRIBUANT RÉSIDANT	33:43
4.3.	FIDUCIES ÉTRANGÈRES EXEMPTES	33:45

INTRODUCTION

Ce texte se veut une mise à jour de celui présenté à l'occasion du colloque sur les fiducies le 7 février 2008 afin de tenir compte des plus récentes propositions législatives.

La première partie du présent texte contient une revue des nouvelles règles afférentes aux fiducies non résidentes.

En seconde partie, nous faisons une analyse des modifications proposées à l'imposition des fonds de placement non résidents.

On trouve en troisième partie un survol des principales situations où une fiducie non résidente peut servir d'outil de planification.

1. HISTORIQUE DES NOUVELLES RÈGLES

L'annonce de la refonte des règles d'imposition des fiducies non résidentes remonte au Budget fédéral de 1999.

Il a fallu un peu plus de 16 mois avant que le ministère des Finances du Canada publie la première ébauche de ses propositions législatives le 22 juin 2000. Par la suite, il y a eu les communiqués ministériels du 30 novembre 1999 et du 7 septembre 2000, suivis d'une deuxième ébauche des propositions législatives le 11 octobre 2002, d'une troisième ébauche le 2 août 2001, d'une quatrième ébauche le 30 octobre 2003 et d'une cinquième ébauche le 18 juillet 2005.

Les propositions législatives ont fait leur entrée à la Chambre des communes sous la forme du Projet de loi C-33 le 22 novembre 2006 mais ce dernier n'a pas été adopté avant la fin de la première session de la 39^e législature. Elles ont donc été réintroduites par le biais du Projet de loi C-10 à la session suivante et ont été adoptées par la Chambre des communes le 29 octobre 2007. Elles ont ensuite pris la route du Sénat et ont été soumises à l'examen du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce (« Comité »). À l'occasion des audiences du Comité tenues les 12 et 13 décembre 2007, divers intervenants ont fait des représentations indiquant que plusieurs aspects des nouvelles règles étaient problématiques et que des amendements s'imposaient¹. Les représentants du ministère des Finances étaient plutôt

¹ CANADA, Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, *Transcriptions du comité*, BA45097, 1610.

réticents à faire des amendements à des règles qui avaient passé plus de huit ans en gestation. Les membres du Comité ont alors demandé aux représentants du ministère des Finances de considérer les problèmes soulevés et de revenir devant eux le 30 janvier 2008. Lors de cette réunion de janvier 2008, le Comité a noté que le ministère des Finances n'avait pas terminé de résoudre les problèmes soulevés et que le Comité allait se réunir ultérieurement pour revoir les correctifs proposés². En raison du déclenchement d'élections générales, la session parlementaire a pris fin et le Projet de loi C-10 est mort au feuillet.

À l'occasion du Budget fédéral du 4 mars 2010³, le législateur a annoncé son intention de réintroduire des propositions législatives avec certains changements. Des propositions législatives incorporant les changements annoncés dans le Budget fédéral de 2010 ont été publiées le 27 août 2010 et les notes explicatives afférentes le 10 septembre 2010.

2. LES FIDUCIES NON RÉSIDENTES

2.1. RÈGLES D'ASSUJETTISSEMENT

2.1.1. Nouveaux critères d'assujettissement

Malgré les modifications apportées en 1998 au paragraphe 248(25) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁴ dans le but de considérer tout bénéficiaire éventuel d'une fiducie comme ayant immédiatement un droit de bénéficiaire, le législateur estimait que le régime d'imposition des fiducies non résidentes était inadéquat et que des changements importants étaient souhaitables⁵. Le législateur a toutefois été avare de commentaires sur les situations concrètes où il estimait que la loi actuelle était inadéquate. Interrogé à ce sujet lors de l'audience du Comité, le représentant du ministère des Finances a simplement indiqué ceci : « We believe that the previously existing rules were inadequate to deal with the situation, and that is why the 1999 budget proposed them and why successive governments continue to apply them »⁶.

² CANADA, Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, *Transcriptions du comité*, BA45129, 1620.

³ CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2010*, 4 mars 2010.

⁴ L.R.C. (1985), 5^e supp., ch. 1 et mod. (« L.I.R. »).

⁵ CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 1999*, 16 février 1999.

⁶ CANADA, Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, *op. cit.*, note 1, p. 1610-56.

L'importance des changements apportés par le législateur démontre davantage une volonté de modifier la politique fiscale dans le domaine qu'une tentative de corriger des situations problématiques précises. Comme justification à ce virage dans notre politique fiscale, le législateur se contente de mentionner que notre législation se rapprochera maintenant de celle en vigueur aux États-Unis, en Nouvelle-Zélande et en Australie sans pour autant expliquer en quoi cela est souhaitable et surtout, sans indiquer que nos nouvelles règles sont plus draconiennes que celles adoptées par ces pays. C'est ce qui a amené le sénateur Goldstein à faire le commentaire suivant lors des audiences du Comité :

« [...] as far as I am aware, there is no civilized jurisdiction in the world that has laws as onerous as the one that is being proposed with respect to non-resident trusts. We are not the only country where citizens create trusts; we are not the only country where there are non-resident trusts that one seeks to tax. In the past, we have been taxing non-resident trusts under other provisions of the Income Tax Act. This proposed law is so much more onerous than anything in the western hemisphere, as far as I am aware, that it tends to make us stand out as being a bit *trop gourmand*, to use the French term; [...] »⁷ »

En vertu de l'ancien article 94 L.I.R., le revenu d'une fiducie non résidente était généralement assujéti à l'impôt canadien dans la mesure où : 1) elle possédait un bénéficiaire résidant au Canada; 2) une personne liée⁸ à ce bénéficiaire et ayant résidé au Canada à un moment donné au cours des 18 mois précédant la fin de l'année avait transféré ou prêté des biens à la fiducie et 3) cette dernière personne avait été résidente au Canada pour une ou des périodes totalisant plus de 60 mois.

Le principal changement apporté consiste en l'élimination de la présence d'un bénéficiaire résident comme condition *sine qua non* d'assujettissement d'une fiducie non résidente à l'impôt canadien. La seule présence d'un « contribuant résidant » suffit maintenant pour entraîner l'assujettissement à l'impôt canadien. Afin « d'attraper » certaines autres fiducies non résidentes, on utilise également la présence d'un « bénéficiaire résidant » comme critère alternatif et indépendant d'assujettissement⁹. Les expressions « contribuant résidant » et « bénéficiaire résidant » sont définies au nouveau paragraphe 94(1) L.I.R. et servent de pivots à la règle

⁷ *Id.*, p. 1610-53.

⁸ Ou l'oncle, la tante, le neveu ou la nièce du bénéficiaire.

⁹ *Infra*, section 2.1.1.2.

d'assujettissement proposée qui se retrouve au nouveau paragraphe 94(3) L.I.R.

Nous analyserons successivement le mécanisme de ces deux pivots avant de nous pencher sur certains types de fiducies soustraites de l'application des nouvelles règles et regroupées sous le vocable « fiducies étrangères exemptes »¹⁰.

2.1.1.1. Contribuant résident

Un « contribuant résident » d'une fiducie s'entend de toute personne qui, à un moment donné, est à la fois un résident du Canada et un « contribuant » de cette fiducie. Afin d'éviter l'application à une fiducie d'immigrant, on exclut de la définition un particulier (sauf une fiducie et un particulier n'ayant jamais été non résident¹¹) n'ayant pas encore résidé au Canada pendant une ou des périodes totalisant plus de 60 mois. Il existe également une exclusion à l'égard du particulier qui a établi une fiducie entre vifs avant 1960 alors qu'il était non-résident et à laquelle il n'a fait aucun apport après 1959. Ces exclusions existaient en vertu de l'ancien article 94 L.I.R. et ont simplement été maintenues.

Quant au terme « contribuant », celui-ci fait simplement référence à une entité qui a fait un « apport » à la fiducie (soit au moment de la détermination ou antérieurement). Ce que constitue un « apport » fait l'objet d'une définition détaillée au nouveau paragraphe 94(1) L.I.R. et joue un rôle clé dans l'assujettissement. Une analyse des circonstances donnant lieu à un « apport » se trouve un peu plus loin¹².

Avant de passer à cette analyse, on peut conclure à ce stade que la seule présence d'un contribuant ayant résidé plus de 60 mois au Canada suffit à assujettir une fiducie non résidente à l'impôt canadien, et ce, peu importe que celle-ci ait ou non un bénéficiaire résident au Canada. Il s'ensuit qu'une fiducie non résidente établie par un résident canadien à l'avantage exclusif de non-résidents sera assujettie à l'impôt canadien. On peut aisément

¹⁰ *Infra*, section 2.1.3.

¹¹ Cette dernière exclusion doit viser les enfants de moins de cinq ans qui n'ont jamais été non résidents. On peut toutefois s'interroger sur sa pertinence puisque nous voyons mal comment un enfant de moins de cinq ans pourrait faire un apport à une fiducie non résidente. On veut possiblement éviter une situation où le tuteur de l'enfant établirait une fiducie non résidente.

¹² *Infra*, section 2.1.2.

imaginer que cette approche risque de causer des problèmes juridictionnels importants et de mettre plus d'un fiduciaire dans l'embarras. En effet, tout fiduciaire est tenu en droit d'agir uniquement selon les intérêts des bénéficiaires et de protéger les biens de la fiducie contre les réclamations de tiers. Dans le cas où le fiduciaire et les bénéficiaires résident dans des pays où les impôts canadiens ne sont pas recouvrables, il est difficile pour le fiduciaire de justifier le paiement d'impôts canadiens. À moins que les biens n'aient été transférés à la fiducie à charge pour elle d'acquitter tous les impôts canadiens y afférents, le fiduciaire placé dans une telle situation devrait obtenir le consentement préalable de tous les bénéficiaires avant de payer tout impôt canadien. Le fait que la demande de paiement d'impôts canadiens provienne du constituant de la fiducie et/ou que ce dernier y consente ne sont pas des facteurs que le fiduciaire est légalement autorisé à faire entrer en ligne de compte.

2.1.1.2. Bénéficiaire résidant

La présence d'un « bénéficiaire résidant » constitue un critère d'assujettissement distinct et indépendant de l'existence d'un contribuant résidant.

Selon la définition proposée au paragraphe 94(1) L.I.R., un « bénéficiaire résidant » est une entité qui réside au Canada et qui est bénéficiaire d'une fiducie dans la mesure où la fiducie compte un « contribuant rattaché ».

Toutefois, un « bénéficiaire remplaçant » n'est pas considéré comme un bénéficiaire résidant. Un « bénéficiaire remplaçant » s'entend d'une entité qui est bénéficiaire de la fiducie du seul fait qu'elle a droit de recevoir la totalité ou une partie du revenu ou du capital de la fiducie au décès ou après le décès subséquent d'un contribuant à la fiducie ou d'une personne liée à un contribuant (ou d'un particulier qui aurait été lié à un contribuant si chaque particulier qui était vivant avant ce moment l'était à ce moment). Cette exception reconnaît le statut précaire de la personne dont le droit dépend du décès d'une autre personne. Elle cesse cependant de s'appliquer dès que le décès survient car le droit du bénéficiaire devient alors plus certain quoiqu'il puisse être assorti de certaines conditions (par exemple, l'atteinte d'un certain âge).

Est également exclue de la définition de bénéficiaire résidant l'entité qui est une « personne exemptée ». La notion de « personne exemptée » remplace la notion plus restreinte d'« organisme de bienfaisance déterminé » contenue dans le Projet de loi C-10. Cet élargissement résulte des

représentations faites par les universités et les fonds de pension canadiens. Une personne exemptée englobe notamment Sa Majesté, toute personne dont le revenu est exonéré d'impôt par l'effet du paragraphe 149(1) L.I.R., toute fiducie ou société résidant au Canada établie par une loi fédérale ou provinciale et dont les activités principales consistent à administrer un régime de pension ou un programme d'indemnisation des accidentés au travail, toute fiducie résidente dont l'ensemble des bénéficiaires sont des personnes exemptées, toute société canadienne dont l'ensemble des actions sont détenues par des personnes exemptées, toute société canadienne dont l'ensemble des biens sont détenus au profit de personnes exemptées et toute société de personnes dont l'ensemble des associés sont des personnes exemptées.

Dans notre texte¹³ publié dans le recueil *Congrès 2000* de l'Association de planification fiscale et financière, nous avons noté que le champ d'application de la définition de « bénéficiaire » prévue au paragraphe 108(1) L.I.R. ne s'étendait pas à l'article 94 L.I.R. et que par conséquent, une personne qui n'est pas bénéficiaire car une faculté d'élire n'a pas encore été exercée en sa faveur ne devrait pas être considérée comme un « bénéficiaire résident ». De toute évidence, il ne s'agissait pas du résultat recherché par le ministère des Finances puisqu'une définition très large du terme « bénéficiaire » a été introduite au nouveau paragraphe 94(1) L.I.R. En vertu de cette nouvelle définition, un bénéficiaire inclut toute entité qui a un « droit de bénéficiaire » au sens du paragraphe 248(25) L.I.R. ainsi que toute entité qui aurait un tel droit en raison des caractéristiques des actions d'une société qui a un droit de bénéficiaire dans la fiducie. On semble vouloir ainsi « percer le voile corporatif » et imputer à un actionnaire un droit de bénéficiaire dans les cas où les actions qu'il détient donnent droit de recevoir un montant provenant du revenu ou du capital de la fiducie. En raison du libellé très vague, il est difficile de circonscrire avec précision les limites de cette définition mais il nous apparaît qu'il faut à tout le moins que les caractéristiques des actions montrent clairement que leur valeur dépend largement des montants reçus de la fiducie dont la société est bénéficiaire. Sinon, il aurait suffi de réputer que soient des bénéficiaires tous les actionnaires de sociétés détenant un droit de bénéficiaire dans une société. Par exemple, il serait déraisonnable d'assujettir une fiducie non résidente à l'article 94 L.I.R. du seul fait qu'une société ayant un actionnaire résident au Canada se porte acquéreur d'une petite participation dans la fiducie.

¹³ Charles C. GAGNON, « Fiducies non résidentes et entités de placement étrangères », dans *Congrès 2000*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 29:1-48.

Contribuant rattaché

L'expression « contribuant rattaché », également définie au nouveau paragraphe 94(1) L.I.R., fait référence à une entité qui est un contribuant d'une fiducie à un moment quelconque à l'exception A) d'un particulier (autre qu'une fiducie ou qu'un particulier qui n'a jamais été non-résident) qui a résidé au Canada pendant une ou des périodes n'excédant pas 60 mois et B) de l'entité dont l'ensemble des apports à la fiducie ont été faits à un « moment de non-résidence » de l'entité. La définition de l'expression « moment de non-résidence » fait en sorte d'empêcher une personne de se prévaloir de cette exception si elle a résidé au Canada pendant une certaine période avant ou après le moment du transfert ou du prêt à la fiducie. Les tenants et aboutissants de cette règle d'application seront examinés plus loin (voir le paragraphe B) ci-dessous).

Puisque toute personne ayant fait un apport à une fiducie est considérée comme un contribuant de celle-ci, les exclusions prévues à la définition de « contribuant rattaché » ont une grande importance car en leur absence, toutes les fiducies au monde ayant au moins un bénéficiaire qui réside au Canada seraient assujetties à l'impôt canadien.

A) Exclusion des apports effectués par de nouveaux immigrants

La première exclusion à la définition de « contribuant rattaché » vise les fiducies auxquelles de nouveaux immigrants ont fait des apports. Cette exclusion est le corollaire de l'exclusion des fiducies d'immigrant prévue dans la définition de « contribuant résident » discutée ci-dessus¹⁴.

B) Exclusion des apports effectués à des moments de non-résidence

La seconde exclusion a pour but de ne pas assujettir à l'impôt canadien les fiducies auxquelles des apports ont uniquement été faits par des entités à des « moments de non-résidence ». Afin qu'un moment soit considéré comme un « moment de non-résidence » d'une entité, il faut que l'entité n'ait pas résidé au Canada (ou n'ait pas existé) tout au long d'une période ayant commencé 60 mois avant le moment de son apport à la fiducie et se terminant 60 mois après ce moment (« période exclue »).

Dans le cas d'une fiducie ayant commencé à exister au décès ou par suite du décès de la personne ayant fait l'apport, la période exclue débute

¹⁴ *Supra*, section 2.1.1.1.

18 mois au lieu de 60 mois avant le moment de l'apport et se termine au moment du décès si celui-ci survient moins de 60 mois après l'apport. Pour un apport effectué avant le 23 juin 2000, la période exclue débute 18 mois avant la fin de l'année d'imposition au cours de laquelle l'apport a été effectué (« période exclue raccourcie »).

Les notes explicatives n'indiquent pas la raison de l'existence d'une période exclue. Le législateur s'est peut-être inspiré de la période de cinq ans prévue dans plusieurs conventions fiscales pendant laquelle le Canada se réserve le droit d'imposer les gains réalisés par ses anciens résidents.

La période exclue raccourcie s'appliquant aux apports antérieurs au dépôt de la première version des propositions législatives ayant donné naissance au nouvel article 94 L.I.R. et aux fiducies résultant du décès a probablement pour objectif d'éviter que les nouvelles règles aient un effet rétroactif sur les fiducies créées en vertu des dispositions de l'ancien article 94 L.I.R. Selon les dispositions antérieures, une fiducie cessait d'être assujettie à l'impôt canadien pour une année donnée lorsque la personne qui lui a transféré des biens a mis fin à sa résidence canadienne plus de 18 mois avant la fin de cette année¹⁵.

Si l'objectif du législateur était de s'assurer de la non-rétroactivité des nouvelles règles, le libellé actuel ne lui permet pas de l'atteindre parfaitement. Prenons par exemple le cas d'une personne qui a cessé de résider au Canada le 1^{er} juin 1993 et qui avait fait un apport à une fiducie non résidente le 1^{er} janvier 1993. En vertu des anciennes règles¹⁶, cette fiducie n'était pas assujettie à l'impôt canadien depuis le 1^{er} janvier 1995. Celle-ci a recommencé à être assujettie à l'impôt canadien le 1^{er} janvier 2007 avec l'adoption du nouvel article 94 L.I.R. car une personne y a fait un apport au cours de la période exclue raccourcie. Cette situation s'explique par le fait qu'un apport effectué au cours de la période exclue raccourcie vient assujettir à jamais à l'impôt canadien une fiducie non résidente tandis qu'un apport effectué au même moment venait assujettir cette fiducie à l'impôt canadien pour une période maximale de 2 ans¹⁷ après la cessation de résidence de l'auteur de l'apport en vertu des dispositions antérieures.

¹⁵ S.-div. 94(1)b(i)(A)(II) L.I.R.

¹⁶ *Id.*

¹⁷ La période d'assujettissement sera de seulement un an si l'apport a été effectué avant le 1^{er} juillet de l'année au cours de laquelle la cessation de résidence du contribuant a eu lieu.

En somme, les nouvelles dispositions n'ont pas d'effet rétroactif uniquement dans les cas où une personne a effectué un apport à une fiducie non résidente plus de 18 mois après avoir cessé de résider au Canada et créent un assujettissement permanent pour une fiducie à laquelle une personne a fait un apport moins de 18 mois après son départ du pays en comptant sur le fait que son assujettissement serait uniquement temporaire en vertu des règles fiscales alors en vigueur.

Dans notre texte publié dans le recueil *Congrès 2000*, nous faisons remarquer que l'utilisation d'une période exclue se terminant 60 mois après le moment d'un apport faisait en sorte de susciter une incertitude à l'égard de l'assujettissement d'une fiducie ayant reçu un apport d'un ex-résident canadien car il n'y avait aucun moyen de déterminer si ce dernier redeviendrait résident au cours des 60 mois suivant son apport. Nous mentionnions que l'idée de laisser un contribuable dans une incertitude complète quant à ses obligations fiscales pendant une période pouvant aller jusqu'à cinq ans nous apparaissait déraisonnable, notamment en raison des problèmes d'appariement auxquels elle pourrait donner lieu en matière de crédits d'impôt étrangers. Le législateur a néanmoins choisi de maintenir le cap avec le paragraphe 94(10) L.I.R. Puisqu'il faut attendre 60 mois avant de savoir si un apport a bel et bien été fait à un moment de non-résidence, le sous-alinéa 152(4)b)(vii) L.I.R. sera modifié de manière à permettre l'établissement d'une cotisation dans les trois ans suivant la fin de la période normale de nouvelle cotisation. Au moins, cette prolongation de la période normale de cotisation s'appliquera uniquement aux années d'imposition se terminant après le 4 mars 2010.

2.1.2. Apport

Tel que nous l'indiquions en commençant notre analyse des règles d'assujettissement, le concept d'« apport » joue un rôle déterminant dans l'assujettissement car il est directement sous-jacent à la définition de contribuant et par conséquent, indirectement sous-jacent à la définition de « contribuant résident » et de « bénéficiaire résident ».

Le sens à donner au terme « apport » fait l'objet d'une définition détaillée au nouveau paragraphe 94(1) L.I.R. et de règles d'application élaborées au nouveau paragraphe 94(2) L.I.R.

2.1.2.1. Apport direct

Un « apport » d'une entité à une fiducie comprend notamment tout transfert ou prêt de bien (sauf un transfert sans lien de dépendance) à la fiducie effectué par l'entité.

2.1.2.2. Apport indirect

En vertu de l'alinéa b) de la définition d'« apport », une entité donnée sera également considérée comme ayant fait un apport à une fiducie si elle a fait un transfert ou prêt de bien (sauf un transfert ou prêt sans lien de dépendance) à une autre entité dans le cadre d'une série d'opérations ou d'événements qui comporte un transfert ou prêt à la fiducie par cette autre entité, dans la mesure où il est raisonnable de considérer que le transfert ou prêt effectué par l'autre entité a été effectué relativement au transfert ou prêt effectué par l'entité donnée. On cherche ainsi à inclure les apports effectués par entité interposée. Dans la première version des propositions législatives ayant donné naissance au nouvel article 94 L.I.R., il était nécessaire que le transfert par la personne donnée « ait permis » à la personne interposée d'effectuer le transfert ou prêt à la fiducie. À cet égard, nous avons noté à l'époque que le concept d'une transaction qui en a permis une autre ne se retrouvait nulle part ailleurs dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* et n'avait par conséquent pas fait l'objet de jurisprudence dans un contexte fiscal. Dans les versions subséquentes des propositions législatives, ce concept a été abandonné au profit de celui plus large de « relativement » ou en anglais « in respect of ». Dans l'affaire *Norwegian c. La Reine*, la Cour suprême a jugé que l'expression « in respect of » a une portée des plus larges et exprime tout lien quelconque entre deux sujets¹⁸.

Même si aucun prêt ou transfert n'est initialement fait à l'entité interposée, il suffit que l'entité donnée contracte l'obligation d'effectuer un transfert ou prêt à l'entité interposée¹⁹ pour qu'un apport soit réputé avoir été fait par l'entité donnée.

¹⁸ [1983] 1 R.C.S. 29; [1983] C.T.C. 20 (C.S.C.).

¹⁹ Par. 94(1) « apport », al. c) L.I.R.

2.1.2.3. Règles d'application du paragraphe 94(2) L.I.R.

Le paragraphe 94(2) L.I.R. prévoit une série de situations où une entité sera réputée avoir fait un transfert ou un prêt à une fiducie. Toutefois, chacune de ces règles exclut le transfert sans lien de dépendance²⁰.

Enrichissement

Tout transfert ou prêt d'un bien à une entité ayant pour effet d'augmenter la juste valeur marchande (« JVM ») de biens détenus par une fiducie constitue un transfert ou prêt à cette fiducie²¹.

Un transfert ou prêt à une fiducie intervient également si un transfert ou un prêt à une entité a pour effet de diminuer une obligation réelle²² ou éventuelle de la fiducie²³.

Enfin, lorsque la fiducie détient des biens dont la JVM provient en tout ou en partie, directement ou indirectement, de biens détenus par une entité (« destinataire »), tout transfert ou prêt par une entité donnée (« cédant ») au destinataire est réputé être un transfert ou prêt par le cédant à la fiducie²⁴.

Transmission au décès

Une fiducie non résidente ayant acquis un bien par suite du décès d'un résident canadien est réputée avoir reçu un transfert de ce dernier immédiatement avant son décès²⁵.

²⁰ *Infra*, section 2.1.2.4.

²¹ S.-al. 94(2)a(ii) L.I.R.

²² La version française des propositions législatives se réfère à une « obligation réelle ou éventuelle ». Compte tenu du fait que la version anglaise utilise les termes « liability or potential liability », il semble improbable que le législateur avait en tête le sens donné en droit civil à l'expression « obligation réelle ». Le choix de qualifier l'obligation de « réelle » est donc malheureux et l'utilisation d'un autre adjectif décrivant simplement l'existence présente/actuelle de l'obligation aurait été plus judicieuse.

²³ S.-al. 94(2)a(ii) L.I.R.

²⁴ Al. 94(2)c) L.I.R.

²⁵ Al. 94(2)j) L.I.R.

Aide financière

Toute garantie ou autre forme d'aide financière est réputée être un transfert²⁶.

Service

La reddition d'un service à une entité après le 22 juin 2000 constitue un transfert à cette entité sauf s'il s'agit d'un « service exempté »²⁷. Plusieurs conditions doivent être satisfaites afin qu'un service soit considéré comme un « service exempté » : 1) le destinataire du service doit être une fiducie; 2) le service doit avoir trait à l'administration de la fiducie; 3) le service est rendu par un fournisseur en sa qualité d'employé ou de mandataire de la fiducie; 4) la fiducie doit transférer ou prêter un bien ou contracter une obligation en échange du service; 5) le fournisseur du service aurait été disposé à rendre le service en l'absence de lien de dépendance avec la fiducie; 6) les modalités du service et les circonstances dans lesquelles il a été fourni auraient été acceptables pour le fournisseur en l'absence de lien de dépendance avec la fiducie.

En vertu de l'alinéa 94(2)k.1) L.I.R., un transfert ou un prêt effectué après le 8 novembre 2006²⁸ par une entité donnée à une autre entité et dont l'un des buts consiste à prévoir des prestations au titre de services rendus par une personne à titre d'employé est réputé avoir été fait conjointement par l'entité donnée et par l'entité employant cette personne. Cette règle vise notamment la situation où un apport est fait par une société étrangère à une fiducie non résidente dans le but de verser des prestations à des employés résidents au Canada pour des services rendus à une société apparentée canadienne. Cette règle fait alors en sorte que la société canadienne est réputée avoir fait un apport à la fiducie même si elle n'a versé aucune somme à la fiducie et que tous les fonds versés à la fiducie provenaient d'une société non résidente.

²⁶ Al. 94(2)d) L.I.R.

²⁷ Al. 94(2)f) L.I.R.

²⁸ Cette disposition est apparue pour la première fois dans le Projet de loi C-33 du 9 novembre 2006.

Acquisition (émission) d'une action, d'un droit de bénéficiaire, d'une participation ou d'un prêt

La souscription à une action d'une société est réputée donner lieu à un transfert d'action par la société à l'entité ayant souscrit l'action²⁹.

Dans le cadre d'une planification successorale impliquant le gel de la participation d'une personne dans une société canadienne en faveur d'une fiducie non résidente, de nouvelles actions ordinaires étaient normalement émises par la société canadienne à la fiducie non résidente ou à une société dans laquelle la fiducie détenait des actions. En vertu de cette nouvelle règle, un transfert est réputé avoir été fait par la société canadienne à la fiducie non résidente lors de l'émission des nouvelles actions à la fiducie ou à la société dans laquelle la fiducie détient des actions.

Il en va de même lorsqu'une entité acquiert un droit de bénéficiaire dans une fiducie, autrement que par suite d'une disposition par un bénéficiaire de la fiducie³⁰.

Un transfert se produit également lorsqu'une entité acquiert une participation dans une société de personnes, autrement que par suite d'une disposition de la participation par un associé de la société de personnes³¹.

Lors de l'acquisition auprès d'une entité d'une créance dont elle est débitrice, il est réputé y avoir transfert par cette dernière à l'acquéreur³².

Enfin, l'acquisition du droit consenti après le 22 juin 2000 d'acquérir un bien (une option) ou d'obtenir un prêt est réputé être un transfert effectué à l'acquéreur par la personne auprès de laquelle il a été acquis³³.

Il s'ensuit qu'une fiducie non résidente qui ne serait pas autrement assujettie à l'impôt canadien doit être extrêmement prudente lorsqu'elle envisage d'effectuer un investissement dans une entité canadienne et

²⁹ S.-al. 94(2)g(i) L.I.R.

³⁰ S.-al. 94(2)g(ii) L.I.R.

³¹ S.-al. 94(2)g(iii) L.I.R.

³² S.-al. 94(2)g(iv) L.I.R.

³³ S.-al. 94(2)g(v) L.I.R.

s'assurer au préalable qu'il s'agit d'un transfert sans lien de dépendance³⁴, faute de quoi la fiducie pourrait devenir assujettie à l'impôt canadien. Il s'agit d'un véritable piège pour les fiducies étrangères qui ont investi ou songent à investir dans des entités canadiennes. Il arrive souvent que la fiducie étrangère ne se doute pas de l'application possible de l'article 94 L.I.R. ou qu'elle n'a tout simplement pas accès aux renseignements nécessaires sur l'entité canadienne afin de faire la détermination requise. Il existe également des cas de fiducies qui se retrouvent assujetties à l'article 94 L.I.R. en raison d'investissements effectués avant l'annonce des nouvelles règles (c'est-à-dire avant le Budget fédéral de 1999).

Utilisation d'une société étrangère affiliée contrôlée

Un transfert effectué par une entité étrangère affiliée contrôlée d'une entité selon les instructions ou avec l'accord de cette dernière sera réputé avoir été fait conjointement par cette société et l'entité. Cette règle s'applique également dans les cas où le transfert a été effectué du fait que la société deviendra une société étrangère affiliée contrôlée de l'entité³⁵.

Acquisition d'une participation fixe désignée

Une entité est réputée faire un apport à une fiducie lorsqu'elle acquiert une participation fixe désignée dans la fiducie autrement que de la fiducie émettrice de la participation³⁶.

Règle spécifique d'antiévitement

Un transfert effectué par une entité suivant les instructions ou avec l'accord d'une autre entité sera considéré avoir été fait conjointement par les deux entités s'il est raisonnable de conclure que l'une des raisons du transfert consiste à permettre que soit évitée ou minimisée l'obligation d'une entité quelconque qui découle ou qui aurait découlé de l'application du paragraphe 94(3) L.I.R. projeté³⁷.

³⁴ La signification de l'expression « transfert sans lien de dépendance » est étudiée plus loin à la section 2.1.2.4.

³⁵ Al. 94(2)l) L.I.R.

³⁶ S.-al. 94(2)q) L.I.R.

³⁷ Al. 94(2)k) L.I.R.

Cette règle constitue un véritable piège dans lequel il est très facile de tomber par mégarde. Les résidents canadiens qui sont bénéficiaires d'une fiducie non résidente qui n'est pas assujettie au paragraphe 94(3) L.I.R. doivent analyser attentivement l'application possible de cette disposition avant de donner des instructions ou leur accord relativement à des transactions de la fiducie.

Apport conjoint

Lorsqu'une fiducie donnée effectue un apport à une autre fiducie, cet apport est réputé avoir été fait conjointement par la fiducie donnée et par chaque entité qui, au moment de l'apport, est un contribuant à la fiducie donnée³⁸.

Dans le cas d'un apport fait par une société de personnes à une fiducie, l'apport est réputé avoir été fait conjointement par la société de personnes et par chacun de ses associés³⁹. Dans le Projet de loi C-10, cette règle ne s'appliquait pas aux associés dont la responsabilité était limitée par la loi qui régit le contrat de société. Les commanditaires d'une société en commandite n'étaient donc pas réputés avoir fait un apport à une fiducie simplement en raison d'un apport effectué par la société en commandite à la fiducie. Cette exclusion des commanditaires n'a pas été reprise dans les dernières propositions législatives mais ils en bénéficieront à l'égard des transferts effectués avant le 4 mars 2010.

2.1.2.4. Exception générale : transfert sans lien de dépendance

Un transfert sans lien de dépendance ne constitue pas un apport⁴⁰ et par conséquent, l'auteur d'un tel transfert n'est pas considéré être un contribuant d'une fiducie.

Sous réserve des conditions discutées plus bas, un transfert sans lien de dépendance entre un cédant et un destinataire intervient dans les cas suivants :

³⁸ Al. 94(2)n) L.I.R.

³⁹ Al. 94(2)o) L.I.R.

⁴⁰ En raison de l'exclusion spécifique prévue au premier alinéa de la définition d'« apport » proposée au paragraphe 94(1) L.I.R.

- i) de manière générale, un rendement sur un placement (intérêts, dividende, loyer, redevance, etc.) si le montant du paiement n'excède pas la somme que le cédant aurait payée en l'absence de lien de dépendance avec le destinataire⁴¹;
- ii) un paiement effectué par une société à l'occasion d'une réduction du capital versé au titre des actions d'une catégorie si le montant du paiement n'excède pas le montant de la réduction du capital versé ou, si elle est moins élevée, la contrepartie lors de l'émission des actions⁴²;
- iii) un transfert en échange duquel le destinataire transfère ou prête un bien au cédant ou contracte l'obligation de lui transférer ou céder s'il est raisonnable de conclure que le cédant aurait été disposé à effectuer le transfert en l'absence de lien de dépendance avec le destinataire et que les modalités du transfert et les circonstances dans lesquelles il a été effectué auraient été acceptables pour le cédant en l'absence de lien de dépendance avec le destinataire⁴³;
- iv) un transfert effectué en règlement d'une obligation découlant d'un transfert visé au paragraphe précédent selon des conditions similaires⁴⁴;
- v) un paiement d'une somme dont le cédant est débiteur aux termes d'un accord écrit dont les modalités auraient été conclues par des personnes sans lien de dépendance⁴⁵;
- vi) un paiement effectué avant 2002 à une fiducie ou à une société qu'elle contrôle ou à une société de personnes dont elle est un associé détenant une participation majoritaire, en remboursement d'un prêt⁴⁶;
- vii) un paiement effectué après 2001 et avant 2011 à une fiducie, à une société qu'elle contrôle ou à une société de personnes dont elle est un associé détenant une participation majoritaire, en remboursement d'un prêt que les parties auraient été disposées à conclure en l'absence de lien

⁴¹ Par. 94(1) « transfert sans lien de dépendance », s.-al. b)(i) L.I.R.

⁴² Par. 94(1) « transfert sans lien de dépendance », s.-al. b)(ii) L.I.R.

⁴³ Par. 94(1) « transfert sans lien de dépendance », s.-al. b)(iii) L.I.R.

⁴⁴ Par. 94(1) « transfert sans lien de dépendance », s.-al. b)(iv) L.I.R.

⁴⁵ Par. 94(1) « transfert sans lien de dépendance », s.-al. b)(v) L.I.R.

⁴⁶ Par. 94(1) « transfert sans lien de dépendance », s.-al. b)(vi) L.I.R.

de dépendance entre elles. Cette dernière condition ne s'applique cependant pas à un paiement effectué avant 2005 selon des modalités de remboursement fixes conclues avant le 23 juin 2000⁴⁷.

Il n'y a cependant pas de transfert sans lien de dépendance dans les cas que nous venons d'énumérer si le bien transféré est un « bien d'exception » ou qu'une des raisons du transfert consiste à permettre l'acquisition par une entité d'une participation à titre de bénéficiaire d'une fiducie non résidente⁴⁸.

De manière générale, un « bien d'exception » est une action d'une « société à peu d'actionnaires » acquise à l'occasion d'une opération ou série d'opérations dans le cadre de laquelle une « action déterminée » a été acquise en contrepartie d'un bien. Toute société est une « société à peu d'actionnaires » à moins que son capital-actions comporte au moins une catégorie d'actions visées par règlement pour l'application de l'alinéa 110(1)d) L.I.R., qu'elle compte plus de 150 actionnaires détenant chacun des actions de cette catégorie ayant une JVM d'au moins 500 \$ et qu'aucun actionnaire ne détient seul ou avec d'autres actionnaires avec lesquels il a un lien de dépendance des actions de la société lui(leur) conférant au moins 10 % des votes lors d'une assemblée des actionnaires ou dont la JVM est égale à au moins 10 % de celle de l'ensemble des actions émises et en circulation.

Quant à une « action déterminée », elle s'entend d'une action du capital-actions d'une société qui n'est pas une action visée à l'article 6204 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*⁴⁹ pour l'application de l'alinéa 110(1)d) L.I.R. (c'est-à-dire toute action autre qu'une action ordinaire).

Avec l'introduction de la notion de bien d'exception, le législateur cherche à éviter qu'une fiducie non résidente utilisée dans le cadre d'un gel successoral des actions d'une société privée résidant au Canada puisse se prévaloir de l'exception pour transfert sans lien de dépendance afin d'échapper au paragraphe 94(3) L.I.R.

Outre le gel successoral, il existe de nombreuses autres circonstances où des actions qui ne satisfont pas aux conditions prescrites à l'article 6204 R.I.R. sont émises pour des raisons purement commerciales à l'occasion

⁴⁷ Par. 94(1) « transfert sans lien de dépendance », s.-al. b)(vii) L.I.R.

⁴⁸ Par. 94(1) « transfert sans lien de dépendance », al. a) L.I.R.

⁴⁹ C.R.C., 1978, ch. 945 et mod. (« R.I.R. »).

d'acquisitions, de fusions et de réorganisations. Il s'ensuit que le champ d'application du concept de bien d'exception déborde largement le cadre des gels successoraux et peut avoir des conséquences fiscales fâcheuses dans des situations qui n'avaient pas été prévues par le législateur.

Une nouvelle disposition a néanmoins été introduite afin de permettre de ne pas considérer un bien comme étant un bien d'exception dans certaines circonstances⁵⁰. Afin de se prévaloir de cette disposition, il faut que le bien détenu, prêté ou transféré par une personne donnée qui serait autrement un bien d'exception tombe dans l'une des deux catégories suivantes :

- A) le bien est décrit dans un formulaire prescrit présenté au ministre et ce dernier doit être convaincu que le bien n'a jamais été et ne sera jamais acquis, détenu, prêté ou transféré par la personne donnée ou une personne avec laquelle elle a un lien de dépendance dans le but de permettre que tout changement de valeur des biens d'une société à peu d'actionnaires soit attribué à la valeur d'un bien détenu par une fiducie non résidente;
- B) le bien est une action d'une société, une participation fixe désignée dans une fiducie ou une participation à titre d'associé d'une société de personnes aux termes de laquelle la responsabilité de l'associé est limitée (c'est-à-dire commanditaire), ii) au moins 150 personnes détiennent des biens identiques ayant une valeur marchande d'au moins 500 \$, iii) la personne donnée ainsi que les personnes ayant un lien de dépendance avec elle ne possèdent pas plus de 10 % de la JVM du bien et des biens identiques, iv) des biens identiques peuvent normalement être acquis et vendus par le public sur le marché libre et v) le bien ou un bien identique est inscrit à la cote d'une Bourse de valeurs mobilières.

2.1.2.5. Exceptions spécifiques

À la suite des commentaires reçus après la publication des premières versions des propositions législatives, certaines exceptions spécifiques et très « chirurgicales » ont été introduites à la notion d'apport afin d'éliminer certaines aberrations qui auraient autrement résulté de l'application des nouvelles règles.

⁵⁰ Par. 94(14) L.I.R.

Prêt effectué par une institution financière déterminée

Un prêt effectué par une institution financière déterminée⁵¹ à une fiducie est réputé ne pas constituer un apport si les modalités du prêt sont telles qu'elles auraient été acceptables par des personnes sans lien de dépendance et que le prêt est effectué par l'institution financière déterminée dans le cours normal des activités de son entreprise⁵².

Vente d'une participation fixe désignée

Une entité qui vend sa participation fixe désignée dans une fiducie cesse d'être considérée comme ayant fait un apport à la fiducie si certaines conditions sont respectées⁵³. Il faut en outre que la vente soit faite en échange d'un bien et qu'il soit raisonnable de conclure que les parties auraient conclu la vente en l'absence de lien de dépendance.

Apport initial par gestionnaire ou promoteur

Il arrive que les gestionnaires ou les promoteurs de fonds d'investissement doivent effectuer une contribution initiale lors de la création d'un nouveau fonds. Une telle contribution n'est pas considérée comme un apport si les conditions décrites à l'alinéa 94(2)s) L.I.R. sont satisfaites.

Revente d'actions ou de créances

Si une fiducie à laquelle une société canadienne a émis des actions ou des créances vend plus tard ces actions ou créances, l'émission des actions ou des créances cessera à compter de ce moment d'être considérée comme un apport par la société à une fiducie dans la mesure où certaines conditions sont respectées. Il faut notamment que la fiducie cesse de détenir des actions ou des créances de la société ou des biens dont la JVM provient d'actions ou de créances de la société, que l'acheteur n'ait pas de lien de dépendance avec la société ou la fiducie avant la vente, que les modalités de la vente auraient été acceptables pour des parties sans lien de dépendance et que la valeur de

⁵¹ Ce terme est défini au paragraphe 248(1) L.I.R.

⁵² Al. 94(2)c) L.I.R.

⁵³ Al. 94(2)r) L.I.R.

la contrepartie n'est pas déterminée en tout ou en partie par rapport à des actions ou créances de la société⁵⁴.

Cette exclusion ne s'applique qu'à compter de la vente des actions ou créances et ne permet pas d'éviter l'assujettissement pour les années précédant la vente.

Transfert nominal avant le 11 octobre 2002

Le particulier (autre qu'une fiducie) ayant fait un transfert nominal à une fiducie personnelle avant le 11 octobre 2002 peut demander au ministre que ce transfert ne soit pas considéré comme un apport à la fiducie en déposant un formulaire prescrit. Afin que cette demande soit accordée par le ministre, ce dernier doit être convaincu que le particulier n'a jamais transféré de biens d'exception à la fiducie et que son apport ne visait pas à s'octroyer une participation à titre de bénéficiaire ou un avantage de la fiducie ou à octroyer une telle participation ou un tel avantage à un de ses descendants ou à toute entité avec laquelle lui ou un de ses descendants a un lien de dépendance⁵⁵.

Afin d'être admissible à cette exception, le total des apports effectués par le particulier avant le 11 octobre 2002 ne doit pas excéder le plus élevé de 500 \$ et de 1 % du total de tous les apports effectués à la fiducie avant le 11 octobre 2002.

2.1.3. Fiducie étrangère exempte

Un certain nombre de fiducies qui auraient autrement été assujetties sont spécifiquement exclues et définies comme des « fiducies étrangères exemptes » au nouveau paragraphe 94(1) L.I.R.

Une « fiducie étrangère exempte » comprend les fiducies non résidentes suivantes :

- a) une fiducie pour subvenir aux besoins d'une personne non résidente atteinte d'une déficience mentale au cours de la durée prévue de sa déficience⁵⁶;

⁵⁴ Al. 94(2)t) L.I.R.

⁵⁵ Al. 94(2)u) L.I.R.

⁵⁶ Par. 94(1) « fiducie étrangère exempte », al. a) L.I.R.

- b) une fiducie établie après de l'échec d'un mariage ou d'une union de fait afin de subvenir aux besoins d'un enfant non résident jusqu'à la fin de ses études⁵⁷;
- c) une fiducie reliée à l'Organisation des Nations Unies⁵⁸;
- d) une fiducie propriétaire et administratrice d'une université reconnue à des fins de dons de bienfaisance⁵⁹;
- e) une fiducie ayant reçu un don de Sa Majesté du Chef du Canada au cours de l'année ou de l'année précédente⁶⁰;
- f) une fiducie établie conformément à la *Convention internationale de 1992 portant création d'un Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures* ou à tout protocole de cette convention ratifiée par le gouvernement du Canada (ce type de fiducie est un ajout apparaissant uniquement dans la dernière mouture des propositions législatives du 27 août 2010 et est d'actualité étant donné la catastrophe de la plateforme de BP qui s'est produite dans le Golfe du Mexique au cours de l'été 2010)⁶¹;
- g) une fiducie établie exclusivement à des fins de bienfaisance comptant plus de 20 contribuants sans lien de dépendance et exemptée d'impôt dans le pays étranger en reconnaissance des fins de bienfaisance auxquelles elle est administrée⁶² (On peut s'interroger sur le bien-fondé de la condition exigeant que la fiducie compte plus de 20 contribuants sans lien de dépendance. Dans la mesure où la fiducie a bel et bien été établie à des fins de bienfaisance et que ses biens ne peuvent pas être utilisés à l'avantage personnel d'un contribuant ou d'une personne liée à celui-ci, nous ne voyons aucune raison valable justifiant cette discrimination à l'encontre des fondations privées étrangères. Cette condition relève davantage de la paranoïa que de la politique fiscale.);

⁵⁷ Par. 94(1) « fiducie étrangère exempte », al. b) L.I.R.

⁵⁸ Par. 94(1) « fiducie étrangère exempte », s.-al. c)(i) L.I.R.

⁵⁹ Par. 94(1) « fiducie étrangère exempte », s.-al. c)(ii) L.I.R.

⁶⁰ Par. 94(1) « fiducie étrangère exempte », s.-al. c)(iii) L.I.R.

⁶¹ Par. 94(1) « fiducie étrangère exempte », s.-al. c)(iv) L.I.R.

⁶² Par. 94(1) « fiducie étrangère exempte », al. d) L.I.R.

- h) une fiducie régie par un régime de participation des employés aux bénéfices, une convention de retraite ou un mécanisme de retraite étranger⁶³, tel un « IRA » américain prescrit à l'article 6803 R.I.R.;
- i) une fiducie régie par un régime de prestations aux employés ou une fiducie visée à l'alinéa a.1) de la définition de fiducie au paragraphe 108(1) L.I.R. dans la mesure où elle est administrée au profit de personnes physiques dont la majorité sont des non-résidents et où les prestations sont fournies à l'égard de « services admissibles » (des services admissibles comprennent des services rendus par un employé alors qu'il était non-résident, des services rendus principalement à l'extérieur du Canada et hors du cadre d'une entreprise exploitée au Canada et des services rendus par un employé qui a résidé au Canada pendant un maximum de 60 mois au cours des 72 mois précédents et qui est devenu un participant du régime avant qu'il ait commencé à résider au Canada)⁶⁴;
- j) une fiducie administrée exclusivement pour verser des prestations de retraite à des employés se rapportant principalement à des services rendus dans un pays étranger par des personnes qui étaient des non-résidents au moment où les services ont été rendus, qui réside dans un pays ayant un impôt sur le revenu ou sur les bénéfices et qui est exemptée d'impôt dans ce pays en reconnaissance des fins auxquelles elle est administrée⁶⁵;
- k) une fiducie dont les bénéficiaires détiennent une « participation fixe désignée » et qui entre dans l'une des catégories suivantes : A) fiducie qui compte au moins 150 bénéficiaires ayant chacun une participation fixe désignée dont la JVM excède 500 \$, B) fiducie dont l'ensemble des participations fixes désignées sont inscrites à la cote d'une Bourse de valeurs désignée et dont de telles participations se sont négociées sur une telle Bourse pendant au moins 10 des 30 derniers jours, C) fiducie dont chaque participation fixe désignée a été émise en contrepartie au moins égale à 90 % de sa part proportionnelle de la valeur nette des biens de la fiducie ou acquise en échange d'une contrepartie égale à sa JVM, D) fiducie régie par un régime d'épargne-retraite individuel (*Roth IRA*)

⁶³ Par. 94(1) « fiducie étrangère exempte », al. e) L.I.R.

⁶⁴ Par. 94(1) « fiducie étrangère exempte », al. f) L.I.R.

⁶⁵ Par. 94(1) « fiducie étrangère exempte », al. g) L.I.R.

au sens de la disposition 408A de l'*Internal Revenue Code*⁶⁶ des États-Unis ou par un régime ou mécanisme créé après le 21 septembre 2007 qui est assujéti à l'*Internal Revenue Code* et qui correspond essentiellement à un tel régime d'épargne-retraite individuel⁶⁷ (les catégories de fiducies décrites aux éléments A), B) et C) ci-dessus sont exclues car leurs bénéficiaires résidants sont assujettis à l'article 94.1 ou 94.2 L.I.R., selon qu'ils détiennent une participation inférieure à 10 % (art. 94.1) ou de 10 % ou plus (art. 94.2). Ces fiducies peuvent cependant faire le choix de ne pas être des fiducies étrangères exemptes et d'être ainsi assujetties à une imposition en vertu de l'article 94 L.I.R. plutôt que d'assujettir leurs bénéficiaires résidant au Canada à une imposition en vertu de l'article 94.1 ou 94.2 L.I.R., selon le cas. Afin d'être en présence d'une « participation fixe désignée », le montant de revenu ou de capital à distribuer de la fiducie à un moment quelconque ne doit pas dépendre de l'exercice ou du non-exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Dans notre texte du colloque sur les fiducies de février 2008⁶⁸, nous avons indiqué que cette condition doit être interprétée restrictivement car plusieurs fiducies d'investissement risqueraient autrement d'être disqualifiées du seul fait que les fiduciaires ont la discrétion de ne pas distribuer tout le revenu annuel de la fiducie. Puisque cette condition visait à exclure les fiducies purement discrétionnaires et non les fiducies d'investissement à participations fixes, il aurait été plus judicieux de prévoir que la discrétion doit exister à l'égard de la part qu'un bénéficiaire peut recevoir. Même si le libellé utilisé dans les propositions législatives du 27 août 2010 n'a pas été modifié à cet égard, les notes explicatives du 10 septembre 2010 indiquent qu'une participation ne sera pas disqualifiée du seul fait que les fiduciaires ont une discrétion quant au moment où une distribution est effectuée dans la mesure où l'exercice de cette discrétion ne modifie pas les droits au revenu ou au capital et ne fait pas en sorte de pouvoir attribuer cette distribution à un autre bénéficiaire);

- l) une fiducie visée par règlement⁶⁹ (quoiqu'il n'y ait pour l'instant aucune indication d'une intention de viser ainsi certains types de fiducies).

⁶⁶ *Internal Revenue Code of 1986* et mod.

⁶⁷ Par. 94(1) « fiducie étrangère exempte », al. h) L.I.R.

⁶⁸ Charles C. GAGNON, « Règles afférentes aux fiducies non résidentes et aux fiducies établies dans les autres provinces », dans *Colloque – Les fiducies : pensiez-vous tout savoir?*, 172, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 4:1-44.

⁶⁹ Par. 94(1) « fiducie étrangère exempte », al. i) L.I.R.

2.2. CONSÉQUENCES DE L'ASSUJETTISSEMENT ET CALCUL DE L'IMPÔT

2.2.1. Résidence canadienne réputée à certaines fins

Lorsqu'une fiducie (autre qu'une fiducie étrangère exempte) est un non-résident à la fin de son année d'imposition et compte, à ce moment, un contribuant résidant ou un bénéficiaire résidant, celle-ci est réputée résider au Canada tout au long de l'année à certaines fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* décrites dans les paragraphes qui suivent.

2.2.1.1. Assujettissement à l'impôt de la partie I L.I.R. et calcul du revenu

Une telle fiducie est en outre assujettie à l'application de l'article 2 L.I.R.⁷⁰ et doit calculer son revenu pour l'année comme un résident canadien⁷¹ dans l'établissement de son assujettissement à l'impôt de la partie I L.I.R.⁷²

2.2.1.2. Déduction pour revenu distribué à un bénéficiaire (par. 104(6) L.I.R.)

Dans le calcul de son revenu imposable, la fiducie peut déduire le revenu attribué à un bénéficiaire en vertu du paragraphe 104(6) L.I.R. En ce qui a trait au revenu attribué à un bénéficiaire non résident, on a introduit le paragraphe 104(7.1) L.I.R. afin de limiter cette déduction pour faire en sorte que le revenu de source canadienne soit imposé au Canada. Par revenu de source canadienne, on entend le revenu qui aurait été assujetti à l'impôt de la partie XII.2 L.I.R.⁷³ et une portion du revenu qui aurait été assujetti à l'impôt de la partie XIII L.I.R. si la fiducie n'était pas réputée résidente au Canada aux fins de l'établissement de son assujettissement à cette dernière partie à l'égard des sommes qui lui sont payées ou qui sont portées à son crédit⁷⁴. La

⁷⁰ S.-al. 94(3)a(i) L.I.R.

⁷¹ S.-al. 94(3)a(ii) L.I.R.

⁷² S.-al. 94(3)a(vii) L.I.R.

⁷³ Il s'agit du revenu de distribution de la fiducie pour l'année, au sens du paragraphe 210.2(2) L.I.R. (c'est-à-dire les gains en capital imposables tirés de biens canadiens imposables et du revenu tiré d'une entreprise exploitée au Canada), payable à un bénéficiaire non résident.

⁷⁴ S.-al. 94(3)a(vii) L.I.R.

portion du revenu autrement assujetti à l'impôt de la partie XIII L.I.R. qui reste « emprisonné » (taxé) dans la fiducie est de 35 % si le bénéficiaire réside dans un pays avec lequel le Canada a conclu une convention fiscale et de 60 % si le bénéficiaire ne réside pas dans un tel pays. Ainsi, l'impôt payable au Canada sur du revenu autrement assujetti à l'impôt de la partie XIII L.I.R. avoisine 15 % dans le cas d'un bénéficiaire résidant dans un pays ayant conclu une convention fiscale et 25 % dans les autres cas. Notons que certaines conventions fiscales conclues par le Canada prévoient des taux plus bas que 15 % sur certains types de revenus assujettis à l'impôt de la partie XIII L.I.R. Les bénéficiaires résidant dans ces pays pourraient tenter de contester la juridiction du Canada de leur imposer par le truchement du paragraphe 94(3) L.I.R. un taux plus élevé que celui prévu à la convention. Nous discuterons plus longuement de cette possibilité dans la section 2.4 ci-dessous.

2.2.1.3. Exclusion de la « partie non résidente » (al. 94(3)f) L.I.R.)

Cette disposition est issue du Budget fédéral de 2010 et a pour objectif d'exclure du calcul du revenu d'une fiducie assujettie à l'article 94 L.I.R. les revenus provenant des biens de la fiducie qui ont fait l'objet d'un apport par des non-résidents. Il s'agit d'un assouplissement intéressant aux règles proposées.

La « partie non résidente » s'entend de tous les biens qui ne font pas partie de la « partie résidente » de la fiducie.

La partie résidente comprend :

- i) les biens qui ont fait l'objet d'un apport par un contribuant rattaché ou un contribuant résidant (dans le cas d'un bien qui était détenu en commun ou en partenariat et qui a fait l'objet d'un apport à la fiducie, seulement la fraction du bien qui était détenue par des contribuants rattachés et des contribuants résidents sera incluse dans la partie résidente de la fiducie);
- ii) si la fiducie a contracté une dette pour faire l'acquisition d'un bien et que cette dette ne constitue pas un apport, on inclut dans la partie résidente de la fiducie à l'égard de ce bien la portion de la JVM de ce bien au moment où il a été acquis correspondant au plus élevé de A) la JVM de la partie résidente de la fiducie par rapport à la JVM de l'ensemble des biens de la fiducie au début de l'année où le bien a été acquis et B) la JVM de la partie résidente de la fiducie par rapport à la JVM de l'ensemble des biens de la fiducie à la fin de cette année d'imposition en considérant que le bien n'était pas détenu à la fin de l'année (il s'ensuit que si la partie

non résidente de la fiducie augmente plus rapidement que la partie résidente au cours d'une année, cette augmentation ne sera pas prise en compte dans l'allocation de la valeur marchande d'un bien acquis à l'aide d'un emprunt au cours de cette année);

- iii) les biens substitués aux biens visés aux paragraphes i) et ii) ci-dessus;
- iv) tous les biens provenant directement ou indirectement des biens visés aux paragraphes i), ii) et iii) ci-dessus, y compris le revenu sur ces biens et la fraction non imposable de gains en capital résultant de la disposition de ces biens.

Une fois que les biens ont été répartis entre la partie résidente et la partie non résidente, l'alinéa 94(3)f) L.I.R. permet à la fiducie d'exclure dans le calcul de son revenu toute somme relativement à un bien appartenant à sa partie non résidente, sauf dans la mesure où une telle somme serait incluse en application des alinéas 115(1)a) à c) L.I.R. si la fiducie ne résidait pas au Canada. En d'autres termes, la fiducie ne doit pas tenir compte des revenus et des pertes sur les biens faisant partie de sa partie non résidente à moins qu'il ne s'agisse de revenus ou de pertes d'une source canadienne à l'égard de laquelle un non-résident est normalement imposable au Canada.

La définition de « partie résidente » est quelque peu boiteuse car elle comprend à la fois des biens spécifiques (biens ayant fait l'objet d'un apport, biens substitués et biens provenant d'autres biens) et des sommes théoriques calculées selon une formule (biens acquis en contractant une dette). Cette incongruité crée de la confusion et des problèmes d'application au point où l'exemple donné dans les notes explicatives du 10 septembre 2010 en lien avec la définition de « partie résidente » ne respecte pas le texte des propositions législatives. Dans cet exemple, le revenu est réparti entre la partie résidente et la partie non résidente de la fiducie en proportion de la JVM respective de chaque partie et sans égard aux biens spécifiques ayant généré le revenu. Or, cette façon d'allouer le revenu contredit le libellé de la définition de « partie résidente » et celui de l'alinéa 94(3)f) L.I.R. qui prévoient clairement que l'on doit regarder le revenu généré par les biens de la partie résidente et ceux de la partie non résidente plutôt que de faire une allocation théorique du revenu en fonction de la JVM relative de la partie résidente et de la partie non résidente. Cet exemple est d'ailleurs incompatible avec l'exemple 2 donné à l'égard du paragraphe 94(16) L.I.R. dans lequel aucun revenu n'est alloué à la partie non résidente d'une fiducie étant donné que les biens contenus dans cette partie n'ont généré aucun revenu.

Compte tenu du fait que le texte du Budget fédéral de 2010 énonçait clairement une intention d'exclure les revenus tirés des biens de la partie non résidente et ne faisait nulle part allusion à une exclusion basée sur une allocation en fonction de la JVM relative de la partie résidente et de la partie non résidente, l'exemple dans les notes explicatives afférentes à la définition de « partie résidente » devrait être revu et corrigé afin de se conformer à l'intention exprimée dans le budget et le texte des propositions législatives.

2.2.1.4. Déduction à l'égard d'un contribuant déterminé (al. 94(16)f) L.I.R.)

Cette déduction a également pour origine le Budget fédéral de 2010 et vise à permettre à un contribuant résident de faire le choix d'inclure dans le calcul de son revenu la portion du revenu de la fiducie correspondant au total de ses apports par rapport à ceux effectués par tous les contribuants résidents de la fiducie. Un contribuant résident qui fait un tel choix est appelé un « contribuant déterminé ». La portion du revenu de la fiducie attribuée à un contribuant déterminé est déductible dans le calcul du revenu de la fiducie en vertu de l'alinéa 94(16)f) L.I.R.

Le choix doit être présenté au ministre au plus tard à la date d'échéance de production qui est applicable au contribuant résident pour sa première année d'imposition pour laquelle il souhaite se voir attribuer une part du revenu de la fiducie en vertu du paragraphe 94(16) L.I.R. Le document concernant le choix doit comporter le numéro de compte de la fiducie ainsi que la preuve que le contribuant a avisé la fiducie de sa décision de faire le choix au plus tard 30 jours après la fin d'année de la fiducie. Une fois le choix effectué pour une année d'imposition, il continue de s'appliquer pour les années suivantes et il n'y a aucune indication s'il peut être révoqué. Les propositions législatives ne mentionnent pas l'utilisation d'un formulaire prescrit afin d'effectuer ce choix. En l'absence d'un tel formulaire, nous présumons que le contribuant résident pourra tout simplement joindre une lettre à sa déclaration fiscale précisant qu'il désire faire le choix et y annexer une copie de l'avis expédié à la fiducie. Dans l'éventualité où la fiducie n'a pas encore de numéro de compte auprès de l'Agence du revenu du Canada (« ARC »), on n'indique pas si le contribuant désireux d'effectuer le choix du paragraphe 94(16) L.I.R. pourra demander à l'ARC d'attribuer un numéro de compte à la fiducie.

En vertu de l'alinéa 94(16)d) L.I.R., le contribuant déterminé est réputé avoir payé une part de l'impôt sur le revenu tiré d'une entreprise et de l'impôt sur le revenu ne provenant pas d'une entreprise de la fiducie proportionnelle à la portion du revenu de la fiducie qui lui est attribuée.

Quant aux pertes subies par la fiducie au cours d'une année, elles ne peuvent pas être attribuées à ses contribuants déterminés, mais elles peuvent être utilisées afin de réduire le revenu qui leur est attribué dans une année subséquente⁷⁵.

En vertu de l'alinéa 94(16)b) L.I.R., le revenu attribué à un contribuant déterminé est réputé être du revenu de biens provenant d'une source située au Canada. Les dispositions du paragraphe 94(16) L.I.R. ne vont malheureusement pas aussi loin que les dispositions applicables au revenu distribué à un bénéficiaire d'une fiducie⁷⁶, car elles ne permettent pas à un dividende imposable d'une société canadienne, à un dividende en capital ou à un gain en capital de conserver sa nature entre les mains du contribuant déterminé.

L'alinéa 94(16)g) L.I.R. contient une règle antiévitement visant à empêcher que la déduction de l'alinéa 94(16)f) L.I.R. soit utilisée afin d'attribuer du revenu à un contribuant conjoint s'il est raisonnable de considérer que l'un des principaux objets de son apport était d'obtenir l'avantage d'une déduction, d'un solde de dépenses, d'autres sommes non déduites ou d'une exemption d'impôt.

2.2.1.5. Calcul du prix de base rajusté de la participation du bénéficiaire

Dans le calcul du prix de base de la participation d'un bénéficiaire, la fiducie est considérée comme résidente aux fins de la division 53(2)h)(i.1)(B) L.I.R. et par conséquent, la distribution de la fraction non imposable d'un gain en capital ou d'un dividende en capital ne vient pas réduire le prix de base de la participation du bénéficiaire⁷⁷.

⁷⁵ La somme déduite par la fiducie en application de l'article 111 L.I.R. vient réduire le revenu attribué à ses contribuants déterminés en vertu de l'élément D de la formule prévue à l'alinéa 94(16)a) L.I.R.

⁷⁶ Par. 104(19) et suiv. L.I.R.

⁷⁷ S.-al. 94(3)a)(iv) L.I.R.

2.2.1.6. Règles régissant les biens d'un fonds de placement non résident

La fiducie est considérée comme résidente au Canada aux fins de la définition d'« entité non résidente » prévue au paragraphe 94.1(1) L.I.R. et évite ainsi la double imposition qui aurait autrement pu résulter de l'application simultanée des articles 94 et 94.1 L.I.R.⁷⁸

2.2.1.7. Régime d'imposition des bénéficiaires

Les règles prévues aux paragraphes 104(13.1) à 104(29) L.I.R. s'appliquent de sorte que les bénéficiaires profitent du même régime d'imposition que s'il s'agissait d'une fiducie purement résidente⁷⁹.

Les dividendes imposables⁸⁰, dividendes en capital⁸¹ et gains en capital⁸² pourront donc conserver leur nature lors de leur attribution aux bénéficiaires.

Notons également que la fiducie est considérée comme résidente au Canada aux fins de l'article 115 L.I.R. à l'égard de ses bénéficiaires⁸³.

2.2.1.8. Paragraphe 111(9) L.I.R.

La fiducie est réputée résidente aux fins du paragraphe 111(9) L.I.R. et par conséquent, les restrictions de ce paragraphe ne s'appliquent pas et la fiducie peut déduire des pertes de sources étrangères et non seulement des pertes de sources canadiennes dans le calcul de son revenu⁸⁴.

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ S.-al. 94(3)a)(iii) L.I.R.

⁸⁰ Par. 104(19) L.I.R.

⁸¹ Par. 104(20) L.I.R.

⁸² Par. 104(21) L.I.R.

⁸³ S.-al. 94(3)a)(iv) L.I.R.

⁸⁴ S.-al. 94(3)a)(v) L.I.R.

2.2.1.9. Déclaration de renseignements prévue aux articles 233.3 et 233.4 L.I.R.⁸⁵

La fiducie doit produire des déclarations de renseignements à l'égard de biens étrangers dont le coût excède 100 000 \$⁸⁶ et de toute société étrangère affiliée⁸⁷.

2.2.1.10. Droits et obligations en vertu des sections I et J L.I.R. (art. 150 à 180 L.I.R.)

La fiducie est assujettie aux dispositions administratives des articles 150 à 180 L.I.R. et par conséquent, elle a les mêmes droits et obligations qu'une fiducie canadienne notamment en matière de production de déclarations, d'établissement de cotisations, de paiement de l'impôt, d'intérêts sur arriérés et remboursement, d'acomptes provisionnels, de pénalités, de remboursements et d'appels⁸⁸.

2.2.1.11. Crédits pour impôt étranger

La fiducie peut demander des crédits pour impôt étranger en réduction de l'impôt canadien en vertu de l'article 126 L.I.R.⁸⁹

À l'occasion de l'audience du Comité, nous avons soulevé le problème relié au plafond de 15 % du crédit à l'égard de l'impôt sur le revenu de biens du paragraphe 126(7) L.I.R. Ce plafond aurait fait en sorte qu'une fiducie non résidente à laquelle l'article 94 L.I.R. s'applique et qui paie un impôt supérieur à 15 % dans son pays de résidence (par exemple aux États-Unis, au Royaume-Uni, etc.) aurait été dans une situation fiscale pire qu'une fiducie établie au Canada. À l'occasion de l'audience du Comité, le représentant du ministère des Finances avait indiqué que le ministère allait se pencher sur ce problème⁹⁰.

⁸⁵ S.-al. 94(3)a)(vi) L.I.R.

⁸⁶ Art. 233.3 L.I.R.

⁸⁷ Art. 233.4 L.I.R.

⁸⁸ S.-al. 94(3)a)(vii) L.I.R.

⁸⁹ Al. 94(3)b) L.I.R.

⁹⁰ CANADA, Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, *op. cit.*, note 1, p. 1610-50.

Nous sommes heureux de constater que ce problème a été résolu dans la dernière version des propositions législatives. Le sous-alinéa 94(3)b)(ii) L.I.R. prévoit expressément que l'alinéa b) de la définition d'« impôt sur le revenu ne provenant pas d'une entreprise » ne s'applique pas au calcul de l'impôt sur le revenu ne provenant pas d'une entreprise, payé par la fiducie. Cette disposition fait en sorte que le plafond de 15 % ne s'applique pas à une fiducie assujettie à l'article 94 L.I.R. De plus, tout le revenu de la fiducie est réputé provenir de sources situées dans le pays où elle réside et l'impôt sur le revenu tiré d'une entreprise de même que l'impôt sur le revenu ne provenant pas d'une entreprise sont réputés avoir été payés au gouvernement de ce pays en vertu du sous-alinéa 94(3)b)(iii) L.I.R. Cette présomption est avantageuse car elle permet à la fiducie de maximiser ses crédits pour impôt étranger (en regroupant les impôts payés sur des revenus tirés de pays à taux d'imposition élevé avec les impôts payés sur des revenus tirés de pays à taux d'imposition faible).

2.2.1.12. Assujettissement à l'impôt de la partie XIII L.I.R. des sommes payées par la fiducie

La fiducie visée au paragraphe 94(3) L.I.R. est considérée comme résidente aux fins d'établir l'assujettissement d'une personne non résidente à l'impôt de la partie XIII L.I.R. sur une somme (sauf une « somme exclue ») que la fiducie lui paie ou porte à son crédit⁹¹. Une « somme exclue » comprend : i) une somme payée ou créditée par la fiducie avant 2004; ii) une somme visée à l'alinéa 104(7.01)b) L.I.R. (faisant déjà l'objet d'une imposition au Canada en raison de cet alinéa) et iii) une somme payée à un bénéficiaire qui est une personne physique qui n'a pas acquis sa participation moyennant contrepartie par une fiducie établie avant le 30 octobre 2003 et n'ayant reçu aucun apport après le 17 juillet 2005. Cette dernière catégorie de somme exclue vise à protéger les fiducies établies avant que cette disposition soit introduite car elle ne faisait pas partie des trois premières versions des propositions législatives.

Les raisons qui ont mené à l'introduction de cet assujettissement à l'impôt de la partie XIII L.I.R. sont obscures. Il se peut que le législateur ait voulu s'assurer qu'une fiducie visée au paragraphe 94(3) L.I.R. ne puisse pas trop réduire son fardeau fiscal canadien en contractant des emprunts auprès de prêteurs non résidents ayant un lien de dépendance avec la fiducie et en réclamant des déductions d'intérêts. Il se peut également que les autorités fiscales aient simplement voulu améliorer leur position à l'égard de la

⁹¹ S.-al. 94(3)a)(ix) L.I.R.

résidence d'une fiducie visée au paragraphe 94(3) L.I.R. aux fins des conventions fiscales.

Peu importe ce qui a motivé l'introduction de cette disposition, nous pensons qu'elle n'aurait pas dû voir le jour car elle constitue une mesure qui va à l'encontre des grands principes de notre régime d'imposition des non-résidents et des engagements pris par le Canada dans les conventions fiscales auxquelles il est partie. En effet, cette disposition fait en sorte d'assujettir à l'impôt canadien des revenus de sources étrangères payés par une fiducie non résidente à un bénéficiaire non résident, ce qui constitue du jamais vu dans notre régime d'imposition.

On peut comprendre que le législateur ait voulu assujettir le revenu qui s'accumule dans une fiducie non résidente à laquelle a contribué un résident canadien par crainte que ce revenu soit un jour payé à au contribuant ou à un de ses proches qui réside au Canada. Toutefois, ce raisonnement ne tient plus la route lorsque le revenu est payé immédiatement à un bénéficiaire non résident, car il est alors certain qu'il ne sera pas versé à un bénéficiaire résidant au Canada.

Dans le cadre de discussions informelles tenues avec des représentants du ministère des Finances, nous avons pu déceler que la crainte du législateur est que des bénéficiaires non résidents agissent à titre de mandataires (prête-nom) pour des personnes résidentes. Nous sommes d'avis que ce genre d'arrangement aurait très bien pu être attaqué en vertu des règles existantes (par. 248(25) ou 245(2) L.I.R.) et qu'il n'est pas raisonnable pour le législateur de présumer que tous les bénéficiaires non résidents de fiducies auxquelles des résidents canadiens ont contribué agissent comme mandataires de ces derniers et qu'ils ne sont pas les véritables bénéficiaires de ces fiducies.

2.2.2. Non-application de certaines dispositions

En vertu du paragraphe 94(4) L.I.R., certaines des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* visées au paragraphe 94(3) L.I.R. ne s'appliquent pas dans des circonstances précises.

Dans certains cas, on cherche simplement à éviter la circularité⁹².

⁹² Al. 94(4)a) L.I.R.

Dans d'autres, on empêche une fiducie assujettie au paragraphe 94(3) L.I.R. de recevoir ou d'effectuer un transfert de biens par voie de roulement en vertu de l'alinéa 107.4(1)c) et des paragraphes 70(6) et 73(1) L.I.R.⁹³

Enfin, on oblige les personnes effectuant des paiements à une fiducie assujettie au paragraphe 94(3) L.I.R. à faire la retenue d'impôt prévue à l'article 215 L.I.R. même si la fiducie n'est pas assujettie à l'impôt de la partie XIII L.I.R.⁹⁴ La fiducie peut demander un remboursement des montants ainsi retenus dans la mesure où ils ne peuvent pas être appliqués à l'encontre de son impôt de la partie I L.I.R.

2.2.3. Commencement de résidence au Canada

On détermine si une fiducie est assujettie au paragraphe 94(3) L.I.R. à la fin de chaque année d'imposition en regardant si elle compte à ce moment un contribuant résidant ou un bénéficiaire résidant. Si c'est le cas, la fiducie est réputée avoir résidé au Canada tout au long de l'année.

Si la fiducie n'était pas auparavant assujettie au paragraphe 94(3) L.I.R. car elle comptait ni contribuant résidant ni bénéficiaire résidant et n'était pas une fiducie étrangère exempte à la fin de l'année précédente, elle est réputée, pour l'application du paragraphe 128.1(1) L.I.R., avoir commencé à résider au Canada immédiatement après la fin de cette dernière année⁹⁵. Il s'ensuit qu'une telle fiducie est réputée, en vertu du paragraphe 128.1 L.I.R., avoir disposé de tous ses biens (sauf ses biens canadiens imposables et autres biens exclus aux sous-alinéas 128.1(1)b)(i) à (v) L.I.R.) à leur JVM avant d'avoir commencé à résider au Canada, soit à un moment où elle n'était pas encore assujettie à l'impôt canadien. Cette disposition réputée fait en sorte d'augmenter le prix de base rajusté (« PBR ») de chacun des biens de la fiducie (autre qu'un bien visé à l'un des sous-alinéas 128.1(1)b)(i) à (v) L.I.R.) à un montant égal à sa JVM avant que la fiducie devienne résidente au Canada.

⁹³ Al. 94(4)b) L.I.R.

⁹⁴ Al. 94(4)c) L.I.R.

⁹⁵ Al. 94(3)a) L.I.R.

2.2.4. Cessation de résidence au Canada

Une fiducie assujettie au paragraphe 94(3) L.I.R. est réputée avoir cessé de résider au Canada dès le moment où elle n'a plus ni de contribuant résidant, ni de bénéficiaire résidant⁹⁶ et l'année d'imposition de la fiducie est réputée avoir pris fin immédiatement avant ce moment⁹⁷.

Immédiatement avant la fin de cette année d'imposition, la fiducie est réputée avoir disposé de ses biens (autres que l'immobilier canadien et autres biens exclus aux sous-alinéas 128.1(4)b)(i) à (v) L.I.R.) à leur JVM de sorte que les gains accrus pendant sa période d'assujettissement au paragraphe 94(3) L.I.R. soient imposés au Canada.

En ce qui a trait à une fiducie qui devient une fiducie étrangère exempte à un moment donné au cours d'une année, son année d'imposition est réputée avoir pris fin immédiatement avant ce moment et une nouvelle année d'imposition est réputée avoir commencé à ce moment en vertu du paragraphe 94(6) L.I.R.

2.3. RESPONSABILITÉ POUR LE PAIEMENT DE L'IMPÔT

2.3.1. Responsabilité solidaire des contribuants résidents et des bénéficiaires résidents

Les contribuants résidents et les bénéficiaires résidents de la fiducie partagent solidairement les droits et obligations de la fiducie en vertu des sections I et J et du paragraphe 180.1(4) L.I.R. et sont assujettis aux dispositions de la partie XV L.I.R. à cet égard⁹⁸.

2.3.2. Plafond de recouvrement

Le montant qui est recouvrable d'une personne (c'est-à-dire d'un contribuant résidant ou d'un bénéficiaire résidant) à un moment donné ne peut toutefois excéder le « plafond de recouvrement » de la personne relativement à la fiducie et une année d'imposition donnée de celle-ci si :

- 1) la personne a produit toutes les déclarations de renseignements qu'elle

⁹⁶ Par. 94(5) L.I.R.

⁹⁷ Al. 128.1(4)a) L.I.R.

⁹⁸ Al. 94(3)d) L.I.R.

était tenue de produire avant ce moment relativement à la fiducie (à moins que ses apports à la fiducie totalisent moins de 10 000 \$); 2) elle est tenue aux obligations de l'alinéa 94(3)d) L.I.R. du seul fait qu'elle est un bénéficiaire résidant ou que le montant des apports qu'elle (ou qu'une personne ou société de personnes avec qui elle a un lien de dépendance) a fait à la fiducie n'excèdent pas 10 000 \$ ou, s'il est plus élevé, le montant représentant 10 % de la JVM des apports faits à la fiducie avant la fin de cette année et 3) chaque opération (ou série d'opérations) pour laquelle elle a donné des instructions ou son accord n'était aucunement motivée par le désir de minimiser ses obligations en vertu de l'alinéa 94(3)d) L.I.R. projeté⁹⁹.

Le « plafond de recouvrement » d'une personne à un moment donné relativement à une fiducie et à une année donnée correspond à la plus élevée des sommes suivantes :

a) le total du produit de disposition de sa participation dans la fiducie reçu après 2000, des distributions et avantages reçus de la fiducie après l'année 2000, des prêts reçus de la fiducie après le 4 mars 2010 et qui n'ont pas été remboursés et des sommes recouvrables en vertu de l'ancien paragraphe 94(2) L.I.R., et

b) le total de ses apports à la fiducie,

à laquelle on vient soustraire le total des sommes recouvrées de la personne (ou d'un tiers) au titre de ses obligations découlant du paragraphe 94(3) L.I.R. (et de l'ancien article 94 L.I.R. pour les années se terminant avant 2007) et de ses impôts à payer relativement à la fiducie¹⁰⁰.

Aux fins du calcul du montant recouvrable d'une personne et son plafond de recouvrement, la JVM d'un apport est déterminée au moment où il est effectué¹⁰¹.

Toutefois, dans le cas d'un bien d'exception¹⁰², on prend le plus élevé de sa JVM au moment de l'apport et de sa JVM à la fin de la troisième année civile se terminant après ce moment¹⁰³. Si le bien d'exception a été échangé,

⁹⁹ Par. 94(7) L.I.R.

¹⁰⁰ Par. 94(8) L.I.R.

¹⁰¹ Al. 94(8)b) L.I.R.

¹⁰² *Supra*, section 2.1.2.4.

¹⁰³ Par. 94(9) L.I.R.

cédé ou autrement remplacé par un autre bien avant la fin de cette période, on regarde alors la valeur du bien de remplacement à la fin de la période¹⁰⁴.

Dans les notes explicatives afférentes au paragraphe 94(9) L.I.R., on indique que la règle spéciale s'appliquant dans le cas d'un bien d'exception fournira à l'ARC une possibilité raisonnable de recouvrer les impôts dans le cadre d'une opération comportant le transfert d'un bien d'exception, par exemple dans le cas d'un gel successoral en faveur d'une fiducie non résidente. On indique que les difficultés posées par l'évaluation d'actions ordinaires émises dans le cadre d'un gel justifient cette règle spéciale. Notons que le sous-alinéa 152(4b)(vi) L.I.R. a été modifié afin de permettre à l'ARC de cotiser le contribuant résidant pendant les trois ans suivant la fin de la période normale de cotisation.

2.4. INTERACTION AVEC LES CONVENTIONS FISCALES

Dans les notes explicatives afférentes au paragraphe 94(3) L.I.R., il est indiqué qu'une fiducie à laquelle le paragraphe 94(3) s'applique est réputée résider au Canada en vertu du paragraphe 1 de l'article sur la résidence contenu dans les conventions fiscales auxquelles le Canada est partie, qu'elle soit considérée ou non, aux termes de la convention applicable, comme résidant dans un autre pays.

Dans notre texte publié à l'occasion du colloque sur les fiducies de février 2008, nous avons indiqué que ce raisonnement était fallacieux car il reposait sur une prémisse erronée¹⁰⁵. Selon le libellé du paragraphe 94(3) L.I.R., afin que les règles prévues au paragraphe 94(3) L.I.R. s'appliquent à une fiducie, il faut qu'elle soit non résidente (déterminé compte non tenu du paragraphe 94(3)) et qu'elle compte un contribuant résidant ou un bénéficiaire résidant. La non-résidence de la fiducie est donc l'une des deux conditions *sine qua non* de son assujettissement à l'impôt canadien en vertu du paragraphe 94(3) L.I.R., la seconde condition étant l'existence d'un contribuant résidant ou d'un bénéficiaire résidant. En d'autres termes, une telle fiducie ne devient pas imposable au Canada en raison de sa résidence (comme le prétend le ministère des Finances) mais plutôt de sa non-résidence combinée à la présence d'un contribuant résidant ou d'un bénéficiaire résidant. L'imposition au Canada d'une fiducie à laquelle le paragraphe 94(3) L.I.R. est certes issue de sa résidence réputée mais la cause

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ C. C. GAGNON, *loc. cit.*, note 68.

première ou, si vous préférez, la véritable cause de son assujettissement demeure sa non-résidence alliée à l'existence d'un contribuant résidant ou d'un bénéficiaire résidant. La résidence réputée de la fiducie n'est donc pas la cause première de l'assujettissement de la fiducie à l'impôt canadien. La fiducie visée au paragraphe 94(3) L.I.R. continue d'ailleurs à être traitée comme un non-résident du Canada à toutes les fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* autres que celles énumérées au paragraphe 94(3) L.I.R. La présence d'un contribuant résidant ou d'un bénéficiaire résidant ne constituent pas des critères de détermination de résidence énumérés à l'article 4 de nos conventions fiscales et peuvent difficilement être considérés comme des critères semblables à ceux qui y sont énumérés. Il s'agit de critères extrinsèques à la fiducie et qui n'ont rien à voir avec le concept de résidence.

Craignant d'être incapable d'appliquer l'article 94 L.I.R. aux fiducies qui résident dans des pays avec lesquels le Canada a conclu une convention fiscale pour les raisons susdites, le gouvernement canadien a décidé de sortir son artillerie lourde en ajoutant la disposition suivante à la *Loi sur l'interprétation des conventions en matière d'impôt sur le revenu*¹⁰⁶ :

« 4.3 Malgré toute convention ou la loi y donnant effet au Canada, la fiducie qui est réputée en vertu du paragraphe 94(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, résider au Canada pour une année d'imposition en vue du calcul de son revenu est réputée résider au Canada et non dans l'autre État contractant pour l'application de la Convention :

- a) à son égard pour l'année;
- b) l'égard de toute autre personne pour une période qui comprend tout ou partie de cette année. »

Cette disposition constitue ni plus ni moins une modification unilatérale des conventions fiscales conclues par le Canada. En agissant de la sorte, le gouvernement canadien tente de berner les nations avec lesquelles il a conclu des conventions fiscales en camouflant l'introduction unilatérale de nouveaux critères de résidence sous le couvert d'une résidence réputée.

Il aurait été beaucoup plus efficace pour le législateur de concentrer ses efforts sur les entités résidentes au Canada qui ont contribué à une fiducie non résidente ou qui en sont les bénéficiaires plutôt que de s'acharner à vouloir assujettir la fiducie non résidente à l'impôt canadien, d'autant plus

¹⁰⁶ L.R.C. (1985), ch. I-4 et mod.

que le Canada dispose de très peu de moyens d'exercer sa juridiction à l'étranger.

En plus de prendre cette position sans précédent en ce qui a trait à l'application de l'article 94 L.I.R. dans un contexte de convention fiscale, le gouvernement canadien a redoublé d'audace en refusant catégoriquement de négocier la double résidence de toute fiducie avec les autorités compétentes des pays avec lesquels nous avons conclu des conventions fiscales¹⁰⁷. Il s'ensuit que nous nous retrouvons dans la situation absurde où nous refusons systématiquement de négocier la double résidence de fiducies assujetties à l'article 94 L.I.R. qui ne possèdent aucun facteur traditionnel de rattachement avec le Canada (bénéficiaires, fiduciaires, *situs* des biens, etc.) tout en continuant de négocier la double résidence de fiducies non assujetties à l'article 94 L.I.R. dont certains fiduciaires et bénéficiaires résident au Canada.

3. FONDS DE PLACEMENT NON RÉSIDENTS

Lors du Budget fédéral de 2010, le gouvernement canadien a annoncé son intention de ne pas réintroduire les propositions législatives antérieures qui auraient fait en sorte d'instaurer un nouveau régime régissant les entités de placement étrangères en remplacement des règles sur les biens de fonds de placement non résidents contenues à l'article 94.1 L.I.R. De nombreuses et virulentes critiques avaient été formulées à l'égard de la complexité et des multiples problèmes d'application du nouveau régime.

Le gouvernement canadien a plutôt choisi de faire des modifications mineures à l'article 94.1 L.I.R. et d'introduire le nouvel article 94.2 L.I.R.

3.1. MODIFICATIONS À L'ARTICLE 94.1 L.I.R.

La principale modification proposée à l'article 94.1 L.I.R. consiste en une augmentation de 2 % du taux de rendement réputé à l'égard d'un bien d'un fonds de placement non résident. L'inclusion dans le revenu sera dorénavant calculée en fonction du taux prescrit majoré de 2 %.

Une autre modification vise simplement à exclure de l'application de l'article 94.1 L.I.R. les fiducies auxquelles s'applique le nouvel article 94.2 L.I.R. afin d'éviter une double imposition.

¹⁰⁷ 2005 *Robert Julien Family Delaware Dynasty Trust (Trustee of)* c. MRN, [2007] CarswellNat 3425 (C.F.); 2007 CF 1071, annexes C et D de la décision.

Le paragraphe 94.1(2) L.I.R. est modifié afin d'exclure de l'application de l'article 94.1 L.I.R. les fiducies étrangères exemptes (sauf celles visées par l'alinéa h) de la définition de fiducie étrangère, soit les fiducies commerciales avec participations fixes désignées) ainsi que les fiducies visées au sous-alinéa b)(i) de la définition de « contribuant résident » (soit les fiducies non testamentaires établies par un non-résident avant 1960). Dans les notes explicatives afférentes aux modifications proposées au paragraphe 94.1(2) L.I.R., il est indiqué ce qui suit :

« Est également exclue de la définition de “entité non-résidente” la fiducie qui ne compte pas de contribuants résidents, notamment une “fiducie d’immigration” dont aucun [*sic*] des contribuants qui résident au Canada n’y a résidé pendant une ou des périodes totalisant moins de 60 mois à la fin d’une année d’imposition. »

La version française des notes explicatives contient évidemment une erreur puisque tous les contribuants d’une fiducie d’immigration doivent avoir résidé au Canada moins de 60 mois. Le terme « every » de la version anglaise a été traduit erronément par le terme « aucun » au lieu du terme « chacun ». Ce qui est plus préoccupant, c’est qu’on ne retrouve nulle part dans le texte des propositions législatives l’exclusion des fiducies d’immigration. Par conséquent, un correctif approprié doit être apporté à la définition d’« entité non-résidente ». En plus d’une fiducie visée au sous-alinéa b)(i) de la définition de « contribuant résident », il faudrait que la fiducie dont tous les contribuants sont des particuliers visés à l’alinéa a) de la définition de « contribuant résident » soit également exclue de la définition d’« entité non-résidente ».

3.2. INTRODUCTION DE L’ARTICLE 94.2 L.I.R.

Le nouvel article 94.2 L.I.R. est en quelque sorte le successeur de l’actuel alinéa 94(1)d) L.I.R. et comporte plusieurs similitudes avec ce dernier.

De manière générale, l’article 94.2 L.I.R. prévoit les règles applicables à un bénéficiaire résident¹⁰⁸ qui détient une participation fixe désignée¹⁰⁹ de plus de 10 % dans une fiducie commerciale non résidente, soit le type de fiducie visé à l’alinéa h) de la définition de « fiducie étrangère exemptée ». Elles s’appliquent également à tout tel bénéficiaire qui détient une

¹⁰⁸ *Supra*, section 2.1.1.2.

¹⁰⁹ *Supra*, section 2.1.3.

participation fixe désignée et qui a fait un apport de biens d'exception¹¹⁰ à la fiducie, même si sa participation est inférieure à 10 %. Dans les cas où le bénéficiaire résidant détient une participation inférieure à 10 % et n'a pas fait d'apport de biens d'exception, il y a alors application de l'article 94.1 L.I.R. plutôt que de l'article 94.2 L.I.R. Si la fiducie n'a pas de bénéficiaire résidant en raison de l'absence d'un contribuable rattaché¹¹¹, l'article 94.2 ne s'applique pas, mais l'article 94.1 L.I.R. peut cependant s'appliquer à l'égard de tout détenteur d'une participation fixe désignée qui réside au Canada.

Lorsque l'article 94.2 L.I.R. s'applique, la fiducie est réputée être une société étrangère affiliée contrôlée (de chaque détenteur d'une participation fixe désignée de plus de 10 % ou ayant fait un apport de biens d'exception à la fiducie) aux fins des paragraphes 91(1) à 91(4) et des articles 94 et 233.4 L.I.R.¹¹²

En vertu du paragraphe 91(1) L.I.R., le détenteur de la participation se voit attribuer sa part du revenu étranger accumulé tiré de biens (RÉATB) et a droit à une déduction à l'égard de la portion de ce revenu qui est déjà incluse dans le calcul de son revenu en vertu du paragraphe 104(13) L.I.R.¹¹³

3.3. RÈGLES TRANSITOIRES

Les propositions législatives du 27 août 2010 contiennent des règles transitoires détaillées dont peuvent se prévaloir les contribuables qui ont appliqué les règles proposées relatives aux entités de placement étrangères (proposées antérieurement et abandonnées depuis). Ces règles visent à ne pas pénaliser ces contribuables et à leur éviter de devoir modifier leurs déclarations fiscales pour les années d'imposition ayant pris fin après 2000 et avant le 4 mars 2010. Un contribuable qui a inclus des montants trop élevés dans le calcul de son revenu en vertu des règles sur les entités de placement étrangères peut déduire l'excédent dans sa déclaration fiscale pour sa première année d'imposition qui prend fin après le 4 mars 2010. Dans le cas où les montants déduits par le contribuable excèdent les montants inclus dans le calcul de son revenu en vertu des règles sur les entités de placement étrangères, le contribuable doit réduire le PBR de ses participations d'un montant égal à cet excédent.

¹¹⁰ *Supra*, section 2.1.2.4.

¹¹¹ *Supra*, section 2.1.1.2.

¹¹² Par. 94.2(2) L.I.R.

¹¹³ Par. 94.2(3) L.I.R.

4. LA FIDUCIE NON RÉSIDENTE COMME OUTIL DE PLANIFICATION

4.1. FIDUCIE D'IMMIGRATION

Le ministère des Finances a choisi de continuer à favoriser la création de fiducies d'immigration pour inciter des personnes fortunées à venir s'établir au Canada en introduisant un amendement visant à écarter l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. à une fiducie d'immigration.

On se rappellera que même si une fiducie d'immigrant n'est pas assujettie à l'article 94 L.I.R., son revenu peut devenir assujéti à l'impôt canadien entre les mains des personnes qui ont transféré des biens à la fiducie si l'une ou l'autre des règles d'attribution¹¹⁴ trouve application.

Grâce à l'introduction de l'alinéa 75(3)c.3) L.I.R., le paragraphe 75(2) L.I.R. ne peut plus s'appliquer aux biens transférés à une fiducie non résidente par un contribuant qui a résidé au Canada pour une ou des périodes totalisant moins de 60 mois.

Le nouvel immigrant a donc la possibilité de contribuer à une fiducie non résidente sans craindre de se voir attribuer les revenus de la fiducie au cours d'une période pouvant aller jusqu'à 60 mois.

Toutefois, le nouvel immigrant doit continuer de faire attention aux pièges contenus dans les autres règles d'attribution. Il doit aussi garder en tête que le paragraphe 75(2) L.I.R. commencera à s'appliquer dès que la fiducie deviendra assujettie à l'article 94 L.I.R. et que le transfert des biens de la fiducie à des bénéficiaires (autres que lui et sa conjointe) par roulement en vertu du paragraphe 107(2) L.I.R. ne sera plus possible en raison du paragraphe 107(4.1) L.I.R. Il y aurait donc lieu de procéder à ce type de transfert ou à la liquidation de la fiducie avant que son assujettissement au paragraphe 75(2) L.I.R. ne débute.

4.2. FIDUCIE D'ÉMIGRATION ET AUTRES FIDUCIES SANS CONTRIBUANT RÉSIDANT

La fiducie demeure un outil de planification successorale intéressant pour le contribuable qui a cessé de résider au Canada et qui désire avantager des personnes résidant au Canada ou ailleurs dans le monde. Cependant, les nouvelles règles rendent la tâche plus délicate pour le conseiller lorsqu'au

¹¹⁴ Art. 74.1 à 74.4 L.I.R.

moins un des bénéficiaires réside au Canada en raison de l'assujettissement à l'impôt canadien pouvant résulter de la présence d'un « bénéficiaire résidant » au sens technique donné à cette expression au paragraphe 94(1) L.I.R.¹¹⁵

Rappelons qu'une contribution effectuée par une personne à une fiducie dans les 60 mois suivant son départ du Canada n'est pas considérée comme ayant été faite à un moment de non-résidence. Par conséquent, la fiducie à laquelle une telle personne a fait un apport est réputée résider au Canada en vertu du paragraphe 94(3) L.I.R. si au moins une personne ayant un droit de bénéficiaire réside alors au Canada. Il n'y a cependant pas d'assujettissement au paragraphe 94(3) L.I.R. si le résident canadien est un bénéficiaire remplaçant¹¹⁶ de la fiducie. Dans ce dernier cas, l'application du paragraphe 94(3) L.I.R. est différée jusqu'au décès du contribuant car à ce moment, le bénéficiaire résidant perd sa qualité de bénéficiaire remplaçant.

À moins que des raisons autres que fiscales ne requièrent l'établissement immédiat d'une fiducie, il s'ensuit qu'il vaut mieux attendre au moins 60 mois après le départ du Canada avant de procéder à la création d'une fiducie non résidente ayant un bénéficiaire qui réside au Canada. Au cours de cette période de 60 mois, le contribuable peut néanmoins prévoir la création d'une telle fiducie dans son testament afin de pouvoir bénéficier de la période exclue raccourcie. En effet, dans le cas d'un apport résultant du décès du contribuant, il suffit que celui-ci ait cessé de résider au Canada 18 mois avant son décès pour que son apport à la fiducie soit considéré comme ayant été fait à un moment de non-résidence¹¹⁷.

Si un ancien résident canadien décide de revenir résider au Canada et qu'il a créé une fiducie non résidente ayant un ou plusieurs bénéficiaires résidant au Canada dans les cinq ans précédant son retour, il y aurait lieu de songer à liquider la fiducie avant que le contribuant ne recommence à résider au Canada car autrement, le paragraphe 94(10) L.I.R. projeté fera en sorte que celle-ci sera rétroactivement assujettie à l'impôt canadien en vertu du paragraphe 94(3) L.I.R. pour chacune des années depuis sa création.

Un volet souvent négligé de l'utilisation de fiducies non résidentes est celui des héritages et dons en provenance de parents résidant à l'étranger. De

¹¹⁵ *Id.*

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ *Supra*, section 2.1.1.2.

nombreux Canadiens de première génération négligent de consulter à l'égard de la planification des biens qu'ils recevront lors du décès de leurs proches qui résident encore dans leur pays d'origine. La fiducie discrétionnaire établie par un non-résident à l'avantage de ses descendants qui résident au Canada demeure un outil très avantageux de planification fiscale.

4.3. FIDUCIES ÉTRANGÈRES EXEMPTES

En terminant, soulignons que dans des circonstances permettant la mise en place d'une fiducie qui remplit les conditions de l'une ou l'autre des catégories de fiducies étrangères exemptes¹¹⁸, il y a lieu de considérer l'établissement d'une telle fiducie dans un pays qui offre une fiscalité avantageuse.

¹¹⁸ *Supra*, section 2.1.3.

21 ANS APRÈS LE GEL... QUELLES LEÇONS PEUT-ON EN TIRER?



François Giroux
Avocat, associé
BCF s.e.n.c.r.l.



Anne-Marie Girard-Plouffe
Adm.A., Pl. Fin., AVA, GPC, FICVM
Conseillère en sécurité financière
Option Fortune inc.



Gilles Chevalier
Pl. Fin., président
Engel Chevalier – Protection
du patrimoine inc.

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (FRANÇOIS GIROUX)

INTRODUCTION	34:5
1. LES POUVOIRS DES FIDUCIAIRES	34:5
1.1. POUVOIRS DES FIDUCIAIRES	34:5
1.2. RECOURS DES BÉNÉFICIAIRES	34:6
2. LES POUVOIRS DES ADMINISTRATEURS	34:7
2.1. POUVOIRS DES ADMINISTRATEURS	34:7
2.2. RECOURS DES ACTIONNAIRES	34:7
2.2.1. Le recours en oppression en vertu de la <i>Loi canadienne sur les sociétés par actions</i>	34:7
2.2.2. Les recours en vertu du Code civil et du <i>Code de procédure civile</i> du Québec.....	34:8
2.2.3. Les recours en vertu de la nouvelle <i>Loi sur</i> <i>les sociétés par actions</i> du Québec.....	34:9
3. CAS PRÉSENTÉS	34:10
3.1. LA FAMILLE BERTRAND.....	34:10
3.2. LA FAMILLE HENRI	34:13
3.3. LA FAMILLE LEBLANC	34:14
3.4. LA FAMILLE TREMBLAY	34:17
CONCLUSION	34:18

PARTIE B (ANNE-MARIE GIRARD-POUFFE)

1. LA FAMILLE BERTRAND.....	34:19
1.1. LA SITUATION	34:19
1.2. LA PROBLÉMATIQUE	34:19
1.3. LES OBJECTIFS	34:21
1.4. LES PISTES DE SOLUTION	34:21
1.4.1. Le régime de retraite individuel.....	34:22
1.4.2. La convention de retraite	34:23
1.4.3. La rente assurée de société	34:24
1.4.4. Le règlement des impôts par M. Bertrand	34:25
CONCLUSION	34:26

2.	LA FAMILLE HENRI	34:26
2.1.	LA SITUATION	34:26
2.2.	LA PROBLÉMATIQUE	34:27
2.3.	LES OBJECTIFS	34:27
2.4.	LES PISTES DE SOLUTION	34:28
2.4.1.	Un nouveau gel successoral dans la fiducie	34:28
2.4.2.	Le financement au décès au moyen de l'assurance vie	34:28
2.4.3.	Le plan d'intéressement.....	34:29
CONCLUSION		34:29
PARTIE C (GILLES CHEVALIER)		
1.	LA FAMILLE LEBLANC	34:30
1.1.	DISCUSSIONS ET RÉFLEXIONS	34:32
1.2.	CONSIDÉRATIONS FISCALES ET SUCCESSORALES	34:32
1.3.	SITUATION DE PIERRE LEBLANC	34:33
1.4.	SOLUTION DE RECHANGE, LA SOUSCRIPTION D'UNE ASSURANCE VIE	34:33
1.5.	COMPARAISON.....	34:35
CONCLUSION		34:35
2.	LA FAMILLE TREMBLAY	34:35
2.1.	PIÈGES ÉMOTIFS.....	34:36
2.2.	CONSIDÉRATIONS FISCALES ET SUCCESSORALES	34:39
CONCLUSION		34:39

PARTIE A

François Giroux, avocat, associé
BCF s.e.n.c.r.l.

INTRODUCTION

On n'arrête pas le progrès! Les actes de fiducie deviennent de plus en plus sophistiqués, au fur et à mesure que les praticiens découvrent (et vivent!) certaines problématiques et tentent de régler celles-ci par le biais de nouvelles dispositions dans l'acte de fiducie.

Afin d'étudier l'impact de la disposition réputée au 21^e anniversaire d'une fiducie, nous devons reculer l'horloge au début des années 1990, moment où les actes de fiducie rédigés par les juristes québécois étaient beaucoup moins sophistiqués qu'aujourd'hui¹. De plus, les techniques de gel ont également beaucoup évolué au cours des 20 dernières années, notamment en ce qui a trait à la possibilité d'un dégel successoral.

Lorsqu'on se trouve en présence d'une structure mise en place depuis plusieurs années, nous devons faire preuve de débrouillardise afin de résoudre les problèmes découlant de l'arrivée du 21^e anniversaire de la fiducie; ne disposant pas des moyens plus sophistiqués développés au cours des dernières années pour gérer cette situation, les solutions retenues doivent respecter certains principes fondamentaux, qu'il y a lieu de rappeler en guise d'introduction à nos cas pratiques.

1. LES POUVOIRS DES FIDUCIAIRES

1.1. POUVOIRS DES FIDUCIAIRES

Tout d'abord, une bonne nouvelle : comme le propriétaire d'un bien, le fiduciaire possède la pleine administration des biens de la fiducie². Il peut

¹ Par contre, sophistiqué ne veut pas nécessairement dire meilleur. Le style de rédaction, très fiscal, par lequel on tente d'anticiper le plus de situations possible et de prévoir des règles spécifiques à leur égard comporte ses limites : il est impossible de tout prévoir. L'auteur est d'avis que l'octroi de la pleine administration, dans le cadre d'une fiducie discrétionnaire, joint à une description détaillée de l'objet de la fiducie sera suffisant pour permettre des solutions pratiques à la vaste majorité des situations auxquelles les fiduciaires peuvent faire face.

² *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »), art. 1278, al. 2.

donc les vendre, les hypothéquer, les louer, etc. Ici, l'acte de fiducie, qu'il date de 2010 ou de 1990, ne constitue pas une embûche : en effet, il est plutôt rare qu'un acte de fiducie prévoit des limites au principe général de la pleine administration. La longue liste de pouvoirs contenue dans l'acte ne vient habituellement pas la limiter, mais constitue plutôt une liste non exhaustive d'exemples des pouvoirs de plein administrateur que le fiduciaire possède.

Puis, la mauvaise nouvelle : contrairement au propriétaire d'un bien, le fiduciaire a des comptes à rendre ! En effet, le fiduciaire est plein administrateur **du bien d'autrui**³. Il doit donc agir avec prudence, diligence, honnêteté et loyauté, dans le meilleur intérêt du bénéficiaire ou de la fin poursuivie⁴.

1.2. RECOURS DES BÉNÉFICIAIRES

Les bénéficiaires possèdent un droit de surveillance (et peuvent donc la remettre en question) sur l'administration des fiduciaires⁵. L'article 1290 C.c.Q. prévoit les recours des bénéficiaires :

« 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. »

Cette disposition illustre les limites du pouvoir de pleine administration du fiduciaire, en rappelant sans équivoque que celui-ci a des comptes à rendre.

Par conséquent, les fiduciaires doivent constamment s'assurer que les gestes qu'ils posent respectent les balises fixées par le Code civil, sous peine de subir les foudres des bénéficiaires.

³ *Id.*

⁴ Art. 1309 C.c.Q.

⁵ Art. 1287 C.c.Q.

2. LES POUVOIRS DES ADMINISTRATEURS

L'une des principales utilisations des fiducies est la détention d'actions, habituellement avec droit de participation, dans le capital de sociétés privées. Certaines stratégies de gestion de la disposition réputée au 21^e anniversaire d'une fiducie requièrent l'assentiment des administrateurs de la société privée dont les actions sont détenues par la fiducie. Par conséquent, il y a lieu de résumer les pouvoirs que ceux-ci possèdent, ainsi que leurs limites.

2.1. POUVOIRS DES ADMINISTRATEURS

Les administrateurs gèrent les affaires de la compagnie⁶, à titre de mandataires de celle-ci⁷. Dans le cadre de cette gestion, leurs pouvoirs sont très larges.

Néanmoins, les administrateurs n'étant pas les propriétaires des biens de la compagnie, leurs pouvoirs comportent certaines limites. Tout d'abord, les administrateurs doivent agir dans le meilleur intérêt de la compagnie⁸. Cela implique nécessairement que les administrateurs ont des comptes à rendre à la compagnie, mais leur responsabilité va plus loin, car ils ont également des comptes à rendre à d'autres personnes, notamment aux actionnaires de la compagnie, puisque ceux-ci possèdent des recours à leur encontre.

2.2. RECOURS DES ACTIONNAIRES

2.2.1. Le recours en oppression en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*

L'article 241 L.C.S.A. prévoit que le tribunal peut redresser la situation provoquée par la société qui abuse des droits des actionnaires, créanciers, administrateurs ou dirigeants ou se montre injuste à leur égard. En vertu de cet article, « tout plaignant » peut s'adresser au tribunal afin de rendre l'ordonnance visée.

⁶ Art. 335 C.c.Q.; *Loi sur les compagnies*, L.R.Q., c. C-38 (« L.C. »), art. 123.72; *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44 et mod. (« L.C.S.A. »), par. 102(1).

⁷ Art. 321 C.c.Q.

⁸ Art. 322 C.c.Q.; al. 122(1)a) L.C.S.A.

Lorsqu'un tribunal considère que le plaignant a établi l'existence d'un abus et des motifs d'intervention du tribunal, il dispose de pouvoirs très étendus. Bref, le tribunal peut rendre toute ordonnance, provisoire ou définitive, qu'il estime nécessaire et pertinente. Par exemple, le tribunal peut i) empêcher le comportement contesté, en l'annulant ou l'empêchant, ii) indemniser les personnes qui ont subi un préjudice ou iii) changer la composition du conseil d'administration en nommant des administrateurs ou en les destituant.

2.2.2. Les recours en vertu du Code civil et du Code de procédure civile⁹ du Québec

2.2.2.1. Pouvoir de révision de la Cour supérieure

La *Loi sur les compagnies* ne prévoit pas de recours en oppression équivalent à celui qui est prévu dans la loi fédérale. Cependant, les tribunaux québécois ont reconnu à certains actionnaires un recours semblable au recours en oppression, mais fondé sur le pouvoir de surveillance de la Cour supérieure en vertu de l'article 33 C.p.c. Cet article vise les « personnes morales de droit privé au Québec » et inclut donc les compagnies. Ce pouvoir donne ouverture à l'action dérivée, qui permet à un actionnaire de poursuivre l'auteur d'un dommage (l'auteur doit contrôler la compagnie), au nom de la compagnie, pour un dommage causé à la compagnie. Cependant, le langage utilisé à l'article 33 C.p.c. est tellement large que rien n'empêche la Cour supérieure d'accueillir une action personnelle d'un actionnaire. Toutefois, les tribunaux ont toujours fait preuve de réticence à intervenir dans les affaires internes des compagnies.

2.2.2.2. Recours en vertu de l'article 316 C.c.Q.

À la demande de tout intéressé, l'article 316 C.c.Q. permet au tribunal de tenir les personnes qui ont participé à une fraude à l'égard d'une compagnie, ou qui en ont profité, responsables du préjudice subi par la compagnie. Il est important de noter que ce recours se limite à l'obtention de dommages et ne peut pas donner lieu à la nullité, à l'interdiction ou à l'inaopposabilité des actes visés. Le recours vise les personnes qui ont tiré un profit, direct ou indirect, de l'acte reproché, mais ne requiert pas que les auteurs de la fraude contrôlent la compagnie.

⁹ L.R.Q., c. C-25 (« C.p.c. »).

2.2.3. Les recours en vertu de la nouvelle *Loi sur les sociétés par actions* du Québec

Entrée en vigueur

Le Projet de loi 63, intitulé *Loi sur les sociétés par actions* (« L.S.A. »), a été adopté par le Parlement du Québec le 1^{er} décembre 2009 et entrera en vigueur à la date qui sera fixée par le gouvernement, prévue vers janvier 2011.

Les compagnies actuellement régies par la partie IA L.C. deviendront automatiquement des sociétés par actions régies par la *Loi sur les sociétés par actions* tandis que les compagnies toujours assujetties à la partie I L.C. disposeront d'un délai de grâce de cinq ans suivant la date d'entrée en vigueur de la *Loi sur les sociétés par actions* pour déposer des statuts de continuation conformément à la *Loi sur les sociétés par actions*.

La *Loi sur les sociétés par actions* propose une réforme de la *Loi sur les compagnies* en remplaçant les compagnies parties I et IA L.C. par une nouvelle loi qui ressemblera beaucoup à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, surtout par rapport aux recours disponibles pour les actionnaires minoritaires.

En effet, la *Loi sur les sociétés par actions* introduira un recours de redressement en cas d'abus de pouvoir ou d'iniquité s'inspirant du recours semblable dans la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*. Un tribunal pourra dorénavant rendre l'ordonnance qu'il estime appropriée lorsqu'une société agit abusivement ou se montre injuste. L'article 450 L.S.A. permettra dorénavant à un actionnaire, administrateur ou dirigeant de s'adresser au tribunal pour obtenir une ordonnance de redressement lorsque la société agit abusivement ou se montre injuste à son égard.

L'abus ou l'injustice peut résulter de la façon dont la société exerce ses activités, dont elle conduit ses affaires internes ou dont les administrateurs exercent leurs pouvoirs.

Cet article donne également ouverture au recours en oppression lorsque la société ou ses administrateurs **s'apprêtent** à commettre un abus, ce qui n'est pas le cas dans le recours en vertu de l'article 241 L.C.S.A.

Le pouvoir d'intervention du tribunal en vertu de l'article 450 L.S.A. sera très large et lui permettra de rendre toute ordonnance appropriée.

En résumé, le fiduciaire d'une fiducie peut faire ce qu'il veut avec les biens de celle-ci, mais doit s'assurer d'agir dans le meilleur intérêt de la fin poursuivie par la fiducie, et des bénéficiaires; à défaut de quoi il pourra être poursuivi.

L'administrateur d'une compagnie possède également de larges pouvoirs d'administration, mais doit s'assurer d'agir dans le meilleur intérêt de la compagnie, tout en évitant de poser des gestes qui oppriment ses actionnaires, à défaut de quoi il pourra lui aussi être poursuivi.

Ce sont les principes généraux que nous devons avoir à l'esprit lorsque nous tentons de gérer l'approche du 21^e anniversaire d'une fiducie.

3. CAS PRÉSENTÉS

3.1. LA FAMILLE BERTRAND

Le gel mis en place par M. Bertrand est typique de cette époque : certes, une fiducie discrétionnaire (« Fiducie Bertrand ») a été utilisée, mais aucune méthode de dégel n'a été prévue, notamment parce que M. Bertrand ne fait pas partie des bénéficiaires de Fiducie Bertrand.

Les actions ordinaires de Bertrand & fils inc. prennent de la valeur. M. Bertrand a exprimé (probablement un euphémisme!) le désir de mettre un terme à l'enrichissement des enfants de son vivant.

À la suite de la mise en place d'un régime de retraite individuel (RRI) et d'une convention de retraite en faveur de M. Bertrand afin de sécuriser la retraite de celui-ci, la première suggestion que nous pouvons faire à M. Bertrand est de procéder à une réorganisation fiscale de Bertrand & fils inc. afin que les actions qui seront distribuées aux enfants ne prennent plus de valeur. Pour ce faire, la Fiducie Bertrand échangera ses actions ordinaires de Bertrand & fils inc. contre des actions privilégiées de gel¹⁰ (plus précisément des Actions de gel de type 1), dans le cadre d'un roulement interne effectué en vertu de l'article 85 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹¹.

¹⁰ Il s'agit d'actions sans droit de vote, rachetables au gré de la compagnie et du détenteur pour un montant fixe (« Actions de gel de type 1 ») ou d'actions sans droit de vote, rachetables au gré de la compagnie (mais non du détenteur) pour un montant fixe, et comportant un dividende cumulatif à un taux reflétant les conditions de marché au moment où elles sont émises (Actions de gel de type 2).

¹¹ L.R.C. (1985), 5^e supp., ch. 1 et mod. (« L.I.R. »).

Une nouvelle fiducie familiale discrétionnaire est constituée (« Nouvelle fiducie »), dont M. Bertrand est bénéficiaire. Les fiduciaires sont M. Bertrand et un ami proche, et ceux-ci possèdent une faculté d'élire d'autres bénéficiaires, dans une catégorie formée par la conjointe de M. Bertrand, ses fils, ses petits-enfants, tous patrimoines fiduciaires au bénéfice de ces personnes, et compagnies dont la majorité des actions est détenue par ces personnes.

Nouvelle fiducie souscrit alors aux actions ordinaires (sans droit de vote) de Bertrand & fils inc., par appel de versement.

Puis, M. Bertrand incorpore une nouvelle compagnie en vertu de la *Loi sur les compagnies* (« Nouco ») en souscrivant à des actions privilégiées de contrôle. Fiducie Bertrand transfère les Actions de gel de type 1 à Nouco, par roulement fiscal en vertu de l'article 85 L.I.R. En contrepartie, Nouco émet des actions ordinaires sans droit de vote à Fiducie Bertrand.

Finalement, Fiducie Bertrand distribue les actions ordinaires de Nouco aux bénéficiaires élus par les fiduciaires (il peut s'agir des quatre fils, ou encore de certains d'entre eux). Ce transfert d'actions s'effectue par le biais du roulement fiscal prévu au paragraphe 107(2) L.I.R., pour ce qui est des bénéficiaires résidents au Canada. Si les fiduciaires décident d'attribuer des actions à Adam (un non-résident), cela entraînera une disposition des actions qui lui sont attribuées à leur juste valeur marchande (« JVM »)¹², et la réalisation d'un gain en capital par Fiducie Bertrand (par contre, c'est exactement ce que Fiducie Bertrand voulait éviter en procédant à la distribution des actions avant le 21^e anniversaire de Fiducie Bertrand).

Les fiduciaires peuvent-ils ne rien attribuer à certains bénéficiaires? Lorsque la fiducie est entièrement discrétionnaire, le pouvoir qu'ont les fiduciaires de répartir le revenu et le capital de la fiducie aux bénéficiaires de leur choix constitue une faculté d'élire. Ce pouvoir est codifié aux articles 1282 et 1283 C.c.Q. :

« 1282. 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 d'utilité sociale, la faculté du fiduciaire d'élire les bénéficiaires et de déterminer leur part se présume. En cas de fiducie personnelle ou d'utilité privée, la faculté d'élire ne peut être exercée par le

¹² Par. 107(2.1) L.I.R.

fiduciaire ou le tiers que si la catégorie de personnes parmi lesquelles ils doivent choisir le bénéficiaire est clairement déterminée dans l'acte constitutif.

1283. Celui qui a la faculté d'élire les bénéficiaires ou de déterminer leur part l'exerce comme il l'entend; il peut modifier ou révoquer sa décision pour les besoins de la fiducie.

Celui qui exerce la faculté ne peut le faire à son propre avantage. »

Le professeur Brierley résume la notion de faculté d'élire de la façon suivante :

« Where the beneficiaries of the trust are nominatively or even generically designated and their claims, whether as to revenues or capital, are specified and therefore exigible, the trustee has fixed obligations to perform and may be judicially forced to perform them. 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 act¹³. » (Notre soulignement)

La Cour d'appel s'est penchée sur la question de l'exclusion d'un bénéficiaire dans l'affaire *Godbout c. Godbout*¹⁴. Selon la Cour, « la faculté d'élire, [...] comporte nécessairement la faculté d'exclure ».

Cette opinion est partagée par le professeur Brierley :

« 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

¹³ John E.C. BRIERLEY, « Powers of Appointment in Quebec Civil Law » (deuxième partie), (1992), vol. 95, n^{os} 3-4 *Revue du notariat*, par. 40.

¹⁴ [1993] R.L. 414 (C.A.).

beneficiaries but rather a range of postulants, i.e. those who aspire, as it were, to be named beneficiaries¹⁵. »

À la suite de ces transactions :

- 1) Bertrand & fils inc. et Nouco sont contrôlées par M. Bertrand;
- 2) Nouvelle Fiducie (dont M. Bertrand est bénéficiaire) détient les actions ordinaires de Bertrand & fils inc.; et
- 3) Les fils deviennent propriétaires des actions ordinaires de Nouco, laquelle détient les Actions de gel de type 1 de Bertrand & fils inc.

3.2. LA FAMILLE HENRI

Il est fréquent que, à la suite d'un gel successoral, les actions ordinaires souscrites par la fiducie prennent énormément plus de valeur que les actions privilégiées de gel, de telle sorte que le patrimoine fiduciaire éclipse complètement le patrimoine de la personne ayant effectué le gel.

La situation de la famille Henri illustre parfaitement cette situation : vraisemblablement, M^{me} Henri et son conjoint pensaient avoir accumulé assez de capital pour leur retraite lorsqu'ils ont effectué le gel, mais, neuf ans plus tard, constatant l'importante prise de valeur des actions détenues par leur fiducie familiale (« Fiducie Henri »), la valeur des actions privilégiées de gel (1 M\$) leur apparaît maintenant insuffisante pour combler adéquatement leurs besoins de retraite. Par contre, Fiducie Henri détient des actions dont la valeur est amplement suffisante pour ce faire.

Afin d'atteindre les objectifs des membres de la famille, nous suggérons que les fiduciaires de Fiducie Henri échangent leurs actions ordinaires dans le cadre d'un roulement interne effectué en vertu de l'article 85 L.I.R. En contrepartie, Bijouterie Henri inc. émet à Fiducie Henri :

- 1) des Actions de gel de type 1, comportant un dividende mensuel non cumulatif de 1,5 % (et ayant une valeur de rachat totale de 2 M\$);
- 2) des Actions de gel de type 1, d'une autre catégorie, ne comportant pas de droit à un dividende, et ayant une valeur de rachat totale de 5 M\$; et

¹⁵ J. E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 13, par. 23.

- 3) de nouvelles actions ordinaires, ayant une JVM nominale.

Les conseillers de la famille prépareront un mémo, lequel contiendra une analyse détaillée de la situation familiale, et énoncera les recommandations suivantes :

- 1) que les Actions de gel de type 1 comportant dividende soient remises à M^{me} Henri et à son conjoint en 2021, de façon que leur capital de retraite soit d'environ 3 M\$, ce qui leur assurera le niveau de vie désiré à la retraite (le dividende maximal pouvant être versé annuellement sur les actions de gel est de 360 000 \$, et un dividende peut également être versé sur 1 M\$ en actions privilégiées déjà détenues par M^{me} Henri et son conjoint);
- 2) qu'au cours des prochaines années, les fiduciaires envisagent de transférer graduellement les actions ordinaires de Bijouterie Henri inc. aux enfants, afin de renforcer leur sentiment d'appartenance et de propriété de l'entreprise;
- 3) qu'en 2021, les besoins de retraite de M. et M^{me} Henri soient réévalués (afin de valider l'exercice fait en 2010), et que des actions supplémentaires leur soient transférées (si l'analyse démontre un capital déficient), et que le solde des actions ordinaires et des actions de gel soit distribué aux deux enfants, en parts égales. Ceux-ci auront alors environ 50 ans, et pourront alors procéder, s'ils le désirent, à leur propre gel successoral.

Puisque les enfants deviendront actionnaires de Bijouterie Henri inc., il est essentiel qu'une convention d'actionnaires soit signée.

3.3. LA FAMILLE LEBLANC

Tout comme le cas de la famille Henri, ce cas démontre le déséquilibre qu'un gel successoral sans possibilité de dégel peut créer entre l'auteur du gel, M. Leblanc, et les bénéficiaires du gel, ses trois filles. M. Leblanc se trouve pauvre lorsqu'il compare son patrimoine, qu'il a bâti à la sueur de son front, à celui de ses filles, qui n'ont jamais mis les pieds dans l'entreprise.

Pour tourner le fer dans la plaie, M. Leblanc s'aperçoit que le coût pour maintenir son rythme de vie a grandement été sous-évalué. Il ne reste qu'un pas pour que M. Leblanc tire la conclusion qu'il manquera d'argent un jour, d'autant plus que son capital de retraite diminue rapidement (en raison des rachats d'actions de gel), et la panique peut alors s'installer.

Dans une telle situation, la première chose à regarder est le taux de dividende que comportent les actions privilégiées de gel. De telles actions comportent un dividende qui dépasse très rarement 12 % par année. Compte tenu de la valeur de rachat totale des actions privilégiées, cela n'est pas suffisant pour combler les besoins de retraite de M. Leblanc, puisque ce taux n'est pas suffisant pour générer un dividende de 600 000 \$ par année. Par contre, si le taux de dividende avait plutôt été de 15 % par année, rien n'aurait pu contrecarrer son versement, malgré le fait qu'un tel rendement puisse sembler démesuré : un dividende est un rendement sur un investissement; ce rendement ayant été fixé par les parties lors de la mise en place du gel, rien ne peut empêcher son versement aujourd'hui.

Il est alors très tentant pour M. Leblanc, qui contrôle l'entreprise, de se verser un salaire et un boni lui permettant de ne pas se serrer la ceinture. Danger! Depuis quand un employeur peut-il fixer les salaires de ses employés en fonction de leurs besoins, plutôt que selon la valeur de leur travail? Les autorités fiscales acceptent que l'actionnaire de contrôle qui gère par ailleurs l'entreprise se verse le salaire qu'il désire, sans faire appel à l'article 67 L.I.R., qui permet de contester la « raisonnable » du montant. Mais il n'en va pas de même des détenteurs d'actions ordinaires de l'entreprise, les filles de M. Leblanc! Le versement d'un salaire déraisonnable ouvre grand la porte aux recours des actionnaires minoritaires dont nous avons discuté brièvement plus haut. M. Leblanc devra donc se contenter d'un salaire raisonnable eu égard à son poste et à sa performance, ce qui, dans le cas du président-directeur général d'une entreprise qui ne fait que placer son argent (par l'entremise de professionnels du placement), ne représente pas un montant suffisant pour maintenir le train de vie de M. Leblanc.

Puisque la rémunération pourrait être remise en question, est-ce que M. Leblanc pourrait convertir (en vertu de l'article 51 L.I.R.) ses actions privilégiées de gel en actions privilégiées comportant un dividende beaucoup plus élevé? Encore une fois, un tel geste, posé par l'actionnaire majoritaire et l'administrateur de la compagnie, peut être remis en question par les actionnaires minoritaires qui sont lésés par ce geste (le dividende plus élevé fait baisser la valeur de leurs actions ordinaires). Donc, M. Leblanc marche sur des œufs s'il tente une telle manœuvre.

Ces deux contraintes, soit l'impossibilité de se verser un salaire déraisonnable et l'impossibilité d'augmenter le taux de rendement sur ses actions privilégiées, démontrent avec éloquence les risques qu'un gel qui manque de flexibilité comporte : dans l'état actuel des choses, M. Leblanc doit malheureusement dire au revoir à son bateau de 2 M\$!

Qu'est-ce que M. Leblanc peut faire?

Bien qu'il existe des tensions familiales, le cœur de la famille, c'est-à-dire la relation entre M. Leblanc et ses filles, semble encore solide. M. Leblanc devrait aborder sa situation de retraite avec ses filles et leur demander de consentir à une modification du taux de dividende applicable à ses actions privilégiées de gel, afin d'avoir plus de flexibilité : un taux mensuel non cumulatif de 0 à 3 % (donc un maximum de 36 % par année) lui permettra, en plus d'un salaire raisonnable pour ses fonctions dans la compagnie, d'avoir le train de vie qu'il désire.

Finalement, compte tenu de son âge, il doit conserver son capital de retraite intact et cesser de procéder au rachat des actions privilégiées. Au décès de M. Leblanc, les actions privilégiées seront léguées à une fiducie exclusive au bénéfice de sa conjointe, qui pourra donc continuer de recevoir le dividende prévu. Une assurance vie pourrait être envisagée pour acquitter la facture d'impôt au second décès, ou encore une partie infime des liquidités de la compagnie pourrait être utilisée à cette fin.

Et si l'on effectuait ce gel aujourd'hui? Le gel serait en faveur d'une fiducie discrétionnaire, dont M. Leblanc serait bénéficiaire. L'objet de la fiducie serait d'assurer un transfert harmonieux de son capital à la génération suivante, tout en s'assurant de fournir à M. Leblanc et à sa conjointe le niveau de vie qu'ils désirent jusqu'à leur décès. Les actions de gel détenues par M. Leblanc comporteraient un dividende variable, de 0 % à 2 % par mois, non cumulatif.

Finalement, M. Leblanc doit penser à l'avenir, soit la propriété de la compagnie à la suite de son décès. Puisque celle-ci est devenue une compagnie de gestion, une transaction papillon pourrait être effectuée par suite du décès du second d'entre lui et sa conjointe. Chaque fille recevrait un tiers des actifs de la compagnie, par le biais d'une compagnie de gestion individuelle, et serait libre de placer son argent comme bon lui semble. Cela réduirait énormément les tensions qui pourraient se créer entre les sœurs qui devraient autrement gérer le portefeuille commun. Chaque fille pourrait alors effectuer un gel successoral en faveur de ses enfants, de façon à minimiser la facture fiscale à son décès.

Si M. Leblanc désire plutôt que ses filles conservent la compagnie en commun à la suite de son décès, il peut suggérer à ses filles de signer une convention d'actionnaires prévoyant le rachat de la participation d'une fille à la suite de son décès, de façon à éviter l'implication du conjoint ou d'autres héritiers de celle-ci dans la compagnie de la famille Leblanc.

3.4. LA FAMILLE TREMBLAY

Lorsqu'une entreprise familiale n'a pas atteint le stade d'être gérée par des cadres ne faisant pas partie de la famille, il arrive fréquemment que des tensions se créent entre les membres de la famille qui travaillent dans l'entreprise et ceux qui n'y travaillent pas.

Bien que ces tensions ne soient pas nécessairement rationnelles (par exemple, lorsque la prestation de travail de chaque membre de la famille est rémunérée à sa juste valeur, le rôle d'employé et d'actionnaire de chacun devrait être suffisamment distinct pour éviter de telles tensions), nous ne pouvons en faire abstraction. Dans un tel cas, il faut parfois se résigner à minimiser les liens financiers et commerciaux entre les enfants.

Dans le cas de la famille Tremblay, l'incapacité de Paul à choisir son successeur a probablement coûté très cher à sa famille. Dans ce genre de situation, ce n'est pas nécessairement la peur de perdre le pouvoir sur l'entreprise qui a nui à l'entrepreneur, mais plutôt sa perception qu'en transférant l'entreprise à son seul enfant qui y participait, Patrick, il agirait injustement envers ses trois autres enfants.

Ainsi, pour le bien de la famille et de l'entreprise, il serait souhaitable que les actions ordinaires d'Opco soient transférées au seul membre de la famille qui y participe activement : Patrick. Ce transfert d'actions s'effectue par le biais du roulement fiscal prévu au paragraphe 107(2) L.I.R. Afin de combler son besoin de contrôle, les actions avec droit de vote de l'entreprise pourraient demeurer la propriété de Paul bien que, compte tenu de son état de santé et de son âge, nous lui recommandons plutôt de transférer le contrôle de l'entreprise à Patrick immédiatement.

Encore une fois, il faut se demander si les fiduciaires peuvent attribuer la totalité du capital de la fiducie à un seul bénéficiaire, à l'exclusion des autres. Tel qu'il a été mentionné ci-dessus, nous croyons que oui, pour autant que cette décision ne soit pas arbitraire, ce qui est le cas ici, puisque les actions sont transmises à l'enfant qui participe à cette entreprise et en assure la destinée.

Afin de pallier l'injustice que Paul pense créer en transférant les actions ordinaires d'Opco à Patrick (ces actions ont une JVM de 6 M\$), Paul pourrait léguer les actions privilégiées qu'il détient dans Société immobilière ainsi que les actions privilégiées d'Opco (JVM de 4 M\$) à une fiducie exclusive au bénéfice de Claudette. À la suite du décès de celle-ci, les actions privilégiées seront remises aux trois autres enfants de Paul : Paul fils,

Julie et Pierre. Chacun reçoit donc une valeur de 3 333 333 \$. Cela ne compense pas parfaitement ces derniers, mais il est fort probable qu'une bonne partie de la valeur que Patrick a reçue est due à ses propres efforts, puisqu'il gère Opco depuis déjà fort longtemps.

Les choses auraient-elles pu être faites différemment? Bien sûr. Lors de la mise en place du gel, les actions ordinaires auraient pu être souscrites par la fiducie plutôt que par les enfants directement. Ainsi, les fiduciaires pourraient aujourd'hui faire une séparation beaucoup plus nette, afin de minimiser le potentiel de dispute entre les enfants : les actions ordinaires de Société immobilière seraient transférées, en franchise d'impôt, à Paul fils, Julie et Pierre, et les actions ordinaires d'Opco seraient remises à Patrick, toujours en franchise d'impôt. Paul pourrait léguer les actions privilégiées qu'il détient dans Société immobilière (JVM de 6 M\$) et dans Opco (JVM de 4 M\$) à une fiducie exclusive au bénéfice de Claudette. À la suite du décès de celle-ci, les actions privilégiées de Société immobilière seront remises aux trois autres enfants de Paul, Paul fils, Julie et Pierre (qui seront alors les seuls actionnaires de cette compagnie), recevant chacun une valeur de 6 M\$. Les actions privilégiées d'Opco seraient, quant à elles, remises à Patrick, pour reconnaître son implication dans l'entreprise, ainsi que le fait qu'il s'agit d'un actif un peu plus risqué que les actions de Société immobilière. Cela ferait en sorte que Patrick serait le seul actionnaire d'Opco, et que les trois autres enfants de M. Tremblay seraient les seuls actionnaires de Société immobilière.

Dans ce dossier, il n'y a aucune raison valable de reporter la décision d'attribuer les actions de la fiducie : M. Tremblay est âgé, malade, et son fils travaille dans l'entreprise depuis très longtemps. De plus, le report de cette décision entraîne un impôt important, qui devra être acquitté avec des dollars personnels. Finalement, remettre les actions ordinaires d'Opco à Patrick ne signifie pas nécessairement que M. Tremblay perd le contrôle de l'entreprise, puisque ses actions de gel comportent droit de vote.

CONCLUSION

Il arrive parfois qu'un praticien ait à composer avec un acte de fiducie moins sophistiqué que la moyenne; par contre, compte tenu de l'étendue des pouvoirs des fiduciaires en vertu du *Code civil du Québec*, cela ne devrait pas l'empêcher de trouver des solutions, même aux problèmes les plus ardu! Cela dit, le praticien ne doit jamais perdre de vue que le fiduciaire et l'administrateur d'une société ont tous deux des comptes à rendre dans le cadre de leur administration, et que c'est en fonction de ceux-ci que la validité d'un acte ou d'une transaction doit être jugée.

PARTIE B

Anne-Marie Girard-Plouffe, Adm.A., Pl. Fin., AVA, GPC, FICVM,
conseillère en sécurité financière
Option Fortune inc.

1. LA FAMILLE BERTRAND

1.1. LA SITUATION

Une planification qui se voulait *a priori* toute simple et combien légitime, vu le désir du père de transmettre un héritage à ses enfants de son vivant et sans impact fiscal, trouve aujourd'hui un aboutissement pour le moins fâcheux, puisque rien de ce dont il avait rêvé ne s'est réalisé, sauf la prospérité exceptionnelle de l'entreprise fondée en 1972.

Le 1^{er} janvier 1990, M. Bertrand, entrepreneur brillant fort de ses réalisations et fier de sa progéniture, envisage un avenir explosif pour son entreprise qu'il espère transmettre à ses quatre fils dans une quinzaine d'années tout au plus. D'ici là, il compte leur verser occasionnellement des dividendes afin d'effectuer, entre autres, du fractionnement de revenu.

Le 1^{er} mai de la même année, à l'âge de 50 ans, il procède à un gel successoral en faveur d'une fiducie dont les bénéficiaires désignés tant à l'égard du revenu que du capital sont uniquement ses quatre fils, Adam, Benoît, Charles et Denis, alors âgés de 17 à 25 ans. Il reçoit ainsi en échange de ses actions ordinaires des actions privilégiées d'une valeur **rondelette** de 5 M\$ ainsi que des actions non participantes lui assurant le contrôle de l'entreprise. Il continue de jouir ainsi d'un total libre arbitre pour mener son entreprise à bien tout en différant, l'espère-t-il, la charge fiscale éventuelle sur les actions de croissance.

Au milieu des années 1990, Benoît et son épouse démarrent une entreprise dans le même secteur d'activité que celle du père, qui d'ailleurs leur prête le capital de démarrage et devient leur principal client. Les autres enfants se désintéressent de l'entreprise familiale et n'y travaillent plus.

1.2. LA PROBLÉMATIQUE

Il y a quelques années, des discussions issues de l'association de sociétés entre l'entreprise du père et celle du second fils et de sa conjointe ont créé un très grand froid entre les parties concernées. M. Bertrand aimerait pouvoir déshériter ce dernier tant il est offensé par son ingratitude.

Pour sa part, le fils aîné, Adam, vit en Asie tandis que Charles éprouve des problèmes de jeu et que le plus jeune, Denis, est en instance de divorce et se bat pour obtenir la garde de ses trois enfants.

La disposition présumée pouvant entraîner un impôt sur le gain en capital des immobilisations amortissables ou non détenues par la fiducie aura lieu le 1^{er} mai 2011. Les seuls pouvoirs prévus à l'acte de fiducie sont ceux qui concernent la remise des biens avant la date de disposition présumée.

Le principal actif de la fiducie comprend les actions émises dans le cadre du gel, soit 100 actions avec droit de vote et de participation de Bertrand & fils inc. M. Bertrand n'a jamais procédé au rachat de ses actions privilégiées de gel.

M. Bertrand et son contrôleur en sont actuellement les seuls fiduciaires. Toutefois, le contrôleur souhaite démissionner au plus vite car il est très malade.

Étant donné la situation, il n'est aucunement question d'attribuer les actions aux enfants. Il est impératif que les biens demeurent sous le contrôle des fiduciaires dans le temps.

Dans la mesure où les relations du père avec un ou deux de ses fils, tant du point de vue de la relève que de l'harmonie familiale, avaient été telles qu'envisagées au départ, l'attribution des actions aurait pu se faire et l'impôt exigible au moment de la disposition présumée aurait pu être reporté.

- Mais que serait-il advenu du fils non résident du Canada?
- Et de celui ayant des problèmes de jeu?
- Ou encore de celui en instance de divorce?
- Si la fiducie avait été discrétionnaire, cela aurait-il changé quelque chose?

De toute manière, la réalisation du rêve initial de M. Bertrand ne l'aurait pas empêché de se retrouver dans une situation financière désavantageuse, puisque seules les actions privilégiées de gel auraient constitué son principal capital de retraite. Les enfants auraient hérité de son labeur.

Mais, comme dans ce cas-ci, les actions ne seront pas attribuées aux enfants pour le moment, nous verrons dans un autre exemple comment faire face à ce problème dès le départ.

1.3. LES OBJECTIFS

La juste valeur marchande (« JVM ») des actions ordinaires participantes de Bertrand & fils inc. devrait atteindre les 30 M\$ au moment de la disposition présumée.

De toute évidence, la fiducie aura des impôts à payer puisque les actions de la société ne seront pas attribuées aux quatre enfants.

M. Bertrand ne recouvrera pas d'office la propriété de son entreprise. Et pourtant, c'est ce qu'il désire le plus.

Or, il veut trouver un moyen de réduire la facture fiscale éminente et reprendre à son bénéfice la croissance future de son entreprise. Il souhaite mettre un terme à l'enrichissement de ses enfants de son vivant.

Malgré le fait qu'il aura bientôt 71 ans, M. Bertrand jouit d'une très grande forme et n'envisage pas de se retirer des affaires prochainement. Il s'inquiète toutefois pour sa retraite et celle de son épouse, cette dernière requérant des soins de santé très coûteux. Il aimerait supporter financièrement la recherche médicale pour combattre la maladie de son épouse.

1.4. LES PISTES DE SOLUTION

La situation n'offre pas une grande flexibilité puisque l'acte de fiducie restreint les pouvoirs des fiduciaires. Par contre, M. Bertrand détient le contrôle de son entreprise.

Pourrait-il poser des gestes financiers lui permettant d'atteindre en partie ses objectifs?



Produit de disposition en sus des privilégiées	30 000 000 \$
Prix de base rajusté (« PBR »)	100 \$
Gain en capital	29 999 900 \$
Gain en capital imposable	14 999 950 \$
Impôt @48,215 %	7 232 225 \$

Pour payer cet impôt, Bertrand & fils inc. devra verser un dividende de plus de 10,5 M\$ à la fiducie en tenant compte de l'impôt sur le dividende.

Afin de réduire cette charge fiscale, il faudrait réussir à diminuer la valeur des actions de la société.

Pourquoi la société ne prendrait-elle pas certaines mesures en vue de mettre en place un programme de retraite pour son dirigeant et affecter des fonds à cet effet?

1.4.1. Le régime de retraite individuel

En premier lieu, la société peut ouvrir un régime de retraite individuel (« RRI ») et y déposer, à la suite du calcul du déficit actuariel initial sur base de provisionnement pour les années de services passés admissibles, un montant forfaitaire dont le versement au régime représente une dépense pour la société¹. En affectant ce capital au régime, M. Bertrand peut ainsi

¹ **Cotisations pour services passés** – L'un des avantages du RRI est qu'il permet au promoteur du régime de verser des cotisations déductibles. Généralement, des cotisations pour services passés au RRI sont permises afin de reconnaître des années de service du participant comme s'il avait adhéré au RRI plus tôt.

Une cotisation pour services passés comporte deux volets : un transfert d'actifs enregistrés du participant (régime enregistré d'épargne-retraite (« REÉR »), CRI et/ou actif d'un régime de retraite) dans le RRI calculé conformément aux règles de l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») (ou la renonciation aux droits de cotisation à un REÉR inutilisés) et une cotisation complémentaire du promoteur du régime déductible aux fins de l'impôt des sociétés.

Dans le cas des RRI soumis à l'ARC aux fins d'enregistrement après le 22 mars 2011, le budget proposait que le coût des services passés soit d'abord acquitté en transférant les actifs enregistrés du participant et/ou en réduisant ses droits de cotisation à un REÉR inutilisés avant que des cotisations déductibles au titre des services passés ne puissent être versées par le promoteur du régime. Cette mesure proposée pourrait affecter la capacité du promoteur du régime à verser des cotisations déductibles pour services passés.

sécuriser un revenu de retraite à même les fonds de la société par le biais d'une fiducie de retraite, à condition, bien entendu, qu'il ait été rémunéré sous forme de salaires et bonis, et qu'il ait suffisamment cotisé à son REÉR afin de satisfaire l'ARC en matière de transfert admissible du REÉR vers le régime. Quoique les sommes en jeu demeurent marginales, quelques centaines de milliers de dollars au plus en déductions fiscales, ce geste mérite d'être considéré puisque c'est la dernière année où la société peut cotiser pour M. Bertrand, en raison de son âge.

1.4.2. La convention de retraite

Dans un deuxième temps, en tenant compte, naturellement, des plafonds de rémunération considérés comme raisonnables à la retraite, la société peut mettre en place une convention de retraite en bonne et due forme et la financer au moyen d'une rente viagère réversible.

Par exemple, pour souscrire une rente de 3 M\$, il faudra dépenser 6 M\$ en tout, puisque la moitié du capital affecté à la convention est versée à l'ARC.

En effet, afin de procurer un revenu de retraite d'environ 70 % du salaire actuel de 300 000 \$ par année, un capital de 3 M\$ est nécessaire pour générer une rente viagère, réversible à 100 % et indexée de 2 % au coût de la vie d'environ 200 000 \$ par année à partir de 2012. La rente sera versée à M. Bertrand au moment de sa retraite en remplacement de son salaire, et ce, pour le restant de sa vie et celle de son épouse. Ce revenu sera totalement imposable pour M. Bertrand. La fiducie est alors propriétaire et bénéficiaire de la rente et, à chaque versement de 200 000 \$ à M. Bertrand, elle reçoit 100 000 \$ d'impôt remboursable.

La mise en place de cette convention et de son financement contribuera à réduire la valeur marchande des actions d'un montant de 6 M\$. Des conditions relatives au service de la rente devront être examinées avec soin comme un changement important des services rendus ou la perte de sa charge et de son emploi en cas d'invalidité ou d'incapacité.

En mai 2010, l'ARC a envoyé à tous les employeurs qui ont fait des contributions à des conventions de retraite, et à tous les fiduciaires y étant rattachés, une lettre les avisant que des déclarations fiscales étaient révisées et qu'à cet effet une liste exhaustive de documents devait leur parvenir dans les 30 jours suivant la réception de la lettre.

Il semble que cette mesure vise essentiellement les conventions de retraite avec levier financier, mais cette situation nous rappelle que de telles stratégies doivent revêtir un caractère de raisonnable et surtout être bien documentées.

1.4.3. La rente assurée de société

Comme la société dispose de liquidités et de placements sous forme de revenus fixes, elle pourrait acheter une rente viagère non prescrite, réversible et sans garanties de versement minimum dans le cas où M. Bertrand est assurable ou encore dans le cas où il détient déjà une assurance. La valeur des actions en serait-elle réduite d'autant? Il s'agit de déterminer la valeur actuarielle de la rente.

Du moins au décès, une rente n'ayant aucune valeur commuée ni garantie de versement ne devrait pas faire partie des actifs de l'entreprise, cela ayant pour effet de réduire la valeur marchande des actions. Les versements de rente sont calculés en fonction de l'espérance de vie de M. Bertrand, mais c'est l'entreprise qui est rentière.

Chaque année, l'entreprise touche un revenu de rente, lequel sert à payer les primes d'assurance vie ainsi que l'impôt sur la partie imposable des arrérages, l'excédent pouvant contribuer à financer un boni annuel à M. Bertrand.

La rente non prescrite peut dégager un rendement plus élevé que les instruments de placement à revenu fixe traditionnels dans la société puisque la portion imposable de la rente est inférieure à celle des intérêts réalisés sur les placements.

Ou encore le revenu imposable de la rente de la société peut faire l'objet d'un don de bienfaisance annuel afin de réduire l'impôt et atteindre les objectifs philanthropiques de M. Bertrand. À condition, bien entendu, que M. Bertrand ait pu récupérer une partie des actions ordinaires ou encore que la nouvelle fiducie discrétionnaire lui procure une certaine latitude quant à l'usage de biens et revenus appartenant à la société à des fins caritatives personnelles.

Exemple de rente assurée de société

- Capital/Montant de la protection : 1 000 000 \$
- Taux du CPG : 5 %
- Taux d'imposition : 46,60 %
- Assurance permanente : Hypothèse – T00 (divers assureurs)
- Rente : Rente viagère, non prescrite, garantie 3 ans débutant à 72 ans

		Rente assurée	
	CPG	Assurance à 71 ans	Assurance à 50 ans
Revenu annuel	50 000	97 497	97 497
Revenu imposable	23 300	*25 200	*25 200
Prime d'assurance vie de base	0	(41 945)	(9 771)
Impôt à payer	0	*(11 743)	*(11 743)
Flux monétaire annuel net	26 700	*43 809	*75 983
% Rendement net	2,67 %	*4,38 %	*7,59 %
Rendement brut équivalent	5,00 %	*8,20 %	*14,21 %
		Dons annuels	

Plus économie d'impôts sur le gain en capital
Plus économie d'impôts sur le CDC

*Moyenne à partir de l'âge de 72 ans pendant 20 ans. La fraction imposable varie entre 14 et 35 000 \$ par année.
**Ne tient pas compte de l'IMRTD.

Pour remplacer le capital de la rente au décès et procurer les liquidités nécessaires au rachat des actions privilégiées, la société pourra souscrire une assurance vie.

Au décès, cette dernière encaissera la prestation, non imposable, de la police d'assurance vie et pourra procéder au rachat des actions privilégiées de gel et recouvrer le capital affecté à la rente de société. Le montant crédité au compte de dividendes en capital (CDC) peut être distribué aux actionnaires qui sont des résidents canadiens, sous forme de dividende en capital non imposable. Un montant égal au coût de base rajusté de la police peut être distribué sous forme de dividende imposable. De cette manière, M. Bertrand pourrait sécuriser en partie le capital légué à son épouse.

1.4.4. Le règlement des impôts par M. Bertrand

Afin de recouvrer une partie des actions ordinaires de la société, une fois diverses planifications effectuées, M. Bertrand pourrait verser lui-même l'impôt à payer par la fiducie sur la disposition présumée des actions et exiger que cette dernière honore sa dette en le remboursant en biens, soit au moyen d'une partie des actions ordinaires.

Il devra inévitablement procéder au remplacement de son cofiduciaire avant d'examiner, en tant que fiduciaire, la possibilité d'effectuer un gel des actions de la fiducie pour créer une nouvelle fiducie discrétionnaire dont les bénéficiaires, cette fois, pourraient inclure lui-même, son épouse, ses petits-enfants et toute société à créer.

Qu'est-ce qui aurait dû être prévu à l'acte de fiducie et comment aurions-nous pu éviter les impôts sans attribuer le contrôle des actions aux enfants?

CONCLUSION

Une attention particulière devra être portée au mandat en cas d'incapacité visant à régir les actions de contrôle de la société de sorte qu'advenant l'incapacité de M. Bertrand, ses intentions continueraient d'être respectées aussi bien en ce qui a trait aux dividendes et au rachat des actions qu'en ce qui concerne le boni et les dons de bienfaisance. L'assurance vie détenue par une société afin de créer des liquidités au décès du fondateur pour racheter une partie ou la totalité des actions privilégiées contribue à sécuriser le conjoint survivant qui ne joue pas un rôle actif dans l'entreprise.

M. Bertrand devra d'ailleurs revoir son testament afin de protéger son épouse.

2. LA FAMILLE HENRI

2.1. LA SITUATION

M^{me} Henri, copropriétaire d'entreprise avec son mari et mère de deux enfants, Elaine et Félix, a effectué un gel successoral à l'âge de 50 ans afin de différer les impôts sur la croissance future de la société, et plus particulièrement en cas de décès prématuré. M^{me} Henri dirige la Bijouterie Henri inc. et en détient le contrôle. Ainsi, au moment du gel, son oncle a constitué une fiducie familiale discrétionnaire, la mieux outillée qui soit en matière de pouvoirs fiduciaires. Elle-même, son mari, tout autre conjoint, ses enfants, leurs conjoints et descendants ainsi qu'une société de gestion dont elle est aussi coactionnaire avec son mari en sont bénéficiaires. Elle mène les affaires de la fiducie épaulée de deux autres fiduciaires en qui elle a pleinement confiance, c'est-à-dire son comptable et sa sœur.

Le gel a été effectué en 2001 à hauteur de 1 M\$. Comme son mari avait aussi des actions, ils ont tous les deux cristallisé leur exemption de 500 000 \$ et se retrouvent chacun avec 500 000 \$ d'actions privilégiées de gel. La JVM

de l'entreprise s'élève maintenant à 8 M\$. M^{me} Henri est rémunérée sous forme de salaire et de dividendes alors que M. Henri ne reçoit que des dividendes.

2.2. LA PROBLÉMATIQUE

M^{me} Henri et son mari sont conscients qu'ils ne pourront pas prendre leur retraite en monnayant uniquement leurs actions privilégiées d'une valeur de 1 M\$, d'autant plus qu'ils ne disposent que de peu d'argent dans leurs REÉR. Hormis la résidence principale et la maison de campagne, ils n'ont aucune autre épargne et imaginent mal de remettre à leurs deux enfants la totalité de leur patrimoine au moment de prendre leur retraite, et ce, afin de différer l'impôt sur la disposition présumée des biens en immobilisations détenus par la fiducie, en l'occurrence les actions de la bijouterie.

Par contre, comme les enfants travaillent dans l'entreprise et souhaitent en prendre la relève complète d'ici 10 ans, ces derniers veulent s'assurer de pouvoir graduellement acquérir des actions. La détention discrétionnaire de leur part éventuelle par l'entremise d'une fiducie ne correspond pas à une définition de propriété à leurs yeux.

2.3. LES OBJECTIFS

Tout d'abord, on devra effectuer une planification de la retraite pour déterminer les sommes nécessaires à M^{me} Henri et à son mari en prévision d'une retraite confortable dans 10 ans, soit vers l'âge de 70 ans. En supposant qu'ils auront besoin de 75 % de leur revenu annuel combiné de 500 000 \$, indexé de 2 % au coût de la vie, soit approximativement 268 000 \$ net pour débiter et qu'ils disposeront vraisemblablement d'un capital de 8 M\$ dont le rendement sera de 5 %, ils devront probablement procéder au rachat graduel des actions privilégiées en fonction de leur longévité. Il est certain qu'on pourra leur attribuer un nombre d'actions moins important si le taux de dividende est plus élevé, comme 1,5 % par mois. Le choix dépendra du confort éprouvé par le couple au moment de la retraite quant à la valeur des actions détenues par la fiducie en fonction de leur espérance de vie.

Parallèlement, on pourra mettre en place un programme d'intéressement à l'actionnariat au bénéfice des enfants.

2.4. LES PISTES DE SOLUTION

2.4.1. Un nouveau gel successoral dans la fiducie

Une fois l'analyse des besoins à la retraite effectuée et le montant de capital établi, on déterminera le taux de croissance prévu de la valeur de la bijouterie. Un nouveau gel successoral sera alors effectué avec pour objectif de transmettre les actions privilégiées détenues par la fiducie ainsi que les dividendes annuels directement dans les mains de M^{me} Henri et de son mari d'ici 10 ans. Après avoir déterminé l'impact fiscal au second décès sur les nouvelles actions de gel, on recommandera aux parents de souscrire une police d'assurance vie payable au second décès afin de payer l'impôt.

Produit de disposition	8 000 000 \$
PBR	1 500 000 \$
Gain en capital	6 500 000 \$
Gain en capital imposable@50 %	3 250 000 \$
Impôt au second décès@48,21%	1 566 825 \$

2.4.2. Le financement au décès au moyen de l'assurance vie

Cependant, M^{me} Henri pourrait décider de léguer ses actions de gel à son mari à son décès dans le but que la société les lui rachète au moyen du produit d'une assurance vie au premier décès, couvrant en partie ou en totalité la valeur desdites actions.

Ainsi, la relève aurait les liquidités nécessaires au rachat des actions, ce qui procurerait au père une certaine quiétude financière à la suite du décès de celle qui a bâti et mené cette société.

Une planification successorale permettra de voir de quelle manière financer à la fois l'impôt et le rachat des actions.

D'autre part, si les parents décèdent avant que ne leur soient attribuées les actions de gel de la fiducie, l'impôt ne sera exigible qu'au moment où les enfants en disposeront dans le temps. Toutefois, il est peu probable que les deux parents soient décédés d'ici l'âge de 71 ans. Il va sans dire que l'impôt sera moindre si une partie des actions a été rachetée pour financer la retraite.

2.4.3. Le plan d'intéressement

Parallèlement, dans le cadre du nouveau gel au sein de la fiducie, un plan d'intéressement peut être mis en place pour qu'un pourcentage, par exemple 40 %, des actions ordinaires avec droit de vote et avec droit de participation soit attribué aux enfants sur une période de temps, le reste des actions demeurant dans la nouvelle fiducie discrétionnaire avec pour objectif de permettre aux parents, si requis, de profiter de la croissance future d'une partie des actions. Il sera impératif de rédiger une convention entre actionnaires afin de lier les parties. Il est recommandé de souscrire dès lors une assurance sur la vie des enfants pour financer le rachat de leur participation dans le temps.

Dans le cas de familles plus jeunes ou encore de familles reconstituées, on peut opter pour une stratégie de gels périodiques des actions ordinaires à différentes étapes de la croissance de l'entreprise de manière à répartir les valeurs qui seront attribuées aux bénéficiaires sur différentes périodes de 21 ans et ainsi à garder la latitude quant à la composition des bénéficiaires des diverses fiducies.

CONCLUSION

Maintenant, si M^{me} Henri ne souhaite pas effectuer de nouveau gel et intéresser ses enfants à l'actionnariat avant sa retraite et avant la date de disposition de la fiducie et qu'elle souhaite tout de même procurer les sommes nécessaires au paiement des impôts au dernier décès d'elle-même et de son mari, elle pourra souscrire une police d'assurance vie dans la société de gestion bénéficiaire de la fiducie dans l'esprit où une bonne partie des actions ordinaires de Bijouterie Henri inc. y seront transférées avant la date de disposition de la fiducie. On aura à évaluer les conséquences fiscales au décès des parents après la période de disposition prévue de la fiducie dans le cas où la majeure partie des actions était attribuée à la société de gestion de ces derniers plutôt qu'à Élane et Félix. En effet, si les parents décédaient après avoir attribué les actions à leur société de gestion plutôt qu'aux enfants, la facture fiscale serait plus importante.

On peut s'attendre à ce que la compagnie vaille près de 13 M\$ dans 10 ans et plus de 16 M\$ dans 15 ans à un taux annuel de croissance de 5 %.

Un contrat d'assurance vie souscrit à un âge moyen et comptant des options de transformation au second décès permet aux actionnaires d'adapter la protection à leurs besoins au fil du temps, en l'occurrence au décès du fondateur et plus tard à celui de l'époux survivant.

PARTIE C

Gilles Chevalier, Pl. Fin., président
Engel Chevalier – Protection du patrimoine inc.

1. LA FAMILLE LEBLANC

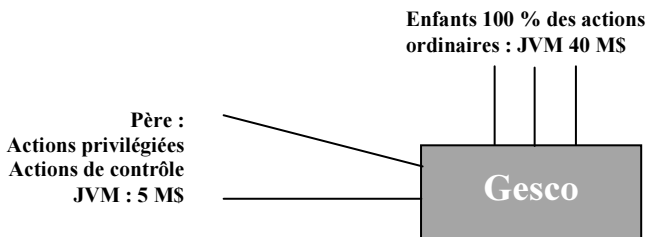
Pierre Leblanc est âgé de 65 ans et a récemment vendu sa société exploitée activement. Il a profité d'une conjoncture probablement temporaire pour vendre à un très bon prix.

Pierre a un niveau de vie élevé. Il n'y a plus beaucoup d'endroits sur la planète qu'il n'ait pas visités. Il est divorcé depuis plusieurs années et fait vie commune avec sa nouvelle conjointe, Marguerite, âgée de 60 ans.

Il a trois filles qui ne participent pas activement aux activités de son entreprise. Deux d'entre elles ont des enfants, une seule est mariée, mais les deux autres ont des conjoints de fait. Il serait présomptueux de dire que la relation entre la nouvelle conjointe et les filles de M. Leblanc est harmonieuse. Pierre visite souvent ses filles sans que sa conjointe l'accompagne, même dans des événements plus solennels, tels les baptêmes ou les spectacles des petits-enfants.

Il a effectué un gel en 1995 alors que sa société valait 5 M\$. Il ne s'attendait pas à ce que son entreprise et son secteur d'activité prennent autant de valeur. Pierre croyait qu'il n'avait besoin que de 500 000 \$ brut par année pour maintenir son niveau de vie (auquel il tient), une analyse un peu plus approfondie nous indique qu'il a surtout besoin de 500 000 \$ net.

Structure légale : la valeur des actions est celle suivant la vente de la société.



Après une première année de retraite, Pierre a maintenu son niveau de vie en se versant des avances de 500 000 \$, que son comptable a transformées en rachat d'actions privilégiées de 750 000 \$. Il détient donc maintenant 4,25 M\$ d'actions privilégiées.

La discussion avec le client et l'analyse de sa situation financière soulèvent les questions suivantes :

- 1) Il était facile pour lui de s'accorder un salaire important lorsqu'il avait son entreprise, mais il constate qu'il n'a plus la même flexibilité. Quelles sont dorénavant ses possibilités pour retirer des sommes aussi importantes de sa société de gestion?
 - Est-ce qu'un dividende de 750 000 \$ par année sur les actions privilégiées restantes est hors de proportion?
 - Peut-il compléter ses revenus par un boni?
 - En détenant les actions de contrôle, cela lui donne-t-il le droit de se verser la rémunération qu'il veut?
 - Est-ce que les enfants peuvent bloquer le versement de dividendes s'il n'est pas raisonnable?
 - Pourrait-il se verser un dividende de 2 M\$ pour s'acheter un bateau?
- 2) Devra-t-il cesser de racheter ses actions privilégiées afin de ne pas réduire la valeur de sa participation dans la société?
- 3) Quelle serait la latitude de la nouvelle conjointe à se payer un revenu si elle hérite des actions de contrôle ou des actions privilégiées?
- 4) Aurait-il plus de flexibilité s'il avait fait à l'époque un gel en faveur d'une fiducie plutôt que directement en faveur des enfants?
- 5) Quels sont les mécanismes disponibles pour éviter que le patrimoine qu'il a bâti pour ses filles ne soit transféré à leur conjoint au moment du décès?

1.1. DISCUSSIONS ET RÉFLEXIONS

À la suite d'une planification financière, Pierre constate qu'il peut maintenir une vie luxueuse même avec un revenu net réduit de 400 000 \$. Il rencontre par la suite ses enfants pour discuter de la situation.

Comme son dividende de 12 % sur ses actions privilégiées de 5 M\$ est suffisant pour le moment, ils s'entendent pour ne pas modifier la structure de dividendes des actions privilégiées. Par contre, ils s'entendent pour que la société puisse éventuellement lui verser un salaire en vue de couvrir ses dépenses extraordinaires et de compenser l'inflation.

Pierre a aussi décidé de faire des croisières plutôt que de s'acheter un bateau... ses filles l'ont convaincu que c'était moins de troubles!

Pour la sécurité financière de sa conjointe, Pierre va refaire son testament et transférer à une fiducie testamentaire exclusive au conjoint ses actions privilégiées qui donnent aussi droit au contrôle. La conjointe sera cofiduciaire et l'autre fiduciaire sera quelqu'un en qui Pierre a confiance, ce qui permettra de restreindre les abus que les actions de contrôle pourraient procurer.

1.2. CONSIDÉRATIONS FISCALES ET SUCCESSORALES

- 1) Est-ce toujours une bonne solution de racheter les actions privilégiées afin de réduire les impôts au décès?
 - Quel impact cela a-t-il sur le revenu du titulaire des actions privilégiées?
 - Y a-t-il une véritable réduction des impôts?
- 2) Est-ce qu'une assurance vie sur la tête du titulaire des actions n'est pas une solution plus facile et économique?
 - Si le client avait souscrit une assurance vie, la prestation-décès permettrait de créer un compte de dividendes en capital (« CDC ») qui leur permettrait d'accéder au capital sans être imposé.

Des pistes de solution sont données à la section 3.3. de la Partie A du présent texte.

1.3. SITUATION DE PIERRE LEBLANC

Le revenu de Pierre sera essentiellement du revenu de dividendes, il sera composé de dividendes en capital et de dividendes ordinaires.

Pour qu'il bénéficie d'un revenu net de 400 000 \$, la société de gestion devra lui verser :

- La totalité du CDC créé chaque année par la disposition d'actions détenues dans le portefeuille de placements, soit environ 225 000 \$, et croissant chaque année.
- Un dividende ordinaire de 265 000 \$ qui variera en fonction du montant de CDC versé dans l'année.

Si l'on profite du versement de ces dividendes pour racheter ses actions privilégiées. Le montant total de 5 M\$ sera racheté au bout de neuf ans. Cela permettrait d'éliminer l'impôt au moment du décès, mais modifierait sa capacité à retirer un revenu de sa société.

1.4. SOLUTION DE RECHANGE, LA SOUSCRIPTION D'UNE ASSURANCE VIE

La facture successorale actuelle de Pierre est d'environ 1,2 M\$. Nous allons comparer trois scénarios potentiels au moment du décès dans 20 ans :

- A) La société rachète les actions privilégiées pour éliminer l'impôt au décès et verse un salaire lorsqu'elle ne peut plus verser de dividendes.
- B) La société souscrit une assurance conjointe de 2,5 M\$ sur les vies de Pierre et Marguerite. Dépôt de 200 000 \$ par année pendant cinq ans. Aucun rachat des actions privilégiées du vivant.

Est-ce que ce transfert de capital, du portefeuille de placements vers une assurance vie réduirait la valeur totale du patrimoine?

- A) La société rachète les actions.

Dans ce tableau, on constate qu'il n'y a aucun impôt payable au moment du décès de Pierre, que nous avons projeté à 85 ans. Quant au patrimoine dont bénéficieront les héritiers, il atteindra 84 754 000 \$.

Valeur des actions privilégiées	0
Valeur des actions ordinaires	84 754 000
Prestation-décès de l'assurance	0
Valeur du patrimoine	84 754 000
Impôt	0
Patrimoine de la succession	84 754 000
Solde du CDC disponible pour la succession	0

B) La société souscrit une assurance vie de 2,5 M\$.

Valeur des actions privilégiées	5 000 000
Valeur des actions ordinaires	78 024 752
Prestation-décès de l'assurance	3 918 107
Valeur du patrimoine	86 942 859
Impôt	903 750
Patrimoine de la succession	86 039 109
Solde du CDC disponible pour la succession	1 418 107

La prestation-décès de l'assurance génère un CDC équivalent. Dans cet exemple, on a racheté des actions jusqu'au niveau de 50 % du gain en capital, le solde inutilisé reste disponible pour la succession (3 918 107 \$ - 2 500 000 \$ = 1 418 107 \$). Les héritiers pourront se verser des dividendes non imposables jusqu'à concurrence de cette somme.

1.5. COMPARAISON

Voici le tableau comparant les deux scénarios.

	Solution Rachat priv.	Solution 2,5 M assur. vie
Valeur des actions privilégiées	0	5 000 000
Valeur des actions ordinaires	84 754 000	78 024 752
Prestation-décès de l'assurance	0	3 918 107
Valeur du patrimoine	84 754 000	86 942 859
Impôt	0	903 750
Patrimoine de la succession	84 754 000	86 039 109
Solde du CDC disponible pour la succession	0	1 418 107

CONCLUSION

Le plus grand risque en planification financière et fiscale est de présumer plutôt que de vérifier. Il faut toujours tenir compte des besoins financiers du propriétaire des actions privilégiées avant d'appliquer une quelconque stratégie.

Le tableau précédent nous montre qu'on ne devrait pas tenir pour acquis que le montant d'assurance vie approprié est toujours équivalent à l'impôt payable au décès. Surtout dans une société de portefeuille, on perd de nombreux avantages fiscaux si on se limite à souscrire un montant d'assurance équivalent à l'impôt payable au moment du décès du titulaire des actions privilégiées, sans tenir compte de l'ensemble du patrimoine.

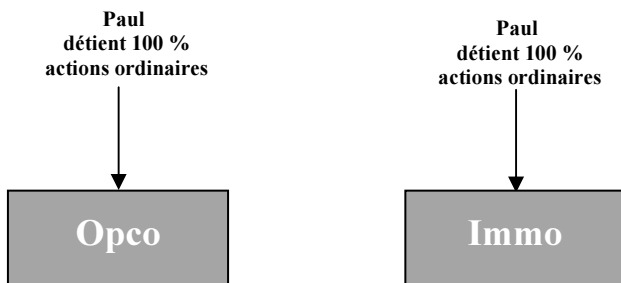
2. LA FAMILLE TREMBLAY

En 1990, Paul Tremblay est âgé de 62 ans et il est propriétaire d'une entreprise manufacturière ainsi que d'une société de gestion immobilière, qui

gère les immobilisations de l'entreprise opérante et d'autres immeubles à revenus. Il est marié à Claudette, âgée de 61 ans, et ils ont quatre enfants.

- Paul fils est un professionnel et ne montre aucun intérêt à la relève de la société.
- Julie est aussi une professionnelle ayant son propre cabinet et vit à l'extérieur du Québec.
- Pierre s'occupe des immeubles.
- Patrick participe activement à la gestion quotidienne de l'entreprise.

À cette étape, la structure légale des sociétés est des plus simples :



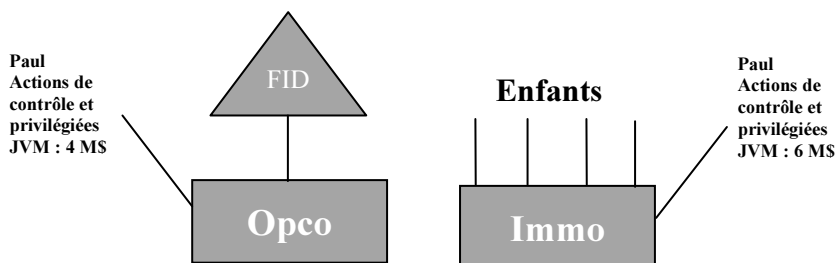
2.1. PIÈGES ÉMOTIFS

On peut considérer que 62 ans est un âge assez avancé pour commencer à planifier sa transmission. Il serait surprenant que le client n'ait jamais entendu parler de gel successoral ou de fiducies. Il faut donc qu'il y ait quelque chose qui l'ait freiné jusqu'à ce jour pour avoir retardé sa décision. Il s'agit rarement d'un problème financier ou encore d'un problème d'accès à l'information; essentiellement, les principaux freins à une bonne planification sont les pièges émotifs, il faut donc les définir. Poussons plus loin notre questionnement et on constatera ce qui suit :

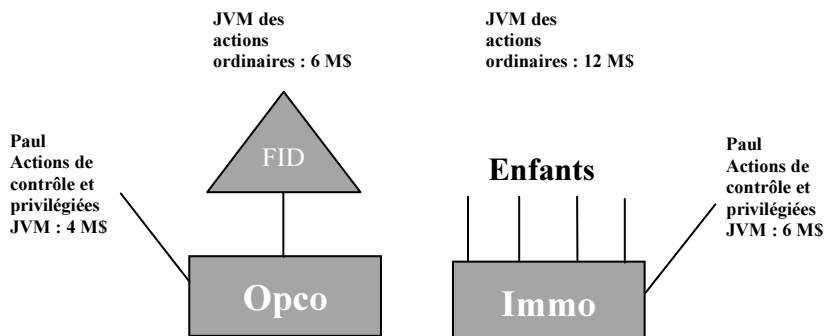
- 1) Paul a un niveau de vie très élevé qui nécessite des revenus importants.
- 2) Ses enfants ayant été élevés dans le luxe, ils veulent eux aussi conserver le même niveau de vie.
- 3) Paul n'aime pas partager le pouvoir.

- 4) Paul aime ses quatre enfants, mais il constate qu'ils n'ont pas tous les mêmes capacités.
- 5) On découvre que certains de ses enfants ont des problèmes :
 - a) Paul fils a un problème de dépendance, qui lui nuit dans son travail de professionnel;
 - b) Julie dépense plus qu'elle ne gagne;
 - c) Pierre, malgré une belle personnalité, éprouve un léger problème de déficience intellectuelle, qui, sans qu'il s'agisse d'un handicap sérieux, le disqualifie pour la relève;
 - d) Patrick est celui qui démontre le plus d'habiletés pour prendre la relève, mais il est encore jeune.
- 6) Paul ne veut pas de chicane de famille, car il sait bien que l'harmonie familiale est très fragile, surtout s'il imposait son fils comme successeur principal.
- 7) Son principal souci est d'équilibrer le patrimoine.
- 8) Paul aimerait voir son entreprise lui survivre et en faire bénéficier toute sa descendance.

Devant autant d'objectifs contradictoires, il prend la décision de ne pas immédiatement désigner son successeur au sein de la direction de la société et procède à un gel en faveur d'une fiducie. Par contre, il considère que la société immobilière est moins sensible à la qualité de la direction et décide d'en transférer dès maintenant la propriété aux quatre enfants.



Quelle est la situation en 2010? La fiducie qui a été créée il y a 20 ans a maintenant les valeurs suivantes :



En premier lieu, on peut faire certaines observations. L'entreprise qui valait 4 M\$ en 1990 vaut maintenant 10 M\$, ce qui ne représente qu'un rendement de 5 % en moyenne par année. C'est bien en deçà des attentes pour une société opérante. Cette contre-performance ne peut être expliquée ni par une décroissance de cette industrie ni par une diminution de sa part de marché.

En analysant ce qui s'est passé au cours des 20 dernières années, on constate que les exigences financières des 5 membres de la famille sont trop importantes pour la capacité de la société opérante à générer des profits. La famille n'a pu la faire progresser, ni profiter d'occasions d'affaires qui se sont présentées à cause de sa faible capitalisation.

À titre d'exemple, si la société avait crû à un rythme de 10 % par année, la valeur totale aujourd'hui se situerait à 27 M\$.

Quelles observations peut-on faire?

- 1) Est-ce que l'apparence d'égalité, que Paul a voulu créer en ne favorisant pas Patrick au détriment des autres enfants, a pu créer un désintéressement de la part de Patrick?
- 2) Est-ce que le drainage des liquidités par la famille a pu coûter 17 M\$ en perte d'opportunités?
- 3) Paul a aujourd'hui 82 ans, il est malade et son épouse est affligée d'une maladie dégénérative. Les problèmes auxquels il ne voulait pas faire face

à l'âge de 62 ans le rattrapent aujourd'hui alors que son état lui permet encore moins de prendre des décisions.

2.2. CONSIDÉRATIONS FISCALES ET SUCCESSORALES

- 1) Que peut-on faire aujourd'hui pour éviter l'imposition de la disposition présumée de la 21^e année d'existence de la fiducie?
- 2) Quelles autres options auraient pu combiner les objectifs de Paul et Patrick?
- 3) Puisque l'entreprise n'a pas beaucoup progressé, devrait-on simplement payer l'impôt (1,38 M\$) et reporter à plus tard la décision de la répartition?

Des pistes de solution sont données à la section 3.4. de la Partie A du présent texte.

CONCLUSION

Pelleter le problème par en avant et espérer que le tout se règle après le décès est une solution très risquée. Il faut prendre en considération que les clients vivent plus longtemps qu'auparavant. La différence est qu'ils sont maintenant vivants à un âge qu'ils n'auraient eux-mêmes jamais cru atteindre. Par ailleurs, à cet âge avancé, leur santé est souvent précaire si ce n'est pas un état de dépendance lié à une maladie dégénérative. Ce n'est pas le temps de s'attaquer à un dossier aussi important.

Si, à l'origine, on avait laissé 50 % des actions ordinaires de la société opérante à Patrick et qu'il n'avait pas été obligé de générer autant de liquidités pour satisfaire les autres enfants, nous pourrions imaginer ceci :

- En tenant compte d'une croissance à 10 %, les actions ordinaires vaudraient aujourd'hui 23 M\$, soit 17 M\$ de plus.
- Chaque enfant non impliqué détiendrait 16 % de cette somme, soit 3,8 M\$.
- Cela constitue 2,2 M\$ de plus que chaque part de 25 % de la valeur actuelle de la fiducie.

QUE CACHENT LES NOUVELLES MESURES FISCALES APPLICABLES AUX OPTIONS D'ACHAT D' ACTIONS D'EMPLOYÉS DE SOCIÉTÉS PUBLIQUES?



Caroline Rhéaume

Avocate, M. Fisc., Adm.A.,
Pl. Fin., TEP, vice-présidente
Planification patrimoniale et successorale
Richardson GMP Ltée

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	35:3
1. MESURES APPLICABLES AVANT LE 4 MARS 2010	35:3
1.1. ACTIONS DE SOCIÉTÉS PUBLIQUES	35:3
1.2. PROBLÉMATIQUE	35:4
2. COMPARAISON ENTRE LES MESURES PRÉBUDGETS ET POSTBUDGETS 2010	35:5
2.1. IMPACT FISCAL – OCTROI DES OPTIONS	35:5
2.2. IMPACT FISCAL – EXERCICE DES OPTIONS	35:5
2.3. DÉDUCTION FISCALE DISPONIBLE	35:6

3.	MESURE TRANSITOIRE POUR LES EMPLOYÉS AYANT FAIT LE CHOIX AVANT LE 4 MARS 2010 À 16 H	35:7
3.1.	PARTICULARITÉS FÉDÉRALES	35:7
3.2.	PARTICULARITÉS QUÉBÉCOISES.....	35:8
3.3.	DÉLAI POUR FAIRE LE CHOIX	35:9
4.	EXEMPLE DE CALCUL AU NIVEAU FÉDÉRAL – RÉSULTATS SELON QUE LE CHOIX DE PAYER L’IMPÔT SPÉCIAL EST FAIT OU NON	35:9
5.	EXEMPLE DE CALCUL AU NIVEAU DU QUÉBEC – RÉSULTATS SELON QUE LE CHOIX DE PAYER L’IMPÔT SPÉCIAL EST FAIT OU NON	35:11
6.	ÉLIMINATION DE LA DOUBLE DÉDUCTION – RÉGIME TANDEM OU RÉGIME HYBRIDE	35:12
6.1.	CHOIX EN VERTU DU PARAGRAPHE 110(1.1) L.I.R.	35:13
6.2.	IMPACT DANS L’ANNÉE DU DÉCÈS.....	35:14
7.	RÉGIMES EXISTANTS.....	35:14
7.1.	EMPLOYÉS QUI ONT FAIT LE CHOIX DE REPORTER LE PAIEMENT DE L’IMPÔT EN VERTU DU PARAGRAPHE 7(8) L.I.R.....	35:14
8.	RETENUES À LA SOURCE	35:15
9.	AVANTAGES POUR LES SPCC	35:16
10.	AUTRES POSSIBILITÉS SE RAPPORTANT AUX OPTIONS D’ACHAT D’ACTIONS DE SOCIÉTÉS PUBLIQUES	35:17
10.1.	ACTIONS RESTREINTES	35:18
10.2.	BONI PAYABLE DANS TROIS ANS	35:19
10.3.	RÉGIME D’ACHAT D’ACTIONS – ÉMISSION DU TRÉSOR	35:19
10.4.	RÉGIME FANTÔME – ACTIONS FICTIVES	35:19
10.5.	RÉGIME FANTÔME – DROIT À LA PLUS-VALUE.....	35:19
10.6.	RÉGIME DE RETRAITE INDIVIDUEL	35:20
10.7.	CONVENTION DE RETRAITE.....	35:20
	CONCLUSION	35:21

INTRODUCTION*

Le Budget du gouvernement fédéral déposé le 4 mars 2010 et le Budget du gouvernement provincial du 30 mars 2010 prévoient des mesures qui viennent grandement modifier le traitement fiscal des options d'achat d'actions d'employés d'une société autre qu'une société privée sous contrôle canadien (« SPCC »). Le texte qui suit présente un survol des mesures fiscales applicables avant le dépôt des budgets 2010, ainsi qu'une analyse des mesures proposées et de leurs impacts pour les employés et les employeurs. Finalement, ce texte présente quelques solutions de rechange aux régimes d'options d'achat d'actions d'employés. Des notes explicatives fédérales publiées en septembre 2010¹ clarifient certaines des mesures proposées.

1. MESURES APPLICABLES AVANT LE 4 MARS 2010²

1.1. ACTIONS DE SOCIÉTÉS PUBLIQUES

Le paragraphe 7(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*³ vise les titres émis par une personne admissible, c'est-à-dire une société ou une fiducie de fonds communs de placement. Le présent texte ne traite toutefois que des actions émises par une société. Comme des règles spécifiques s'appliquent aux options d'achat d'actions octroyées par une SPCC⁴ et que celles-ci n'ont pas fait l'objet de changements dans les budgets 2010, le présent texte se concentre sur les mesures applicables aux options d'achat d'actions d'employés de sociétés publiques.

* L'auteur pratique dorénavant à son compte.

¹ CANADA, ministère des Finances, *Notes explicatives sur les propositions législatives concernant la Loi de l'impôt sur le revenu et des lois et règlements connexes*, septembre 2010.

² Pour une discussion des traitements fiscal et comptable des régimes d'options d'achat d'actions, voir le texte de Suzanne LANDRY et Caroline RHÉAUME, « Les options d'achat d'actions ont-elles perdu de leur lustre? », dans *Colloque – Avantages imposables et outils de rémunération*, 154, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 5:1-18.

³ L.R.C. (1985) 5^e supp., ch. 1 et mod. (« L.I.R. »); *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (« L.I. »), art. 48 et 49.

⁴ Par. 7(1.1) L.I.R.; art. 49.2.1 L.I.

L'octroi d'options d'achat d'actions par une société publique n'implique aucune conséquence fiscale. En règle générale, l'imposition survient au moment de l'exercice sauf si la société émettrice est une SPCC. Dans un tel cas, le moment de l'imposition correspond au moment de la disposition des actions. En vertu des règles fiscales applicables avant le Budget fédéral de 2010, l'imposition survenait également lors de la vente des actions si l'employé effectuait le choix prévu au paragraphe 7(8) L.I.R.⁵ lors de l'exercice d'options d'achat d'actions octroyées par une personne admissible. La différence entre la juste valeur marchande (« JVM ») des actions au moment de l'exercice de l'option et le prix d'exercice est imposable comme un revenu d'emploi, mais une déduction égale à 50 % (25 % au provincial) de cet avantage peut être demandée si certaines conditions sont satisfaites en vertu de l'alinéa 110(1)d) L.I.R.⁶ Le montant de l'avantage imposable est ajouté au prix de base rajusté (« PBR ») des actions en vertu de l'alinéa 53(1j) L.I.R.⁷, toute augmentation de valeur subséquente étant traitée comme du gain en capital (et toute baisse de valeur comme une perte en capital).

1.2. PROBLÉMATIQUE

Plusieurs employés ont profité de la mesure de report d'impôt prévue au paragraphe 7(8) L.I.R. croyant vendre les actions à un moment où elles auraient pris de la valeur. Or, ce choix faisait tout de même en sorte de cristalliser le montant de l'avantage imposable au moment de l'exercice des options. Ceux dont la valeur des actions a grandement diminué entre le moment de l'exercice et le moment de la vente peuvent faire face aux problèmes suivants :

- lors de la disposition des actions, ils doivent payer des impôts en fonction du montant de l'avantage imposable même si le produit de disposition est inférieur à l'impôt payable;
- la perte en capital résultant de la disposition n'est déductible qu'à l'encontre de gains en capital. Elle ne peut pas servir à réduire le montant de l'avantage imposable. Donc, pour les employés qui n'ont pas de gains en capital importants, la perte en capital a peu de valeur.

⁵ Art. 58.0.1 L.I.

⁶ Art. 725.2 et 725.3 L.I.

⁷ Par. 255f) L.I.

Les budgets de 2010 visent à offrir un allègement temporaire à ceux qui sont dans une position où le produit de disposition des actions acquises à la suite de l'exercice des options est inférieur à l'impôt payable sur l'avantage imposable. Il n'y a donc pas d'allègement si l'impôt à payer ne dépasse pas la valeur des actions.

2. COMPARAISON ENTRE LES MESURES PRÉBUDGETS ET POSTBUDGETS 2010

2.1. IMPACT FISCAL – OCTROI DES OPTIONS

Mesures prébudgets 2010 :

- L'octroi des options à un employé ne déclenche aucune conséquence fiscale.

Mesures postbudgets 2010 :

- L'octroi des options à un employé ne déclenche aucune conséquence fiscale.

2.2. IMPACT FISCAL – EXERCICE DES OPTIONS

Mesures prébudgets 2010 :

- Inclusion au revenu du montant égal à la différence entre la JVM des actions au moment de l'exercice des options et le prix d'exercice. Ce montant est imposable à titre de revenu d'emploi.
- Exception : il y a possibilité de reporter le paiement de l'impôt payable sur le montant de l'avantage imposable, si certaines conditions sont satisfaites, jusqu'au moment de la vente des actions, si un choix est effectué dans le délai prescrit.

Mesures postbudgets 2010 :

- Inclusion au revenu lors de l'exercice des options du montant égal à la différence entre la JVM des actions au moment de l'exercice des options et le prix d'exercice. La mesure de report n'est plus disponible à compter du 4 mars 2010. Les propositions législatives déposées par le ministère

des Finances du Canada⁸ en août 2010 prévoient l'abrogation des paragraphes 7(8) à 7(15) L.I.R.

- Ceux qui avaient fait le choix, avant 16 heures le 4 mars 2010, de reporter le paiement de l'impôt sur les avantages associés aux options d'achat d'actions jusqu'à ce que les actions soient vendues bénéficient d'un certain allègement (« mesure transitoire »), discuté ci-dessous.

2.3. DÉDUCTION FISCALE DISPONIBLE

Mesures prébudgets 2010

Si les conditions prévues à l'alinéa 110(1)d) L.I.R. sont satisfaites, le contribuable peut demander une déduction pour options d'achat d'actions égale à 50 % de l'avantage imposable au niveau fédéral et à 25 % au niveau provincial⁹. Le taux d'imposition combiné est alors d'environ 30 %.

Mesures postbudgets 2010

Si les conditions prévues à l'alinéa 110(1)d) L.I.R. sont satisfaites, le contribuable peut demander une déduction pour options d'achat d'actions égale à 50 % de l'avantage imposable au niveau fédéral et à 25 % au niveau provincial.

Il est important de noter que le sous-alinéa 110(1)d)(i) L.I.R. est modifié et exige désormais que l'employé exerce ses droits en vertu de la convention d'achat d'actions et qu'il acquiert les actions visées par la convention pour que la déduction dans le calcul du revenu imposable soit applicable. En effet, le sous-alinéa 110(1)d)(i) L.I.R. est remplacé par ce qui suit : « (i) le titre a été acquis en vertu de la convention par le contribuable ou par une personne avec laquelle il a un lien de dépendance dans les circonstances prévues à l'alinéa 7(1)c) [...] ».

Nous référons le lecteur aux explications ci-dessous concernant la mesure transitoire.

⁸ CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2010-074, « Le gouvernement du Canada publie des propositions législatives fiscales aux fins de consultation », 27 août 2010 ainsi que CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 1.

⁹ Art. 725.2 L.I.

Des règles quelque peu différentes s'appliquent dans le cas d'un régime d'options d'achat d'actions dit « régime tandem » ou « régime hybride ». Ce type de régime est discuté à la section 6. du présent texte intitulée « Élimination de la double déduction – Régime tandem ou régime hybride ».

3. MESURE TRANSITOIRE POUR LES EMPLOYÉS AYANT FAIT LE CHOIX AVANT LE 4 MARS 2010 À 16 H

3.1. PARTICULARITÉS FÉDÉRALES

Pour les individus qui font face au problème exposé à la section 1.2. ci-dessus, le Budget fédéral de 2010 propose une mesure d'allègement. Cette mesure permet à un employé ayant reporté le paiement des impôts sur un avantage imposable relié à l'exercice d'options d'achat d'actions de limiter le montant de son impôt payable au produit de disposition reçu lors de la vente des actions. Le gouvernement du Québec propose une mesure similaire dans son Budget du 30 mars 2010. Les employés qui font ce choix paieront donc un impôt spécial égal au produit de disposition des actions. Ce montant est ramené aux deux tiers dudit produit de disposition pour les résidents du Québec. En effet, pour les provinces ayant négocié un accord de perception avec le gouvernement fédéral, un tiers du produit de disposition leur est remis. Puisque le gouvernement du Québec n'a pas conclu un tel accord avec le fédéral et perçoit ses propres impôts, il en est tenu compte dans le montant d'impôt spécial exigé par le gouvernement fédéral. Les employés optant pour la mesure transitoire auront droit à une déduction égale au montant de l'avantage imposable dans le calcul de leur revenu imposable au fédéral. Il n'y aura donc pas d'impôt sur l'avantage imposable en tant que tel, cet impôt étant remplacé par l'impôt spécial.

Toutefois, un montant égal à 50 % du moindre de la déduction pour options d'achat d'actions et de la perte en capital réalisée lors de la disposition des actions devra être ajouté au revenu du contribuable à titre de gain en capital. Cela aura pour effet de traiter tout ou une partie de la réduction de l'avantage imposable à titre de gain en capital. Le contribuable ne pourra donc pas bénéficier en même temps de la réduction de l'impôt payable sur l'avantage imposable et de la pleine perte en capital résultant de la disposition des actions. Un exemple de l'application des nouvelles mesures est présenté à la section 4. du présent texte.

Cette mesure donne ainsi la possibilité de régler les impôts à payer en versant le produit de disposition reçu à la vente des actions, mais seulement dans la mesure où les impôts à payer dépassent la valeur des actions.

3.2. PARTICULARITÉS QUÉBÉCOISES

Dans son Budget du 30 mars 2010, le gouvernement du Québec indique¹⁰ que la législation et la réglementation fiscales québécoises seront modifiées pour y intégrer, en les adaptant en fonction de leurs principes généraux, plusieurs mesures dont les suivantes :

- le retrait du choix de reporter l'imposition d'un avantage découlant de l'exercice d'une option d'achat d'actions de titres pour les sociétés autres que les SPCC et l'obligation de retenir l'impôt à la source (RB 25 à RB 28);
- l'allègement temporaire accordé aux particuliers ayant fait le choix de reporter l'imposition d'un avantage découlant de l'exercice d'une option d'achat de titres d'une société autre qu'une SPCC, sous réserve de certaines particularités, lesquelles sont expliquées ci-après (RB 29 a) à c), RB 30 et RB 31).

Les mesures d'allègement temporaires proposées par le gouvernement du Québec sont quelque peu différentes de celles proposées par le gouvernement fédéral. L'impôt spécial est égal à 50 % du produit de l'aliénation des actions, alors que la déduction relative aux options d'achat d'actions est :

- de 100 % si les actions ont été aliénées avant le 13 juin 2003;
- de 87,5 % si les actions ont été aliénées après le 12 juin 2003 et avant le 31 mars 2004;
- de 75 % si les actions ont été aliénées après le 30 mars 2004.

Nous verrons que cela aura pour effet d'imposer une partie de l'avantage imposable lorsque la déduction n'est pas de 100 %, cet impôt s'ajoutant à l'impôt spécial de 50 %.

Un montant égal à 50 % du moins élevé de la valeur de l'avantage imposable attribuable à l'acquisition des actions et de la perte en capital

¹⁰ QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2010-2011, Discours sur le budget et Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 30 mars 2010, p. A.133.

résultant de leur aliénation sera inclus, à titre de gain en capital imposable, dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année donnée.

Le budget provincial fait référence au moindre de 50 % du montant de l'avantage imposable et de la perte en capital réalisée, alors que le budget fédéral fait référence au moindre de la déduction pour options d'achat d'actions et de la perte en capital réalisée lors de la disposition des actions. En effet, la déduction pour options d'achat d'actions en vertu de la mesure provinciale, contrairement à la mesure fédérale, n'est pas nécessairement égale au montant de l'avantage imposable, selon le moment où les titres ont été vendus, comme cela est décrit ci-dessus.

3.3. DÉLAI POUR FAIRE LE CHOIX

Ce choix est disponible pour une période limitée. Le choix est offert uniquement à l'égard des dispositions d'actions survenant avant 2015. L'employé doit se prévaloir de cette mesure transitoire avant :

- la date limite de production de sa déclaration de revenus pour l'année 2010 (pour les dispositions d'actions avant 2010);
- la date d'échéance de production pour l'année au cours de laquelle survient la disposition (pour les dispositions d'actions qui surviennent après 2009, mais avant 2015).

4. EXEMPLE DE CALCUL AU NIVEAU FÉDÉRAL – RÉSULTATS SELON QUE LE CHOIX DE PAYER L'IMPÔT SPÉCIAL EST FAIT OU NON

Hypothèses :

Options exercées le 1^{er} juin 2008 et choix fait en vertu du paragraphe 7(8)

L.I.R.

JVM par action	100 \$
Prix d'exercice	30 \$
Nombre d'actions acquises	1 000
Valeur des actions acquises	100 000 \$
Moins : prix d'exercice	(30 000 \$)
Avantage imposable reporté	70 000 \$

Vente des actions – 7 mars 2010

JVM des actions	10 \$
Produit de disposition des 1 000 actions	10 000 \$

Résultats – 2010		Sans choix	Avec choix
Avantage imposable		70 000 \$	70 000 \$
Déduction pour options d'achat d'actions ¹¹ / montant alloué en déduction		(35 000 \$)	(70 000 \$)
Effet net sur le revenu imposable		35 000 \$	0 \$
Impôt à 24 % ¹² / impôt spécial ¹³		8 400 \$	6 667 \$
PBR des actions		100 000 \$	100 000 \$
Perte en capital			
Produit de disposition		10 000 \$	10 000 \$
PBR		100 000 \$	100 000 \$
Perte en capital		(90 000 \$)	(90 000 \$)
Perte en capital déductible		(45 000 \$)	(45 000 \$)
Rajustement spécial – Gain en capital réputé¹⁴			35 000 \$
Perte en capital révisée en tenant compte du gain en capital réputé		(45 000 \$)	(10 000 \$)
Réduction d'impôt si perte en capital utilisée basée sur le taux d'imposition 2010		(10 800 \$)	(2 400 \$)

¹¹ Si les conditions sont remplies.

¹² Taux fédéral de 29 % moins l'abattement du Québec.

¹³ Soit deux tiers du produit de disposition de 10 000 \$.

¹⁴ 50 % du moindre de la déduction pour options d'achat d'actions (70 000 \$) et de la perte en capital (90 000 \$) = 35 000 \$.

5. EXEMPLE DE CALCUL AU NIVEAU DU QUÉBEC – RÉSULTATS SELON QUE LE CHOIX DE PAYER L'IMPÔT SPÉCIAL EST FAIT OU NON

Les hypothèses sont les mêmes que celles utilisées pour le calcul au niveau fédéral.

Résultats – 2010		Sans choix	Avec choix
Avantage imposable		70 000 \$	70 000 \$
Déduction pour options d'achat d'actions à 25 % ¹⁵ / montant alloué en déduction (75 %)		(17 500 \$)	(52 500 \$)
Effet net sur le revenu imposable		52 500 \$	17 500 \$
Impôt à 24 % / impôt spécial		12 600 \$	4 200 \$ + 5 000 \$ ¹⁶
PBR des actions		100 000 \$	100 000 \$
Perte en capital			
Produit de disposition		10 000 \$	10 000 \$
PBR		100 000 \$	100 000 \$
Perte en capital		(90 000 \$)	(90 000 \$)
Perte en capital déductible		(45 000 \$)	(45 000 \$)
Rajustement spécial – Gain en capital réputé¹⁷			35 000 \$
Perte en capital révisée en tenant compte du gain en capital réputé		(45 000 \$)	(10 000 \$)
Réduction d'impôt si perte en capital utilisée basée sur le taux d'imposition 2010		(10 800 \$)	(2 400 \$)

¹⁵ Si les conditions sont remplies.

¹⁶ $17\,500 \$ \times 24 \% = 4\,200 +$ impôt spécial de 50 % du produit de disposition (5 000 \$).

¹⁷ 50 % du moindre de l'avantage imposable (70 000 \$) et de la perte en capital (90 000 \$) = 35 000 \$.

Si le choix n'est pas fait, le contribuable paie un impôt combiné fédéral-provincial de 21 000 \$, c'est-à-dire un taux d'imposition de 30 %. Le contribuable bénéficie de plus d'une perte en capital déductible de 45 000 \$ pouvant lui procurer une économie d'impôts potentielle de 21 600 \$.

Si le contribuable fait le choix, il paie un impôt spécial de 6 667 \$ au fédéral et de 5 000 \$ au provincial. Il paie, de plus, un impôt provincial sur une partie de l'avantage imposable, soit 4 200 \$, pour un total de 15 867 \$. Le contribuable bénéficie d'une perte en capital déductible de 10 000 \$ pouvant potentiellement lui procurer une économie d'impôts de 4 800 \$.

L'impôt payable est inférieur de 5 133 \$ si le contribuable fait le choix de payer l'impôt spécial. Son économie d'impôts futurs potentielle grâce à la perte en capital est plus élevée de 16 800 \$ si le contribuable ne fait pas le choix.

Or, il ressort que le choix de payer l'impôt spécial n'élimine pas tout l'impôt payable sur l'avantage imposable au niveau provincial dans le scénario présenté, soit lorsque les titres sont vendus après le 30 mars 2004. Si le contribuable pense être en mesure d'utiliser sa perte en capital à l'encontre de gains en capital, il peut être préférable de ne pas faire le choix de payer l'impôt spécial. Si la perte en capital est très élevée et que le contribuable ne croit pas être en mesure de réclamer cette perte, il pourra opter pour le paiement de l'impôt spécial. La perte en capital peut être reportée contre les gains des trois années antérieures ou contre les gains en capital futurs indéfiniment. Le contribuable peut faire un choix différent au fédéral et au provincial.

6. ÉLIMINATION DE LA DOUBLE DÉDUCTION – RÉGIME TANDEM OU RÉGIME HYBRIDE

À la base, les régimes d'options d'achat d'actions hybrides fonctionnent de la même façon que les autres régimes d'options d'achat d'actions. Toutefois, les régimes d'options d'achat d'actions hybrides prévoient généralement que l'employé a la possibilité d'exiger, à la date d'exercice des options, le paiement d'un montant d'une valeur équivalente à la différence entre la JVM des actions à cette date et le prix d'exercice des options, plutôt que de lever ses options et de faire ainsi l'acquisition d'actions de son employeur. L'employé a donc le droit de recevoir la valeur économique des options. Si les actions se qualifient, l'employé peut bénéficier de la déduction pour options d'achat d'actions en vertu de l'alinéa 110(1)d) L.I.R., et ce, même s'il opte pour la réception d'un montant en argent. L'autre attrait

de cette planification est que l'employeur peut alors demander une déduction dans le calcul de son revenu lorsque l'employé opte pour un montant en argent. Il y a alors double déduction. Les budgets fédéral et provincial de 2010 viennent éliminer la possibilité de se prévaloir de cette double déduction. Un choix doit maintenant être fait. Il faut désormais déterminer à l'avance qui de l'employé ou de l'employeur pourra bénéficier de la déduction dans le calcul de son revenu.

Ainsi, si l'employeur demande une déduction dans le calcul de son revenu, l'employé n'aura pas droit à la déduction pour options d'achat d'actions s'il reçoit la valeur économique des options. Afin que l'employé puisse bénéficier de la déduction pour options d'achat d'actions, l'employeur doit renoncer à sa déduction en faisant un choix conformément au nouveau paragraphe 110(1.1) L.I.R. ou l'employé doit exercer l'option d'achat et acquérir les actions, tel qu'il est requis en vertu du sous-alinéa 110(1)d)(i) L.I.R. Le choix prévu au nouveau paragraphe 110(1.1) L.I.R. est expliqué ci-dessous.

6.1. CHOIX EN VERTU DU PARAGRAPHE 110(1.1) L.I.R.

Si un employé choisit de recevoir un paiement en argent en vertu de la convention d'options d'achat d'actions plutôt que d'exercer les options et de recevoir les actions, il pourra tout de même demander la déduction pour options d'achat d'actions de 50 % (ou de 25 % au provincial) dans la mesure où l'employeur fait un choix selon lequel ni lui ni une personne avec laquelle il a un lien de dépendance ne déduiront de somme au titre d'un paiement fait à un employé ou pour son compte relativement à la disposition par celui-ci de droits prévus par la convention d'options d'achat d'actions.

À cet effet, l'employeur est tenu de présenter le choix au ministre du Revenu national et de remettre à l'employé un document constatant ce choix. L'employé doit, pour sa part, joindre ce document avec sa déclaration de revenus de l'année pour laquelle la déduction prévue à l'alinéa 110(1)d) L.I.R. est demandée.

Le gouvernement du Québec modifiera sa législation pour y intégrer cette mesure¹⁸.

Les employeurs qui désirent continuer d'offrir à leurs employés les avantages d'un régime d'options d'achat d'actions hybride devront

¹⁸ QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.*, note 10, p. A.134, par. 4.

clairement s'engager envers leurs employés à ne pas se prévaloir de déduction dans le calcul de leur revenu pour tout paiement représentant la valeur économique des options.

6.2. IMPACT DANS L'ANNÉE DU DÉCÈS

Selon nos discussions avec une représentante du ministère des Finances du Canada, en cas de décès de l'employé qui détient des options d'achat d'actions, la déduction pour options d'achat d'actions ne sera pas disponible puisqu'il n'y a pas d'acquisition des actions. Par exception, si l'employeur fait un paiement en faveur de l'employé ou de sa succession en contrepartie des droits de l'employé, et que l'employeur fait le choix de ne pas se prévaloir de sa déduction d'entreprise selon les modalités du paragraphe 110(1.1) L.I.R., la déduction pour options d'achat d'actions pourra être demandée par la succession de l'employé décédé au nom de ce dernier, si les conditions à cet effet sont remplies.

7. RÉGIMES EXISTANTS

7.1. EMPLOYÉS QUI ONT FAIT LE CHOIX DE REPORTER LE PAIEMENT DE L'IMPÔT EN VERTU DU PARAGRAPHE 7(8) L.I.R.

Les employeurs qui ont des employés qui ont exercé des options d'achat d'actions et qui détiennent maintenant des actions ayant diminué de valeur devraient informer leurs employés de l'existence de la mesure transitoire et du choix disponible. Ils pourraient même leur offrir de couvrir les frais relatifs aux calculs nécessaires à leur prise de décision. À titre de possibilité l'employeur peut organiser une session d'information générale expliquant les détails de la mesure transitoire.

Les employeurs doivent toutefois agir vite, car la mesure transitoire est disponible pour les dispositions d'actions effectuées avant 2015.

Les employeurs qui avaient mis en place un régime tandem ou hybride devront aviser leurs employés de la politique qu'ils vont prendre en cette matière. Certains choix devront être faits. L'employeur peut choisir :

- de renoncer à sa déduction fiscale et continuer à permettre à ses employés de recevoir un paiement en espèces, et de bénéficier de la déduction pour options d'achat d'actions;
- de conserver le régime tandem et continuer à se prévaloir de la déduction fiscale en cas de paiement en espèces. Cela a toutefois pour effet

- d'empêcher l'employé de demander sa déduction pour options d'achat d'actions;
- d'éliminer la possibilité qu'a l'employé de recevoir un paiement en espèces;
- de mettre en place un nouveau régime d'intéressement ou un régime complémentaire afin de dédommager les employés pour la perte de certains avantages.

8. RETENUES À LA SOURCE

L'Agence du revenu du Canada et Revenu Québec avaient comme politique de ne pas exiger que l'employé verse la totalité des impôts à la source lors de l'exercice d'options d'achat d'actions d'employé lorsque les actions n'étaient pas vendues. Les employeurs invoquaient le principe du préjudice injustifié pour ne pas faire les retenues à la source (« RAS ») relatives à l'avantage découlant de l'exercice des options d'achat d'actions en s'appuyant sur le paragraphe 153(1.1) L.I.R.

Or, le Budget fédéral de 2010 propose d'abolir cette pratique et d'exiger qu'un employeur d'une société qui n'est pas une SPCC retienne et remette l'impôt sur la valeur de l'avantage imposable lors de l'exercice des options, tout comme elle le ferait, par exemple, lors du paiement d'un boni. La déduction pour options d'achat d'actions pourra toutefois être prise en compte dans le calcul du montant imposable et donc, des impôts de retenue seront payables.

Toutefois, cette mesure ne s'applique pas aux options accordées avant 2011 aux termes d'une convention écrite conclue avant 16 heures le 4 mars 2010, lorsque la convention prévoit des restrictions concernant la disposition des actions visées par l'option d'achat d'actions. Les conventions d'options d'achat d'actions doivent donc être révisées afin de déterminer si une telle clause est incluse dans la convention.

Les employeurs devront idéalement mettre des mesures en place afin d'aider leurs employés à acquitter les impôts à la source dus lorsque les titres ne sont pas vendus. En vertu de certains contrats d'options d'achat d'actions ou contrats d'emploi de hauts dirigeants d'entreprise, ces derniers doivent souvent conserver un pourcentage d'actions de la société qui les emploie. En conséquence, l'employé ne peut pas vendre toutes ses actions reçues à la suite de l'exercice des options. L'employé peut aussi vouloir conserver des actions de son employeur compte tenu de la qualité de ce placement. Dans

plusieurs cas, des mesures devront être mises en place afin que, lors de l'exercice des options, une quantité suffisante d'actions soit vendue afin d'acquitter les RAS. Ceux qui font affaire avec un courtier en valeurs mobilières, par exemple, peuvent généralement obtenir une marge de crédit pouvant être utilisée pour acquitter les RAS.

9. AVANTAGES POUR LES SPCC

Lorsque des options d'achat d'actions d'employés sont octroyées par une SPCC, les règles fiscales sont les suivantes :

- 1) aucun impact fiscal au moment de l'octroi;
- 2) aucun impact fiscal au moment de l'exercice des options;
- 3) inclusion au revenu d'un montant égal à l'excédent de la JVM de l'action au moment de l'exercice de l'option sur le prix d'exercice, mais seulement lors de la vente des actions. Ce revenu est traité comme du revenu d'emploi (avantage imposable). Il peut également y avoir inclusion au revenu d'un montant égal à l'excédent du produit de disposition sur la juste valeur des actions au moment de l'exercice si les actions sont conservées à la suite de l'exercice des options. Ce revenu est traité comme un gain en capital;
- 4) possibilité de demander une déduction pour options d'achat d'actions égale à 50 % de l'avantage imposable au fédéral, et à 25 % au niveau du Québec, dans la mesure où l'employé a conservé ses actions pour une période minimale de deux ans¹⁹, ou si elles se qualifient pour bénéficier de la déduction en vertu de l'alinéa 110(1)d) L.I.R. Dans ce cas, le prix d'exercice ne doit pas être inférieur à l'excédent de la JVM des actions au moment de l'octroi des options sur le montant payé par le contribuable, le cas échéant, pour acquérir les options;
- 5) si les actions sont des actions admissibles de petite entreprise (« AAPE »), elles peuvent bénéficier de la déduction pour gains en capital de 750 000 \$ en vertu de l'article 110.6 L.I.R.;
- 6) l'employeur procède aux RAS lorsqu'il y a inclusion au revenu, c'est-à-dire lors de la vente des titres.

¹⁹ Al. 110(1)d.1) L.I.R.; art. 725.3 L.I.

Il est intéressant de noter que si des options d'achat d'actions sont octroyées par une SPCC, laquelle devient publique, l'employé continue de bénéficier des avantages fiscaux reliés aux options d'achat d'actions de société privée.

Donc, le paragraphe 7(1.1) L.I.R. s'applique même lorsque la SPCC cesse d'être une SPCC immédiatement avant l'émission des actions²⁰.

Généralement, il est avantageux pour l'employé d'exercer ses options dès que possible, puisque l'inclusion au revenu est reportée à la vente des actions, et ce, afin de satisfaire le critère de détention de deux ans.

Les employeurs qui sont des SPCC peuvent donc offrir les options d'achat d'actions comme mécanisme de recrutement de nouveaux employés, notamment lorsque la société a pour objectif de devenir publique. La possibilité de se prévaloir de la déduction pour gains en capital de 750 000 \$ à la vente d'AAPE est également un avantage à ne pas négliger pour les employés de SPCC dont les actions se qualifient à ce titre.

10. AUTRES POSSIBILITÉS SE RAPPORTANT AUX OPTIONS D'ACHAT D' ACTIONS DE SOCIÉTÉS PUBLIQUES

L'attrait principal des options d'achat d'actions est le taux d'imposition payable lorsque la déduction pour options d'achat d'actions peut être demandée. Le taux d'imposition est d'environ 30 %, ce qui se rapproche du taux marginal payable sur un gain en capital qui est de 24 %. En ajoutant à cela la possibilité de payer les impôts, non lors de l'exercice des options, mais lors de la vente des actions, il était relativement intéressant pour un employé de se voir octroyer des options d'achat d'actions, plutôt que de recevoir une rémunération incitative imposable à titre de revenu d'emploi.

Il faut tout de même reconnaître que l'octroi d'options d'achat d'actions n'est pas une garantie selon laquelle l'employé recevra un bénéfice. Tout repose sur l'augmentation de valeur des actions de la société employeur. La période d'acquisition (*vesting*) des options peut également avoir un impact sur les bénéfices pouvant être reçus en vertu de la convention d'options d'achat d'actions. La plupart des régimes incitatifs reposent généralement sur l'atteinte d'objectifs, que ce soit des objectifs d'entreprise, des objectifs de groupe ou en fonction d'atteinte d'objectifs personnels.

²⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-113R4, « Avantages conférés aux employés – Options d'achat d'actions », 7 août 1996.

Les employés qui ont vécu la baisse de valeur de leurs actions acquises à la suite de l'exercice d'une option d'achat d'actions de leur employeur voudront peut-être miser sur un boni, voire un régime de pension afin de sécuriser leur rémunération, du moins en partie, et ce, même si le traitement fiscal n'est pas aussi attrayant que celui applicable aux options d'achat d'actions.

Plutôt que des options d'achat d'actions, nous pouvons penser aux actions restreintes, au boni payable dans trois ans, aux régimes d'achat d'actions d'employé – émission du trésor, aux régimes fantômes, au régime de retraite individuel, et même à la convention de retraite²¹.

Voici un survol de ces possibilités.

10.1. ACTIONS RESTREINTES

En vertu d'un régime d'actions restreintes, l'employé acquiert des actions à une date prédéterminée et à un prix convenu. Ces actions confèrent à leur détenteur le droit de vote et le droit de recevoir des dividendes. Elles sont dites restreintes, car le détenteur ne peut pas en disposer pour une période de temps prédéterminée. Cette restriction a généralement pour effet de réduire la JVM de l'action de 20 %, 30 % ou plus (escompte) selon les circonstances et, par conséquent, diminue le montant de l'avantage imposable.

Pour les employés d'une société publique, il peut être avantageux de recevoir des actions restreintes, dans la mesure où leur JVM n'est pas trop élevée à l'émission. Comme il y a imposition immédiate lors de la réception des actions, cela peut donner lieu à des impôts importants même si un escompte peut être réclamé, selon la valeur des actions à ce moment. Si, grâce à l'escompte, il est possible de recevoir des actions restreintes sans impact fiscal néfaste, il s'avère alors possible de convertir du revenu d'emploi en gain en capital puisque toute augmentation de valeur des actions restreintes est traitée comme du gain en capital.

²¹ Pour une discussion sur d'autres possibilités se rapportant aux options d'achat d'actions, voir le texte de Suzanne LANDRY et Caroline RHÉAUME, « Existe-t-il de véritables alternatives aux options d'achat d'actions? », dans *Colloque – Avantages imposables et outils de rémunération*, 154, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 6:1-20.

10.2. BONI PAYABLE DANS TROIS ANS

Un boni gagné par un employé peut être différé pour une période maximale de trois ans suivant l'année au cours de laquelle les services ont été rendus. Il est possible de lier le montant de la distribution à la valeur des actions de l'employeur. Le boni peut être payable en argent ou à même les actions du trésor de la société. Dans ce cas, l'employé reçoit des actions pour un montant correspondant au boni avant impôts. Ce régime est une exception à la définition d'entente d'échelonnement du traitement retrouvée au paragraphe 248(1) L.I.R. L'exception se retrouve à l'alinéa k).

10.3. RÉGIME D'ACHAT D'ACTIONS – ÉMISSION DU TRÉSOR

Selon un régime d'achat d'actions d'employés (émission du trésor), l'employeur émet directement aux employés des actions de son capital-actions, généralement à escompte. Les employés peuvent acheter des actions de la société une ou plusieurs fois par an. Dans certains cas, l'employeur verse une somme équivalente ou un pourcentage de la somme versée par l'employé pour l'achat additionnel d'actions.

10.4. RÉGIME FANTÔME – ACTIONS FICTIVES

En vertu d'un régime fantôme, l'employé reçoit généralement des unités dont le nombre est basé sur la valeur des actions de l'employeur. Ces unités sont rachetées par la société pour un montant égal à la JVM de ces actions à une date prédéterminée : à la retraite, au décès ou lors de la perte de l'emploi. L'acquisition des unités (*vesting*) peut être assujettie à certaines conditions ou certains critères de performance. Il ne peut y avoir aucun mécanisme qui protège contre une baisse de valeur des actions²². Ce régime peut être presque taillé sur mesure pour chaque employé, si tel est le souhait de l'employeur, car la catégorie d'actions sur laquelle l'avantage est calculé peut être une catégorie d'actions privilégiées émise pour un employé en particulier.

10.5. RÉGIME FANTÔME – DROIT À LA PLUS-VALUE

En vertu de ce régime, l'employeur promet de payer à l'employé un montant égal à la différence entre la JVM des actions au moment du paiement et leur JVM au moment de l'octroi des droits à la plus-value. Des unités, dont la valeur fluctue selon l'augmentation de valeur des actions de

²² *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, ch. 945 et mod., al. 6801d).

l'employeur, sont généralement octroyées à l'employé. Le nombre d'unités octroyées peut être fonction des années de service et de la position hiérarchique de l'employé. Les unités ne sont généralement pas cessibles, et elles sont annulées si l'employé quitte son emploi. Un tel régime ne prévoit aucune limite sur les montants pouvant être différés (dans la mesure où ils dépendent des services à rendre et non des services rendus) et il n'y a pas de véritable limite quant à la période au cours de laquelle les bénéfices peuvent être différés. Le paiement effectué dans le cadre de ce régime est tributaire de l'augmentation de valeur des actions de la société. Si cette valeur stagne ou n'atteint pas les projections, la valeur de cet avantage pour l'employé peut être nulle.

10.6. RÉGIME DE RETRAITE INDIVIDUEL

Le régime de retraite individuel est un régime de pension agréé à prestations déterminées, créé pour un ou plusieurs individus qui sont des employés-actionnaires ou qui présentent une importance pour l'entreprise, par exemple, des employés clés. En vertu d'un tel régime, la rente à être versée à la retraite est établie notamment en fonction de la durée des services et du salaire moyen du participant plutôt qu'en fonction du montant accumulé. L'employeur est responsable : il doit s'assurer que la caisse de retraite détient les fonds nécessaires pour assumer le paiement des prestations déterminées qui seront payables au rentier.

10.7. CONVENTION DE RETRAITE

Lorsqu'un employé clé reçoit une rémunération élevée, son employeur cherche souvent un moyen de lui garantir des prestations de retraite suffisantes et qui s'alignent sur sa rémunération. Or, les régimes de pension agréés sont soumis à des limites en termes de cotisations maximales en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Dans un tel cas, un employeur peut songer à la mise en place d'une convention de retraite pour son employé clé. Si le régime complémentaire n'est pas capitalisé, il s'agit alors d'une promesse de payer de l'employeur. Le paiement est donc tributaire de la situation financière de l'employeur au moment de la retraite de l'employé. Lorsque le régime est capitalisé, il se qualifie généralement de convention de retraite²³ en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

²³ Par. 248(1) « convention de retraite » L.I.R.

CONCLUSION

Les modifications apportées par les budgets fédéral et provincial de mars 2010 viennent restreindre les possibilités d'utilisation du régime d'options dit tandem ou hybride. Les personnes admissibles qui octroyaient des options d'achat d'actions à leurs employés doivent maintenant revoir leur régime et les adapter en fonction des nouvelles mesures. Les employeurs doivent également se questionner sur le bien-fondé de maintenir leur régime d'options d'achat d'actions pour le futur. Devraient-ils opter pour un autre type de régime incitatif? Si oui, lequel choisir?

La réponse à cette question demande en fait des réponses à plusieurs autres questions. Dans un premier temps, il faut établir les buts recherchés par l'employeur. Recherche-t-il un régime incitatif à court, moyen ou long terme? Veut-il que ses employés détiennent des actions de son capital-actions ou non? L'employeur veut-il utiliser des « menottes dorées » (*golden handcuffs*)? L'employeur a-t-il les liquidités suffisantes pour offrir un régime fantôme ou une convention de retraite à ses employés? Les employés visés sont-ils tous dans la même tranche d'âge? Selon les réponses à ces questions, il est alors possible d'établir une première liste de régimes pouvant atteindre les objectifs du client, pour ensuite mettre sur pied le ou les régimes choisis. Un exercice intéressant attend les employeurs et leurs conseillers professionnels.

LA SOCIÉTÉ DE PERSONNES ET LES ASSOCIÉS/PERSONNES MORALES : GÉNÉRALITÉS ET PROBLÉMATIQUES D'ASSURANCE VIE



Marc-Antoine Deschamps

Avocat, associé, D. Fisc.

Morency, Société d'avocats s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	36:3
1. SOCIÉTÉS DE PERSONNES EN VERTU DU CODE CIVIL	36:4
1.1. CADRE GÉNÉRAL	36:4
1.2. NATURE DE LA SOCIÉTÉ DE PERSONNES	36:4
1.2.1. Environnement juridique	36:4
1.2.2. Statut des associés	36:5
1.2.3. Perte du statut d'associé	36:5
1.2.4. Effets du contrat de société de personnes sur le testament	36:6
2. ASPECTS FISCAUX POUR UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES	36:7
2.1. SOCIÉTÉS DE PERSONNES : POINTS GÉNÉRAUX	36:7
2.2. ASSOCIÉS ET PARTICIPATIONS	36:8

2.3.	DÉCÈS D'UN ASSOCIÉ.....	36:8
2.4.	DÉCÈS DE L'ACTIONNAIRE D'UN ASSOCIÉ/PERSONNE MORALE	36:9
3.	FINANCEMENT ET UTILISATION D'ASSURANCE VIE AU DÉCÈS D'UN ASSOCIÉ.....	36:10
3.1.	CONTEXTE DE DÉCÈS ET D'ASSURANCE VIE POUR LA SOCIÉTÉ DE PERSONNES ET LES ASSOCIÉS/PERSONNES MORALES	36:11
3.1.1.	Détention de la police d'assurance vie par la société de personnes	36:11
4.	RACHAT PAR LA SOCIÉTÉ OU ACHAT CROISÉ?	36:18
4.1.	AUTRES TECHNIQUES POSSIBLES	36:19
4.2.	POINTS À CONSIDÉRER	36:19
	CONCLUSION	36:20

INTRODUCTION

La société de personnes issue du *Code civil du Québec*¹ subit de profondes mutations depuis 1994. Les praticiens ont recours à ce type de société fréquemment puisqu'elle permet une flexibilité accrue en termes de financement, d'organisation et de planification fiscale. Au surplus, la modification au *Code des professions*² et l'avènement des sociétés de personnes à responsabilité limitée pour les divers ordres professionnels³ ont augmenté l'usage des sociétés de personnes par les professionnels et dans l'industrie en général.

L'élargissement des horizons de la société de personnes provoque également des questionnements en matière fiscale avec l'implication des associés/personnes morales joints au véhicule de la société de personnes. Certaines règles et divers principes demeurent encore flous, notamment quant à la planification fiscale et successorale lors du décès d'un actionnaire d'un associé/personne morale d'une société de personnes.

Nous examinerons certaines règles concernant les sociétés de personnes⁴ et les associés/personnes morales, du point de vue du droit tant privé que fiscal⁵. Nous soulèverons les difficultés en matière d'intégration des sociétés à titre d'associés, les distinctions lors du décès et les implications de l'assurance vie sur les personnes physiques actives au sein de la société de personnes.

¹ L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »).

² L.R.Q., c. C-26, par. 93g, 93h) et 94p).

³ *Règlement sur l'exercice de la profession de comptable agréé en société*, R.R.Q., 1981, c. C-48, r.5.1; *Règlement sur l'exercice de la profession d'avocat en société et en multidisciplinarité*, R.R.Q., 1981, c. C-26, r.19.1.2.

⁴ Le présent texte traitera des sociétés de personnes canadiennes dont tous les associés sont résidents du Canada.

⁵ *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e supp., ch. 1 et mod. (« L.I.R. »). Les références à la *Loi de l'impôt sur le revenu* renvoient aux dispositions équivalentes de la *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (« L.I. ») à moins d'indication contraire.

1. SOCIÉTÉS DE PERSONNES EN VERTU DU CODE CIVIL

1.1. CADRE GÉNÉRAL

La *Loi de l'impôt sur le revenu* demeure tributaire du droit civil, quant à la formation de la société de personnes et ses caractéristiques propres :

« Le droit fiscal, à mon avis, est un droit accessoire qui n'existe qu'au niveau des effets découlant des contrats. Une fois la nature des contrats déterminée par le droit civil, la Loi de l'Impôt intervient, mais seulement alors, pour imposer des conséquences fiscales à ces contrats. Sans contrat, sans droit et sans obligation, il ne peut y avoir d'incidence fiscale. L'application de la Loi de l'Impôt est soumise à un diagnostic civil que ce diagnostic soit de droit civil ou de droit commun⁶. »

Cette position fut réaffirmée par la Cour suprême du Canada dans une affaire de principe⁷. La formation des sociétés de personnes et la juxtaposition des associés/personnes morales s'inscrit dans l'édifice des sociétés de personnes sous l'égide du *Code civil du Québec*. L'analyse fiscale demeure subsidiaire à l'encadrement législatif du droit privé et des réglementations professionnelles.

1.2. NATURE DE LA SOCIÉTÉ DE PERSONNES

1.2.1. Environnement juridique

Beaucoup d'encre a coulé sur la société de personnes constituée en vertu du *Code civil du Québec*. La société de personnes ne possède pas la personnalité morale d'une société par actions, bien qu'elle ait un droit de propriété autonome⁸. Comme toute autre société, une société de personnes, telle une société en commandite, a un patrimoine propre qui, tant qu'il est suffisant, est distinct de celui des personnes dont elle est constituée; elle jouit alors d'une entité propre, sans pour autant être une personne morale au sens de la loi⁹. La jurisprudence récente confirme que la société de personnes

⁶ *La Reine c. Lagueux & Frères Inc.*, [1974] C.F. 297; 74 D.T.C. 6569 (C.F. 1^{re} inst.).

⁷ *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298.

⁸ Art. 2188 C.c.Q.

⁹ *Ville de Laval c. Polyclinique médicale de Fabreville, s.e.c.*, [2007] R.J.Q. 557 (C.A.), par. 24.

possède elle-même ses biens, qu'elle peut ester en justice et qu'elle ne constitue pas une personne morale entièrement distincte de ses associés¹⁰.

Les engagements contractés par la société de personnes et les biens sous sa gouverne demeurent à l'intérieur de son patrimoine. La prétention selon laquelle la société de personnes ne constitue qu'un engagement contractuel entre les associés ne résiste plus aux récents enseignements jurisprudentiels et doctrinaux.

1.2.2. Statut des associés

Le contrat d'une société de personnes constitue un engagement 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 résultent¹¹.

Les associés doivent être des « personnes ». La référence vaut autant pour les personnes physiques que pour les personnes morales (les sociétés) puisque ces dernières peuvent valablement former des sociétés de personnes¹². D'ailleurs, l'intention d'exploiter une entreprise s'infère facilement puisque les sociétés sont présumées être constituées aux fins d'exploiter une entreprise¹³.

1.2.3. Perte du statut d'associé

Les deux distinctions principales concernant l'utilisation d'une société à titre d'associé d'une société de personnes sont l'implication et les causes de la perte du statut d'associé, propres à une personne physique. En effet, une personne physique perd son statut d'associé notamment par son décès, l'ouverture d'un régime de protection, ou sa faillite instantanément de par

¹⁰ *Ferme C.G.R. enr. (Faillite de)*, C.A. Montréal, n° 500-09-020326-104, 16 avril 2010, jj. Hilton, Morissette et Rochon (« *Ferme C.G.R.* »), rejetant la théorie développée dans l'arrêt *Québec (Ville de) c. Compagnie d'immeubles Allard Ltée*, [1996] R.J.Q. 1566 (C.A.).

¹¹ Art. 2186 C.c.Q.

¹² *Les placements Tanguay (1979) ltée (Syndic de)*, C.S. Québec, n° 200-11-000725-930, 16 décembre 1996, j. Barakett.

¹³ *Anderson Logging Co. c. La Reine*, 52 D.T.C. 1209 (C.S.C.); *Canadian Marconi c. La Reine*, 86 D.T.C. 6526 (C.S.C.).

l'effet de la loi¹⁴. Contrairement à la société en participation, qui prévoit que les associés peuvent convenir contractuellement de la possible reprise du statut d'associé en lieu et place du défunt par les ayants droit¹⁵, les dispositions de la société en nom collectif ou en commandite n'envisagent pas spécifiquement cette option.

Une distinction nouvelle s'opère en matière de décès ou d'incapacité d'un associé, personne physique : contrairement à l'ancien droit qui prévoyait la dissolution irrémédiable de la société de personnes par le décès d'un associé¹⁶, sous réserve de stipulations contraires du contrat de société¹⁷, le *Code civil du Québec* prévoit maintenant une solution individualisée à la personne physique qui décède, devient incapable ou fait faillite¹⁸.

Cette impermanence de la personne physique amène des conséquences fiscales immédiates et différentes lors du retrait provoqué par un des événements prévus au *Code civil du Québec*. Par contre, la société, personne morale distincte de ses membres¹⁹, ne perd pas le statut d'associé de la société de personnes par le décès ou l'incapacité de son actionnaire de contrôle.

1.2.4. Effets du contrat de société de personnes sur le testament

Le contrat de société de personnes indique souvent diverses mécaniques aux fins du retrait d'un associé, que ce soit pour un associé décédé ou l'actionnaire de contrôle de la société associée. Certains croyaient déceler, dans des mécanismes d'achat-vente au décès, des pactes sur succession future illégaux en vertu de la loi. En effet, nul ne peut exercer d'option sur une succession non ouverte ni faire aucune stipulation sur une pareille

¹⁴ Art. 2226 (2°) C.c.Q.

¹⁵ Art. 2259 C.c.Q.

¹⁶ *Code civil du Bas-Canada*, art. 1892, al. 5 (« C.c.B.-C. »).

¹⁷ Art. 1894 C.c.B.-C.

¹⁸ Nabil N. ANTAKI et Charline BOUCHARD, *L'individualité juridique des sociétés*, Collection Droit et pratique de l'entreprise, t. 1, 2^e éd. – Entrepreneurs et sociétés de personnes, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, par. 477.

¹⁹ Art. 309 C.c.Q.

succession, même avec le consentement de celui dont la succession est en cause²⁰.

La jurisprudence a statué sur le fait que les clauses d'achat-vente se qualifient à titre d'offre suspensive dont le terme est le décès et qu'elles lient la succession et les héritiers²¹. Les conventions de société de personnes intégrant des dispositifs détaillés de rachat ou de transfert de participations primeront les dispositions testamentaires. Cette question se pose avec moins d'acuité en matière d'associé/personne morale puisque la société contracte distinctement de son actionnaire et que ses engagements contractuels survivent au décès de celui-ci.

2. ASPECTS FISCAUX POUR UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES

Tel que nous l'avons constaté, le cadre légal de la société de personnes influencera les conséquences fiscales, notamment si les associés sont des personnes physiques ou morales, les stipulations du contrat de société, le testament du défunt ainsi que la présence ou non d'une assurance vie.

2.1. SOCIÉTÉS DE PERSONNES : POINTS GÉNÉRAUX

À titre de bref rappel, la société de personnes, aux fins fiscales canadiennes et internationales²², ne constitue pas une personne distincte de ses associés²³ bien qu'elle détienne le titre de « personne » aux fins du calcul du revenu avant l'allocation à ses associés²⁴.

« In law, a partnership is not a person but a contractual relationship. As concerns the calculation of the income of a partner that is subject to tax, the Act does not alter the legal nature of a partnership, but does require that it be notionally treated as a person, by requiring that a partner's income be calculated as if the partnership were a separate person resident in Canada; as if the taxation

²⁰ Art. 631 C.c.Q.

²¹ *Labadie c. Labrecque*, [1981] C.A. 401.

²² Certains arguments ont été soulevés sur l'application de l'arrêt *Padmore c. IR Commrs*, [1989] B.T.C. 221 (C.A.) en droit canadien et en matière de convention fiscale canadienne. Voir la *Loi sur l'interprétation des conventions en matière d'impôts sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. I-4, art. 6.2; et Bill MACLAGAN, « Partnerships: An Update », dans *2005 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2006, pp. 37:1-46, à la page 37:23.

²³ Par. 248(1) « personne » et « contribuable » L.I.R.

²⁴ Art. 96 L.I.R.

year of the partnership were its fiscal period; and as if each partnership activity (including the ownership of property) were carried on by the partnership as a separate person²⁵. »

L'entente contractuelle entre les différents contribuables²⁶ gouverne les rapports juridiques et les effets fiscaux entre les associés et la société de personnes.

2.2. ASSOCIÉS ET PARTICIPATIONS

Nous avons souligné précédemment que les associés, individus ou personnes morales, ne sont pas propriétaires des biens. La société de personnes, au civil, demeure le sujet de droit qui contracte quant aux biens contribués à la société ou détenus par cette dernière. Les associés détiennent des participations de la société de personnes et partagent les bénéfices et les pertes en parts égales, sous réserve des dispositions du contrat²⁷.

Aux fins fiscales, les participations de la société se qualifient habituellement à titre d'immobilisations²⁸ assujetties aux divers rajustements du prix de base rajusté (« PBR ») et d'événements, notamment quant à la disposition réputée immédiatement avant le décès²⁹. Nous examinerons les distinctions qui existent entre les associés individuels et les associés/personnes morales et quelques points de réflexion pour les clauses d'achat-vente au décès.

2.3. DÉCÈS D'UN ASSOCIÉ

L'associé individuel qui décède est réputé disposer immédiatement avant son décès de sa participation dans la société de personnes, sous réserve que le contrat de société prévoie que le conjoint de l'associé décédé acquière

²⁵ Dan MISUTKA, « Partnership Planning – Recent Review Issues », dans *2009 Prairie Provinces Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2009, pp. 11:1-15, à la page 11:2.

²⁶ Corrado CARDARELLI, « The Fifth Protocol to the Canada-US Income Tax Convention: Provisions Relating to Hybrid Entities, Service Businesses, and Pension Plans », dans *2009 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2010, pp. 26:1-28.

²⁷ Art. 2202 C.c.Q.

²⁸ Par. 248(1) « immobilisation » L.I.R.

²⁹ Par. 70(5) L.I.R.

la participation en vertu du roulement au décès³⁰. De plus, si le PBR de l'associé était négatif, il n'y aurait pas immédiatement de reconnaissance du gain en capital³¹.

Les conventions de sociétés de personnes stipulent généralement que l'associé décédé est réputé ne plus être associé au moment de son décès. De plus, certaines interdictions professionnelles peuvent provoquer la perte du statut d'associé et l'absence d'un roulement dès le décès puisqu'une personne autre qu'un professionnel ne peut détenir de participation dans la société de personnes³². Cette impossibilité statutaire peut empêcher le roulement au décès au conjoint puisque le droit privé ne permet pas cette structure³³. Ces prohibitions peuvent également trouver écho lorsque la détention des participations se fait par l'entremise d'une société par actions.

2.4. DÉCÈS DE L'ACTIONNAIRE D'UN ASSOCIÉ/PERSONNE MORALE

Lors du décès de l'actionnaire de contrôle, l'associé/personne morale ne cesse pas d'être automatiquement associé de la société de personnes. Le défunt sera réputé disposer de ses actions du capital-actions à la juste valeur marchande (« JVM »). Le gain ou la perte en capital sera réalisé par l'actionnaire décédé sous réserve du roulement au conjoint au moment du décès. L'interposition de la société par actions ne provoque pas d'impact immédiat sur la société de personnes, contrairement au décès de l'associé individuel. Également, l'actionnaire individuel peut bénéficier de sa déduction pour gains en capital au décès³⁴ si les actions de l'associé/personne morale se qualifient à ce titre³⁵.

L'utilisation d'une société crée de la flexibilité au décès d'un actionnaire de contrôle de la société, notamment quant à l'utilisation de l'assurance vie pour le rachat de la participation de la société.

³⁰ Par. 70(6) L.I.R.

³¹ Al. 70(6.1)d.1) L.I.R.

³² *Règlement sur l'exercice de la pharmacie en société*, R.R.Q., c. P-10, r.11.01, par. b) de l'article 2 (2° al.).

³³ *Kindree c. MRN*, 64 D.T.C. 5248 (C. de l'É.).

³⁴ Par. 110.6(2.1) L.I.R.

³⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9401555, « Capital gains exemption », 12 août 1994.

3. FINANCEMENT ET UTILISATION D'ASSURANCE VIE AU DÉCÈS D'UN ASSOCIÉ

Quel que soit le contexte de détention de la participation de la société de personnes, le décès de l'associé individuel ou de l'actionnaire de contrôle pour la société amène un événement fiscal pour la société de personnes. L'utilisation de l'assurance vie et la planification des mécanismes de rachat au décès par une société de personnes n'ont pas fait l'objet d'une couverture exhaustive de la part des auteurs ou de la jurisprudence. Un auteur résume la situation en ces mots sur les conséquences générales ainsi que la distinction entre les détentions individuelles et par l'entremise d'une société par actions :

« On a beaucoup écrit sur les assurances-vie que détiennent les sociétés de capitaux et sur la structuration des conventions d'achat-vente d'actions, mais bien peu sur la structuration des contrats de rachat de parts d'associés lorsqu'une société de personnes détient une assurance sur la vie de ses associés. Voici un bref aperçu des positions de l'ADRC en la matière.

Lorsqu'un associé ou un actionnaire d'un associé qui est une société de capitaux décède, il est réputé avoir cédé sa participation ou ses actions à moins de les avoir transférées libres d'impôt à son conjoint ou à une fiducie au profit de son conjoint. La société de personnes reçoit tout produit d'assurance-vie connexe en franchise d'impôt. Les conséquences fiscales pour les associés dépendent en général de la répartition du produit et du fait que les associés sont des particuliers ou des sociétés de capitaux. Le PBR de la participation d'un associé est majoré de sa part de l'excédent du produit net d'assurance-vie sur le PBR du contrat d'assurance pour la société de personnes. L'ADRC fait une distinction entre les participations détenues directement et les participations détenues par l'intermédiaire d'une société de capitaux. L'attribution de tout produit d'assurance-vie à un associé décédé n'augmente pas le PBR de sa participation dans la société de personnes, mais fait plutôt apparaître un gain en capital si le produit distribué excède le PBR pour le défunt après le décès (TI 9129745). Si le défunt détenait sa participation par l'intermédiaire d'un associé qui est une société de capitaux, l'ADRC indique que toute attribution d'un produit augmente le PBR pour l'associé dans l'année où la société de personnes reçoit le produit d'assurance (IT-430R2), et toute distribution du produit à l'associé qui est une société de capitaux constitue un remboursement de capital libre d'impôt qui s'accompagne d'une réduction correspondante du PBR. Le produit reçu (diminué du coût du contrat) est également ajouté au compte de dividendes en capital en vue d'une distribution à titre de dividende en capital libre d'impôt³⁶. » (Notre soulignement)

³⁶ Jack BERNSTEIN et Henry CHONG, « Assurance détenue par une société de personnes », dans *Faits saillants en fiscalité canadienne*, vol. 12, n° 1, Association canadienne d'études fiscales, janvier 2004.

Les mécanismes et le contexte de planification pour les associés/personnes morales seront examinés en détail.

3.1. CONTEXTE DE DÉCÈS ET D'ASSURANCE VIE POUR LA SOCIÉTÉ DE PERSONNES ET LES ASSOCIÉS/PERSONNES MORALES

Plusieurs questions se posent lors de la planification au décès dans un contexte d'associés/personnes morales. Deux interrogations retiennent l'attention, notamment quant à la détention de la police d'assurance vie et la structure qui sera utilisée pour le rachat : qui de la société de personnes ou des associés/personnes morales doit détenir la police d'assurance vie, et est-ce que les associés utiliseront une structure d'achat croisé ou de rachat par la société de personnes?

3.1.1. Détention de la police d'assurance vie par la société de personnes

Aspects civils

Peu de doutes sont soulevés quant à la possibilité pour la société de personnes d'être bénéficiaire de la police d'assurance vie, bien que le *Code civil du Québec* emploie le terme « personne »³⁷ pour effectuer une désignation de bénéficiaire valide en matière d'assurance vie³⁸. Nous souscrivons à la position que la société de personnes puisse être valablement désignée bénéficiaire puisqu'elle négocie en son nom propre et qu'elle possède un patrimoine autonome agissant par l'entremise de ses associés.

Il apparaît d'emblée que l'intérêt d'assurance pour la société de personnes est satisfait, même si les individus ne détiennent pas eux-mêmes les participations à titre d'associés dans la société de personnes³⁹. Ces actionnaires des associés/personnes morales contribuent à la santé financière de la société de personnes, et le décès de l'un d'entre eux contribuera à déstabiliser la pérennité économique de la société de personnes.

³⁷ L'emploi du terme « personne » dans une disposition législative est d'application générale. Un doute existe toutefois sur la notion selon laquelle une société de personnes pourrait être une « personne » au sens du *Code civil du Québec*. Sur la définition de « personne » au sens civil, voir l'affaire *Université de Montréal c. Côté, Droit civil en bref* EYB 2005-100732 (C.S.).

³⁸ Art. 2447 C.c.Q.

³⁹ Art. 2419 C.c.Q.

Lorsque la société de personnes s'inscrit à titre de bénéficiaire de l'assurance sur la vie d'un des actionnaires d'un associé/personne morale, le produit d'assurance vie demeure sous le joug des créanciers de la société de personnes. Les créanciers des associés/personnes morales ne peuvent avoir accès au produit d'assurance vie puisque le patrimoine de la société de personnes demeure distinct de ses associés/personnes morales. Tel que le mentionne avec justesse la Cour d'appel :

« 68 Les biens de la société constituent ainsi un patrimoine autonome, distinct de celui des associés, et qui est composé de l'apport de chaque associé. Ce patrimoine s'accroîtra ou diminuera en fonction des activités de la société. Comment ne pas reconnaître la volonté clairement exprimée du législateur de créer par le transfert de propriété un patrimoine qui sera affecté à la seule société.

69 En contrepartie de son apport, l'associé recevra une part sociale, soit un bien mobilier qu'il pourra éventuellement hypothéquer ou céder (art. 2202, 2210, 2211 et 907 C.c.Q.).

70 Ce patrimoine sera utilisé en fonction du seul intérêt de la société (art. 2208 C.c.Q.) et administré en vertu de règles qui lui sont propres (art. 2212 et suiv. C.c.Q.). Sans qu'il soit nécessaire de trancher définitivement cette question, je note qu'aux termes des textes du Code civil du Québec rien ne semble s'opposer à ce que la "s.e.n.c.", qui n'a pas la personnalité juridique, contracte des obligations et en réponde sur ses biens.

71 Ce patrimoine social se distingue du patrimoine des associés. À cet égard, il n'apparaît plus possible de traiter du patrimoine de la société comme s'il appartenait, par indivision, aux associés. Comme on l'a vu, il s'agit plutôt d'un patrimoine qui jouit d'une autonomie propre⁴⁰. »

La protection du produit de l'assurance vie en rapport avec les créanciers des associés/personnes morales devra donc être prise en ligne de compte quant à la protection des intérêts de la succession et de la société de personnes.

Aspects fiscaux

3.1.1.1. Participation dans la société de personnes

Il est bien connu que les primes payables pour la police d'assurance vie demeurent non déductibles pour la société de personnes à titre de dépenses

⁴⁰ *Ferme C.G.R.*, précité, note 10, par. 68-71.

en capital⁴¹, sous réserve que l'assurance vie serve de garantie à une institution financière⁴² et respecte les critères définis⁴³. Le coût des primes non déduites s'ajoutera au PBR de la participation des associés/personnes morales.

La réception du produit d'assurance vie pour la société de personnes revêt un caractère non imposable⁴⁴. La pièce maîtresse, pour l'allocation du produit d'assurance vie entre les associés, que ce soit par le biais d'un achat croisé ou par le rachat de l'actionnaire/personne morale, demeure le contrat de société.

En termes généraux, la réception du produit de la police d'assurance vie pour la société de personnes ne constitue pas un événement fiscal. Les associés/personnes morales augmenteront le PBR de leur **participation** du montant du produit de l'assurance vie **reçu**⁴⁵ par la société de personnes et qui excède le coût de base rajusté (« CBR ») de la police immédiatement avant le décès de la **personne**⁴⁶. Le versement du produit d'assurance vie aux associés, à titre de distribution de capital, réduira d'autant le PBR⁴⁷.

L'associé individuel perd le bénéfice d'une augmentation de son PBR sur sa part de la société de personnes puisque son décès annihile sa qualité d'associé immédiatement avant son décès, et qu'il est assujéti à la disposition réputée :

« In our opinion, the provisions of subparagraph 53(l)(e)(iii) apply only to the surviving partners, as that subparagraph refers to the taxpayer's share of any proceeds of a life insurance policy received by a partnership in consequence of the death of any person insured under the policy. As the adjustment can only take place once the proceeds are received by the partnership, and as the deceased partner is deemed to have disposed of his interest immediately before

⁴¹ Al. 18(1)b) L.I.R.

⁴² Al. 20(1)e.2) L.I.R.

⁴³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-309R2, « Primes d'une police d'assurance-vie utilisée comme garantie », 28 février 1995.

⁴⁴ Par. 148(9) « disposition » L.I.R.

⁴⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-430R3 (consolidé), « Produit d'une police d'assurance-vie que reçoit société privée ou une société de personnes par suite d'un décès », 17 janvier 2003, par. 8.

⁴⁶ S.-al. 53(1)e)(iii) L.I.R.

⁴⁷ S.-al. 53(2)c)(v) L.I.R.

his death and is no longer a partner at the time the proceeds are received, no adjustment is possible with respect to the deceased's former interest in the partnership. Although the proceeds received by the partnership may be earmarked to be used by the partnership to fund a payment to the deceased's estate, the estate does not have a right to any direct share in the actual life insurance proceeds.

Where the estate does not become a member of the partnership, it is deemed, pursuant to subsection 100(3) of the Act, to have acquired a right to receive partnership property at a cost equal to the deceased partner's ACB and he is deemed to have disposed of his partnership interest immediately before his death for proceeds equal to the fair market value of his interest at the time. Accordingly, the payment made by the partnership to the estate will be considered to be in satisfaction of the estate's right to receive partnership⁴⁸. »

Rappelons l'impossibilité de contracter à l'encontre des dispositions expresses de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et prévoir des arrangements pour se soustraire, par exemple, à une disposition réputée immédiatement avant le décès⁴⁹.

Conséquence de la continuité des associés/personnes morales après le décès de l'individu, la détention de sociétés permet une plus grande flexibilité dans l'allocation du produit de l'assurance vie et l'augmentation du PBR.

Le rajustement à la hausse du PBR de l'associé/personne morale qui a droit à la part du produit de l'assurance vie se fait au moment où la société de personnes a reçu⁵⁰ le montant, et non à la fin de l'exercice financier de la société de personnes durant lequel le montant a été reçu⁵¹.

3.1.1.2. Compte de dividendes en capital des associés/personnes morales

Le produit d'assurance vie en excédent du CBR de la police, reçu par une société privée, permet d'augmenter le compte de dividendes en capital (« CDC »)⁵². La société de personnes ne possède pas l'attribut fiscal

⁴⁸ « Revenue Canada Round Table », dans *1984 Conférence Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1985, pp. 783-847, question 25, à la page 801.

⁴⁹ *Nussey Estate c. La Reine*, 2001 D.T.C. 5240 (C.A.F.).

⁵⁰ Sur la notion de réception : *Flinn c. MRN*, 48 D.T.C. 1157 (Cour de l'É.).

⁵¹ *Enermark Inc. c. Alberta (ministère du Revenu)*, [2009] 5 C.T.C. 60 (A.C.Q.B.).

⁵² Par. 89(1) « compte de dividendes en capital », s.-al. d)(ii) L.I.R.

découlant du CDC et aucun principe d'intégration n'existe dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Reconnaissant ce vide juridique, l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») accepte l'augmentation du CDC d'un associé/personne morale en proportion de sa part dans la société de personnes :

« Lorsqu'une société de personnes reçoit une somme à laquelle les sous-alinéas 53(1)e)(ii) et (iii) s'appliquent, et que cette somme est attribuée à un associé qui est une société privée, cette dernière peut ajouter la somme ainsi attribuée à son compte de dividendes en capital ou à son compte de dividendes en capital d'assurance-vie, conformément au numéro 1 ci-dessus, comme si elle avait reçu la somme à la date où la société de personnes l'a reçue⁵³. »

La société de personnes pourra employer la police d'assurance vie à titre de garantie et octroyer une hypothèque en faveur d'un créancier. Même en présence d'une hypothèque mobilière, l'accessibilité aux rajustements du PBR des participations et du CDC, à la suite de la réception, ne semble pas poser problème⁵⁴. Une décision récente a statué sur le fait que l'absence d'une désignation de bénéficiaire de la société de personnes à titre de bénéficiaire d'une assurance vie pourrait également donner droit au CDC, malgré la position traditionnelle de l'ARC⁵⁵. La Cour a déterminé que la théorie de la réception présumée s'appliquait car le produit de l'assurance vie réduisait le montant des prêts dus à ses créanciers.

3.1.1.3. Allocation du produit d'assurance vie entre les associés/personnes morales

Le versement à un seul ou à plusieurs associés/personnes morales du produit d'assurance vie selon la convention de société de personnes pourrait enfreindre les règles prévues quant à la part des revenus et pertes de la société de personnes.

Une société de personnes ne peut allouer discrétionnairement la portion non imposable d'un gain en capital à un seul de ses associés, à l'exclusion des prescriptions prévues au contrat de société⁵⁶, puisque les gains et les

⁵³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 45, par. 7.

⁵⁴ *Id.*, par. 6. Également, à cet effet : AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0122944, « CDC-Hypothèque mobilière », 8 juillet 2002.

⁵⁵ *Innovative Installation Inc. c. La Reine*, 2009 D.T.C. 2135 (C.C.I.) (procédure générale); en appel (dossier n° A-496-09).

⁵⁶ *CSI Development Corp. c. La Reine*, 99 D.T.C. 1139 (C.C.I.) (procédure générale).

pertes en capital conservent leurs sources pour les associés⁵⁷. L'allocation du revenu et des pertes entre les associés/personnes morales souffre du carcan imposé par le contrat qui les lie. Par exemple, un associé peut difficilement détenir une participation « préférentielle » lui donnant droit à un élément particulier de revenu ou à une priorité en matière de partage de revenu⁵⁸ sans subir l'application potentielle des règles antiévitement particulières à la société de personnes⁵⁹ et propres au lien de dépendance⁶⁰.

L'interposition du produit d'assurance vie au décès permet aux associés de stipuler qu'il ne sera payable qu'à l'associé/personne morale dont l'actionnaire est décédé et de racheter cet associé à l'exclusion de tous les autres. À l'inverse, les associés/personnes morales pourraient intégrer une clause de versement du produit d'assurance vie aux autres associés/personnes morales aux fins d'achat croisé.

Un problème potentiel réside dans les règles antiévitement de l'article 103 L.I.R. Cependant, nous croyons que la distribution discrétionnaire du produit d'assurance vie ne contrevient pas à ces dispositions antiévitement. Celles-ci font référence à un partage inadéquat du **revenu**⁶¹ ou d'une perte entre les différents associés. Or, le produit d'assurance vie, payable au décès et sous forme forfaitaire, provenant d'une police exemptée ne constitue pas un revenu aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁶². D'ailleurs, l'ARC a déjà déterminé que les paragraphes 103(1) et 103(1.1) L.I.R. étaient sans objet dans le cadre d'une allocation du produit d'assurance vie à un seul des associés/personnes morales, à l'exclusion de tous les autres⁶³.

⁵⁷ Al. 96(1)c) L.I.R.

⁵⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 30, 21 mai 2004; AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2007-0227191E5, « Revenus d'une société de personnes – part privilégiée », 10 janvier 2008.

⁵⁹ Par. 103(1) L.I.R.

⁶⁰ Par. 103(1.1) L.I.R.

⁶¹ *Ludmer c. MRN*, 2001 D.T.C. 5518 (C.S.C.).

⁶² Al. 56(1)j) et par. 148(9) « disposition » L.I.R.

⁶³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, décision anticipée 2001-014863, « Partnership Insurance », 1^{er} décembre 2002.

3.1.1.4. JVM de la participation au moment du décès

Une préoccupation, lors du décès de l'actionnaire de contrôle, réside dans la valeur de la participation dans la société de personnes détenue par l'associé/personne morale. Le défunt est réputé disposer de ses actions du capital-actions de la société sans tenir compte de la valeur du produit de l'assurance vie, autre que la valeur de rachat⁶⁴. Cet allègement s'applique, que le produit de la police soit reçu directement ou indirectement par une filiale⁶⁵.

Cet allègement est également disponible lorsque l'associé détient directement sa participation dans la société de personnes à la suite des amendements de mars 2001⁶⁶. La participation de l'associé/personne morale n'est pas visée directement par cette disposition puisque aucune disposition réputée n'intervient **par suite du décès**⁶⁷ de l'actionnaire de contrôle, bien que la valeur de la participation au moment du décès puisse être intimement liée au droit au produit de l'assurance vie. L'évaluation de la JVM et l'apport de l'assurance vie ne sont pertinents qu'aux fins du paragraphe 70(5) L.I.R. et non pour l'ensemble des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Le rachat par la société de personnes, ou l'achat croisé par les autres associés, demeure gouverné et modulé par le contrat de société de personnes. Les droits et obligations d'achat ou de rachat au décès prévus au contrat de société de personnes ne se qualifient pas de disposition « suite au décès » aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁶⁸.

L'allocation de l'assurance vie à l'associé/personne morale peut amener une augmentation de la JVM de sa participation, sans augmentation

⁶⁴ Par. 70(5.3) L.I.R.

⁶⁵ 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, par. 2.

⁶⁶ CANADA, ministère des Finances, *Avant-projet modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu et notes explicatives*, publiées avec le *Communiqué* 2001-029, « Le ministre des Finances dépose un avis de motion de voies et moyens détaillé visant à modifier la *Loi de l'impôt sur le revenu* », Ottawa, 16 mars 2001.

⁶⁷ Par. 248(8) L.I.R.

⁶⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2006-0197151C6, « Acquisition selon convention entre actionnaires », 6 octobre 2006.

correspondante pour les actions du capital-actions détenues par le défunt aux fins du calcul de la disposition réputée au décès.

4. RACHAT PAR LA SOCIÉTÉ OU ACHAT CROISÉ?

Le contrat de société et certaines interdictions en vertu des législations professionnelles gouverneront la planification au décès. L'intérêt de la succession sera généralement dans un rachat par la société de personnes et la satisfaction de la participation par l'allocation de l'assurance vie. La doctrine semble d'avis que cette solution est plus avantageuse que l'achat croisé. L'achat croisé semble plus profitable pour les associés/personnes morales qui demeurent dans la société de personnes. En termes de liquidités, l'achat croisé demeure une solution avantageuse.

Prenons un exemple simple : la société de personnes ABC s.e.n.c.r.l. a une JVM de 3 M\$. Chacun des associés/personnes morales Aco, Bco et Cco détient une participation d'un tiers, et la JVM de leur participation respective est de 1 M\$. Une police d'assurance vie exonérée de 1 M\$, sans valeur de rachat, a comme bénéficiaire la société de personnes. A décède et le contrat de société de personnes prévoit que le produit d'assurance vie est alloué à la société du défunt.

L'allocation du produit d'assurance vie à Aco augmentera son PBR de 1 M\$ et le versement du produit sous forme de distribution de capital réduira d'autant son PBR. Le CDC d'Aco sera également augmenté de 1 M\$ et pourra être versé, libre d'impôt, à la succession. Cependant, un montant supplémentaire de 1 M\$ en liquidité sera nécessaire pour satisfaire la participation d'Aco dans la société de personnes.

L'achat croisé pourrait prévoir que Bco et Cco achètent la participation d'Aco pour un montant de 1 M\$. Les deux associés/personnes morales se feraient allouer le produit d'assurance vie et achèteraient la participation d'Aco pour 1 M\$. Cette technique permet à Bco et Cco de recevoir un montant de 500 000 \$ libre d'impôt sous forme de distribution de capital et d'augmenter leur CDC respectif d'autant. Le PBR de leur participation serait également augmenté de 500 000 \$. Dans la perspective d'Aco et de la succession de A, cette situation est doublement négative. La vente de la participation provoquera potentiellement un gain en capital et il n'aura aucun CDC provenant de l'assurance vie.

Quelle que soit la technique, certaines difficultés demeurent présentes et l'une des parties demeure fortement désavantagée, que ce soit sous forme de liquidités ou en termes d'impact fiscal.

4.1. AUTRES TECHNIQUES POSSIBLES

Pour reprendre l'exemple précédent, une des solutions serait d'envisager que la société de personnes alloue la totalité du produit d'assurance vie sous forme de distribution de capital à Aco. Le contrat de société contiendrait une disposition selon laquelle Bco et Cco procéderaient à l'acquisition de la participation d'Aco pour 1 \$ après le versement de la police d'assurance vie. Sur le plan financier, Aco recevrait la JVM de sa participation par le versement de la police d'assurance vie. Le versement du produit de l'assurance vie créerait un CDC équivalent. La disposition de la participation pourrait provoquer une perte en capital jusqu'à concurrence du PBR de la participation. Sur le plan financier, la société de personnes et les deux associés/personnes morales restants conserveraient les liquidités pour l'exploitation de l'entreprise après la distribution de l'assurance vie.

Une autre solution consisterait à ce que Bco et Cco acquièrent la participation d'Aco par roulement fiscal en contrepartie d'actions privilégiées des deux associés/personnes morales pour une JVM de 500 000 \$ et une somme convenue équivalant au PBR de la participation d'Aco. La société de personnes verserait le produit d'assurance vie aux deux associés/personnes morales qui rachèteraient les actions de leur capital-actions à même leur CDC respectif.

4.2. POINTS À CONSIDÉRER

L'un des facteurs à considérer pour les autres techniques possibles réside dans l'application du lien de dépendance⁶⁹. L'existence de ce lien factuel entre les associés/personnes morales déclenche le mécanisme de l'article 69 L.I.R. et les dispositions à la JVM. La présence d'un mécanisme d'achat-rachat à 1 \$ dans la convention de société de personnes, après l'allocation du produit d'assurance vie par les associés/personnes morales qui demeurent à titre d'associés, sera un point à considérer. L'ARC a exprimé sa position à l'égard de l'évaluation des clauses d'achat-vente :

« The department will generally accept buy-sell agreements as being determinative of fair market value when they are prepared on an arm's length basis. The agreements must have a bona fide business purpose, be legally enforceable and provide for a reasonable estimate of fair market value. The applicability of buy-sell agreements can become questionable when required actions are not taken to keep the agreement current. Where an agreement calls for periodic updates or review and this has not been done, the agreement may

⁶⁹ Al. 251(2)c) L.I.R.

not be determinative of fair market value. We attempt to put ourselves in the position of the shareholders affected by the agreement. If neglect in maintaining an agreement is valid grounds for making it unenforceable, we will not consider it binding⁷⁰. »

À titre indicatif, des associés qui ne sont pas des personnes liées n'ont pas de lien de dépendance entre eux lorsqu'il s'agit d'opérations qui se déroulent en dehors de l'activité de leur société de personnes. Cependant, leur association d'affaires serait un facteur à prendre en compte pour toute autre opération conclue entre eux⁷¹. Dans le cadre des techniques possibles, l'évaluation de la JVM demeure pertinente et reste une base de révision pour les autorités fiscales.

CONCLUSION

Le recours aux personnes morales à titre d'associés d'une société de personnes demeure une solution avantageuse pour la malléabilité aux fins civiles et fiscales. Cette structure évite des effets draconiens pour l'associé individuel au décès, et procure également une possibilité de verser les produits d'assurance vie selon l'entente des parties aux fins de protéger la succession et les associés/personnes morales restants. Il faut prévoir que l'utilisation de cette structure augmentera avec l'avènement des sociétés de professionnels à responsabilité limitée et la multiplication des produits financiers propres aux sociétés.

⁷⁰ D. JEFFREY HARDER, « Valuation and Tax Issues », dans *2004 British Columbia Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2004, pp. 20:1-35, à la page 20:27.

⁷¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-419R2, « Sens de l'expression "sans lien de dépendance" », 8 juin 2004, par. 28.

POT-POURRI EN PRODUITS FINANCIERS



Diane Hamel
CGA, TEP
Financière Manuvie

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 37:3

1. **TITULAIRES ET BÉNÉFICIAIRES**
 D’UNE POLICE D’ASSURANCE 37:3

2. **DÉSIGNATION DE BÉNÉFICIAIRES EN FAVEUR**
 D’ENFANTS MINEURS 37:9

2.1. *AFFAIRE COMPAGNIE D’ASSURANCE-VIE MANUFACTURERS*
 (FINANCIÈRE MANUVIE) C. MASSOUH 37:9

 2.1.1. Faits 37:9

 2.1.2. Analyse et décision 37:10

2.2. *AFFAIRE BÉLANGER C. BÉLANGER (SUCCESSION DE)* 37:11

 2.2.1. Faits 37:11

 2.2.2. Analyse et décision 37:12

3.	COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL ET ASSURANCE CRÉDIT.....	37:13
4.	CONTRAT DE RENTE ET DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS	37:15
5.	DON DE POLICES D'ASSURANCE VIE	37:17
5.1.	DÉTERMINATION DU « COÛT ».....	37:17
5.2.	DON D'UNE POLICE ASSORTIE D'UNE GARANTIE REMBOURSEMENT DE PRIMES	37:19

INTRODUCTION

Le présent texte se propose de passer en revue les principales interprétations techniques, ainsi que la jurisprudence récente qui a trait aux règles régissant la planification fiscale et successorale à l'aide des produits d'assurance vie.

1. TITULAIRES ET BÉNÉFICIAIRES D'UNE POLICE D'ASSURANCE

L'Agence du revenu du Canada (« ARC ») a été invitée à se prononcer sur les conséquences fiscales qui peuvent découler d'un contrat d'assurance vie dont le titulaire et le bénéficiaire sont des sociétés, d'abord dans une interprétation technique en novembre 2009¹, puis à la table ronde lors de la conférence annuelle de la Conference for Advanced Life Underwriting (« CALU ») tenue en mai 2010².

Dans un commentaire précédent³, l'ARC avait jugé qu'une société mère (Mèreco) avait bénéficié d'un avantage conféré à un actionnaire lorsqu'une de ses filiales (Filialeco) avait payé les primes d'un contrat d'assurance vie qu'elle avait elle-même souscrit et dont le bénéficiaire était Mèreco. Il s'avère qu'il est beaucoup plus courant dans l'industrie d'avoir la situation inverse, c'est-à-dire que Mèreco est titulaire de la police tandis que Filialeco en est bénéficiaire.

Les situations suivantes ont été présentées à l'ARC⁴ :

Situation A : Mèreco souscrit un contrat d'assurance vie, elle en paie les primes et elle désigne Filialeco comme bénéficiaire révocable.

Situation B : Mèreco souscrit un contrat d'assurance vie, elle en paie les primes et elle désigne Filialeco comme bénéficiaire irrévocable; Filialeco rembourse à Mèreco les primes de cette assurance. On présume que le

¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2007-0257251E5, 19 novembre 2009.

² « Tax Roundtable 2010 », dans *CALU Report*, Conference for Advanced Life Underwriting, mai 2010, question 2.

³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0081901I7, 29 juin 2004.

⁴ « Tax Roundtable 2010 », *loc. cit.*, note 2.

montant des primes payées représente effectivement le montant que Filialeco devrait payer en tant que bénéficiaire du produit de l'assurance vie.

Situation C : Le particulier A détient la totalité des actions de Sœurco1 et de Sœurco2. Sœurco1 souscrit un contrat d'assurance vie, elle en paie les primes et elle désigne Sœurco2 comme bénéficiaire (on ne précise pas si la désignation est révocable ou irrévocable), puis Sœurco2 rembourse à Sœurco1 les primes de cette assurance.

On a demandé à l'ARC de confirmer que ces situations ne donnaient lieu à aucun avantage conféré à un actionnaire et de préciser si le coût de base rajusté (« CBR ») du contrat devait être rajusté à la suite des remboursements décrits dans les scénarios ci-dessus.

Dans son analyse, l'ARC va beaucoup plus loin que les avantages conférés à un actionnaire en vertu du paragraphe 15(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁵.

En résumé, voici leur position :

Situation A :

- le paragraphe 15(1) L.I.R. ne s'applique pas;
- application possible du paragraphe 246(1) L.I.R.

Situation B :

- application possible de l'article 9 ou de l'alinéa 12(1)x) L.I.R.;
- le paragraphe 15(1) ne s'applique pas si l'article 9 ou l'alinéa 12(1)x) L.I.R. s'applique;
- le CBR n'est pas réduit du montant du remboursement.

Situation C :

- le paragraphe 15(1) L.I.R. ne s'applique pas à Sœurco1;

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

- on ne peut se prononcer sur l'application du paragraphe 15(1) L.I.R. à l'individu A;
- application possible de l'article 9 ou de l'alinéa 12(1)x) L.I.R.;
- le CBR n'est pas réduit du montant du remboursement.

Dans la situation A, l'ARC reconnaît que Mèreco ne bénéficierait d'aucun avantage conféré à un actionnaire. Toutefois, l'ARC affirme que le paragraphe 246(1) L.I.R. pourrait s'appliquer à Filialeco.

Le paragraphe 246(1) L.I.R. est d'une portée assez vaste et se lit comme suit :

« La valeur de l'avantage qu'une personne confère [...] à un contribuable doit, dans la mesure où elle n'est pas par ailleurs incluse dans le calcul du revenu [...] du contribuable [...] et dans la mesure où elle y serait incluse s'il s'agissait d'un paiement que cette personne avait fait directement au contribuable [...] être [...] incluse dans le calcul du revenu [...] du contribuable [...]. »

En général, une société mère peut injecter des capitaux dans une filiale et lui octroyer des prêts sans intérêt sans la moindre conséquence fiscale. Bien qu'il soit généralement avantageux pour Filialeco de faire payer par Mèreco les primes d'un contrat d'assurance dont elle est elle-même bénéficiaire, il est loin d'être évident que les exigences du paragraphe 246(1) L.I.R. soient ici respectées et que l'inclusion des primes dans le calcul du revenu imposable soit justifiée. En outre, quel est le montant qui devrait être inclus dans le calcul du revenu de Filialeco? La prime versée par Mèreco dans l'année? Et si le contrat d'assurance était entièrement libéré (aucune prime additionnelle requise)? Quelle est la « valeur » de l'avantage conféré par Mèreco à Filialeco, surtout s'il s'agit d'une désignation de bénéficiaire révocable? Même s'il s'agit d'une police d'assurance vie permanente avec un coût d'assurance nivelé, est-ce qu'on ne pourrait pas considérer la prime d'une police d'assurance temporaire?

Il faut noter que dans la demande d'interprétation technique précédente⁶ où il était également question d'une filiale qui était bénéficiaire d'une police d'assurance vie détenue et payée par sa société mère, c'est le contribuable lui-même qui demandait si le paragraphe 246(1) L.I.R. s'appliquait... Difficile pour l'ARC de dire non...

⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 1.

Dans la situation B, l'ARC dit que le remboursement par Filialeco des primes payées par Mèreco peut constituer un revenu tiré d'un bien appartenant à cette dernière, conformément à l'article 9 ou à l'alinéa 12(1)x) L.I.R. L'article 9 L.I.R. énonce que le revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien est le bénéfice qu'on en tire pour cette année. L'alinéa 12(1)x) L.I.R. fait en sorte d'inclure dans le calcul du revenu toute somme reçue durant l'année pendant qu'on tire un revenu d'une entreprise ou d'un bien, y compris les remboursements, les primes, les subventions et les indemnités à l'égard d'une somme incluse dans le coût d'un bien ou d'une dépense.

De même, dans la situation C, l'ARC suggère également que Sœurco1 déclare à titre de revenu les primes que lui a remboursées Sœurco2. Notons ici qu'il n'était pas précisé que Sœurco2 était désignée irrévocablement. Il semble donc que ce fait n'ait aucune influence sur la position de l'ARC quant à l'inclusion dans le calcul du revenu. Or, dans les faits, un bénéficiaire irrévocable a des droits à l'égard de la police : par exemple, le titulaire ne peut, sans l'autorisation du bénéficiaire irrévocable, encaisser les valeurs, transférer la propriété, changer de bénéficiaire. On pourrait donc dire que Filialeco paie pour ces droits. Dans la situation C, ces droits n'existent pas.

L'ARC confirme par ailleurs que le remboursement de la prime n'entraînerait aucune modification du CBR puisque la définition du CBR au paragraphe 148(9) L.I.R. ne le prévoit tout simplement pas.

Inclure le remboursement de la prime dans le calcul du revenu de la société titulaire de la police pose problème. De plus, les observations de l'ARC vont soulever des complications considérables dans les cas où, au lieu d'opter pour la copropriété et le partage des primes, les parties choisissent de faire souscrire l'assurance par une seule des parties, de désigner les deux parties comme bénéficiaires, et de rembourser au titulaire une partie des primes. Il est impossible de juger de l'incidence éventuelle d'une désignation de bénéficiaire irrévocable. L'ARC n'a pas précisé non plus si la partie des primes que le titulaire a versées puis que le non-titulaire lui a remboursées pourrait être déduite par le titulaire comme une dépense engagée pour tirer un revenu d'un bien.

Selon l'ARC, dans la situation B, Mèreco ne bénéficierait d'aucun avantage conféré à un actionnaire au titre du paragraphe 15(1) L.I.R. pourvu qu'elle déclare le remboursement à titre de revenu. Le remboursement devrait-il être égal au montant de la prime effectivement versée par le titulaire ou au coût réel de l'assurance? Si le montant remboursé excède le montant que Filialeco devrait payer en tant que bénéficiaire ultime du

produit de l'assurance vie, l'ARC pourrait invoquer le paragraphe 15(1) L.I.R.

Dans la situation C, l'ARC dit ne pas être en mesure de se prononcer sur la question de l'avantage à l'actionnaire, individu A, compte tenu des données fournies, ce qui est conforme à une position qu'ils ont déjà adoptée⁷.

Dans tous les cas, l'ARC répète l'opinion exprimée précédemment⁸, à savoir que, si la propriété du contrat et la désignation du bénéficiaire ont pour but de maximiser le crédit au compte de dividendes en capital (« CDC »), la règle générale antiévitement (« RGAÉ ») pourrait s'appliquer et entraîner un nouveau calcul de la somme à inclure dans le CDC.

Il existe une anomalie dans la loi qui a trait au montant qui peut être crédité au CDC lorsqu'une société par actions est bénéficiaire d'une police d'assurance vie, alors qu'elle n'en est pas titulaire. Le CDC est, entre autres, augmenté du produit d'une police d'assurance vie reçu par la société qui est en sus du CBR de la police⁹. Or, le calcul du CBR¹⁰ est effectué seulement pour le titulaire d'une police. Ainsi, à tout moment, la société bénéficiaire de la police aura droit à un crédit au CDC égal au capital-décès. En 1994¹¹, l'ARC a mentionné que ce résultat est contraire à la politique fiscale et qu'elle renvoie le dossier au ministère des Finances. La règle n'a toujours pas été modifiée 16 ans plus tard.

Dans les situations présentées, le bénéficiaire de la police d'assurance vie est une filiale à part entière. Or, la situation où l'on retrouve le plus souvent ce type de structure de détention de police est dans le cadre du financement d'une convention entre actionnaires. Prenons l'exemple suivant : M. A détient 100 % des actions de Gesco A, laquelle détient 50 % des actions d'Opcos. M. B détient 100 % des actions de Gesco B, laquelle

⁷ « Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 48:1-38, question 9, aux pages 48:23-24.

⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9415675, 26 juillet 1994; 7M12851, 10 mai 1996; 9824645, 15 décembre 1998 et 9908430, mai 1999, question 3.

⁹ Par. 89(1) « compte de dividendes en capital » L.I.R.

¹⁰ Par. 148(9) « coût de base rajusté » L.I.R.

¹¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9415675, 26 juillet 1994.

détient l'autre moitié, soit 50 %, des actions d'Opco. Leur convention entre actionnaires prévoit qu'au décès de M. A ou M. B, Opco devra racheter les actions détenues par leur société de gestion. Il n'est pas inhabituel de voir Gesco A détenir la police d'assurance vie sur la vie de M. A et de désigner Opco à titre de bénéficiaire, la même structure s'appliquant pour M. B. Opco peut ou non rembourser la prime versée par la société de gestion, en totalité ou en partie. L'objectif de cette structure est de mettre les polices d'assurance à l'abri des créanciers de la société exploitante et de faire en sorte d'éviter un changement de propriété éventuel de la police tout en permettant de financer le rachat des actions. La maximisation du crédit au CDC est une conséquence des règles fiscales et non l'objectif pour lequel la structure est ainsi établie. Par ailleurs, cet avantage est temporaire, car éventuellement le CBR de la police deviendra nul. En ce qui a trait à l'application du paragraphe 246(1) L.I.R. il est possible de se soustraire à son application si les conditions prévues au paragraphe 246(2) L.I.R. sont remplies, lequel prévoit :

« Lorsqu'il est établi qu'une opération conclue par des personnes sans aucun lien de dépendance est une opération véritable et non une opération conclue en conformité avec quelque autre opération ou comme partie de celle-ci, non plus que pour effectuer le paiement, en totalité ou en partie, de quelque obligation existante ou future, aucune partie à l'opération n'est considérée, pour l'application du présent article, conférer un avantage à une autre partie avec laquelle elle n'a aucun lien de dépendance. »

Il semble donc que, dans les cas de financement de convention entre actionnaires où la détention des polices d'assurance est telle qu'elle a été exposée précédemment, on puisse éliminer la question de l'avantage, mais encore faut-il des actionnaires sans lien de dépendance...

L'ARC adopte des positions très pénalisantes pour les contribuables, lesquelles entraînent une double imposition. Il semble que l'ARC ne comprend simplement pas qu'il existe de bonnes raisons commerciales de faire souscrire une assurance par une société et d'en désigner une autre comme bénéficiaire. L'ARC ne se contente pas d'invoquer la RGAÉ, elle se base aussi sur la notion d'avantages conférés et sur les inclusions de revenu pour dissuader les entreprises d'avoir recours à cette pratique. Une question a été soumise à l'ARC dans le cadre de la Table ronde sur la fiscalité des

stratégies financières et des instruments financiers au présent congrès¹²; nous verrons s'ils apporteront d'autres précisions...

2. DÉSIGNATION DE BÉNÉFICIAIRES EN FAVEUR D'ENFANTS MINEURS

En continuant sous le thème des désignations de bénéficiaires, voici deux causes récentes qui devraient rappeler aux conseillers des clients à quel point il faut être prudent lorsque des mineurs sont en cause.

2.1. AFFAIRE COMPAGNIE D'ASSURANCE-VIE MANUFACTURERS (FINANCIÈRE MANUVIE) C. MASSOUH¹³

2.1.1. Faits

- Le 6 janvier 2008, M. H. Massouh, membre des Forces armées canadiennes, meurt en Afghanistan. Au moment de son décès, il a une fille mineure, Laïla, dont la mère est M^{me} Marie-Claude Fortin.
- Dans son testament daté du 11 avril 2007, il nomme sa fille mineure Laïla, sa conjointe de fait et sa filleule, bénéficiaires de sa police d'assurance collective.
- Le testament prévoit que, dans le cas où ses légataires n'auraient pas atteint l'âge de 30 ans lors de son décès, il désire que son liquidateur « 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 [...] ». Une distribution est prévue aux âges de 18, 21, 25 et 30 ans.
- Le 27 mai 2007, M. Massouh augmente la couverture d'assurance à 400 000 \$ et nomme les trois mêmes bénéficiaires, mais dans des proportions différentes. Dans l'espace réservé à l'identification d'un « Fiduciaire », il inscrit : « Selon testament »

À la suite du décès de M. Massouh, l'assureur, la Financière Manuvie, s'adresse à la Cour afin de déterminer à qui doit-on verser la portion du

¹² « 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.

¹³ C.S. Québec, n° 200-17-010619-088, 4 mai 2010, 2010 QCCS 2060.

capital-décès destinée à l'enfant mineure : aux liquidateurs de la succession ou à la tutrice légale de l'enfant?

2.1.2. Analyse et décision

Les liquidateurs prétendent qu'il leur est permis d'administrer les biens de l'enfant mineur en vertu de l'article 210 du *Code civil du Québec*¹⁴, lequel prévoit que « [I]es biens donnés ou légués à un mineur, à la condition qu'ils soient administrés par un tiers, sont soustraits à l'administration du tuteur [...] ». La question devient donc : est-ce que la désignation de bénéficiaire dans la police d'assurance constitue un don ou un legs? Le tribunal réfute cet argument se basant sur les articles 2453 et 2455 C.c.Q. :

Article 2453

« Le bénéficiaire et le titulaire subrogé sont créanciers de l'assureur; toutefois, l'assureur peut alors opposer les causes de nullité ou de déchéance susceptibles d'être invoquées contre le titulaire ou l'adhérent. » (Notre soulignement)

Article 2455

« 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)

De l'avis du tribunal,

« [...] comme le bénéficiaire de la prestation est le créancier de l'assureur et que cette prestation ne fait pas partie de la succession de l'assuré, cela démontre de toute évidence que la somme payable par l'assureur au bénéficiaire lorsque le risque se réalise n'a jamais fait partie du patrimoine du preneur ou de l'assuré. »

Les liquidateurs prétendent par ailleurs qu'il y a eu création d'une fiducie pour laquelle ils sont fiduciaires du fait de la mention « selon testament » inscrite dans la case prévue pour indiquer le nom d'un fiduciaire. La Cour s'est donc penchée sur l'analyse des critères essentiels à la création d'une fiducie en vertu de l'article 1260 C.c.Q. :

« La fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer. »

¹⁴ L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »).

Le tribunal conclut qu'il n'y a pas création d'une fiducie, car du fait que le produit de la police d'assurance ne fait pas partie de la succession du défunt, il ne peut y avoir de transfert de son patrimoine à un autre patrimoine. C'est donc l'article 192 C.c.Q. qui doit être appliqué, lequel prévoit :

« Outre les droits et devoirs liés à l'autorité parentale, les père et mère, s'ils sont majeurs ou émancipés, sont de plein droit tuteurs de leur enfant mineur, afin d'assurer sa représentation dans l'exercice de ses droits civils et d'administrer son patrimoine [...]. »

Le juge ajoute en *obiter* :

« La seule volonté du testateur ne peut dans un tel contexte écarter l'application de l'article 192 C.c.Q. qui doit être considéré comme une disposition d'ordre public.

Toutefois, rien ne fait obstacle à ce que les instructions que Hani Massouh a données aux liquidateurs de sa succession, plus particulièrement à l'Article VII de son testament, soient respectées par la tutrice, ces instructions faisant partie des dernières volontés du père à l'égard de son enfant Laïla »

Ce dernier commentaire pourrait certainement poser problème. Comme la tutelle cesse à l'âge de la majorité, tel que le prévoit l'article 255 C.c.Q., de quel droit la tutrice pourrait-elle éviter de remettre les biens au bénéficiaire?

2.2. AFFAIRE BÉLANGER C. BÉLANGER (SUCCESSION DE)¹⁵

2.2.1. Faits

- Le 5 janvier 2005, M^{me} Danielle Bélanger souscrit une assurance vie et désigne ses deux enfants mineurs à titre de bénéficiaire irrévocable.
- En 2006, elle rencontre Gilles Gagnon, qui devient son nouveau conjoint. Elle emménage chez lui avec ses enfants mineurs. Elle est atteinte d'une grave maladie en 2007. Elle bénéficie des soins, de l'attention et de l'affection prodigués par son conjoint, lequel s'occupe de l'entretien des enfants pendant ses traitements et son hospitalisation.

¹⁵ C.S. Québec, n° 200-17-011280-096, 4 décembre 2009, 2009 QCCS 6159.

- En juin 2008, soit trois mois avant son décès, elle remplit une demande de modification de désignation de bénéficiaire et elle y désigne son conjoint à 75 % et ses enfants à 25 %, révocables.
- Le formulaire lui est retourné par l'assureur. On lui demande le consentement du bénéficiaire, puisque la désignation de bénéficiaire antérieure était irrévocable. Elle signe le consentement au nom de ses enfants et réexpédie le formulaire à l'assureur.
- M^{me} Bélanger décède le 16 septembre 2008.

Les tuteurs des enfants mineurs prétendent que la révocation de la désignation de bénéficiaire irrévocable en faveur des deux enfants mineurs n'est pas valable.

2.2.2. Analyse et décision

Tout d'abord, il est important de préciser qu'une désignation de bénéficiaire irrévocable peut limiter les droits du titulaire, le tout comme prévu à l'article 2460 C.c.Q., et qu'elle ne peut être modifiée sans le consentement du bénéficiaire irrévocable. De plus, lorsque ce dernier est un enfant mineur, la question qui se pose est de savoir si le tuteur légal de l'enfant peut consentir à une modification des droits du bénéficiaire mineur irrévocable et dont il administre les droits.

Les tuteurs des enfants mineurs prétendent qu'en autorisant la révocation de bénéficiaires irrévocables, M^{me} Bélanger, en tant que tutrice, se trouvait en situation de conflit d'intérêts puisqu'elle agissait aussi à titre de titulaire et de bénéficiaire de la police.

Le tribunal leur a donné raison. M^{me} Bélanger agissait en qualité d'administrateur du bien d'autrui ayant la simple administration et, de ce fait, devait respecter l'article 1310 C.c.Q., lequel se lit comme suit :

« L'administrateur ne peut exercer ses pouvoirs dans son propre intérêt ni dans celui d'un tiers; il ne peut non plus se placer dans une situation de conflit entre son intérêt personnel et ses obligations d'administrateur. »

Par ailleurs, le tribunal mentionne en *obiter* que l'autorisation du père de l'enfant aurait été requise pour changer la désignation de bénéficiaire. Notons que la plupart des assureurs consultés auraient refusé la révocation de désignation de bénéficiaire mineur irrévocable même avec l'autorisation du père. En effet, les tuteurs d'enfants mineurs ont la simple administration

des biens qu'ils administrent et qu'aucune considération valable n'aurait été obtenue en contrepartie de cette renonciation, appauvrissant ainsi le patrimoine de l'enfant mineur, ce qui n'est aucunement dans son intérêt.

3. COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL ET ASSURANCE CRÉDIT

Dans l'affaire *Innovative Installation inc. c. La Reine*¹⁶, la Cour canadienne de l'impôt a permis qu'un crédit soit porté au CDC de la société débitrice, Innovative Installation inc. (« Innovative ») au titre d'une assurance crédit émise par la Sun Life; Innovative payait les primes au créancier, la Banque Royale (« Banque »), qui était titulaire et bénéficiaire de la police. Cette affaire portait sur le capital-décès que la Sun Life avait versé directement à la Banque Royale au titre d'une police souscrite sur la tête de la personne clé de la société débitrice, soit son fondateur.

La Banque avait remboursé le prêt contracté par la société débitrice et crédité son compte bancaire du solde du produit de l'assurance. À la date de la demande de règlement-décès, le solde de la dette s'élevait à 196 000 \$. Au moment du versement du capital-décès, la société débitrice avait remboursé 21 000 \$ de ce montant. Par conséquent, 175 000 \$ du capital-décès a servi à rembourser le prêt et le reste a été crédité par la Banque au compte bancaire de la société débitrice.

La définition de « compte de dividendes en capital » que l'on retrouve au paragraphe 89(1) L.I.R. édicte qu'une société peut ajouter à son CDC :

« d) l'excédent éventuel du total des montants suivants :

(i) les montants dont chacun représente le produit d'une police d'assurance-vie dont la société était bénéficiaire au plus tard le 28 juin 1982 que la société a reçu au cours de la période et après 1971 par suite du décès d'une personne,

(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)

¹⁶ 2009 CCI 580.

Selon le contribuable, il n'est pas nécessaire que la société soit bénéficiaire de la police d'assurance, mais plutôt que le produit ait été « reçu » par la société. Or, le terme « reçu » doit être interprété pour inclure des sommes implicitement reçues.

Selon le ministre, le contribuable n'était pas le bénéficiaire de la police et n'a pas reçu le produit de l'assurance. Il renvoie au paragraphe 6 du *Bulletin d'interprétation* IT-66R6¹⁷, lequel stipule que l'on doit inclure dans le calcul du CDC : « [...] le produit net d'une police d'assurance-vie reçu après le 23 mai 1985 par la corporation en tant que bénéficiaire de la police [...] ».

Selon la Cour, le libellé de la loi est clair, à savoir qu'il n'y a pas d'exigence voulant que la société soit bénéficiaire de la police. Il s'agit donc uniquement de déterminer si le contribuable a « reçu » le produit de l'assurance. La Cour a interprété le terme « reçu » au sens large, comme suit :

« The meaning of “received” does not require proceeds to pass directly to the taxpayer: The taxpayer can notionally or constructively receive it.

[...] The Appellant clearly derived the primary benefit of the insurance payout, and “received” the proceeds, despite the funds not passing directly into its hands. It had its loan paid off and its net worth increased. »

Le juge McArthur a comparé comme suit l'assurance crédit et l'assurance donnée en garantie d'un emprunt :

« A corporation that purchases a life insurance policy independent of a bank and uses the proceeds to pay off its bank loan would not be denied from adding the proceeds to its capital dividend account. Both scenarios are identical in substance. The decision to grant a subsection 83(2) election should not rise and fall on the form of the transaction but rather the substance of the transaction. »

À noter que, dans une affaire antérieure réglée à l'amiable¹⁸, le contribuable avait eu gain de cause en présentant les mêmes arguments. Après cette affaire, on avait demandé à l'ARC si elle allait modifier ses

¹⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-66R6, « Dividendes en capital », 31 mai 1991, par. 6.

¹⁸ *Canadian Motivel Inc. c. La Reine*, C.C.I. n° 2006-3071 (IT) G, 18 mars 2008 (« *Motivel* »).

méthodes d'évaluation quant à l'assurance crédit¹⁹. L'ARC avait répondu par la négative. Elle avait précisé qu'il ne pouvait pas y avoir de crédit au CDC à l'égard d'une assurance crédit et que la conclusion dans l'affaire *Motivel* se rapportait uniquement à ce cas particulier.

La décision rendue par la Cour canadienne de l'impôt dans la présente affaire a été portée en appel.

4. CONTRAT DE RENTE ET DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS

Dans une récente interprétation technique²⁰, le scénario suivant a été présenté à l'ARC :

- la société A détient 100 % des actions de la société B;
- les bénéfices non répartis de la société B se chiffrent à 1 M\$;
- la société B emprunte 1 M\$ et utilise les fonds empruntés pour payer un dividende à la société A;
- la société A utilise les fonds reçus à l'égard du paiement de dividende pour acheter une rente non prescrite;
- plusieurs années plus tard, la société A et la société B fusionnent et forment la société Fusion.

La société B peut-elle déduire les intérêts? La société Fusion pourra-t-elle déduire les intérêts?

En ce qui a trait à la première question, l'ARC a confirmé ses points de vue antérieurs de la façon suivante :

« Borrowing to pay a dividend is an ineligible direct use, but interest deductibility in such situations may be provided under the exceptional circumstances category, consistent with the concept of borrowing to replace capital to “fill the hole” as discussed in Trans-Prairie Pipelines Ltd.

¹⁹ « Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers », dans *Congrès 2009*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 47:1-58, question 4, aux pages 47:11-14.

²⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2009-0344721E5, 12 juillet 2010.

We generally accept this category of exceptional circumstances and generally accept accumulated profits as the appropriate measurement of the hole that may be filled with the borrowed money used to pay a dividend. »

Toutefois, l'ARC a mentionné que la RGAÉ pourrait s'appliquer même dans les cas où cette exception générale au critère d'utilisation directe peut être applicable. Ce qui est particulièrement pertinent dans le contexte de cette question à l'ARC est de déterminer si la structure de la société décrite a été établie dans le cadre d'une série de transactions parmi lesquelles la société B emprunte des fonds et la société A acquiert une rente.

Ces faits sont importants parce que normalement, lorsqu'une société emprunte pour acheter une rente non prescrite, la déductibilité des intérêts est limitée à la portion imposable du contrat de rente en vertu du sous-alinéa 20(1)c)(iv) L.I.R. Comme on le suppose, l'argument de l'ARC est que si une société est incorporée en vue d'emprunter des fonds pour payer un dividende et qu'on utilise ensuite ce dividende pour acheter une rente afin que les fonds empruntés soient pour combler un vide plutôt que d'acheter directement la rente, la RGAÉ s'appliquerait afin de limiter en toute probabilité la déduction des intérêts à la portion imposable de la rente.

Quelle est la question fondamentale? La structure organisationnelle a-t-elle été établie dans le cadre d'une série de transactions parmi lesquelles la société B a emprunté des fonds pour payer un dividende à la société A, et la société A a ensuite acheté une rente? Malheureusement, il n'y a pas de critère clairement défini pour répondre à cette question. Et il ne s'agit pas uniquement d'une question de temps. Pour être « effectuée en vue de », une transaction doit seulement être un « facteur motivant » et n'implique pas nécessairement une relation de cause à effet directe avec une série de transactions. Toutes ces questions obscures sont analysées en profondeur dans un contexte liant deux séries de transactions dans le but d'appliquer la RGAÉ dans l'affaire *Cophthorne Holdings Ltd. c. La Reine*²¹.

Inutile de dire que si la constitution d'une société, à laquelle un dividende sera payé avec des fonds empruntés, se fait le lendemain de l'emprunt, l'ARC pourra penser qu'il s'agit d'un problème de RGAÉ. Lorsque la succession des événements n'est pas clairement déraisonnable, nous sommes dans une situation semblable à celle de l'affaire *Cophthorne*!

²¹ 2009 CAF 163 (« *Cophthorne* »). L'autorisation d'appel à la Cour suprême a été accordée en janvier 2010.

Qu'en est-il de la société Fusion? L'ARC a laissé entendre qu'elle étudierait l'utilisation actuelle des fonds empruntés chaque année et non l'utilisation des fonds initiale afin de déterminer la déductibilité des intérêts. Elle a déterminé que les fonds de la société Fusion étaient actuellement utilisés pour acheter une rente selon le modèle décrit, ce qui a eu pour effet de limiter les intérêts déductibles à la société Fusion.

Comment être en accord avec ce raisonnement? La transaction qui a donné lieu à la déductibilité des intérêts était le paiement d'un dividende d'une société remplacée à une autre. Quel est l'avantage du « retraçage » et de mettre en lien des transactions si vous ne pouvez pas vous fier à ces méthodes par la suite? La fusion n'annule pas le fait que les fonds empruntés ont servi à payer un dividende. L'utilisation des fonds n'a pas changé.

La rente a été achetée dans le passé. Une fusion aujourd'hui ne signifie pas que les fonds sont actuellement utilisés pour acheter une rente qui a été achetée antérieurement! C'est du passé. Il n'y a qu'une seule utilisation qui compte ici – l'utilisation initiale. Si l'ARC veut maintenir que l'application de la RGAÉ inclut la transaction de fusion dans la série, d'accord, mais de dire que la société Fusion doit limiter la déductibilité de ses intérêts parce que les fonds empruntés servent maintenant à acheter une rente qui est déjà détenue depuis plusieurs années par une des sociétés remplacées de la société Fusion n'a pas de sens à notre avis.

5. DON DE POLICES D'ASSURANCE VIE

5.1. DÉTERMINATION DU « COÛT »

Selon le paragraphe proposé 248(35) L.I.R., la juste valeur marchande (« JVM ») réputée d'un bien qui fait l'objet d'un don correspond à la moins élevée des valeurs suivantes : JVM du bien ou « coût » du bien immédiatement avant le don. Cette règle s'applique lorsque le don est fait dans les 3 années suivant l'acquisition du bien ou dans les 10 années suivant l'acquisition s'il est raisonnable de conclure que le bien a été acheté avec l'intention de le donner.

Les dons d'une assurance vie à un organisme de bienfaisance sont assujettis à cette règle. Lors du dernier congrès de l'Association de planification fiscale et financière²², on a demandé au ministère des Finances

²² « Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers », *loc. cit.*, note 19, question 3, 47:9-11.

s'il envisagerait d'ajouter les dons d'une assurance vie aux dons soustraits à l'application du paragraphe 248(35) L.I.R. aux termes du paragraphe proposé 248(37) L.I.R. Le ministère a refusé d'indiquer s'il recommanderait cette modification.

Lors de la table ronde tenue par la CALU en mai 2010²³, l'ARC a donné des précisions sur sa perception du « coût » d'un contrat d'assurance vie dans le contexte d'un don. Après avoir mentionné que le terme « coût » n'est pas défini dans la loi à ces fins et qu'elle avait confié l'examen de la question au ministère des Finances, l'ARC a affirmé ce qui suit :

« It is our view that the adjusted cost basis of an interest in a life insurance policy as defined in subsection 148(9) would generally be a reasonable proxy for the "cost" of an interest in a life insurance policy for purposes of the deemed fair market value of an interest in a policy under proposed subsection 248(35) of the Act. »

Cet énoncé a au moins l'avantage d'indiquer un paramètre facile à obtenir pour les organismes de bienfaisance qui doivent déterminer le montant reçu au titre du don. La question de la JVM continue toutefois de nécessiter une analyse au cas par cas plus complexe.

À la table ronde de l'ARC tenue le 8 juin 2010 par la Society of Trust and Estate Practitioners (STEP), on a demandé à l'ARC²⁴ de se prononcer sur la situation suivante :

Un particulier transfère à une société dont il est propriétaire unique un intérêt dans une police d'assurance vie qu'il détient personnellement, dont la JVM est de 300 000 \$ et qui ne comporte pas de valeur de rachat, moyennant une contrepartie de 300 000 \$. En vertu du paragraphe 148(7) L.I.R., il est présumé qu'un tel transfert entre personnes ayant un lien de dépendance est effectué à la valeur de rachat, soit zéro dans ce cas. Par conséquent, si le coût présumé de la police pour la société était de zéro, mais que le coût réel de la police était de 300 000 \$ et que le paragraphe 248(35) L.I.R. s'appliquait, l'ARC accepterait-elle que le don fait immédiatement après le transfert soit évalué à 300 000 \$?

²³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2010-0359391C6, 4 mai 2010.

²⁴ « Practitioner/CRA Round Table », dans *2010 STEP Canada National Conference, Society of Trust and Estate Practitioners*, 8 juin 2010, question 4, document 2010-0363091C6.

L'ARC a confirmé que le CBR constitue généralement une bonne approximation du « coût » pour l'application du paragraphe 248(35) L.I.R. Toutefois, lorsque le coût fait l'objet d'une disposition déterminative parce que la cession est effectuée entre personnes ayant un lien de dépendance, on doit se baser sur ce coût, tel qu'il est défini dans la disposition déterminative, aux fins du paragraphe 248(35) L.I.R.

Dans l'exemple cité, le résultat est le suivant : la société n'a pas droit à une déduction pour don parce que le coût du transfert qui lui a été consenti est présumé nul en vertu du paragraphe 148(7) L.I.R., bien qu'elle ait versé la somme de 300 000 \$. Certains soutiendront que ce résultat est justifié; en effet, l'actionnaire reçoit une somme de 300 000 \$ (pourvu que ce montant représente la véritable JVM), et il n'a pas d'impôt à payer à la suite du transfert du contrat, car le produit de la disposition est présumé nul et aucun avantage n'est conféré à l'actionnaire. Avoir droit, en plus, à une déduction de 300 000 \$ pour don de bienfaisance aurait été superflu...

5.2. DON D'UNE POLICE ASSORTIE D'UNE GARANTIE REMBOURSEMENT DE PRIMES²⁵

L'ARC a analysé deux scénarios de don de police d'assurance vie universelle comportant un avenant de remboursement de prime au décès (« RPD »). Cet avenant prévoit le paiement d'une prime additionnelle à la prime de base afin de permettre le versement d'une prestation de décès additionnelle représentant le remboursement des primes totales versées (incluant la portion de la prime relative à la prestation d'assurance vie).

Premier scénario :

- Un organisme de bienfaisance est titulaire d'un contrat d'assurance vie universelle.
- M. A paie à l'assureur la totalité de la prime annuelle, y compris la prime relative à l'avenant RPD.
- L'organisme est bénéficiaire du capital-décès.
- Les ayants droit de M. A sont bénéficiaires de la prestation RPD.

²⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2009-0312021E5, 19 novembre 2009.

La lettre d'interprétation débute par une mise en garde générale, selon laquelle la JVM est une question de fait, et que, par conséquent, l'ARC n'est pas en mesure d'indiquer le montant admissible réel du don. L'ARC a par contre confirmé que la prime de l'avenant RPD ne serait pas considérée comme un don « lorsque le bénéficiaire de la prestation payable par suite du décès afférente à cet avenant n'est pas un donataire admissible ». L'ARC a également confirmé que la prestation RPD n'entrerait pas dans le calcul du revenu imposable des ayants droit de M. A, car il s'agirait d'une « prestation d'une police d'assurance vie par suite du décès de l'assuré ». Elle a indiqué que, selon le *Bulletin d'interprétation* IT-244R3²⁶, on peut verser des primes à titre de don en les payant directement à l'assureur d'un contrat d'assurance vie dont un organisme de bienfaisance est à la fois titulaire et bénéficiaire.

Sur le plan pratique, un élément me semble problématique. Comme l'organisme de bienfaisance est la seule titulaire de la police, ne peut-elle pas modifier la désignation de bénéficiaire? Il serait peut-être plus sage de faire en sorte que le donateur et l'organisme partagent la propriété de la police et désignent chacun le bénéficiaire.

Deuxième scénario :

- M. A est le titulaire et l'assuré au titre d'un contrat d'assurance vie.
- Il paie la totalité de la prime annuelle (y compris la prime de l'avenant RPD).
- Il nomme un organisme de bienfaisance bénéficiaire du capital-décès.
- Il désigne ses ayants droit bénéficiaires de la prestation RPD.

L'ARC a précisé que le paragraphe 118.1(5.2) L.I.R. présume – pourvu que toutes les exigences de cette disposition soient remplies – que le particulier fait un don de bienfaisance immédiatement avant son décès. L'ARC a poursuivi comme suit :

« La juste valeur marchande de ce don est alors réputée égale à la juste valeur marchande, au moment du décès de M. A, du droit du donataire reconnu au

²⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-244R3, « Dons par des particuliers de polices d'assurance-vie comme dons de charité », 6 septembre 1991.

transfert d'argent de l'assureur, déterminée compte non tenu du risque que l'assureur manque à ses obligations. »

Donc, le capital-décès payable à l'organisme de bienfaisance représente un don de bienfaisance fait par M. A.

IMPÔTS AU DÉCÈS ET RAMIFICATIONS INTERNATIONALES



Yves Coallier
BAA Fin. Int'l, M. Fisc.
GCI inc.



Carolina Cernica
LL. B., DDN, directrice associée,
Planification de patrimoine
Société de fiducie HSBC Canada

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION..... 38:3

1. ASPECTS JURIDIQUES..... 38:5

1.1. DROIT PRIVÉ : LES SUCCESSIONS..... 38:5

1.2. PLURALISME EN DROIT SUCCESSORAL : RÈGLES
FÉDÉRALES *VERSUS* RÈGLES RÉGIONALES 38:6

1.3. RÈGLES DE DROIT PRIVÉ RELATIVES AU
DROIT SUCCESSORAL 38:7

1.3.1. Successions légales ou *ab intestat* 38:7

1.3.2. Les successions testamentaires..... 38:9

1.3.3. Définitions : « décès », « propriété »
et « succession »..... 38:11

1.4. RÈGLES DE DROIT PRIVÉ APPLICABLES
À L'ADMINISTRATION DES SUCCESSIONS 38:13

1.5. CONFLITS DE LOIS : RÈGLES INTÉRIEURES..... 38:14

1.6.	APPLICATION DES CONVENTIONS INTERNATIONALES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.....	38:15
2.	FISCALITÉ AU DÉCÈS	38:16
2.1.	IMPÔTS APPLICABLES AU DÉCÈS	38:16
2.2.	IMPOSITION DU DÉCÈS	38:17
2.2.1.	Droits de succession	38:17
2.2.2.	Impôt au décès (revenu ou gain en capital présumé).....	38:25
2.2.3.	Autres impôts	38:27
3.	JURIDICTIONS FISCALES	38:28
3.1.	TERRITORIALITÉ	38:28
3.2.	LOCALISATION GÉOGRAPHIQUE DES ACTIFS	38:30
4.	RISQUES DE DOUBLE IMPOSITION	38:31
4.1.	CONTEXTE NATIONAL.....	38:31
4.2.	CONTEXTE SUPRANATIONAL : LES CONVENTIONS FISCALES.....	38:32
5.	ANALYSE COMPARATIVE	38:34
6.	EXEMPLES ILLUSTRATIFS	38:44

INTRODUCTION

En réponse à l'invitation formulée par le Comité du congrès et plus particulièrement par le Comité de la planification financière de l'Association de planification fiscale et financière (« APFF »), nous vous proposons une interprétation libre des principaux enjeux fiscaux et financiers liés au décès dans le cas d'une succession internationale. Plus particulièrement, la conférence et le présent texte, corollaire, traitent des points suivants :

- Enjeux en matière de fiscalité transfrontalière des successions, notamment quant aux risques de double imposition ou multiple imposition découlant d'une interaction nocive des droits successoraux, impôts sur les dons et impôts successoraux de diverses juridictions;
- État de la situation et traités en vigueur – ou manquants – en matière de planification fiscale transfrontalière;
- Défis afférents et changements législatifs anticipés à court terme à l'échelle internationale;
- Application pratique en contexte Canada–États-Unis, incluant une brève mise à jour de la législation américaine en matière de décès;
- Pièges à éviter quant aux aspects successoraux et testamentaires;
- Produits financiers et d'assurance à privilégier.

Le texte qui suit est fondé, notamment, sur les comptes rendus écrits¹ présentés par les rapporteurs nationaux et le rapporteur général dans le cadre du congrès de l'IFA, tenu à Rome du 31 août au 4 septembre 2010, plus particulièrement quant au second sujet principal traité par les 2 000 congressistes, praticiens en fiscalité internationale, à savoir « Death as a taxable event and its international ramifications ». L'étude des premiers,

¹ À noter que les textes soumis par les rapporteurs nationaux et le rapporteur général dans le cadre du congrès annuel de l'Association fiscale internationale (AFI ou « IFA », l'acronyme anglais étant d'usage coutumier) sont rendus publics à l'intention des membres de l'association dans deux *Cahiers de droit fiscal international* qui constituent une source d'information de grande valeur pour les praticiens spécialisés intéressés par les questions fiscales internationales et le droit comparé. Une version électronique de ces documents est également mise à la disposition des membres de l'association pour référence et consultation.

sous-jacente au compte rendu écrit, visait à clarifier les enjeux nationaux et transfrontaliers par juridiction, lesquels ont ensuite fait l'objet d'un document de synthèse préparé par le rapporteur général, visant à établir une étude comparative en lien avec les questions d'impôt au décès. Il ressort de ces études que pour la presque totalité des pays, l'impôt au décès est fortement influencé par les questions de droit privé. Mais également que le choix de mettre en place et prélever un tel impôt représente de plus en plus un fardeau administratif important pour la succession, voire un tribut financier très lourd, qui pourtant ne produit pas de façon corollaire une assiette fiscale ou des revenus significatifs pour une juridiction fiscale.

Le sujet, traité à l'origine en 1968 dans le cadre du congrès de Montevideo, avait alors été abordé sous l'angle des limites territoriales imposées aux autorités fiscales quant aux droits de succession et à l'impôt sur la fortune. Quatre années plus tard, à Madrid, on s'interrogeait sur « Le revenu, la fortune et l'impôt sur la succession d'un ménage » puis, en 1979 à Copenhague, sur le transfert d'entreprises familiales au décès ou *inter vivos*. Vous l'aurez deviné, ces différents congrès ont donné l'occasion d'aborder des éléments très précis découlant des impôts au décès, mais il aura fallu attendre l'année 1985, à Londres, pour que le sujet soit traité de façon globale en matière de double imposition sur les dons et successions. Le congrès de 2002 à Oslo aura permis de traiter des conséquences des droits successoraux, impôts et décès ainsi que des impôts sur la fortune dans le cadre spécifique de l'émigration et l'immigration d'un individu, dernière attention portée à la question par l'IFA avant le récent congrès de Rome pour lequel les 42 juridictions suivantes ont préparé une étude détaillée en plus de la Commission européenne :

• Afrique du Sud	• Croatie	• Italie	• République tchèque
• Allemagne	• Danemark	• Japon	• Royaume-Uni
• Argentine	• Espagne	• Luxembourg	• Russie
• Autriche	• Estonie	• Mexique	• Serbie
• Australie	• États-Unis	• Nouvelle-Zélande	• Suède
• Belgique	• Finlande	• Norvège	• Suisse
• Brésil	• France	• Pays-Bas	• Taipei
• Canada	• Grèce	• Pérou	• Ukraine
• Chili	• Hongrie	• Pologne	• Uruguay
• Colombie	• Inde	• Portugal	• Venezuela
• Corée	• Israël		

Le texte soumis dans le cadre du congrès de l'APFF vise à offrir un supplément d'information aux éléments qui seront présentés par les conférenciers et comporte, en ce sens, des repiquages du sommaire proposé par le rapporteur général quant aux enjeux fiscaux et légaux, réinterprétés à

la lumière de la pratique canadienne et nord-américaine et illustrés à partir d'exemples qui collent à la réalité du praticien québécois.

1. ASPECTS JURIDIQUES

Cette partie du texte a le double objectif de rappeler brièvement quelques notions générales en matière successorale dans notre contexte canadien/québécois et de sensibiliser les professionnels (juristes, comptables, planificateurs financiers ou conseillers) à quelques similarités et/ou différences du droit privé de certaines autres juridictions, qu'ils risquent de rencontrer toujours davantage dans leur pratique respective. En effet, l'ouverture des frontières et, par conséquent, la mobilité des individus et des capitaux amèneront de plus en plus les professionnels à être exposés à des problématiques successorales : quel pays aura juridiction? Quelle loi sera applicable? Qui seront les héritiers? Quels seront les taxes ou impôts payables et qui sera responsable du paiement? Les situations seront parfois compliquées et sans planification, les solutions après faits pourraient s'avérer coûteuses.

1.1. DROIT PRIVÉ : LES SUCCESSIONS

Le droit privé se trouve généralement soit codifié dans une section du code civil (par exemple en Argentine, en Autriche, en Belgique, au Brésil, dans la province de Québec, au Chili, en France, en Allemagne, en Grèce, en Hongrie, en Italie, en Russie, etc.), soit prévu dans une législation particulière (par exemple, dans les provinces du Canada outre le Québec, en Croatie, en Finlande, en Inde, en Israël, en Serbie, en Louisiane aux États-Unis, etc.). De plus, dans certains pays, la législation est très fréquemment suppléée par la jurisprudence (par exemple en Australie, en Grande-Bretagne, aux États-Unis, en Afrique du Sud).

Au Canada, en général, le droit privé, qui inclut les règles sur les successions, tombe sous la juridiction exclusive des provinces. La législation de toutes les provinces canadiennes, sauf le Québec, est basée sur le système britannique de la common law mais peut varier en substance, d'une province à l'autre. La province de Québec conserve un système de droit civil pour ce qui concerne le droit privé.

Tant le gouvernement fédéral que celui au provincial prélèvent les impôts sur les revenus de leurs résidents. Et dans tous les pays, le droit privé des successions constitue la base de l'application, de manière corrélative, de toute taxation au décès, qu'elle consiste en une taxe successorale, des impôts au décès ou toute autre taxe payable en raison du décès lui-même.

1.2. PLURALISME EN DROIT SUCCESSIONAL : RÈGLES FÉDÉRALES VERSUS RÈGLES RÉGIONALES

En général, dans la plupart des pays, le droit des successions est régi par les mêmes règles législatives pour tout le territoire. Cela est vrai même pour certains pays qui ont un système fédéraliste (par exemple l'Argentine, le Brésil, l'Allemagne, le Venezuela, etc.) où l'autonomie locale peut inclure une compétence législative mais non pas de compétence en droit privé.

Le pluralisme existe cependant dans plusieurs pays, notamment l'Australie, le Mexique, les États-Unis et, bien entendu, le Canada. Ainsi, dans ces pays, la compétence législative locale inclut le droit de légiférer sur son territoire, en matière de droit privé, notamment en matière de successions. C'est ainsi qu'au Canada coexistent différents régimes. Afin de simplifier le contexte, toute référence ci-après au système canadien se limitera à une comparaison entre le système de la province de l'Ontario et celui du Québec.

Le pluralisme existe également dans certains pays non fédéralistes. C'est ainsi qu'en Grande-Bretagne, le droit écossais, le droit britannique, le droit au pays de Galles et le droit de l'Irlande du Nord sont différents les uns des autres. Il en est de même pour l'Espagne, où pour des raisons historiques datant du XVIII^e siècle, six communautés ont des règles locales en droit des successions alors que le reste des communautés appliquent les règles étatiques. En Inde, le pluralisme ne se veut pas rattaché au territoire, mais plutôt à la religion pratiquée par le défunt.

Généralement, dans les pays caractérisés par l'existence d'un pluralisme législatif, les différences entre les règles locales se limitent à la procédure administrative du règlement de la succession. Il n'en demeure pas moins que dans certains pays, comme la Grande-Bretagne, les États-Unis – l'État de la Louisiane –, même les règles substantives peuvent varier dans une grande mesure.

Dans certains pays, le pluralisme peut avoir un but précis. Par exemple, en Inde, en Autriche et en Allemagne, l'application d'une loi locale peut avoir comme objectif principal la conservation de terrains ou d'activités agricoles ou de ferme, alors qu'en France, des règles particulières s'appliquent pour les territoires d'outre-mer ou les collectivités d'outre-mer.

La structure pluraliste du régime de droit privé dans le même système légal s'avèrera donc très pertinente en matière de taxation, car les

conséquences fiscales engendrées par le décès seront sous-jacentes aux règles appliquées.

1.3. RÈGLES DE DROIT PRIVÉ RELATIVES AU DROIT SUCCESSORAL

Il est difficile de comparer le droit des successions entre plusieurs pays, car les règles applicables sont souvent une combinaison de différentes autres réglementations en matière de droit de propriété (par exemple, la détermination du droit de propriété d'un bien du défunt), en matière de droit matrimonial (par exemple, les droits des couples non mariés) et de droit contractuel (par exemple, le pacte sur une succession non ouverte). Il est cependant possible de classer le droit des successions en deux principaux groupes : celui découlant du droit civil et celui découlant des pays de common law.

Le droit des successions en droit civil se caractérise par la dévolution **directe** du patrimoine du défunt aux héritiers, transmission effective dès le décès, le corollaire de ce principe étant la saisine sur le patrimoine du défunt par les héritiers (par exemple en France, en Argentine, en Belgique, en Colombie, au Luxembourg, au Mexique, en Pologne, etc.). Le transfert dans ce cas n'est donc pas assimilé à une vente et explique pourquoi, dans ces pays, le transfert n'est pas considéré comme générant un gain en capital à des fins fiscales.

Le droit des successions de common law se caractérise par la dévolution **indirecte** du patrimoine du défunt aux héritiers. Cette dévolution indirecte se fait par l'entremise d'un représentant qui administre la succession et transfère l'actif net aux héritiers. Ces derniers n'ont pas de titre de propriété aussi longtemps que le transfert en titre des biens n'a pas été effectué. On comprend donc que dans certains de ces cas, la distribution finale par le représentant légal en faveur des bénéficiaires pourrait générer un deuxième événement taxable.

La distinction entre la dévolution directe et indirecte des biens du défunt aux héritiers peut donc engendrer une conséquence fiscale significative.

1.3.1. Successions légales ou *ab intestat*

1.3.1.1. Québec

Il y a succession légale non seulement lorsque le défunt est décédé sans testament, mais également dans tous les cas où le testament ne peut avoir effet (par exemple, tous les legs sont caducs ou nuls). Également, il ne faut

pas oublier que la succession *ab intestat* peut coexister avec la dévolution testamentaire. En l'absence d'un testament valide, les articles 653 à 702 du *Code civil du Québec*² prévoient les règles de la dévolution légale. En résumé, les héritiers légaux sont répartis en trois ordres hiérarchisés, chacun composé de plusieurs groupes. Le premier ordre est formé du conjoint survivant et des descendants. Le deuxième ordre comprend le conjoint survivant auquel s'ajoutent les groupes des ascendants privilégiés (père et mère du défunt – art. 670, al. 1 C.c.Q.) et des collatéraux privilégiés (frères et sœurs et neveux et nièces du défunt – art. 670, al. 2 C.c.Q.). Enfin, le troisième ordre est formé de deux groupes : les ascendants ordinaires (autres que les père et mère) et les collatéraux ordinaires (petits-neveux, petites-nièces, tantes, oncles, cousins, cousines, etc.).

Les règles principales à retenir sont les suivantes : si le défunt laisse un conjoint survivant et des descendants, la succession est divisée pour un tiers au conjoint et deux tiers aux descendants. S'il n'y a pas de conjoint survivant, les descendants héritent du tout, en parts égales entre eux. S'il n'y a pas de descendants, le conjoint survivant hérite des deux tiers de la succession et les ascendants privilégiés héritent du tiers de la succession.

1.3.1.2. Ontario

Les règles relatives à la succession légale en Ontario se retrouvent aux articles 44 à 49 de la *Loi portant réforme du droit des successions*³. Si le défunt laisse un conjoint survivant et pas de descendants, le conjoint hérite du tout (art. 44 L.R.D.S.). Si le défunt laisse un conjoint survivant et des descendants, le conjoint survivant a un droit préférentiel équivalant à un montant de 200 000 \$. S'il y a conjoint survivant et un enfant, le conjoint survivant a droit à la moitié du résidu de la succession, déduction faite du paiement préférentiel de 200 000 \$.

S'il y a deux enfants ou plus, le conjoint survivant a droit à un tiers de la succession, déduction faite du paiement préférentiel ci-dessus mentionné. Si le défunt ne laisse ni conjoint ni enfants, les parents héritent en parts égales.

² L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »).

³ L.R.O. 1990, c. S.26 (« L.R.D.S. »).

1.3.2. Les successions testamentaires

1.3.2.1. Québec : formes de testaments

Le *Code civil du Québec* reconnaît trois formes de testaments : le testament notarié, le testament olographe et le testament devant témoins. Les formalités de forme doivent être respectées sous peine de nullité. Un testament qui ne respecterait pas les formalités d'une des formes peut néanmoins être reconnu valide s'il respecte les formalités de validité d'une autre forme de testament (art. 716 et 717 C.c.Q.).

Testament notarié : fait devant notaire, en minute, en présence d'un témoin et dans certaines circonstances devant deux témoins. Le notaire doit lire le testament au testateur, en présence ou non du témoin, au choix du testateur. Lecture faite, le testateur doit déclarer en présence du témoin que l'acte contient l'expression de ses dernières volontés. Le testament est signé par le testateur, le témoin et le notaire en présence les uns des autres.

Testament holographe : entièrement et obligatoirement écrit de la main du testateur et signé par lui, autrement que par moyen technique (art. 726 C.c.Q.).

Testament devant témoins : écrit par le testateur ou par un tiers. En présence de deux témoins majeurs, le testateur déclare ensuite que l'écrit qu'il présente, et dont il n'a pas à divulguer le contenu, est son testament; il le signe à la fin ou, s'il l'a signé précédemment, reconnaît sa signature. Il peut aussi le faire signer par un tiers pour lui, en sa présence et suivant ses instructions. Les témoins signent aussitôt le testament en présence du testateur. Lorsque le testament est écrit par un tiers ou par un moyen technique, le testateur et les témoins doivent parapher ou signer chaque page de l'acte qui ne porte pas leur signature.

1.3.2.2. Québec : restrictions au droit de tester

En règle générale, un testateur est libre de disposer de ses biens comme il l'entend. Les seules restrictions s'appliquent lorsque le testateur laisse un conjoint survivant et/ou des descendants.

Le patrimoine familial : le décès du conjoint engendre le partage du patrimoine familial. À titre de rappel, le patrimoine familial est constitué des biens suivants dont l'un ou l'autre des époux est propriétaire : les résidences de la famille ou les droits qui en confèrent l'usage, les meubles qui les garnissent ou les ornent et qui servent à l'usage du ménage, les véhicules

automobiles utilisés pour les déplacements de la famille et les droits accumulés durant le mariage au titre d'un régime de retraite. Le versement de cotisations au titre d'un régime de retraite emporte accumulation de droits au titre de ce régime; il en est de même de la prestation de services reconnus aux termes d'un régime de retraite (art. 416 C.c.Q.). Le conjoint survivant a le droit de réclamer 50 % de la valeur du patrimoine familial. Les héritiers du défunt ont le droit de réclamer le résidu du patrimoine familial.

L'obligation alimentaire : en application des articles 684 et suivants C.c.Q., une succession peut être appelée à verser à certaines personnes une contribution alimentaire; il s'agit d'une extension de la survie de l'obligation alimentaire qui découle des articles 585 et suivants C.c.Q., l'objectif premier étant d'assurer la protection de divers membres de la famille, à la suite du décès de l'un des leurs. À cet égard, on peut dire qu'il y a deux catégories de créanciers alimentaires : la première, le conjoint survivant et des descendants ou des ascendants au premier degré du défunt, et la seconde, l'ex-conjoint qui percevait une pension du défunt.

1.3.2.3. Ontario : formes de testaments

Il existe quatre sortes de testament en vertu de la *Loi portant réforme du droit des successions* ontarienne : a) le testament formel ou attesté; b) le testament olographe; c) le testament privilégié; et d) le testament international.

Testament formel : il doit être fait par écrit. Sous réserve des dispositions du testament olographe et du testament privilégié, ce testament n'est valable que si les conditions suivantes sont réunies :

- à la fin du testament, le testateur appose sa signature ou une autre personne le signe en présence du testateur et selon les instructions de celui-ci;
- le testateur appose ou reconnaît la signature en présence d'au moins deux témoins instrumentaires présents en même temps;
- au moins deux témoins instrumentaires souscrivent le testament en présence du testateur.

Testament holographe : entièrement et obligatoirement écrit de la main du testateur et signé par lui, autrement que par moyen technique (art. 6 L.R.D.S.).

Testament privilégié : un membre des Forces canadiennes en service ou un marin en mer ou en cours de voyage pourrait faire un testament par écrit signé par lui-même ou par un tiers en sa présence et selon ses instructions.

Testament international : un testament international, tel qu'il est prévu dans l'Annexe à la Convention portant loi uniforme sur la forme d'un testament international, est valide en Ontario (art. 42 et 43 L.R.D.S.).

1.3.2.4. Ontario : restrictions au droit de tester

En règle générale, un testateur est libre de disposer de ses biens comme il l'entend. Les seules restrictions s'appliquent lorsque le testateur laisse un conjoint survivant et/ou des personnes à charge.

Aide au conjoint : afin d'égaliser les biens familiaux nets, si un conjoint décède et que ses biens familiaux nets excèdent ceux du conjoint survivant, ce dernier a droit à la moitié de la différence entre eux⁴. Le conjoint survivant a le choix d'opter pour cette moitié ou de bénéficier du testament mais n'a pas droit de cumuler ces droits.

Personnes à charge : le conjoint, les enfants, les parents ou les frères et sœurs du défunt qui recevaient une pension alimentaire ou qui seraient en droit d'en obtenir une doivent s'adresser à la Cour. La Cour a la discrétion d'octroyer la pension alimentaire si le défunt n'a pas prévu des dispositions suffisantes.

1.3.3. Définitions : « décès », « propriété » et « succession »

Tous les pays ont des règles gouvernant la notion de « décès » et les situations dans lesquelles l'absence d'une personne peut amener la présomption de décès et, par conséquent, l'obtention d'un jugement déclaratif de décès qui, lui, permettra l'application des règles de droit privé en matière de succession. Les conditions menant à l'obtention du jugement déclaratif de décès varient selon les pays mais généralement elles nécessitent une absence prolongée (par exemple, six mois à trois ans en Ukraine, un à cinq ans en Finlande, cinq ans en Suisse, 10 ans au Brésil, etc.). Au Québec, l'absent est présumé vivant durant les sept années qui suivent sa disparition à moins que son décès ne soit prouvé avant l'expiration de ce délai (art. 85 C.c.Q.). Toute personne intéressée peut faire la demande à l'expiration des sept années. Le jugement peut également être prononcé avant ce temps

⁴ *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O., c. F.3, par. 5(2).

lorsque la mort d'une personne domiciliée au Québec ou qui est présumée y être décédée peut être tenue pour certaine, sans qu'il soit possible de dresser un constat de décès (art. 94 C.c.Q.).

En Ontario, selon les dispositions de l'article 2 de la *Loi de 2002 sur les déclarations de décès*⁵, la Cour peut déclarer qu'une personne est décédée si :

- l'individu est disparu dans des circonstances périlleuses;
- le demandeur est sans nouvelles de l'absent ou n'a plus entendu parler de lui depuis la disparition;
- autant qu'il sache et après avoir fait des démarches, le demandeur n'a pu trouver quelqu'un qui ait entendu parler de l'absent ou ait eu de ses nouvelles;
- le demandeur n'a aucune raison valable de croire que l'absent est toujours en vie; et
- il existe assez de preuves que l'absent est décédé.

Autrement, en Ontario, le jugement déclaratif de décès peut être obtenu après sept ans d'absence en appuyant sa demande sur certaines des conditions ci-dessus mentionnées.

En droit privé, les divergences d'interprétation de la notion de « décès » peuvent amener des problèmes en matière de taxation lorsque des situations transfrontalières sont en jeu. À titre d'exemple, une personne peut être considérée comme décédée en appliquant les règles de la loi du domicile mais non pas en vertu de la loi de la juridiction où sont situés les actifs, ce qui ferait que l'attribution du revenu de la succession pourrait être faite à des héritiers dans un État mais pas dans un autre. Ce conflit est seulement apparent, car généralement, les règles des conflits de lois prévoient une seule loi applicable. Il n'en reste pas moins que certaines réglementations fiscales peuvent prévoir des régimes d'assujettissement différents.

Contrairement aux notions de la common law, en matière de types de droits de propriété, en droit français et en droit civil en général, il n'existe

⁵ L.O. 2002, c. 14.

qu'une notion de « propriété ». Cette propriété peut cependant être divisée ou indivise.

Au Québec, les dons faits de son vivant ne font pas partie de la succession. Cependant, aux États-Unis, à des fins fiscales, la loi fédérale peut inclure dans le patrimoine successoral des biens qui n'appartiennent plus au défunt au moment du décès. À titre d'exemple, les dons faits durant les trois ans précédant le décès peuvent se voir inclus dans le patrimoine successoral.

Dans certaines juridictions, la caractérisation de la « succession » comme une « personne » peut amener des difficultés en matière de conventions fiscales. En Argentine, au Brésil, en Belgique, en Grèce, au Luxembourg et en Suisse, la succession n'est pas une personne qui jouit de droits et d'obligations et elle n'a pas de personnalité juridique. Le contraire est cependant prévu au Danemark, en Finlande, en Norvège et en Suède, pays qui ont influencé la qualification de la succession comme une personne à des fins fiscales. Au Canada, la succession est présumée être un individu et par conséquent « un payeur de taxes ».

1.4. RÈGLES DE DROIT PRIVÉ APPLICABLES À L'ADMINISTRATION DES SUCCESSIONS

Les règles de droit privé applicables à l'administration des successions sont les lois locales de la résidence ou du *situs* de la propriété. Au Québec, les héritiers peuvent accepter la succession ou renoncer à celle-ci. Une fois acceptée, la transmission des biens a lieu automatiquement par effet de la loi au moment du décès.

Le liquidateur de la succession est responsable de l'administration de la succession. Le liquidateur de la succession ne devient pas propriétaire des biens de la succession, il n'a que des devoirs et des obligations d'administration des biens d'autrui. Le liquidateur identifie les héritiers, détermine le contenu de la succession, réclame les créances de la succession et paie les dettes. Le liquidateur doit faire l'inventaire de la succession sauf exception. Afin d'éviter une responsabilité personnelle pour le paiement des impôts dus par la succession (comme en Belgique, au Chili, en Afrique du Sud, au Canada), avant la distribution finale aux héritiers, le liquidateur doit obtenir les certificats des autorités fiscales attestant que tous les impôts ont été payés ou doit fournir une garantie suffisante que le paiement aura lieu. Certains pays imposent également aux liquidateurs de succession de payer les droits successoraux ou les impôts payables sur les revenus générés par les biens de la succession avant la remise aux héritiers.

Il ne faut pas oublier que dans les pays de common law et dans les provinces au Canada sauf le Québec, les testaments doivent faire l'objet d'une procédure de « probate ». Cette procédure publicise la succession et fait connaître aux autorités fiscales la valeur de la succession. Les frais de « probate » peuvent être assimilés à une forme de taxe sur la succession. Cette procédure s'avère importante dans l'évaluation des cotisations à percevoir (en Australie, au Brésil, en Afrique du Sud). Les législations de certains pays imposent même aux liquidateurs des successions de fournir des garanties bancaires pour les obligations fiscales de certaines personnes non résidentes.

1.5. CONFLITS DE LOIS : RÈGLES INTÉRIEURES

Les systèmes juridiques prévoient des dispositions en matière de conflits des lois ou des principes applicables aux successions internationales et par conséquent établissent quel est le droit privé gouvernant la succession du défunt en l'absence de conventions internationales.

Dans la plupart des pays, la résidence ou le domicile du défunt représente le critère le plus utilisé. Dans certains pays, la résidence doit avoir été établie pour une période déterminée avant le décès. Dans certains pays de common law (mais aussi en Belgique, en France, en Irlande, en Corée, au Luxembourg), le critère de résidence ou de domicile est joint au critère du *situs* de la propriété pour les biens immeubles. Certains pays appliquent le critère de la nationalité (République tchèque, Allemagne, Grèce, Italie, Japon, Pologne, Espagne, etc.), lequel critère peut être tempéré par le droit du défunt de désigner lui-même, dans le testament, la loi devant gouverner sa succession – *professio juris* (Italie, Suisse).

L'application des doubles règles, soit la loi du domicile pour les biens meubles et la loi du *situs* pour les biens immeubles (France, Canada, États-Unis, etc.), amène parfois des résultats absurdes.

De nombreux débats ont encore lieu sur la question de savoir quel est le meilleur critère à adopter : résidence, domicile, citoyenneté? Les pour et les contre de chaque critère font en sorte qu'une décision sans appel n'est pas facile. Il semble cependant que l'opinion prépondérante des théoriciens et praticiens penche vers le critère de la nationalité avec le droit pour le défunt de désigner la loi de la résidence.

Toutes ces règles ont un impact direct sur le régime de taxation applicable aux successions dans chaque pays. C'est entre autres pourquoi la détermination juste du droit privé applicable est primordiale.

1.6. APPLICATION DES CONVENTIONS INTERNATIONALES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Parfois, les règles de droit international privé sont complétées par des conventions internationales. À titre d'exemple, nous pouvons citer les différentes Conventions de La Haye : Convention du 1^{er} août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort, Convention du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires, Convention du 2 octobre 1973 sur l'administration internationale des successions. Quoique certaines des conventions ne soient pas en vigueur, plusieurs États ont quand même adopté plusieurs de ces principes dans leur législation locale.

Plusieurs conventions régionales sont également en vigueur entre certains États (les pays nordiques et entre pays d'Amérique latine comme l'Argentine, le Paraguay, l'Uruguay). Aussi, certaines conventions bilatérales d'assistance légale existent entre la Pologne, la République tchèque et l'Ukraine.

Certains pays, dont les États-Unis, n'ont ratifié aucune des conventions négociées. La Convention du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires n'est pas applicable au Canada. Il reste cependant que la législation provinciale reflète les dispositions de cette convention.

La Convention du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires est cependant la seule applicable en France. Les autres conventions ne s'appliquent pas en France soit parce que la France ne les a pas signées, soit parce qu'elle ne les a pas ratifiées.

Il convient de mentionner que la Commission européenne travaille à la rédaction d'un projet dont les lignes directrices sont les suivantes :

- un seul critère de rattachement : la succession devrait être gouvernée par la loi applicable à la résidence du défunt;
- la notion de *professio juris* devrait être adoptée, mais la possibilité de choisir la loi applicable à sa succession devrait être limitée à certaines lois seulement et plus particulièrement à la loi locale.

2. FISCALITÉ AU DÉCÈS

2.1. IMPÔTS APPLICABLES AU DÉCÈS

Parmi les juridictions mentionnées dans l'introduction du présent texte, seule l'Inde ne s'est pas dotée d'une forme d'imposition au décès d'un individu, de même que l'Argentine – hors de la province de Buenos Aires – à compter d'octobre 2009. Nous pourrions également mentionner les États-Unis qui, exceptionnellement durant l'année civile 2010, ne perçoivent plus de droits successoraux, lesquels ont été suspendus pour une durée d'un an à compter de janvier 2010, pour être réinstaurés au 1^{er} janvier 2011 dans leur forme en vigueur en 2001 au début de la période de rajustements progressifs amorcés sous l'ère Bush et visant à accroître le plancher de taxation tout en réduisant les taux applicables qui s'élevaient alors à 54 % pour la tranche marginale maximale.

Des 42 juridictions pour lesquelles nous avons pu consulter les études des rapporteurs nationaux, 26 se sont dotées d'une imposition sous forme de droits de succession tandis que d'autres, tel le Canada, ont opté pour une disposition présumée des biens au décès avant le transfert à la succession entraînant une imposition du revenu (ou du gain en capital, selon la juridiction) sous-jacent. C'est le cas notamment de la Russie et de l'Ukraine. Un transfert dit *mortis causa* entraînera dans certains cas à la fois des droits successoraux et un gain en capital imposable (en Afrique du Sud et au Royaume-Uni). Enfin, quelques juridictions, par exemple l'Australie, appliquent d'autres leviers fiscaux, notamment sous forme de droits de mutation et de droits d'enregistrement au transfert de propriétés immobilières et terrains – bien qu'existent des possibilités de roulement fiscal et autres exemptions ou report qui annulent de tels droits – ou encore par la perception d'une taxe à la valeur ajoutée ou TVA sur la portion de la succession qui comporte des actifs commerciaux.

Aux fins de la présentation, nous avons donc groupé les différents impôts prélevés au décès selon les catégories suivantes :

- droits de succession qui peuvent viser soit la succession, soit les héritiers ou successibles;
- impôt au décès présumant la reconnaissance d'un revenu imposable (revenu ou gain en capital selon que la législation d'une juridiction donnée différencie ou non les deux formes de revenus imposables);

- autres impôts qui englobent également les « probate fees » largement répandus, même au Canada (hors du Québec).

En considérant les modes de taxation du décès, il apparaît déjà qu'un règlement de succession transfrontalier pourrait entraîner certains conflits quant à l'identité du contribuable (le défunt, sa succession ou ses successibles), la nature des impôts à acquitter dans chaque juridiction, les modes de crédits ou exemptions applicables à chacune, tout autant qu'en ce qui concerne la répartition de l'assiette fiscale entre les juridictions (résidence, *situs* et autre fondement).

2.2. IMPOSITION DU DÉCÈS

2.2.1. Droits de succession

Le tableau qui suit présente les divers modèles d'imposition privilégiés par certaines juridictions ayant adopté un des dérivés des droits de succession :

Nature	Impôt payable par les héritiers	Impôt payable par la succession	Combinaison des deux précédentes	Impôts supplémentaires de sous-juridictions
Assujettissement	Héritier à titre personnel	Succession comme entité juridique distincte	Héritier à titre personnel	
Juridictions	Chili Croatie Finlande France ⁶ Grèce Hongrie Italie ⁷ Luxembourg Norvège Pays-Bas Pologne République tchèque Suisse (sauf cantons de Graubünden et Solothurn ⁸ , et Schwyz ⁹) Venezuela	Afrique du Sud Chili États-Unis Royaume-Uni ¹⁰ Suisse (cantons de Graubünden et Solothurn)	Belgique Corée Danemark Taïpei	Belgique Brésil Croatie Espagne États-Unis Pologne Suisse
Assiette fiscale	Quote-part reçue sans égard à la valeur totale de la succession	Valeur totale de la succession	Valeur totale de la succession	
Problématiques	Impôt calculé sans égard à la valeur totale de la succession; dans certains		Plus pénalisant dans certains cas que le premier	Ces impôts locaux ne sont pas toujours admis en CIÉ

⁶ A aboli sa taxe successorale en 1934 pour ne plus appliquer que des droits aux héritiers.

⁷ A perçu des droits à la succession en plus de droits à l'héritier jusqu'en 2000, mais n'applique plus désormais de droits qu'à l'héritier.

⁸ Qui prélèvent des droits à la succession et non aux héritiers.

⁹ Qui ne perçoit aucun impôt au décès, sous aucune forme.

¹⁰ Bien que nommé « inheritance tax » plutôt que « estate tax ».

Nature	Impôt payable par les héritiers	Impôt payable par la succession	Combinaison des deux précédentes	Impôts supplémentaires de sous-juridictions
	cas, « revenu » ajouté aux autres revenus imposables du contribuable; le règlement de l'impôt dû peut forcer la disposition du patrimoine hérité.		régime; le règlement de l'impôt dû peut forcer la disposition du patrimoine hérité.	

Sommairement, certaines juridictions fiscales perçoivent l'impôt au décès directement des bénéficiaires d'une succession qui deviennent ainsi assujettis à l'impôt du fait de leur enrichissement découlant de la quote-part de la succession qu'ils reçoivent à titre individuel, sans égard à la valeur totale de ladite succession. D'autres juridictions, sans faire de la succession un contribuable à part entière, tiennent compte de la valeur de la succession pour déterminer le taux des droits successoraux qui seront réclamés de chaque héritier de ladite succession. Enfin, certaines juridictions, plus particulièrement celles de common law et de droit d'origine britannique, constituent la succession en personne distincte des héritiers et du défunt, laquelle personne devient assujettie aux droits de succession sur la valeur totale de son « patrimoine ».

2.2.1.1. Historique

Question de justifier la pertinence historique de telles formes d'imposition, il faut remonter en 1792 au Danemark et en Norvège, pour assister à la naissance des droits de succession, suivis de peu, en 1798, par la France qui crée un droit d'enregistrement général qui comporte également un droit de succession. Suivent les Pays-Bas, en 1804, puis le Luxembourg en 1817, l'Empire prussien en 1822 et, enfin, les États-Unis, en 1865. Du côté britannique, le Royaume-Uni s'est doté d'un *Stamp Act* en 1864, introduisant un impôt de nature administrative (*probates and letter of administration*) sur les successions faisant partie de cinq droits à acquitter au décès d'un individu, lesquels furent nommés « droits de succession » par un juriste britannique du nom de Gladstone. Et le terme a perduré.

Quant à l'évolution de cette forme d'imposition, on note une réduction des taux applicables (au Danemark en 1995, en Italie en 2002, en Finlande et

en Grèce en 2008, en Norvège et à Taipei en 2009, aux Pays-Bas en 2010), une réduction de la base d'imposition (en Pologne en 2007, aux États-Unis en 2010), de même qu'une hausse des exemptions au conjoint et aux descendants. De surcroît, certains pays ont aboli les droits de succession, principalement en lien avec la faiblesse des apports au Trésor public découlant de ce mode d'imposition, découlant dans plusieurs cas de l'usage de structures de détention ayant pour effet de soustraire le patrimoine à cet impôt, mais également à cause de la complexité administrative et, dans certains cas, de l'effet dissuasif sur des biens particuliers telles les exploitations agricoles familiales. Ce fut le cas du Canada qui a aboli l'impôt de succession fédéral pour le remplacer par un impôt au décès parce que les droits successoraux étaient politiquement peu populaires et les revenus afférents, distribués en presque totalité aux provinces.

2.2.1.2. Qu'est-ce qui déclenche l'imposition?

De deux choses l'une : les droits de succession sont prélevés sur l'enrichissement des héritiers découlant du décès du *de cuius* (*inheritance tax*), assujettissant ces derniers, ou sur le transfert de propriété (*estate tax*) auquel cas le défunt est assujetti à l'impôt. Au nombre des critiques formulées, les droits successoraux ne tiennent pas toujours compte de l'enrichissement réel de l'héritier (dont le legs peut prendre la forme de biens de famille ou d'immeubles invendables à court terme) ou de son lien avec le défunt. Sur ce dernier point, toutefois, certaines juridictions, la France notamment, prévoient des allègements aux héritiers en directe ascendance ou descendance (lien de sang).

2.2.1.3. Taux et exemptions applicables

Reflets de la conception de succession pour une juridiction, les taux sont généralement gradués plutôt que forfaitaires ou fixes, prévoyant des allègements selon la proximité du lien filial au défunt. Ainsi, le conjoint, marié ou non¹¹, bénéficie d'un taux réduit¹² s'il ne voit pas le transfert

¹¹ S'étend parfois au conjoint ou à la personne ayant conclu, notamment, un « pacte civil de solidarité » (« PACS »), ce qui est le cas de l'Allemagne, de la Finlande, de la France, du Luxembourg, des Pays-Bas et de la Norvège. La Suisse étend même l'exemption au conjoint de même sexe. On note aussi des exemptions au bénéficiaire âgé ou invalide (Corée).

¹² Belgique, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas et Suisse.

autrement exempté d'impôt en tout¹³ ou en partie¹⁴. Par contre, ces exemptions peuvent être allouées conditionnellement à un critère de citoyenneté¹⁵.

Quant à sa valeur numéraire, le taux d'imposition peut avoir un effet confiscatoire sur la portion de succession dévolue à un héritier particulier. À titre illustratif, la Wallonie imposait un droit de 90 % à l'héritier sans lien de parenté, ce qui a été jugé inconstitutionnel à cause de l'effet confiscatoire d'un tel impôt lequel est contraire à la Convention européenne des droits de l'homme qui accorde, en son article 1 du Premier protocole, le droit à toute personne de ne pas être dépossédée de son patrimoine. Cela dit, un tel effet n'a pas fait l'objet d'une jurisprudence, voire d'un examen dans toutes les juridictions prélevant un lourd tribut au décès (au Venezuela et dans certains cantons suisses, ce fardeau peut excéder 50 %), ce qui s'avère également des juridictions prévoyant une limite globale d'imposition, telle la France avec son bouclier fiscal.

D'autres juridictions, comme l'Espagne, ont opté pour un système plus complexe de détermination du taux, lequel est grevé d'un coefficient variant selon le lien filial du bénéficiaire de même que la valeur de son propre patrimoine avant de toucher sa part de succession.

Malgré les particularités territoriales, les taux ont généralement été revus à la baisse dans toutes les juridictions ayant soumis un rapport national, hormis les États-Unis qui, bien qu'ayant fait passer le taux marginal maximal de 45 % à 0 % en 2010, vu la suspension des droits successoraux, rétabliront le taux de 55 % dès janvier 2011.

Quant aux particularités propres aux exemptions, on souligne l'existence de transfert en marge d'impôt des titres d'une entreprise familiale afin d'éviter les effets financiers négatifs d'un prélèvement au décès d'un actionnaire sur la pérennité de la société. Cette directive émane notamment de la Commission européenne de justice qui, dans ses Recommandations et

¹³ L'exemption complète de droits pour le conjoint est accordée par l'Afrique du Sud, la Croatie, le Danemark, les États-Unis, la France, le Luxembourg, la Norvège, la Pologne, la Serbie, la République tchèque et le Royaume-Uni.

¹⁴ Allemagne, Chili, Corée, Espagne, Finlande, Hongrie, Italie, Japon, Pays-Bas, Suisse, Taïpei et Venezuela.

¹⁵ En Pologne, l'exemption est accordée uniquement si le conjoint survivant est citoyen européen, tandis qu'aux États-Unis, l'exemption n'est accordée qu'au conjoint marié survivant qui est citoyen américain.

Communications de 1994 et 2006, invitait les États membres à amender leur loi fiscale pour éliminer les obstacles à un transfert d'entreprise *mortis causa* au sein d'une même famille.

2.2.1.4. Patrimoine assujetti

La définition et le mode d'évaluation du patrimoine diffèrent grandement d'un État à l'autre, bien qu'ils soient fondés sur un principe commun de « valeur marchande ». Au nombre des règles particulières, certaines juridictions fiscales optent, par exemple, pour valoriser à leur valeur de cadastre ou d'évaluation municipale les actifs immobiliers sis sur leur territoire¹⁶ tandis que les actifs immobiliers étrangers sont évalués selon un multiplicateur des revenus locatifs qui en sont tirés¹⁷. Quant aux titres mobiliers, notamment les actions de sociétés publiques, la valeur retenue varie selon la date de référence choisie par l'administration fiscale : date du décès, le jour précédent, une moyenne sur un intervalle de trois à six mois débutant ou se terminant à la date du décès. Quant aux actions de sociétés à capital fermé, les perceptions de chaque juridiction sont encore plus volatiles : l'Italie retient la valeur nette du dernier bilan, excluant les gains latents et l'achalandage, tandis que la Norvège se fonde sur la valeur utilisée pour l'impôt sur la fortune tout en allouant un dégrèvement de 40 % sur la première tranche de 10 millions de couronnes. Toutefois, aucune des juridictions n'accorde de règles particulières à l'actionnaire minoritaire hormis une évaluation devant être faite hors achalandage. Dans le même ordre d'idées, des règles particulières sont appliquées quant à la valeur d'une rente viagère, d'une assurance vie, d'une rente fixe ou d'un droit d'usufruit. Bref, en contexte transfrontalier, ces divergences d'interprétation quant à la valeur du patrimoine assujetti peuvent entraîner des effets de double imposition non désirés.

Quant au traitement des éléments de passif au bilan du défunt, les règles nationales partagent une certaine communauté de pensée. Ainsi, la plupart des dettes, qu'elles soient de nature générale ou grevant un élément d'actif particulier, seront prises en considération en réduction de la valeur du patrimoine. Certaines juridictions vont limiter les déductions dans le temps : dettes dont l'expiration est ultérieure à une période de trois mois après le décès (la France) ou encore frais médicaux encourus au plus tard six mois avant le décès (en Grèce). Le patrimoine imposable pourra également être

¹⁶ Allemagne, Brésil, Chili, Grèce, Italie, Taipei et cantons de Vaud et du Valais.

¹⁷ La Belgique adopte cette position en accordant une valeur de 20 fois les loyers obtenus ou pouvant l'être à la location de l'immeuble étranger.

réduit des coûts supportés pour le décès et la succession, de même que des impôts étrangers payés en l'absence d'un mécanisme de crédit d'impôt étranger.

Enfin, certaines règles antiévitement spécifiques aux successions ont pour effet de bloquer certaines déductions (par exemple, pour la France, des dettes contractées avec une juridiction à faible taxation à moins d'établir que les principes de pleine concurrence sont satisfaits), donations ou cessions survenues durant une période précise avant décès, dettes fictives (avec les membres de la famille ou bénéficiaires, entre autres) ou omissions (présomption attribuant une valeur aux liquidités et bijoux d'une succession selon un pourcentage du patrimoine total assujetti aux droits successoraux).

2.2.1.5. Revenus générés par ces mesures

Hormis quelques rares exceptions, notamment au Japon, les droits successoraux représentent un faible apport de revenus pour le Trésor d'une juridiction, soit moins de 1 % de toutes les sources de revenus, en général. En comparaison de la proportion importante de ces droits qui existait au début du siècle, on comprend qu'au fil des décennies, les États ont opté pour un accroissement des impôts sur le revenu et des taxes de vente pour accroître d'autant leurs recettes. À titre d'exemple, les données soumises par le rapporteur général dans le cadre de son compte rendu préparé pour le congrès de l'IFA mentionnent qu'en 1892, les droits successoraux comptaient pour 10,3 % des revenus en France, 11,7 % en Belgique, 16,0 % au Royaume-Uni et 3,8 % en Italie. Quant à la dernière analyse présentée en 1985 par l'IFA¹⁸, elle nommait quatre juridictions pour lesquelles ces droits représentaient plus de 1,5 % des apports au Trésor sur les 21 juridictions ayant soumis un rapport national. En fait, depuis 25 ans, la hausse des seuils d'imposition dans la détermination du patrimoine assujetti a eu pour effet de réduire d'autant la proportion d'apport des droits successoraux sur l'ensemble des sources de revenus des États membres de l'Organisation de coopération et de développement économiques (« OCDE ») ou faisant rapport à l'IFA.

D'aucuns pourraient être tentés de se questionner sur la pertinence d'un tel levier fiscal au regard de sa contribution marginale aux recettes de l'État. D'autant que certaines juridictions ont choisi d'abolir ces mesures fiscales. Le tableau ci-après s'avère explicite :

¹⁸ W. D. GOODMAN, « International double taxation of inheritances and gifts », (1985), vol. 70b), *Cahiers de droit fiscal international*, 18.

Juridiction	Revenus de droits successoraux (2008)	Juridiction	Revenus de droits successoraux (2008)
Afrique du Sud	0,12 %	France	2,07 %
Allemagne	0,8518 %	Grèce	0,2 %
Belgique	5,16 % (moyenne)	Hongrie	0,91 %
- Flandre	4,9 %	Italie	0,085 %*
- Bruxelles	16,55 %	Japon	3,3 %*
- Wallonie	3,94 %		
Brésil	0,58 % (moyenne)	Luxembourg	0,62 %
- Sud	0,60 %	Norvège	0,18 %*
- Sud-est	0,72 %	Pays-Bas	1,3 %*
- Centre Ouest	0,57 %	Pologne	0,2 %*
- Nord-est	0,20 %	Portugal	4,33 %*
- Nord	0,12 %	République tchèque	0,0189 %
Chili	0,2 %*	Royaume-Uni	0,5 %**
Corée	0,75 %	Serbie	2,8 %*
Croatie	0,027 %*	Suisse***	BE : 2,5 % VD : 1,8 %
			BS : 1,15 % VS : 1,4 %
Danemark	2,3 %*		GE : 1,8 % ZH : 3,5 %
Espagne	0,03 %*		GR : 2,9 %
Finlande	1,36 %	Taipei	2,09 %*
		États-Unis	0,978 %
		Venezuela***	0,27 %

* Le pourcentage représente les revenus combinés provenant des droits successoraux et droits sur les dons.

** Le pourcentage est établi sur les données disponibles avant les modifications budgétaires de 2008.

*** Le pourcentage fait référence aux données économiques de 2007.

Cela dit, pour les juridictions locales dont l'assiette fiscale est d'ordinaire moindre que celle de la juridiction fédérale ou nationale, de tels impôts demeurent pertinents vu l'importance des recettes générées, toutes proportions gardées. À titre d'exemple, on mentionne la Catalogne, en Espagne, qui tire 24 % de ses revenus de droits successoraux, ou encore l'Andalousie dont 9 % des recettes totales provient de telles sources.

2.2.1.6. Développements récents

L'actualité politique de plusieurs pays membres en matière de droits successoraux porte sur la pertinence de conserver ces modes d'imposition, considérant les faibles revenus qui en découlent eu égard aux coûts d'administration sous-jacents, voire les coûts de collection, sans compter les difficultés de traiter les planifications fiscales visant à contourner ces impôts, notamment par le recours à des structures (fiducies *inter vivos*, dons

planifiés, etc.) de détention jugées « artificielles » et souvent coûteuses, ou plus simplement par un transfert du patrimoine avant le décès. Au surplus, en contexte transfrontalier, il faut considérer l'éventualité d'une double imposition non souhaitée. L'imposition de l'héritier sur la base de son « enrichissement » ou de la succession fondée sur le « transfert du patrimoine » semble ainsi moins légitime d'un point de vue purement légal que l'impôt sur le revenu qui cible la « réalisation d'un revenu » ou l'impôt sur la fortune qui taxe la « propriété ».

Suivant cette logique, le Venezuela a envisagé l'abolition de ses droits de succession pour y substituer un impôt sur la fortune. De même, en Australie, un document consultatif¹⁹ de 2008 suggérait également une réduction de l'impôt sur le revenu au moyen d'un nouvel impôt sur la propriété ou la fortune. Les Britanniques ont, eux, envisagé une réforme des droits successoraux pour n'imposer que le gain en capital au décès, mais en différant le paiement de l'impôt jusqu'au moment de la disposition effective du bien générateur d'un tel gain. Enfin, les Américains ont démontré que l'inaction en la matière n'est pas une option viable puisque la suspension des droits applicables, en 2010, n'a pas permis d'atteindre un consensus vers une nouvelle forme d'imposition à cause de guerres politiques partisans.

Dans le même ordre d'idées, certaines juridictions ayant adopté des règles de droits de succession réfléchissent présentement à l'option de réduire ou même d'exempter de droits les transferts aux membres de la famille immédiate d'un défunt. C'est le cas, entre autres, de la France, de la Pologne, de la Finlande, de l'Allemagne, des Pays-Bas, des communautés espagnoles et de plusieurs cantons suisses. L'option envisagée est de permettre le report du paiement des impôts jusqu'à la disposition effective par l'héritier du bien générateur de revenus, évitant ainsi de le forcer à céder son legs contre du numéraire afin d'acquitter l'impôt prélevé au transfert du titre de propriété du défunt.

2.2.2. Impôt au décès (revenu ou gain en capital présumé)

Ce modèle d'imposition nous est plus connu puisqu'il s'agit de celui adopté au Canada et en Australie notamment. Il se fonde sur le concept de transmission indirecte de la common law selon lequel l'actif d'une succession est d'abord transféré à un représentant (exécuteur ou administrateur), puis aux héritiers désignés par le défunt. L'impôt cible donc

¹⁹ Australia's Future Tax System, *Consultation paper*, décembre 2008, chap. 3 (en ligne : <http://taxreview.treasury.gov.au>).

les actifs de la succession et les revenus courus du défunt, bien que certains roulements fiscaux soient permis pour différer l'imposition (roulement des actifs au conjoint au Canada, ou des actifs agricoles aux enfants; report du paiement d'impôt pour une période de sept ans en Australie). Par contre, la résidence fiscale des bénéficiaires d'une succession peut avoir pour effet de restreindre le droit à un roulement, principalement lorsque ledit bénéficiaire est non résident. Ce qui est tout à fait logique puisque, dans ce cas, la juridiction fiscale du défunt verra ses droits de prélever un impôt limités à un *situs* territorial du bien, voire davantage par l'effet d'une convention fiscale.

En règle générale, l'impôt au décès n'existe que dans les juridictions de common law qui ne perçoivent pas de droits successoraux, hormis l'Afrique du Sud qui fait exception en prélevant les deux impôts. Quant aux juridictions de droit civil, un transfert *mortis causa* ne sera généralement pas reconnu comme un événement imposable, sauf exception. Ce qui est le cas de l'Autriche qui limite l'exemption d'impôt d'un tel transfert si une participation substantielle dans une société est léguée à un résident fiscal hors de l'Union européenne. C'est également le cas au Luxembourg et au Mexique, lesquels imposent les transferts à des non-résidents par la reconnaissance d'un revenu ou gain au défunt avant le transfert *mortis causa*.

La Russie et l'Ukraine ont adopté un système similaire à celui en vigueur au Canada, bien que ce soit le légataire ou bénéficiaire qui s'impose sur la valeur de son enrichissement. Par ailleurs, pour l'Ukraine, le taux d'imposition varie selon le lien filial entre le légataire et le défunt, tandis que la Russie exempte complètement certains transferts entre membres d'une même famille. D'autre part, le fait que ces deux pays adoptent une imposition du légataire plutôt que de la succession, des problèmes de double imposition peuvent survenir si, par exemple, des biens canadiens étaient légués par un défunt résident fiscal de Russie ou d'Ukraine, la personne imposable n'étant pas la même au Canada qu'en Russie ou en Ukraine.

L'impôt ainsi prélevé au décès reposant sur le gain non matérialisé du vivant, il importe de valider la définition de juste valeur marchande (« JVM »), mais également celle du coût de base fiscal des biens composant la succession. Il s'agira pour certaines juridictions du coût historique (Autriche, Allemagne, Israël, Mexique et Luxembourg, lequel prévoit un rajustement pour l'inflation) tandis que celles qui ne reconnaissent pas un événement imposable au moment du transfert du bien préfèrent utiliser la valeur déclarée à des fins de droits successoraux (Chili, République tchèque, Finlande, Grèce, Hongrie, Norvège, Royaume-Uni et États-Unis). Pire, en Estonie, les biens acquis par succession sont réputés avoir un coût fiscal nul.

S'ensuit que toute disposition ultérieure du bien par l'héritier déclenche un gain en capital égal au produit de disposition.

Dans la même logique, la caractérisation du revenu peut receler des surprises tout autant que des occasions de planification. Ainsi, une personne âgée pourrait revoir la composition de son patrimoine pour qu'elle comporte moins d'éléments à potentiel de croissance mais davantage à potentiel de revenu, soustrayant du même coup ces actifs aux impôts au décès, surtout si les biens sont situés dans différentes juridictions fiscales qui n'adoptent pas les mêmes modèles d'imposition du gain en capital et du décès. À titre d'exemple, l'Autriche et l'Allemagne prévoient un impôt réduit au défunt sur le gain en capital survenant peu avant le décès.

2.2.3. Autres impôts

Dans certaines juridictions, des droits administratifs s'ajoutent à ces deux leviers fiscaux – droits de succession et impôt au décès –, lesquels droits sont justifiés comme rémunération des services publics. C'est le cas des « probate fees » qui existent au Canada dans les provinces anglophones et qui constituent une charge *ad valorem* prélevée en contrepartie de la délivrance d'un certificat attestant le testament et les codicilles, ou encore en frais notariaux perçus dans d'autres juridictions en pourcentage de la succession.

Au-delà du coût de ces droits, il importe de s'assurer en contexte transfrontalier qu'ils peuvent être reconnus comme un impôt payé à une autre juridiction aux fins du calcul de crédit d'impôt étranger dans la détermination d'un impôt local. La Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Succession Eurig (Re)*²⁰, a établi une série de facteurs à valider pour assurer cette qualification :

- Droit obligatoire? C'est-à-dire imposé par une loi;
- Perçu par une entité publique d'un État;
- Prélevé à des fins publiques;
- Dont la valeur est supérieure au service reçu en contrepartie.

²⁰ [1998] 2 R.C.S. 565.

Des droits similaires sont perçus en Estonie et en Ukraine à la délivrance d'un certificat et en République tchèque sous forme de frais payables à un notaire public fournissant un certificat. Ces droits ne se qualifient pas cependant comme impôts étrangers payés aux fins du crédit d'impôt étranger de la plupart des pays. Dans le même ordre d'idées, des droits de mutation ou frais de transfert sont perçus dans plusieurs juridictions au transfert du titre de propriété d'un bien, du défunt à son ou ses légataires. En fait, ces droits sont payables pour tout transfert, qu'il soit complété *inter vivos* ou *mortis causa*. De tels droits peuvent prendre la forme d'émoluments (Brésil) ou de frais d'enregistrement de transaction au registre foncier (Espagne, Italie, Norvège). Enfin, il peut également survenir sous forme d'impôt spécifique, par exemple la taxe spéciale autrichienne au transfert de biens à une fondation.

S'ajoutent enfin les taxes de vente et autres taxes directes ou indirectes qui peuvent grever les transferts de certains actifs commerciaux.

3. JURIDICTIONS FISCALES

Une fois les impôts applicables établis, il importe de déterminer leur portée en termes de territorialité, puis en regard de la source du revenu ou du *situs* du bien.

3.1. TERRITORIALITÉ

Deux approches fiscales s'affrontent quant à la territorialité : soit un État choisit d'imposer les revenus/succession mondiaux tout en accordant un crédit d'impôt étranger pour les impôts qui seraient perçus, en présence, par la juridiction de source, soit il opte pour un régime territorial en ignorant les biens/succession étrangers, ce qui évite d'administrer un crédit d'impôt étranger.

Dans le second cas, l'impôt au décès ou les droits successoraux sont donc perçus sans égard à la citoyenneté, à la résidence fiscale ou au domicile du défunt et de ses légataires. Le droit de prélever les impôts est déclenché par un événement territorial sur les biens/actifs qui y sont situés. C'est le cas du Venezuela qui n'applique ses droits successoraux qu'aux biens situés sur le territoire vénézuélien, bien que son système général d'imposition prévoit un assujettissement des revenus mondiaux. Jusqu'en 1973, l'Italie adoptait le même modèle territorial qui, depuis, est basé sur les revenus/actifs mondiaux.

On le constate, l'approche territoriale est d'usage très limité et fait figure d'exception au sein des pays membres de l'OCDE et préparant un rapport national pour l'IFA. La règle générale étend donc la portée des droits successoraux et impôts au décès au-delà des frontières de la plupart des juridictions fiscales. L'application sera alors limitée par la résidence fiscale ou le *nexus*, de la même façon que pour les impôts sur le revenu.

Cela dit, certaines juridictions prévoient des allègements à ce principe large, excluant de l'assiette fiscale des impôts prélevés au décès les actifs immobiliers situés hors de leur territoire (Croatie, République tchèque, Suisse, Grèce, Hongrie, Luxembourg et, dans certains cas, Afrique du Sud) ou la totalité des actifs mobiliers et immobiliers situés hors de leur territoire qui sont assujettis à un impôt local (Norvège). *A contrario*, selon la définition d'assujettissement utilisée – adresse permanente, lien d'habitation habituel, nationalité, résidence fiscale, domicile –, il arrive que deux juridictions revendiquent la préséance quant au droit d'imposer tout ou partie d'une même succession. S'ajoute à cette complexité d'interprétation le fait que le lien s'établit pour certaines juridictions avec le défunt tandis que d'autres analysent l'assujettissement en lien avec l'héritier, voire les deux à la fois (Allemagne, France, Brésil et Finlande).

Enfin, certaines juridictions ont adopté des mesures de prolongement de la résidence fiscale même lorsqu'un contribuable a émigré, ce qui préserve leur droit de percevoir les impôts subséquents au décès s'il survient dans un délai donné après l'expatriation (Allemagne²¹, Taïpei²², Pays-Bas²³, États-Unis²⁴ et Royaume-Uni²⁵). À l'inverse, des juridictions telles que le

²¹ L'Allemagne préserve son droit d'imposition du décès d'un citoyen allemand jusqu'à cinq ans suivant son expatriation. Dans le cas de certains actifs situés en Allemagne, ces droits sont maintenus durant 10 ans, tant pour les citoyens que pour les ressortissants étrangers à la suite de l'abandon de leur résidence fiscale allemande.

²² Pour Taïpei, le droit d'imposition du décès est prolongé de deux ans suivant l'abandon de citoyenneté, le critère d'assujettissement étant à la fois fondé sur la résidence fiscale et la citoyenneté.

²³ Le droit d'imposition est maintenu pour les 10 ans suivant l'expatriation d'un citoyen néerlandais.

²⁴ Également 10 ans de prolongation pour le droit de percevoir les droits successoraux suite à l'abandon de citoyenneté, applicable à certains biens étrangers tels que les actions de sociétés étrangères, en proportion de la valeur des actifs américains de cette société sur ces actifs totaux.

²⁵ À la perte du domicile fiscal britannique, un individu est présumé être domicilié jusqu'au début de la quatrième année suivant son changement de domicile réel aux fins des droits de succession britannique, sans égard à sa citoyenneté. De plus, une (à suivre...)

Canada prévoient des règles d'acquisition présumée de tous les biens à la date d'immigration, ayant pour effet de modifier le coût de base fiscal, en référence aux lois fiscales canadiennes, des biens détenus à l'entrée au pays, lesquels pourraient faire partie de la succession de l'immigrant, donc être visés par l'impôt au décès canadien en plus des impôts étrangers applicables à ces mêmes biens qui y seraient situés. D'où la possibilité de gains en capital à la disposition présumée différents pour les deux juridictions. Dans le même ordre d'idées, certaines juridictions prévoient des règles transitoires pour les nouveaux arrivants notamment quant à la portée des impôts grevant le décès. À titre d'exemple, la France n'imposera la succession mondiale entre les mains des héritiers que si ces derniers ont été domiciliés en France durant au moins six des 10 années précédant le décès du défunt ou encore si le défunt était lui-même domicilié en France sans égard au domicile des héritiers.

3.2. LOCALISATION GÉOGRAPHIQUE DES ACTIFS

Nombreuses sont les juridictions qui s'en remettent au droit international privé pour déterminer le *situs* fiscal des actifs, tandis que certaines juridictions fiscales appliquent des critères spécifiques aux fins fiscales : en matière d'actions de sociétés immobilières, elles déterminent le droit d'imposition selon la localisation géographique des propriétés, tandis que pour les actions et obligations de sociétés autres, il sera fait référence au lieu de résidence fiscale de l'émetteur, au lieu effectif de direction (Grèce), au lieu de son siège de direction (Italie) ou de son siège social (Japon), ou encore son lieu d'incorporation (États-Unis).

Suivant cette même logique, les éléments de passif qui seraient adossés à un actif assujéti à des droits successoraux seront admis en réduction du patrimoine imposable selon qu'ils sont contractés auprès d'un résident du même État que celui où se situe l'actif assujéti, ou garanti par un tel actif peu importe la localisation du bailleur de fonds. Par contre, notamment au Venezuela, les éléments de passif qui sont liés à des actifs étrangers ne seront pas considérés puisque l'imposition s'opère sur le territoire vénézuélien seulement. À l'inverse, en France, les dettes contractées auprès de prêteurs français seront prises en considération même si elles financent des actifs étrangers. Bref, la déduction d'un élément de passif peut être ou

(...suite)

présomption additionnelle a pour effet de maintenir le domicile fiscal britannique si l'individu a été domicilié au Royaume-Uni durant au moins 17 des 20 dernières années.

non tributaire de son lien à un actif localisé dans la même juridiction ou de la résidence du bailleur de fonds.

Dans certaines situations, telle la localisation d'un droit de bénéficiaire d'une fiducie ou d'un contrat d'assurance, il peut être difficile de déterminer exactement quelle juridiction a le pouvoir de prélever un impôt lié au décès : celle où se situe la fiducie/la société d'assurances ou la juridiction où réside le bénéficiaire? Il en va de même de certains véhicules de détention qui peuvent être considérés comme distincts de leur actionnaire ou transparents selon la législation de chaque juridiction impliquée. C'est le cas des sociétés d'investissement à capital variable (SICAV) françaises qui détermineront leurs droits d'imposition en fonction de la localisation de l'actif détenu tandis qu'un autre État pourrait déterminer ces mêmes droits sur la foi d'actions détenues d'une société française sans égard à la localisation des actifs détenus par cette structure. Aux États-Unis, dans le cas des sociétés de personnes (*partnerships*), il n'est pas clairement établi si c'est le lieu de constitution du *partnership* qui domine ou plutôt le lieu où se situent les biens détenus par cette structure. Sans compter les disputes territoriales entre États souverains si des actifs y étaient situés (l'exemple de la Croatie, la Slovénie, la Bosnie, du Monténégro et de la Serbie est probant, toutes d'anciennes républiques intégrées sous l'ex-Yougoslavie et aujourd'hui indépendantes).

4. RISQUES DE DOUBLE IMPOSITION

4.1. CONTEXTE NATIONAL

En lien direct avec la notion de territorialité quant aux droits d'imposer le décès, les risques éventuels de double imposition sont généralement réglés par l'octroi d'un crédit pour les impôts payés à une juridiction étrangère par le pays de résidence fiscale du contribuable imposé. Le fait qu'une juridiction prélève un droit de succession tandis que l'autre perçoit un impôt au décès n'a pas pour effet de limiter l'accès au crédit d'impôt étranger du simple fait de la dénomination différente du levier fiscal. Par exemple, le Canada ne discrimine pas entre un impôt au décès payé en Australie ou un droit successoral payé aux États-Unis pour accorder un crédit d'impôt étranger à une succession canadienne. Par contre, certaines juridictions (Finlande, États-Unis, Espagne) n'accordent pas de crédit d'impôt pour les impôts payés à des juridictions locales (un canton, un *länder*, une province, un État américain) hormis si cela est prévu à une convention fiscale. C'est le cas, aux États-Unis, quant à l'impôt provincial canadien qui fait partie d'une

clause spécifique de la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*²⁶. D'autres ne l'accordent que pour l'impôt acquitté à l'étranger sur certains biens (au Danemark et aux Pays-Bas, sur les biens immeubles et les actifs d'un établissement stable; en Belgique, sur les actifs immobiliers uniquement).

Le bât blesse par contre quant au bénéficiaire d'un tel crédit, la plupart des juridictions ne l'accordant qu'au même contribuable qui est assujéti par ailleurs à leur impôt national. Conséquemment, lorsqu'une juridiction impose le légataire sur un bien situé dans une juridiction qui, elle, impose le défunt ou la succession, il n'est pas possible pour le légataire de bénéficier d'un crédit pour l'impôt étranger payé par un autre contribuable, c'est-à-dire le défunt ou la succession. C'est également le cas lorsqu'une juridiction établit ses impôts par héritier plutôt que sur la valeur totale de la succession, auquel cas le crédit devrait être accordé au prorata, si encore il l'est.

On comprendra donc qu'en contexte transfrontalier, les mesures nationales d'une juridiction seront le plus souvent inadéquates pour éviter complètement tout risque de double imposition par manque d'uniformité entre le mode de perception, le type d'impôt prélevé relativement au décès, le contribuable visé par cet impôt, le mode de calcul du patrimoine assujéti ou même la définition d'assujettissement et la nature des biens y étant soumis. Sans compter les enjeux liés au moment d'imposition ou de perception des impôts liés au décès, notamment lorsque des roulements fiscaux sont permis dans certaines juridictions. C'est ici que les conventions fiscales entrent en jeu.

4.2. CONTEXTE SUPRANATIONAL : LES CONVENTIONS FISCALES

À la lumière des différents rapports nationaux soumis dans le cadre du congrès de l'IFA en lien avec le séminaire portant sur les droits successoraux, il semble que la solution de conclure des ententes bilatérales pour régler les éventuels problèmes de double imposition ne soit que peu favorisée. Est-ce à cause de la valeur des impôts sous-jacents, qui sont marginaux comme nous l'avons vu précédemment? Ou encore est-ce lié aux divergences nationales dans la façon d'imposer le décès? Ou à une perception, exacte ou non, selon laquelle les investissements étrangers directs effectués par un individu sont plutôt marginaux en valeur absolue, sous-tendant que de telles opérations s'effectueraient plutôt par l'entremise des véhicules permettant de contourner le problème? Bref, les juridictions

²⁶ S.C. 1984, ch. 20 et mod. (« Convention Canada–États-Unis »), par. XXIX B (7).

fiscales semblent peu enclines à investir les efforts requis pour conclure des accords bilatéraux propres à l'imposition du décès ou elles s'en remettent au modèle de convention fiscale de l'OCDE visant les impôts sur le revenu, lequel contient certaines des clauses propres aux conventions spécifiques en matière successorale.

Plus près de nous, par son réseau de conventions, le Canada résout partiellement la problématique liée à la double imposition résultant d'un décès, lequel déclenche des leviers fiscaux distincts du modèle canadien, par exemple en France et aux États-Unis.

Dans le premier cas, puisque la France impose l'héritier, donc un contribuable différent de celui visé par l'impôt au décès canadien, la *Convention fiscale entre le Canada et la France*²⁷ prévoit que la France accorde un crédit d'impôt à ses droits successoraux prélevés sur un résident fiscal français pour l'impôt au décès payé au Canada sur les actifs y étant situés. L'impôt payé par le défunt se trouve donc accordé à son héritier du point de vue français. De même, et de façon surprenante puisque c'est ici le pays de source et non celui de résidence qui accorde le crédit d'impôt étranger, c'est la France qui accordera un crédit d'impôt étranger à un Canadien héritier de propriétés situées en France.

Quant à nos relations bilatérales avec les Américains, l'affaire *Estate of Claire M. Ballard v. Commissioner*²⁸ jugée par la cour de l'impôt américaine en 1985 avait énoncé que l'impôt au décès canadien alors en vigueur ne pouvait donner lieu à un crédit d'impôt étranger américain selon la convention sur les successions entre le Canada et les États-Unis alors en vigueur, ni en vertu du droit interne américain. La version actuelle du paragraphe XXIXB(6) de la Convention Canada-États-Unis permet de réclamer, au Canada, un crédit pour les droits successoraux payés au fédéral et aux États américains. Ce qui n'annule pas complètement l'effet de double imposition sur les actifs américains puisque le crédit ne pourrait être réclaté à l'encontre des impôts provinciaux. De plus, le modèle d'imposition limite le crédit pouvant être réclaté puisque les Américains imposent la valeur de la succession tandis que le Canada impose la plus-value. Or, aux fins du crédit d'impôt étranger, il faut affecter l'impôt étranger payé au revenu imposable étranger sur lequel il est établi, revenu forcément inférieur au Canada (le gain en capital présumé au décès sera pratiquement toujours inférieur à la valeur de l'actif totalement assujettie aux droits successoraux).

²⁷ 1976, S.C. 1974-75-76, ch. 104.

²⁸ 85 T.C. 300 (1985).

Par conséquent, comme il ne s'agit pas d'un crédit d'impôt remboursable, il est limité au prorata du revenu imposable canadien sur le revenu imposable étranger, donc une proportion du gain en capital sur la valeur de l'actif. Il en résultera donc un crédit amoindri qui ne pourra annuler la totalité de l'impôt autrement payable. Et cela est encore plus souvent avéré du côté américain, dans la situation successorale transfrontalière inverse d'un Américain assujéti à l'impôt au décès canadien sur des biens étant situés au Canada, lesquels sont également assujettis aux droits successoraux américains et à un crédit d'impôt américain pour l'impôt canadien payé sur le gain.

Quant aux conventions fiscales signées par le Canada qui sont muettes sur les enjeux successoraux (Danemark, Royaume-Uni), l'Agence du revenu du Canada a confirmé que la double imposition constituait un problème. En fait, puisque le Canada perçoit un impôt au décès, il semble que les conventions fiscales signées avec des juridictions qui ont plutôt opté pour des droits successoraux ne fassent pas grand cas des problèmes de double imposition qui peuvent résulter des divergences entre les deux modèles d'imposition. Ne serait-ce que parce que les conventions fiscales signées par le Canada sont établies à partir du modèle de l'OCDE sur l'imposition des revenus et non pas selon le modèle spécifique de l'OCDE sur les droits successoraux qui est supplétif aux conventions sur l'imposition des revenus. Et comme ces dernières ne sont pas spécifiquement construites pour résoudre les problématiques liées au droit successoral, les définitions qu'elles contiennent et la portée de leurs articles mènent rapidement dans une impasse pour résoudre des problèmes de droits de succession. Par exemple, est-ce que la succession est une personne visée par la convention, sachant que dans la plupart des juridictions elle n'a pas d'existence légale? Ce faisant, une succession peut-elle être résidente d'un État conventionné? Qui a le droit de bénéficiaire lié aux revenus de la succession?

5. ANALYSE COMPARATIVE

Nous l'avons vu, l'étude comparative conduite par l'IFA auprès de nombreuses juridictions fiscales a révélé un manque flagrant d'harmonisation entre les régimes internes en matière d'imposition du décès et surtout un déficit d'attention se rapportant aux ramifications internationales du décès d'un individu. En découlent d'importantes problématiques de double imposition en contexte transfrontalier au moment du décès, lesquelles ne sont pas entièrement réglées par des conventions fiscales puisque les conventions se rapportant précisément aux règles successorales sont peu nombreuses d'un côté et que, de l'autre, les conventions visant l'impôt sur le revenu sont incomplètes et souvent inadéquates. Sans amender la convention modèle de l'OCDE en matière

d'imposition des revenus, il serait sage d'y apporter de nouveaux commentaires propres aux enjeux en matière d'imposition du décès auxquels les pays membres pourraient adhérer sans avoir à renégocier leur réseau de conventions actuellement en vigueur. D'ici là, il importe de connaître les enjeux afférents à la détention d'actifs hors de la juridiction fiscale de résidence afin de bien évaluer les coûts éventuels associés à un décès auquel nul n'échappe.

Après avoir traité des mouvances internationales en matière successorale, attardons-nous plus particulièrement au cas de certaines juridictions présentées en mode comparatif par rapport au système canadien. Sachant d'emblée que des changements majeurs pourraient survenir à la législation américaine, lesquels pourraient être en vigueur au moment de mettre sous presse ce texte, ultérieurement à la date de conférence, seuls les juridictions françaises et canadiennes feront l'objet de la revue comparative présentée sous forme de tableau. De la sorte, les auteurs souhaitent s'assurer d'éviter toute confusion de la part du lecteur quant aux règles américaines applicables au moment de se référer à ce tableau synoptique.

	CANADA ²⁹	FRANCE ³⁰
Aspects juridiques	Droit privé basé sur la common law pour toutes les provinces, hormis le Québec qui se fonde sur le droit civil.	Les fondements de l'imposition du décès en France semblent divergents, voire contradictoires : issu du mouvement socialiste visant à réduire les iniquités, cet impôt est devenu une charge suffisamment importante pour le défunt et sa succession, risquant de mettre en péril la survie de leurs entreprises et les emplois rattachés, bien que la législation contemporaine prévoit désormais une exemption allant jusqu'à 75 % de la valeur de telles entreprises. De même, les fondements civilistes quant aux actifs mobiliers (loi du domicile du défunt au moment du décès) diffèrent du traitement fiscal qui leur est accordé (imposition sans égard au domicile actuel).

²⁹ Sommaire tiré du rapport national canadien rédigé par MM. Thomas Wayne Copeland et Bruce Harris.

³⁰ Sommaire tiré du rapport national français rédigé par le président honoraire de la Chambre des notaires française, M. Bernard Monassier.

	CANADA	FRANCE
Fiscalité au décès	Disposition présumée au décès de tous les actifs à leur JVM, visant à imposer les plus-values courues et non réalisées à la date du décès ³¹ . Les pertes en capital présumées résultant de cette disposition présumée sont admises en réduction du gain en capital imposable de l'année ou, à défaut, des trois années antérieures. À titre exceptionnel dans l'année du décès, les pertes en capital de l'année, non utilisées autrement, pourront être appliquées en réduction des revenus ordinaires du défunt ³² .	Imposition de droits selon le domicile 1) du défunt, ou 2) de ses légataires, ou à défaut 3) selon le <i>situs</i> des actifs, droits établis sur la valeur du patrimoine net reçu par le légataire et imposé entre ses mains.

³¹ *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e supp., ch. 1 et mod. (« L.I.R. »), par. 70(5).

³² Par. 111(1) et 111(2) L.I.R.

	CANADA	FRANCE
Types d'impôts au décès	• Impôt fédéral; • Impôt provincial ou territorial (si le défunt était résident d'une province ou d'un territoire à la date du décès); • Frais administratifs (<i>probate fees</i>)³³; • 50 % du gain en capital présumé est imposé.	• Droits payables au décès en lien avec le transfert d'actif sans contrepartie suffisante, soit un équivalent d'impôt sur les « dons »; • Imposition des revenus et gains (par exemple sur les gains latents cumulés par le défunt notamment au transfert d'une entreprise à une société allouant un report d'imposition du gain en capital au transfert selon l'article 151 octies du <i>Code général des impôts</i> (« CGI »)).
Assiette fiscale ciblée	Imposition des revenus latents; exclusion pour le gain en capital sur la résidence principale.	La JVM nette de la succession est ciblée, sauf les actions de certaines entreprises (valeur exempte à hauteur de 75 %) ou de certains biens désignés (agricoles, forestiers, terriens) ou faisant l'objet de dons à des organismes scientifiques, éducatifs ou publics qualifiés ³⁴ ou encore à des associations ou fondations ³⁵ . Des valeurs particulières sont également prescrites pour les usufruits selon l'âge de l'usufruitier. Quant aux éléments de passif à considérer, ils doivent être reliés à un actif situé en France pour être déductibles.

³³ Alberta, 200 à 400 \$; Colombie-Britannique, 358 \$ + 1,4 % de la portion > 50 000 \$; Î.-P.-É., 400 \$ + 0,4 % > 100 000 \$; Manitoba, 70 \$ + 0,7 % > 10 000 \$; Nouveau-Brunswick, 0,5 % de la valeur totale de la succession; Nouvelle-Écosse, 876 \$ + 1,479 % > 100 000 \$; Nunavut, 200 à 400 \$; Ontario, 250 \$ + 1,5 % > 50 000 \$; Québec, 0 \$, mais les testaments non notariés doivent être authentifiés par la Cour supérieure du Québec moyennant des frais nominaux; Saskatchewan, 0,7 % de la valeur totale de la succession; Terre-Neuve-et-Labrador, 90 \$ + 0,5 % > 1 000 \$; Territoires du Nord-Ouest, 200 à 400 \$; Yukon, 140 \$.

³⁴ Par. 1040(I) CGI.

³⁵ Par. 795 CGI.

	CANADA	FRANCE
Contribuable visé	Individu décédé	Les héritiers
Territorialité	Revenus mondiaux, avec crédit d'impôt étranger établi selon le revenu imposable canadien incluant la disposition présumée des actifs canadiens et étrangers.	La loi fiscale française diffère du code civil, incluant la France continentale et les DOM, mais excluant les TOM et COT. Et c'est le domicile du défunt qui détermine la législation applicable (art. 750ter (1°) et (2°) CGI),... en plus du domicile des héritiers, légataires ou bénéficiaires ³⁶ depuis le 1 ^{er} janvier 1999, pour éviter l'émigration fiscale avant décès. Sur la foi de ce domicile, l'imposition cible le patrimoine mondial. À défaut, sur base de source, la France impose des droits à tous les actifs situés en France ³⁷ , peu importe le domicile du défunt ou de ses légataires.

³⁶ Une double condition s'applique toutefois : ledit bénéficiaire est domicilié en France au moment du décès du « donateur », et il l'a été pendant au moins 6 ans sur les 10 dernières années.

³⁷ À titre illustratif, et non exhaustif, les éléments suivants sont considérés comme des actifs situés en France (selon l'article 750 CGI) : dette d'un débiteur français (incluant un prêt ou une avance d'un actionnaire non résident à une société française, mais également un compte bancaire auprès d'une institution française, d'une une portée très large de cette description), les investissements sur des titres émis par des sociétés françaises, même détenus sur des comptes à l'étranger, les participations dans des sociétés détenant principalement (plus de 50 % de la JVM) d'actifs immobiliers français.

	CANADA	FRANCE
Moment d'imposition et obligations de production	Déclaration de revenus du défunt, par l'inclusion des gains et pertes en capital résultant de la disposition présumée immédiatement avant le décès. À produire au 30 avril de l'année suivant le décès, s'il est survenu entre le 1^{er} janvier et le 31 octobre; sinon dans un délai de 6 mois suivant la date du décès survenu entre le 1^{er} novembre et le 31 décembre. Possibilité d'étaler le paiement du solde d'impôt dû sur une période maximale de 10 ans³⁸. Le solde porte alors intérêt. Autrement, il est payable à l'échéance de production de la déclaration de revenus du défunt³⁹. Un certificat de décharge pourra ensuite être obtenu par la succession, une fois la déclaration cotisée par les autorités fiscales, certificat permettant la distribution des biens de la succession par l'exécuteur relevé alors de sa responsabilité personnelle quant à tout impôt impayé.	Les droits sont payables six mois après la date du décès lorsque celui-ci survient sur le territoire de la France continentale, autrement un an après la date du décès⁴⁰.

³⁸ Par. 159(5) L.I.R.

³⁹ Par. 156.1(3), 156.1(4) et 248(1) L.I.R.

⁴⁰ Art. 641 CGL.

	CANADA	FRANCE
Taux d'imposition	Taux marginal maximal de 48 % sur le gain en capital imposable qui représente 50 % du gain en capital.	Taux marginal maximal, selon le lien de filiation, de 60 %. Les droits sont prélevés sur le legs net de chaque légataire (non sur la valeur nette de la succession), selon un calcul en trois étapes : 1) Déduction selon le degré de filiation de la valeur nette du legs; 2) Calcul des droits selon le taux propre au degré de filiation; 3) Réduction des droits, lorsque cela est applicable.
Reports possibles	Legs au conjoint marié ou conjoint de fait ou à une fiducie en faveur exclusivement du conjoint ⁴¹ .	Legs au conjoint marié ou de fait (PACS). Divers allègements sont également accordés selon le degré de filiation des héritiers.
Mode de report	Transfert <i>mortis causa</i> des actifs, du défunt au légataire qualifié, au coût fiscal du défunt. Permet au légataire qualifié de retarder l'impôt sur le gain non matérialisé jusqu'à la disposition effective des biens légués. Sinon, la disposition présumée est retardée jusqu'au décès du conjoint survivant.	Transfert des actifs au coût fiscal du défunt dans les cas de roulement permis (voir ci-dessus).

⁴¹ Par. 70(6) L.I.R.

	CANADA	FRANCE
Valeur fiscale du legs	Dans les autres cas, le légataire reçoit les biens légués pour un coût fiscal équivalent à leur JVM au moment du décès, telle qu'elle a été documentée à la déclaration de revenus du défunt.	Le légataire reçoit les biens légués pour un coût fiscal équivalent à leur JVM au moment du décès, hormis si le légataire s'est engagé à acquitter les impôts reportés jusqu'à la disposition des actions d'une société à laquelle le défunt aurait effectué un transfert permettant un report du gain en capital, auquel cas lesdites actions sont reçues au coût fiscal du défunt (excluent le gain non matérialisé). En contrepartie, les éventuels éléments de passif associés à ces biens seraient également exclus au moment de déterminer la valeur de la succession assujettie aux droits français. De cette façon, le légataire d'un actionnaire unique décédé peut reporter l'imposition du gain au décès – voire l'exempter complètement après cinq ans – s'il poursuit l'exploitation de la société (art. 41 CGI).
Risques de double imposition	Un crédit d'impôt étranger est d'ordinaire disponible pour les impôts sur le revenu, mais pas pour des droits successoraux ou d'autres formes d'imposition non fondée sur un revenu (mais plutôt sur la valeur des actifs ou autre). Cela dit, les conventions fiscales permettent parfois d'accorder, au cas par cas selon un modèle bilatéral bien précis, un allègement fiscal pour l'imposition du décès étrangère (les seules : la Convention Canada–États-Unis et celle avec la France).	En l'absence de convention fiscale, l'article 784A CGI accorde une déduction équivalente aux droits de succession (exclut donc les impôts sur le revenu) payés à un pays étranger, permettant de réduire d'autant les droits de succession payables à la France sur des actifs situés en France. Par contre, au moyen de conventions fiscales (37 ciblant les questions successorales), la France peut renoncer à l'imposition des actifs étrangers ou encore prévoir de reconnaître exceptionnellement, comme avec le Canada, les impôts sur le revenu payés par la succession comme étant déductibles dans le calcul des droits de succession français.

	CANADA	FRANCE
Particularités des non-résidents ⁴²	Imposition des biens canadiens imposables ⁴³ , sur une base de territorialité, avec préséance d'imposition sur la juridiction fiscale de résidence qui, elle, gère les enjeux de double imposition. Risque associé à la disposition présumée au décès qui n'est pas reconnue dans la juridiction de résidence fiscale, d'où une éventualité de double imposition à la disposition effective du bien canadien imposable par le légataire selon des coûts fiscaux différents au Canada et dans le pays de résidence. Dans la plupart des cas, seul l'impôt fédéral est perçu, aucun impôt territorial ou provincial ne s'y ajoute.	Contrairement aux normes applicables en matière d'imposition transfrontalière, plutôt que ce soit le Canada qui accorde un crédit pour l'impôt payé en France au décès, applicable à l'encontre de l'impôt canadien par ailleurs payable par un défunt qui était résident fiscal du Canada, la <i>Convention fiscale entre le Canada et la France</i> prévoit plutôt que le crédit d'impôt sera accordé par la France sur les biens français assujettis aux droits de succession français, sans que ce crédit, équivalant à l'impôt au décès canadien payable sur ces biens, excède les droits français par ailleurs payables. Au-delà de l'application particulière du

⁴² En ce qui a trait au traitement fiscal américain sur cette question, il est à noter que l'article XXIX B de la Convention Canada–États-Unis est sans doute la clause la plus détaillée d'une convention entre le Canada et une autre juridiction traitant des impôts au décès. Pour un Canadien qui n'est pas citoyen américain, cette convention accorde un crédit unifié dans le calcul des droits successoraux américains, qui est le plus généreux accordé par l'Internal Revenue Service pour un non-résident, même s'il est calculé au prorata de la valeur des actifs ayant leur *situs* aux États-Unis sur la valeur totale des actifs de la succession sans égard à leur localisation. De plus, le résident canadien y est exempt des droits successoraux spécifiques perçus sur les successions de moindre valeur (moins de 1,2 M\$ US).

Par ailleurs, exceptionnellement par cette convention, le gouvernement fédéral accorde à un résident canadien (incluant une fiducie en faveur exclusive du conjoint) un crédit d'impôt étranger canadien pour les droits successoraux américains payés sur les actifs ayant leur *situs* aux États-Unis. Cependant, il est important de noter que ce crédit ne peut être demandé au niveau provincial.

Néanmoins, ces exemptions ne s'appliquent pas à l'impôt américain sur les dons.

Enfin, dans le cas de détention d'actifs américains par l'entremise d'un régime enregistré d'épargne-retraite (« REÉR »), il apparaît que le crédit d'impôt étranger exceptionnel ne serait pas accordé car les droits successoraux américains payés sur de tels biens ne le seraient pas, du point de vue canadien, sur des biens américains (les éléments d'actifs détenus dans le REÉR), mais plutôt sur un bien canadien (le REÉR situé au Canada). Malgré tout, il pourrait être possible d'éviter la double imposition résultant de ce traitement particulier au moyen d'un accord mutuel décrit à l'article XXVI.

⁴³ Selon le paragraphe 2(3) L.I.R. et en vertu de la définition du paragraphe 248(1) L.I.R.

crédit d'impôt étranger, il importe de souligner que cette mesure d'exception incluse à la *Convention fiscale entre le Canada et la France* fait également exception quant à la position autrement appliquée par les autorités fiscales canadiennes selon laquelle les droits de succession ne sont pas considérés comme des impôts sur les revenus, donc qu'il ne s'agit pas de « coûts » admissibles à générer un crédit d'impôt étranger canadien.

6. EXEMPLES ILLUSTRATIFS

Les exemples illustratifs ont fait l'objet de la présentation détaillée donnée dans le cadre du congrès et n'ont pas été retenus aux fins de la documentation théorique que constitue ce texte de référence qui se veut succinct.

LA NOUVELLE CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES



Isabelle Gouin
Notaire, M. Fisc.

CONFÉRENCE ANNULÉE

INTERRELATION ENTRE LES FIDUCIES ENTRE VIFS ET LA PLANIFICATION TESTAMENTAIRE, ET LIVRE DE FIDUCIE



Marc Jolin
Avocat, M. Fisc., TEP
Marc Jolin Fiscaliste inc.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	40:3
1. BIENS DÉTENUS EN FIDUCIE TESTAMENTAIRE	40:4
1.1. MÉCANISMES APPLICABLES AU DÉCÈS DE SON BÉNÉFICIAIRE PRINCIPAL	40:4
1.2. PROBLÈMES ASSOCIÉS À CHAQUE MÉCANISME	40:6
1.2.1. Situation 1	40:6
1.2.2. Situation 2	40:8
1.2.3. Situation 3	40:10
1.2.4. Situation 4	40:10
1.3. PERTE DE STATUT DE « FIDUCIE TESTAMENTAIRE »	40:10
1.4. FIDUCIE TESTAMENTAIRE BÉNÉFICIAIRE D'UNE FIDUCIE ENTRE VIFS	40:12
1.4.1. Analyse de la position de l'Agence du revenu du Canada	40:12

1.4.2.	Situations où des biens remis par une fiducie entre vifs à une fiducie créée par testament n'a pas pour effet de faire perdre à la fiducie créée par testament son statut de fiducie testamentaire.....	40:21
2.	BIENS DÉTENUS EN FIDUCIE ENTRE VIFS	40:22
2.1.	ASPECTS À EXAMINER	40:22
2.2.	SITUATIONS RENCONTRÉES.....	40:24
2.2.1.	Fiducies dans un contexte de gel	40:24
2.2.2.	Fiducies de type protection.....	40:25
2.2.3.	Fiducies détenant des créances	40:26
2.2.4.	Partage tenant compte de deux patrimoines distincts	40:28
2.2.5.	Revenu minimum provenant de deux patrimoines.....	40:30
3.	LIVRE DE LA FIDUCIE	40:31
3.1.	DIVISION 1 – « ACTE DE FIDUCIE »	40:31
3.2.	DIVISION 2 – « FIDUCIAIRES »	40:32
3.3.	DIVISION 3 – « BÉNÉFICIAIRES »	40:34
3.4.	DIVISION 4 – « DÉCISIONS »	40:35
3.5.	DIVISION 5 – « TRANSACTIONS ».....	40:39
3.6.	DIVISION 6 – « REDDITION DE COMPTE ».....	40:40
3.7.	DIVISION 7 – « CONTACTS ».....	40:41
3.8.	DIVISION 8 – « AUTRES »	40:41
4.	NOUVEAUTÉS EN MATIÈRE DE PLANIFICATION TESTAMENTAIRE DEPUIS 2010	40:44
4.1.	ROULEMENT À UN RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-INVALIDITÉ.....	40:44
	CONCLUSION	40:48

INTRODUCTION

Avec la multiplication des fiducies, tant entre vifs que testamentaires, surtout depuis une vingtaine d'années, la proportion des actifs détenus pour plusieurs de nos clients dans une ou plusieurs fiducies augmente. Certains clients ont hérité de biens souvent importants qui sont détenus par des fiducies testamentaires à leur bénéfice ainsi qu'à celui des membres de leur famille. D'autres clients ont effectué des gels successoraux utilisant une fiducie entre vifs qui détient la plus-value future de certains de leurs actifs, souvent des actions avec droit de participation de sociétés privées. Il n'est pas rare que la valeur des biens appartenant à ces fiducies entre vifs dépasse de beaucoup la valeur des autres biens que le client peut posséder personnellement. Des actifs importants sont aussi détenus dans des fiducies en faveur de soi-même¹, des fiducies exclusives au bénéfice du conjoint², des fiducies mixtes au profit du conjoint³, des fiducies pour soi⁴ et des fiducies discrétionnaires.

Plusieurs s'imaginent que par suite de leur décès, les legs contenus dans leur testament vont déterminer comment sera distribué le capital détenu par les diverses fiducies constituées à leur bénéfice. Souvent, les testaments ont été rédigés avant la constitution de la fiducie ou des fiducies constituées à leur bénéfice. Trop souvent, les testaments ont été rédigés sans prendre connaissance des modalités des diverses fiducies et n'ont fait l'objet d'aucune révision après la constitution des fiducies.

Le présent texte se propose, dans une première partie, d'examiner, souvent à l'aide de cas pratiques, quelques problèmes concernant l'interrelation entre la planification testamentaire et les biens détenus dans diverses variétés de fiducies constituées au bénéfice d'un client et des membres de sa famille. Nous relèverons les pièges les plus fréquents et nous soulignerons les façons de les gérer et de les prévenir. Même si la convention entre actionnaires est évidemment un contrat important qui doit être aussi

¹ *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e supp., ch. 1 et mod. (« L.I.R. »), par. 248(1) « fiducie en faveur de soi-même » et *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (« L.I. »), art. 1.

² Par. 248(1) « fiducie au profit de l'époux ou du conjoint de fait postérieure à 1971 » L.I.R.

³ Par. 248(1) « fiducie mixte au profit de l'époux ou du conjoint de fait » L.I.R.

⁴ S.-al. 73(1.01)c)(ii) et 73(1.02)b)(ii) L.I.R.

harmonisé avec toute fiducie entre vifs et le testament, cet aspect n'est pas couvert dans le présent texte⁵.

Le présent texte se propose dans une deuxième partie de présenter un modèle de livre de fiducie, avec ses principales parties et leur contenu. Finalement, nous soulignerons les quelques modifications législatives proposées depuis le dernier congrès et qui touchent la planification testamentaire.

1. BIENS DÉTENUS EN FIDUCIE TESTAMENTAIRE

1.1. MÉCANISMES APPLICABLES AU DÉCÈS DE SON BÉNÉFICIAIRE PRINCIPAL

Avec la multiplication des fiducies testamentaires de longue durée, c'est-à-dire dont la liquidation n'est pas obligatoire à un âge graduel plutôt jeune du type un tiers du capital à 25 ans, un tiers à 30 ans et le solde à 35 ans, plusieurs fiducies testamentaires détiennent pendant longtemps des biens au bénéfice de nos clients. Or, selon la rédaction de ces fiducies testamentaires, les mécanismes applicables au décès de leur bénéficiaire principal sont différents.

Prenons le cas d'une fiducie testamentaire créée par Yvette, mère de Luc, et qui se compose de placements très « conservateurs », disons diverses variétés d'obligations. Les bénéficiaires du revenu de la fiducie sont Luc (le client) ainsi que son conjoint et ses enfants. Luc et ses enfants sont bénéficiaires discrétionnaires du capital. Luc est cofiduciaire de ladite fiducie avec son comptable.

⁵ Sur cette question, voir l'excellent texte suivant : Luc MARTEL, « Interaction de la convention entre actionnaires, du testament, des contrats d'assurance et de la fiducie entre vifs dans un contexte de planification successorale », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 22:1-58.

Situation 1

Le testament prévoit qu'au décès de Luc, le capital de la fiducie sera remis selon les modalités de son testament entre ses descendants aux termes de la faculté d'élire⁶ que la testatrice lui laisse et qui lui permet de déterminer à qui et dans quelle proportion seront remis le résidu de la fiducie par suite de son décès.

Situation 2

Le testament prévoit qu'au décès de Luc, le résidu du capital de la fiducie constituée à son bénéfice sera remis conformément aux modalités prévues à son testament.

Situation 3

Le testament prévoit qu'au décès de Luc, le résidu du capital de la fiducie créée à son bénéfice sera partagé entre les enfants de Luc, avec représentations en faveur des enfants de celui ou ceux qui seraient alors décédés.

Situation 4

Le testament prévoit qu'au décès de Luc, le résidu de la fiducie constituée à son bénéfice sera réparti, en pleine propriété ou en fiducie, selon les termes d'une faculté d'élire devant être exercée par acte notarié ou devant deux témoins parmi les descendants de la testatrice.

Situation 5

Le testament prévoit qu'au décès de Luc, le résidu du capital de la fiducie constituée à son bénéfice continuera d'être détenu par la fiducie, mais au bénéfice des personnes désignées par Luc aux termes d'une faculté d'élire lui permettant de désigner un ou plusieurs des descendants de la testatrice comme bénéficiaires subséquents de la fiducie constituée à son bénéfice.

⁶ Il existe deux facultés d'élire : celle qui permet de déterminer qui seront les bénéficiaires et celle qui permet de déterminer les parts parmi les bénéficiaires. Généralement, les deux facultés sont accordées à la même personne. Pour alléger le texte, la simple référence à une faculté d'élire vise les deux types de facultés.

Avec ces cinq situations, nous couvrons la grande majorité de celles que nous rencontrons. Malgré les grandes ressemblances entre les cinq situations, nous verrons rapidement l'éventail des problèmes tant civils que fiscaux susceptibles de se présenter à l'égard des cinq situations décrites.

1.2. PROBLÈMES ASSOCIÉS À CHAQUE MÉCANISME

1.2.1. Situation 1

Dans la situation 1, nous sommes en présence d'une faculté limitée d'élire permise par l'article 1282 du *Code civil du Québec*⁷, qui se lit comme suit :

« 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 déterminé dans l'acte constitutif. »

Formulation 1

Si le testament de Luc se lit simplement comme suit : « Je lègue la moitié du résidu de mes biens à mon fils Yves et l'autre moitié en parts égales entre mes deux autres enfants Pierre et Pierrette », s'agit-il de l'exercice d'une faculté d'élire à l'égard de la fiducie constituée au bénéfice de Luc par sa mère?

Le constituant de la fiducie peut valablement exiger que la faculté d'élire soit exercée dans un écrit revêtant la forme testamentaire. Cela ne signifie pas que la faculté d'élire s'exerce par un legs. En effet, le legs porte généralement sur des biens appartenant au testateur⁸ alors que les biens détenus en fiducie n'appartiennent pas à leurs bénéficiaires. La fiducie est un patrimoine autonome et distinct⁹. L'exercice d'une faculté d'élire n'est pas soumis en soi aux formalités des testaments. Les seules formalités à

⁷ L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »).

⁸ Germain BRIÈRE, *Les successions*, Traité de droit civil, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 560 : « Les principales dispositions que l'on peut insérer dans un testament ont pour objet la transmission des biens du testateur; on les appelle des "legs". »

⁹ Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, 2^e éd., La collection bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 39.

respecter, le cas échéant, sont celles prévues à l'acte qui a constitué la fiducie qui permet la faculté d'élire.

Formulation 2

La formulation 1 ci-dessus serait valable si le testament contenait une définition élargie de « résidu de mes biens » qui incorpore un texte comme le suivant : « [...] y compris tous mes droits personnels, faculté d'élire ou droit de disposer, [...] ». Comme les biens détenus en fiducie n'appartiennent pas à Luc, un simple legs (sans extension de sens) ne peut pas être considéré comme l'exercice d'une faculté d'élire prévue aux termes d'un acte de fiducie.

Formulation 3

La formulation suivante insérée dans le testament de Luc serait cependant acceptable : « Je demande aux fiduciaires de la fiducie constituée par ma mère aux termes de son dernier testament reçu devant M^c *** notaire, le ***, sous le numéro *** de ses minutes de remettre le capital de ladite fiducie à mes enfants et dans les proportions suivantes, à savoir : 50 % à Yves et le solde en parts égales entre Pierre et Pierrette. »

Comme Luc est bénéficiaire de la fiducie constituée par sa mère, c'est donc en sa qualité de fiduciaire qu'il peut exercer la faculté d'élire selon les dispositions de l'article 1282 C.c.Q. Cela implique qu'une faculté d'élire de façon générale comme avec l'extension du concept de « résidu des biens » [situation 1 – formulation 2] ou comme dans la formulation 3 ne peut pas être valide si elle est exercée avant que la fiducie en question ne soit constituée. Donc, si le testament de Luc a été rédigé avant le décès de sa mère ou encore si son testament a été rédigé à un moment où il n'occupe pas la fonction de fiduciaire, l'exercice de la faculté d'élire peut être invalide. Donc, toujours s'assurer que la faculté d'élire exercée par testament ou autrement est exercée à un moment où le titulaire de la faculté d'élire (qui est aussi bénéficiaire) est fiduciaire en fonction.

Formulation 4

Observons que la faculté d'élire décrite dans la situation 1 ne permet pas à Luc d'exercer ladite faculté au bénéfice de fiducies. En d'autres termes, si le testament de Luc contenait une phrase comme la suivante : « Je demande aux fiduciaires de la fiducie constituée par ma mère selon les termes de son dernier testament reçu devant M^c *** notaire, le ***, sous le numéro *** de ses minutes de remettre le capital de ladite fiducie à une fiducie que je crée

aux termes de mon présent testament au bénéfice de mes enfants », le résultat d'une telle clause est douteux. Toute situation douteuse est susceptible de contestations par toute personne qui s'estime lésée. À notre avis, si la faculté d'élire accordée par le constituant vise aussi des patrimoines fiduciaires au bénéfice d'un ou de plusieurs des bénéficiaires du capital déterminés par ailleurs, le texte permettant l'exercice de la faculté d'élire doit le spécifier.

1.2.2. Situation 2

Dans la situation 2, nous sommes en présence d'une faculté illimitée d'élire contraire aux dispositions de l'article 1282 C.c.Q., donc nulle de nullité absolue. Dans un tel cas, il faut alors interpréter le testament comme si la faculté d'élire n'avait pas été exercée.

Dans un article antérieur sur cette question¹⁰, nous pouvons lire ceci :

« Deux jugements récents de la Cour d'appel du Québec ont confirmé la nullité absolue des clauses conférant à un fiduciaire ou à un bénéficiaire le mandat de désigner la ou les personnes qui recevraient le capital de la fiducie au décès d'un bénéficiaire d'une fiducie. De plus, cette nullité est opposable aux autorités fiscales.

Dans l'affaire Brodie (Succession de), CA. Montréal, 500-09-001123-868, 26 juin 1989, la Cour d'appel du Québec a eu à se prononcer sur la légalité d'une clause se lisant comme suit : "Au décès d'un tel enfant, sa part de ladite portion non remise devra être disposée conformément aux termes du testament de tel enfant. À défaut d'un tel testament, cette partie sera divisée en parts égales par souche entre ses descendants..." [traduction de l'auteur].

La Cour d'appel déclare :

"Une clause semblable est nulle et sans effet. En vertu de l'article 838 C. Civ., les bénéficiaires des legs doivent être suffisamment identifiés. Par ailleurs, le testament lui-même doit examiner la volonté du testateur. L'on ne saurait, en règle générale, tester valablement en s'en remettant à la volonté d'un tiers pour définir ses volontés...

Même dans le cadre d'une fiducie testamentaire, il faut au minimum définir la catégorie de bénéficiaires à l'intérieur desquels les fiduciaires ou légataires choisiront...

¹⁰ Marc JOLIN, « Faculté d'élire et planification testamentaire », (1991), vol. 1, n° 10 *La lettre fiscale québécoise* 73.

Si la discrétion du fiduciaire ou de l'exécuteur s'exerce à l'intérieur d'une catégorie déterminée, la clause de faculté d'élire peut être valide. En l'absence d'une clause de création de catégorie de bénéficiaires, la clause de faculté d'élire est considérée comme nulle...

Telle que rédigée, la clause en litige [précitée] confère à ... le droit de tester aux lieu et place du testateur. Ce n'est qu'à défaut de tel testament que les biens sont attribués aux petits-enfants. La clause est donc nulle et sans effet."

La Cour d'appel se prononce aussi sur le legs subsidiaire, c'est-à-dire la deuxième partie de la clause qui vise la remise aux petits-enfants au cas où le testateur décède sans testament, en ces termes :

"L'article 660 C. civ. prévoit qu'une disposition illégale, contraire à l'ordre public, dans un testament est réputée non écrite. Toutefois, le legs subsidiaire aux enfants et lié étroitement à la faculté d'élire. Il est inséré dans la même disposition testamentaire et il ne saurait lui survivre."

La totalité de la clause a donc été déclarée nulle et sans effet. Nous pouvons dégager de cette décision que la deuxième partie de la clause aurait été valable si la première partie avait porté une faculté limitée d'élire.

La Cour d'appel a de plus mentionné que les intimés ne pouvaient renoncer à cette faculté de tester. En conséquence, la renonciation subséquente à la faculté d'élire illimitée par le bénéficiaire de cette faculté ne peut rendre légale par la suite une clause nulle ab initio.

Dans *The Royal Trust c. Québec (Le Sous-ministre du Revenu)*, [1990] R.D.F.Q. 36, la Cour d'appel du Québec, dans un jugement portant sur une cotisation établie en vertu de la Loi sur les droits successoraux a eu à interpréter la clause suivante :

"À l'égard du capital des biens en fiducie, ma fille Dorothy pourra en disposer de la moitié selon qu'elle jugera à propos par son testament; à défaut de testament, ledit capital sera remis à ses héritiers légaux."

Même s'il s'agit d'une cotisation établie en vertu d'une loi fiscale, la Cour d'appel affirme qu'elle ne peut éviter de s'interroger sur la validité en droit civil québécois du pouvoir général de disposer ou de la faculté générale énoncée au testament en litige.

Se basant sur le jugement précédent, la Cour d'appel n'a eu aucune hésitation à conclure que la clause était nulle et sans effet. Dans cette clause, le ministère du Revenu du Québec a invité la Cour d'appel, en raison de la nature et des objectifs particuliers des lois fiscales, à se prononcer sur le fait que le législateur a voulu par la Loi sur les droits successoraux relier des conséquences fiscales à droit ou à une faculté que les tribunaux reconnaissent comme nuls en vertu du droit civil québécois.

Se basant sur un extrait du livre “Rédaction et interprétation des lois” de Louis-Philippe Pigeon statuant que “les lois ne sont pas présumées déroger au droit commun”, la Cour d’appel conclut que la référence dans la Loi sur les droits successoraux à la faculté d’élire “a été adoptée pour couvrir les situations où le testament qui confère ce droit ou cette faculté a été fait dans un territoire où ce droit ou cette faculté peut être valablement conféré.

Dans une décision récente de la Cour supérieure, *Béique c. Clément*, [1990] R.J.Q. 1327, la Cour a reconnu la validité en droit civil québécois de la faculté limitée d’élire accordée aux grevés (bénéficiaires du revenu)”. »

De toute façon, il est toujours souhaitable que les termes de l’acte de fiducie prévoient à qui sera distribué le capital de la fiducie advenant le cas où la personne qui pouvait exercer une faculté d’élire les bénéficiaires ne l’a pas fait, ne serait-ce que pour s’assurer que les intentions initiales du client soient respectées.

1.2.3. Situation 3

Dans la situation 3, la formulation utilisée ne permet pas à Luc d’exercer une faculté d’élire étant donné que le testament de sa mère a déjà prévu comment doit se partager le résidu du capital de la fiducie constituée au bénéfice de Luc à compter de son décès et ledit testament n’accorde aucune faculté d’élire à Luc.

1.2.4. Situation 4

Dans la situation 4, nous sommes en présence d’une faculté limitée d’élire permettant de donner des instructions afin que le résidu de la fiducie constituée au bénéfice de Luc soit remis par les fiduciaires de ladite fiducie à un ou des patrimoines fiduciaires constitués aux termes du testament de Luc. Ici, les termes du testament de la mère de Luc précisent que la faculté doit être exercée « par acte notarié ou devant deux témoins ». Ainsi, une faculté d’élire exercée par testament olographe ne serait pas valide.

1.3. PERTE DE STATUT DE « FIDUCIE TESTAMENTAIRE »

La situation 4 soulève de plus une question fiscale particulièrement importante. Les biens remis par la fiducie testamentaire établie aux termes du testament de la mère de Luc à la fiducie constituée par le testament de Luc au bénéfice de ses enfants ont-ils pour effet de faire perdre à la fiducie constituée aux termes du testament de Luc son statut fiscal de « fiducie

testamentaire »¹¹? Dans la définition de fiducie testamentaire au paragraphe 108(1) L.I.R. précisant qu'il s'agit d'une fiducie qui a commencé à exister au décès d'un particulier et par suite de ce décès¹², se trouvent les exceptions suivantes :

« [...] a) d'une fiducie créée après le 12 novembre 1981 par une personne autre que le particulier;

b) d'une fiducie créée 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; [...]. »

Au décès de Luc, les biens de sa succession seront remis à une fiducie constituée aux termes de son testament et qui a commencé à exister à son décès. Mais comme la fiducie créée par la mère de Luc ne peut pas être considérée comme un « particulier lors de son décès » et qu'il ne s'agit pas non plus d'une remise par suite de ce décès (celui de la mère de Luc), il s'ensuit que la fiducie testamentaire constituée aux termes du testament de Luc au bénéfice de ses enfants et qui reçoit des biens de la fiducie créée par la mère de Luc ne posséderait pas le statut fiscal de fiducie testamentaire. Et c'est doublement malheureux parce que, d'une part, non seulement le revenu produit par le capital initialement détenu en fiducie testamentaire créée aux termes du testament de la mère de Luc ne sera plus imposé à des taux d'impôt progressifs¹³, mais tous les revenus générés par les autres biens légués par Luc à la fiducie constituée par son testament au bénéfice de ses enfants ne se qualifieront pas non plus à une imposition aux taux d'impôt progressifs, et ils seront imposés au fédéral au taux d'impôt maximum¹⁴.

Remarquons que si, au décès de Luc, la fiducie constituée à son bénéfice continue d'exister et que Luc lègue une partie de ses propres biens à la fiducie constituée à son bénéfice par sa mère, cette dernière fiducie ne semble pas perdre son statut fiscal de fiducie testamentaire parce que la remise par Luc n'a pas pour effet de créer une fiducie et il s'agit d'une remise à la fiducie par un particulier (Luc) lors de son décès ou postérieurement et par suite de son décès. En effet, à l'alinéa b) du paragraphe 108(1) « fiducie testamentaire » L.I.R., la référence à « un

¹¹ Par. 104(1), 248(1) « fiducie testamentaire » et 108(1) « fiducie testamentaire » L.I.R.

¹² Al. 248(8)a) L.I.R.

¹³ Par. 117(2) L.I.R.

¹⁴ Par. 122(1) L.I.R.

particulier » n'implique pas qu'il s'agisse du même particulier que celui auquel il est fait référence dans le générique du paragraphe.

La technique suivante peut être utilisée pour au moins faire en sorte que la fiducie constituée par le testament de Luc au bénéfice de ses enfants et se composant exclusivement des biens qu'il possédait personnellement avant son décès ne perde pas son statut fiscal de fiducie testamentaire. Il s'agit d'utiliser la technique des fiducies « miroirs ». Cette technique consiste à constituer, dans le testament de Luc et au bénéfice de chacun de ses trois enfants, deux fiducies. La première fiducie au bénéfice des enfants de Luc se composera exclusivement de biens appartenant à Luc au moment de son décès, alors que la deuxième fiducie au bénéfice des mêmes enfants se composera du legs d'une somme d'argent minime, soit 10 \$. De plus, Luc donnera dans son testament des instructions aux fiduciaires de la fiducie à son bénéfice constituée par le testament de sa mère afin qu'ils remettent directement les biens de cette dernière fiducie à la deuxième fiducie créée dans son testament à même le legs de 10 \$. Le legs de la somme d'argent minime ou de tout autre bien de peu de valeur est essentiel pour valablement constituer la fiducie au sens civil. Il est important que les biens provenant de la fiducie créée par la mère de Luc ne soient pas remis à la succession de Luc pour être ensuite remis à la fiducie créée à même le legs de 10 \$ parce que cette remise aurait pour effet de contaminer la première fiducie, ce que l'on voulait éviter. En effet, si la succession ne se qualifie pas de fiducie testamentaire parce qu'elle est contaminée par une remise non permise, les fiducies créées par testament qui recevront les biens d'une succession qui a perdu son qualificatif de fiducie testamentaire auront le même statut fiscal que celui de la succession, c'est-à-dire celui de « fiducie non testamentaire »¹⁵.

1.4. FIDUCIE TESTAMENTAIRE BÉNÉFICIAIRE D'UNE FIDUCIE ENTRE VIFS

1.4.1. Analyse de la position de l'Agence du revenu du Canada

Dans la Table ronde sur la fiscalité fédérale du Congrès 2008 de l'Association de planification fiscale et financière (« APFF »), l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») mentionne ce qui suit :

« Même si la fiducie [établie par le testament] commence à exister lors du décès du particulier ou par suite du décès d'un particulier, nous considérons que le

¹⁵ Par. 248(1) « fiducie non testamentaire » L.I.R.

droit au capital ou au revenu de la fiducie entre vifs provient des dispositions de l'acte de fiducie entre vifs qui a été établi lorsque le particulier était vivant et n'a donc pas été remis par le particulier lors de son décès au postérieurement et par suite de ce décès. Par conséquent, la fiducie créée par le testament n'obtiendrait pas son statut de fiducie testamentaire lorsque l'acte de fiducie d'une fiducie entre vifs prévoit qu'elle sera bénéficiaire de cette fiducie. Les montants versés par la fiducie entre vifs reçus en raison de cette participation au revenu (montant provenant du dividende versé à l'égard des actions) et au capital de la fiducie (montant provenant du rachat des actions) serait donc versé à une fiducie non testamentaire¹⁶. »

Il ne fait aucun doute qu'à compter du moment où des biens seraient remis par la fiducie constituée par la mère de Luc à la fiducie constituée aux termes du testament de Luc au bénéfice de ses propres enfants, cette dernière fiducie perd son statut de fiducie testamentaire.

Nous ne partageons cependant pas l'opinion de l'ARC selon laquelle une fiducie établie par testament et qui pourrait devenir bénéficiaire selon les termes d'un acte de fiducie entre vifs perd de ce seul fait son statut de « fiducie testamentaire » sur la base qu'elle aurait obtenu au moment de son établissement un bien qui est une participation dans la fiducie entre vifs. L'extrait pertinent de la position de l'ARC est le suivant :

« Si la fiducie établie par le testament est un bénéficiaire selon l'acte constituant la fiducie familiale discrétionnaire entre vifs, elle obtiendra au moment de son établissement un bien qui est la participation dans la fiducie entre vifs. Ce bien est remis à titre gratuit et augmente le capital de la fiducie¹⁷. »

En effet, il ne faut pas confondre le concept de « remis » avec celui de droit de bénéficiaire.

¹⁶ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 48:1-98, question 9, à la page 48:31.

¹⁷ *Id.*

L'expression « droit de bénéficiaire »¹⁸ que l'on retrouve dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* peut porter à confusion. En effet, elle peut donner l'impression que les personnes réputées avoir un tel droit possèdent ou ont obtenu contre leur gré un bien en ce sens qu'elles seraient propriétaires de quelque chose. Même s'il est exact que certains droits font l'objet d'une propriété, encore faut-il que la propriété de ce droit ait été remise par la fiducie entre vifs (ou par une personne) à la fiducie créée par testament.

Il existe (comme nous le verrons plus loin) des situations précises où les fiducies constituées par testament détiennent au sens civil une participation au capital dans une fiducie entre vifs.

Prenons un deuxième exemple basé sur la situation 1 – formulation 6. Le testament prévoit qu'au décès de Luc, le capital de la fiducie créée par sa mère doit être remis à une ou plusieurs fiducies testamentaires constituées aux termes du testament de Luc. Même dans cette situation, comme la mère de Luc ne peut pas contrôler les termes du testament de Luc, rien ne garantit que le testament de Luc aura établi des fiducies au bénéfice de ses enfants. Or, comme le mentionne l'alinéa b) de la définition de « fiducie testamentaire », le changement de statut de celui de fiducie testamentaire pour celui de fiducie non testamentaire s'opère au moment de la remise et non avant. Le simple fait qu'une fiducie est présumée détenir un droit de bénéficiaire par l'effet de la présomption énoncée à l'alinéa 248(25)a L.I.R. signifie-t-il que des biens ont été remis à cette fiducie? Comme nous le verrons, pour être en présence d'une remise, certaines exigences sont requises.

Dans la décision *Greenberg Estate c. La Reine*, le juge Bowie affirme ceci :

¹⁸ Al. 248(25)a L.I.R. :

« Les règles suivantes s'appliquent dans le cadre de la présente loi :

- a) comptent parmi les personnes ou sociétés de personnes ayant un droit de bénéficiaires ou dans une fiducie donnée celles qui ont le droit-immédiat ou futur, conditionnel ou non, ou soumis ou non à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par une personne ou une société de personnes- à titre de bénéficiaire une fiducie de recevoir tout ou partie du revenu ou du capital de la fiducie donné, soit directement celle-ci, soit indirectement par l'entremise d'une ou de plusieurs fiducies ou sociétés de personnes; [...]. »;

« The word “contributed” in its plain meaning signifies a voluntary payment made to increase the capital of the estate... (I find the payment in question to be a voluntary payment into the estate), made for no consideration and for the purpose of increasing the capital of the estate so that it could, in turn, increase its capital investment in the partnership¹⁹. »

Nous devons donc examiner le sens du mot « paiement » tel que ce terme a été défini par les tribunaux fiscaux.

Dans l’affaire *Gillette Canada Inc. c. La Reine*, le juge Rip fait siennes les définitions suivantes :

« *Black’s Law Dictionary*

Pay: To discharge a debt by tender of payment due; to deliver to a creditor the value of a debt, either in money or in goods, for his acceptance.

Payment: The fulfilment of a promise, or the performance of an agreement. A discharge of an obligation or debt, and part payment, if accepted, is a discharge pro tanto.

In a more restricted legal sense payment is the performance of a duty, promise, or obligation, or discharge of a debt or liability, by the delivery of money or other value by a debtor to a creditor, where the money or other valuable thing is tendered and accepted as extinguishing debt or obligation in whole or in part. Also the money or other thing so delivered. [...]

70 Corpus Juris Secundum

Payment: In its legal sense, “payment” may be defined as the discharge in money or its equivalent of a debt or obligation; it involves the actual or constructive delivery by a debtor to his creditor of money or its equivalent, with the intent thereby to extinguish the debt, and the acceptance thereof by the creditor with the same intent.

Le Nouveau Petit Robert - Dictionnaire de la langue française

Paiement: Action de payer, exécution d’une obligation... [...] ²⁰. » (Notre soulignement)

La définition de « paiement » qui nous vient du *Corpus Juris Secundum* contient les éléments essentiels d’un paiement dans un contexte d’une

¹⁹ 97 D.T.C. 1380 (C.C.I.); [1997] 3 C.T.C. 2859 (C.C.I.) (« *Greenberg* »).

²⁰ [2001] 4 C.T.C. 2884 (C.C.I.); 2001 D.T.C. 895 (C.C.I.), par. 14.

remise, ces éléments essentiels étant : « by the delivery of money or other value by debtor [...] and accepted as extinguishing debt or obligation » (notre soulignement).

Le terme « delivery » dans son sens juridique et financier signifie tradition, délivrance (sens juridique) ou cession et remise (sens financier)²¹.

Le sens juridique de « tradition » implique d'une part que l'auteur du transfert se départisse d'un bien et que le bénéficiaire du transfert accepte le paiement.

Examinons maintenant brièvement la doctrine civile applicable aux transferts par décès ainsi qu'aux transferts à titre gratuit entre vifs.

Dans le texte suivant de Germain Brière, nous pouvons lire :

« **160. Point de départ du délai d'option.** L'article 632 C. civ. dispose que le successible a six mois pour délibérer et exercer son option, à compter du jour où son droit s'est ouvert [...] pour l'appelé à une substitution où le bénéficiaire d'une fiducie, le délai ne commence à courir qu'à l'ouverture de son droit [...] pendant la période de délibération, le successible ne peut être condamné à titre d'héritier à moins qu'il n'ait déjà accepté la succession (art. 632 al. 2 C. civ.) [...]

166. Situation du successible. Une fois écoulé le délai légal de délibération. L'article 633 C. civ. fait, dans cette hypothèse, une distinction, qui est nouvelle; il distingue en effet selon que le successible connaît ou non sa qualité. Les diverses mesures que l'on a prises en la matière sont destinées à accélérer le règlement des successions tout en favorisant la certitude du droit; elles sont de nature à inciter les successibles à exercer leurs options dans le délai imparti, tout en préservant leurs intérêts.

167. Cas du successible qui connaît sa qualité. Le successible qui connaît sa qualité ne renonce pas dans le délai légal de délibération est présumé avoir accepté la succession, à moins que le tribunal ne renonce pas dans le délai qui connaît sa qualité. Le successible qui connaît sa qualité ne renonce pas dans le délai légal de délibération est présumé avoir accepté la succession, à moins que le tribunal n'ait prolongé ce délai.

²¹ *Harrap's Shorter Dictionary* French-English/dictionnaire anglais-français, London, Harrap's Books Ltd., 1991, p. 219.

171. Caractère d'ordre public. Le droit d'option est d'ordre public, en ce sens que le de cujus ne peut, par testament, en priver son successeur et que le successible ne peut y renoncer [...] ²². »

Nous pouvons lire ce qui suit dans un autre ouvrage de Germain Brière :

« La succession est acquise à l'héritier sans qu'il ait besoin d'accomplir quelque formalité que ce soit; cette acquisition se réalise de plein droit, soit par le seul effet de la loi qu'il s'agit d'une succession ab intestat, soit par l'effet du testament et de la loi dans le cas de la succession testamentaire; en effet, la loi intervient indirectement dans la seconde hypothèse puisqu'elle attache au testament l'effet de transmettre l'hérédité. Toutefois, la loi n'admet pas que l'on impose une succession à un successible qui n'en voudrait pas pour une raison quelconque; elle permet, en effet, à tout successible d'accepter la succession ou d'y renoncer (art. 630 al. 1 C. civ.). Le légataire à titre particulier bénéficie de la même option à l'égard du legs qui lui est fait (art. 741 C. civ.). [...] »

Si l'héritier accepte la succession, il consolidera la transmission qui s'était opérée de plein droit dès le décès du de cujus; [...] L'héritier peut, au contraire, renoncer à la succession, donc abandonner l'actif et se soustraire au passif. [...] »

Dans le cas du légataire particulier, l'option se justifie du fait que nul ne peut être gratifié malgré lui : un intérêt moral est susceptible de s'opposer à l'acceptation d'un legs; [...] ²³. »

D'après la doctrine civile ²⁴, le contrat à titre gratuit est celui par lequel l'une des parties s'oblige envers l'autre au bénéfice de cette dernière et sans en retirer d'avantage en retour. Il est donc, *a priori*, un contrat *intuitu personae*, c'est-à-dire un contrat où la considération de la personne avec laquelle on contracte constitue un élément essentiel de l'engagement.

L'article 1386 C.c.Q. se lit comme suit : « L'échange de consentements se réalise par la manifestation, expresse ou tacite, de la volonté d'une personne d'accepter l'offre de contracter que lui fait une autre personne. » L'article 1388 C.c.Q. définit en ces termes l'offre de contracter : « Est une offre de contracter, la proposition qui comporte tous les éléments essentiels

²² Germain BRIÈRE, *Les successions*, Collection Traité de droit civil, Centre de recherches en droit privé et comparé du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, « L'option des successibles ».

²³ G. BRIÈRE, *op. cit.*, note 8, p. 195.

²⁴ Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2005, « Classification des contrats ».

du contrat envisagé et qui indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. »

Quant au moment où le contrat est formé, l'article 1387 C.c.Q. précise ceci : « Le contrat est formé au moment où l'offrant reçoit l'acceptation [...] ». L'acceptation à laquelle fait référence l'article 1387 C.c.Q. est l'acceptation de l'offre de contracter.

Sommairement, nous pouvons dégager de ces règles civiles, appliquées à la situation où une personne constitue une fiducie au bénéfice d'un particulier donné, que ce dernier ne sera lié par l'offre du constituant ou indirectement du fiduciaire de la fiducie qu'à compter du moment où il aura manifesté de façon expresse ou tacite sa volonté d'accepter le bien que le constituant, par le biais des fiduciaires de la fiducie qu'il a créée, se propose de lui remettre. Comme une participation au capital est un bien, distinct des éléments d'actif appartenant à une fiducie, le moment à compter duquel un particulier ou un patrimoine acquiert une participation au capital d'une première fiducie (« fiducie principale ») peut être différent (plus précisément antérieur) au moment où des biens sont transférés par la fiducie principale au particulier ou à la sous-fiducie qui en est bénéficiaire. Un exemple simple d'une acceptation expresse par un particulier ou par une fiducie serait la situation où le bénéficiaire (particulier ou fiducie) fait parvenir un écrit à la fiducie principale aux termes duquel l'intention d'accepter les biens ou d'être considéré comme bénéficiaire est clairement manifestée.

Si un bénéficiaire d'une fiducie ne manifeste pas dans un délai raisonnable son refus d'être considéré comme un bénéficiaire de la fiducie principale, le délai commençant normalement ici à compter du moment où le bénéficiaire est informé qu'il est susceptible de recevoir du capital de la fiducie principale, il pourra s'agir d'un élément important dans la détermination de ce qui pourrait être considéré comme une acceptation tacite. De même, le fait d'exiger la reddition de compte ou de se comporter comme un bénéficiaire de la fiducie principale sera certainement une acceptation tacite et pourrait faire en sorte qu'une personne ou une fiducie serait considérée comme détenant une participation au capital de la fiducie principale.

Les concepts analysés ci-dessus impliquent donc un double geste pour compléter une remise ou un paiement. D'une part, celui de l'auteur du paiement ou du transfert (l'offre) et, d'autre part, celui du bénéficiaire du paiement ou du transfert (l'acceptation).

Prenons un exemple. Un contribuable dérangé constitue une fiducie dont l'objectif principal est la promotion de la haine raciale et de l'idéologie nazie. Parmi les bénéficiaires discrétionnaires de ladite fiducie, l'acte de fiducie prévoit divers groupements poursuivant des objectifs similaires ainsi que l'ARC, section des interprétations techniques. Peut-on raisonnablement prétendre que ladite fiducie a remis des biens à l'ARC qui n'a effectivement rien reçu et qui ne recevra (espérons-le) aucun bien de ladite fiducie?

L'analyse des concepts utilisés nous porte à croire que la remise, tel que le concept a été élaboré par la jurisprudence fiscale et par la doctrine civile, n'est complétée qu'au moment de l'acceptation par le bénéficiaire. Le simple fait qu'un acte de fiducie stipule qu'une personne donnée est susceptible de recevoir du revenu ou du capital de la fiducie n'est pas suffisant pour faire en sorte qu'une remise de biens a été effectuée.

Nous sommes en présence ici de deux interprétations possibles, à savoir que la remise a lieu au moment de l'application de la présomption prévue à l'alinéa 248(25)a) L.I.R. ou au moment où, au sens fiscal, la remise est complétée. Un survol rapide de la jurisprudence fiscale en matière d'interprétations absurdes est de mise. Dans l'affaire *Haltrecht c. La Reine*, le juge Bowman s'exprime ainsi :

« Where there are two interpretations of a statute, one of which leads to an absurdity and one of which leads to a sensible conclusion, one should reject the interpretation that leads to an absurdity and adopt the one that leads to a sensible interpretation²⁵. »

Dans l'affaire *LGL Ltd. c. La Reine*, on peut lire ceci :

« Even if the result is absurd, if the words are clear the court must give effect to them. [...] »

“[...] In my opinion, the rule has always been this:—the words of an Act admit of two interpretations, then they are not clear; and if one interpretation leads to an absurdity, and the other does not, the Court will conclude that the legislature did not intend to lead to an absurdity, and will adopt the other interpretation.” And Lord Halsbury in *Cooke v. Charles A. Vogeler Co.* (4) said: “But a court of law has nothing to do with the reasonableness or unreasonableness of a provision, except so far as it may help them in interpreting what the legislature had said.” Which necessarily means that for this latter purpose it is legitimate to take into consideration the reasonableness or unreasonableness of any provision of a statute.

²⁵ [2000] 2 C.T.C. 2749, 2751 (C.C.I.).

Again a section of a statute should, if possible, be construed so that there may be no repugnancy or inconsistency between its different portions or members²⁶. »

Dans l'arrêt *Jay-Zee Food Products Ltd. c. Deputy M.N.R. for Customs and Excise*, la Cour de l'Échiquier affirme ce qui suit :

« [...] *Attorney General v. Carlton* (1899) 2 Q.B., 158 at 164, said that in respect to a taxing statute, as in the case of any other statute, the duty of the Court is to give effect to the intention of the legislature as that intention is to be gathered from the language employed, having regard to the context in connection with which it was employed. [...] in *City of Victoria v. The Bishop of Vancouver* (1921) 2 A.C. 384, at 388, [...] if the words of a statute admit of two interpretations, and if one interpretation leads to an absurdity and the other leads to reasonable result, the latter is to be preferred²⁷. »

Dans le cas d'un acte de fiducie où la possibilité de recevoir du revenu ou du capital de la fiducie dépend de l'exercice ou non d'un pouvoir discrétionnaire par les fiduciaires, un tel bénéficiaire présumé par les dispositions fiscales détenir un droit de bénéficiaire est exactement dans la même situation qu'un particulier en relation avec son voisin. En effet, le voisin pourrait décider de lui donner un bien n'importe quand. Cette possibilité pour lui que le voisin lui donne quelque chose n'est certainement pas un droit et encore moins une remise. Le fait que le voisin transfère un tracteur à une fiducie dans laquelle, en plus de ses enfants et petits-enfants, toutes les personnes résidant sur une rue donnée sont désignées comme étant des bénéficiaires discrétionnaires n'a certainement pas pour effet de faire en sorte qu'un tracteur a été remis à toutes les personnes qui habitent la rue donnée. À cause de la présomption prévue à l'alinéa 248(25)a) L.I.R., toutes les personnes résidentes sur la rue sont présumées, aux fins fiscales, détenir un droit de bénéficiaire, mais il est peu probable que les tribunaux canadiens concluent dans de telles situations qu'il y aurait eu une remise de biens en faveur des personnes qui résident sur la rue à laquelle fiducie se réfère.

²⁶ [1999] 2 C.T.C. 2482, 2495-2496 (C.C.I.); 99 D.T.C. 675, 681-682 (C.C.I.).

²⁷ [1965] C.T.C. 336, 338 (C. de l'É.); 65 D.T.C. 5179, 5180 (C. de l'É.); [1966] C. de l'É. 307, 309.

1.4.2. Situations où des biens remis par une fiducie entre vifs à une fiducie créée par testament n'a pas pour effet de faire perdre à la fiducie créée par testament son statut de fiducie testamentaire

1.4.2.1. Unités d'un fonds commun de placement

L'exemple le plus simple est celui où le testateur détient des unités dans un fonds commun de placement²⁸ dont la forme juridique est une fiducie. Si le testateur Denis lègue un fonds commun de placement à une fiducie constituée aux termes de son testament au bénéfice de son petit-fils Marcel et que par la suite le fonds commun de placement effectue une distribution de revenus ou de capital à la fiducie constituée par testament au bénéfice de Marcel, il ne s'agit pas d'une situation où la fiducie au bénéfice de Marcel perd automatiquement son statut de fiducie testamentaire. La raison principale ne consiste pas dans le fait qu'il existerait dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* une distinction à faire entre une fiducie personnelle²⁹ et une fiducie commerciale³⁰. Le fondement plus précis réside dans le fait que la seule remise de capital à la fiducie constituée par testament provient de biens qui ont été légués par le testateur constituant de la fiducie testamentaire. Rappelons en effet la définition du terme *contributed* par le juge Bowie³¹ où ce dernier mentionne qu'une remise est un paiement volontaire effectué dans le but d'augmenter le capital de la fiducie. Or, le legs à la fiducie est certainement une remise. Mais lorsque le fonds commun de placement remet du revenu ou du capital au propriétaire des unités, à savoir la fiducie créée aux termes du testament de Denis, il ne s'agit certainement pas d'un paiement volontaire effectué dans le but d'augmenter le capital de la fiducie. Il s'agit plutôt d'un paiement effectué en satisfaction d'une obligation incorporée dans une convention de fiducie commerciale.

1.4.2.2. Fiducie dont toutes les participations sont irrévocablement dévolues

La deuxième situation est celle où le testateur détient une participation au capital et au revenu dans une fiducie dont toutes les participations lui sont

²⁸ Par. 132(6) « fiducie de fonds commun de placement » L.I.R.

²⁹ Par. 248(1) « fiducie personnelle » L.I.R.

³⁰ Par. 248(1) « fiducie d'investissement à participation unitaire » L.I.R.

³¹ *Greenberg*, précité, note 19.

dévolues irrévocablement³². Si un testateur lègue ses droits dans une fiducie entre vifs dont toutes les participations sont irrévocablement dévolues à une fiducie qu'il crée dans son testament et que la fiducie entre vifs est subséquemment liquidée dans la fiducie constituée par son testament, cette dernière fiducie ne perd pas non plus son statut de fiducie testamentaire mais pour des raisons légèrement différentes de celles mentionnées au paragraphe précédent. En effet, tout comme dans le cas des unités d'un fonds commun de placement, la seule remise de capital à la fiducie constituée par testament provient de biens qui ont été légués par un testateur, à savoir ses participations dans la fiducie entre vifs. De plus, la liquidation de la fiducie entre vifs, pas plus que s'il s'agissait de la liquidation d'une société, n'a aucunement pour effet d'augmenter le capital de la fiducie créée par testament, mais elle ne fait simplement que changer la nature des biens qu'elle détient au moment où les biens sont remis en satisfaction de la participation au capital qui lui a été remise par testament, biens détenus en fiducie entre vifs.

2. BIENS DÉTENUS EN FIDUCIE ENTRE VIFS

2.1. ASPECTS À EXAMINER

Les aspects à examiner sont les suivants :

- Tout ce qui a été expliqué à la section 1.1. à l'égard des fiducies testamentaires s'applique, *mutatis mutandis*, aux fiducies entre vifs.
- En général, les biens détenus en fiducie entre vifs devraient plutôt être remis aux enfants du testateur qu'à son conjoint. En effet, dans un contexte de gel, une remise des actions détenues par une fiducie de gel au conjoint aura pour effet de rendre inefficace la planification si son objectif principal était d'effectuer un gel.
- En présence d'un enfant relève, il est préférable de remettre une partie plus importante des actions avec droit de participation à l'enfant le plus susceptible de continuer la croissance de l'entreprise.

³² Par. 108(1) « fiducie », al. g) L.I.R. Voir aussi Daniel GOSSELIN, Marc JOLIN, Stéphane LEBLANC et Jean-François PELLAND, « Panel sur les fiducies », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 39:1-76, partie D, aux pages 39:62-63.

- Si le client désire avantager un organisme de bienfaisance à son décès, l'avantage fiscal sera plus important si un legs est fait à l'organisme de bienfaisance³³ que si la fiducie entre vifs remet du capital au même organisme.
- Si le client a des enfants majeurs encore aux études et que le capital détenu par la fiducie entre vifs est suffisamment important pour générer un niveau de revenu suffisant pour couvrir toutes les dépenses d'éducation des enfants, la fiducie entre vifs pourra être utilisée pour réaliser cet objectif, et il sera moins nécessaire de créer des fiducies testamentaires aux fins d'éducation ou encore une fiducie familiale de fractionnement dont le but principal est de fractionner le revenu avec les enfants aux études³⁴.
- Si le client a des enfants mineurs et qu'une fiducie de gel a été constituée, il faut se rappeler que les dividendes versés à un enfant mineur sur des actions léguées par un de ses parents ne sont pas assujettis à l'impôt sur le revenu fractionné. En effet, selon le paragraphe 120.4(1) « montant exclu » L.I.R., un revenu tiré d'un bien acquis par un enfant mineur, ou pour son compte, par suite du décès de son père ou de sa mère³⁵ est considéré comme un montant exclu, lequel ne fait pas partie du revenu fractionné³⁶. Comme un dividende reçu par une fiducie entre vifs établie par l'auteur du gel ne peut être considéré comme un bien acquis pour le compte de l'enfant par suite du décès de son père ou de sa mère, un dividende versé par une fiducie entre vifs sera considéré comme du revenu fractionné après le décès du père ou de la mère de l'enfant mineur mais un dividende reçu par une fiducie testamentaire à la suite du décès du père ou de la mère de l'enfant et payé à l'enfant ne sera pas du revenu fractionné. Comme les clients ayant un conjoint auront généralement tendance à vouloir léguer les actions de gel à leur conjoint ou à une fiducie exclusive au bénéfice de leur conjoint³⁷, dans les situations où le client possède peu de biens productifs de revenus à l'exclusion d'actions de sociétés privées et des régimes différés, la solution serait alors d'émettre quelques catégories distinctes d'actions à dividendes discrétionnaires au client à la suite du gel successoral afin que lesdites

³³ Par 118.1(5) L.I.R.

³⁴ Marc JOLIN, « L'examen testamentaire – Liste de contrôle », dans *Congrès 2009*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, pp. 21:1-70, à la page 21:13.

³⁵ Al. 252(2)a) L.I.R.

³⁶ Par 120.4(1) « revenu fractionné » L.I.R.

³⁷ Al. 70(6)b) L.I.R.

actions puissent être léguées à chacun de ses enfants mineurs en pleine propriété, à des fiducies testamentaires d'éducation au bénéfice des enfants ou encore à une fiducie testamentaire familiale de fractionnement.

- Malgré le deuxième point mentionné ci-dessus, lorsque les biens détenus initialement en fiducie représentent une valeur de plus en plus importante par rapport à la valeur marchande des biens personnels du client et que la valeur des biens personnels du testateur n'est pas suffisante pour assurer au conjoint survivant un niveau de revenus adéquat compte tenu de l'importance du capital par ailleurs et de l'espérance de vie du conjoint survivant, les clients seront enclins à faire en sorte qu'une partie du capital de la fiducie entre vifs soit remise au conjoint survivant.
- Une autre façon de ne pas défaire partiellement le gel successoral tout en permettant au conjoint survivant d'avoir accès au revenu sur les biens détenus initialement en fiducie entre vifs depuis la date de la mise en place du gel successoral serait, par exemple, de faire en sorte que le testateur lègue une catégorie distincte d'actions à dividendes discrétionnaires, émises au testateur au moment du gel, au conjoint ou à une fiducie exclusive à son bénéfice. Une autre solution, si la fiducie entre vifs détient quelques catégories distinctes d'actions à dividendes discrétionnaires, est d'en remettre une au conjoint survivant. Idéalement, une convention entre actionnaires devrait déterminer le niveau de dividendes que les administrateurs devraient déclarer et payer sur les diverses catégories distinctes d'actions à dividendes discrétionnaires.

2.2. SITUATIONS RENCONTRÉES

2.2.1. Fiducies dans un contexte de gel

Un particulier effectue une transaction de type gel successoral à l'égard d'actions qu'il détient dans le capital-actions d'une société de telle sorte que la plus-value future s'accroît au bénéfice d'une fiducie entre vifs.

Dans cette situation, nous rencontrons les variantes suivantes : les biens détenus par la fiducie entre vifs représentent un pourcentage plus ou moins élevé du patrimoine du testateur hors fiducie. Si la transaction de gel est effectuée au moment de la constitution de la société ou à un moment où la société possède une valeur marchande peu importante et que le potentiel de croissance est très élevé, il peut se produire que la valeur marchande des biens détenus en fiducie sera beaucoup plus importante que la valeur marchande des biens appartenant au testateur. À l'inverse, si la société à l'égard de laquelle une transaction de type gel a été effectuée ne représente

qu'une petite partie du patrimoine du testateur et que le taux de croissance est modéré, alors la valeur du patrimoine de ladite fiducie représentera un pourcentage minime par rapport à la valeur marchande de l'ensemble des biens du testateur.

Qu'advient-il des biens détenus par la fiducie entre vifs quelques mois précédant le jour qui tombe 21 ans après la date de la constitution de la fiducie? Le capital de la fiducie généralement composé d'actions sera-t-il remis aux enfants du testateur en totalité, sera-t-il remis en totalité à l'auteur du gel ou à son conjoint ou sera-t-il réparti entre l'auteur du gel, son conjoint s'il en a un et ses enfants? Et dans ce dernier cas, dans quelle proportion?

Le principal inconvénient de la solution qui consiste à recommander de modifier les testaments chaque fois que survient une modification dans le patrimoine est le danger d'une inaptitude du testateur l'empêchant de rectifier la situation par la rédaction d'un testament subséquent et le fait que plusieurs personnes négligent ou retardent longtemps la révision de leur testament. C'est la raison pour laquelle nous préférons une approche plus flexible qui consiste à anticiper le plus possible les principales éventualités.

2.2.2. Fiducies de type protection

Un particulier transfère une partie importante de ses biens, dans un contexte de protection de patrimoine, dans un des types de fiducies suivants, à savoir : une fiducie discrétionnaire à plusieurs bénéficiaires (le client, ses conjoint et descendants), une fiducie en faveur de soi-même³⁸, une fiducie mixte au profit de l'époux ou du conjoint de fait³⁹, ou une fiducie au profit de l'époux ou du conjoint de fait postérieur à 1971⁴⁰ ou une fiducie pour soi⁴¹.

Si le constituant s'est réservé une faculté illimitée d'élire les bénéficiaires à la suite de son décès ou par suite du deuxième décès dans le cas de la fiducie mixte, la question suivante se pose : un testament signé par un constituant avant la constitution d'une fiducie entre vifs aux termes de laquelle il s'est réservé la faculté d'élire les bénéficiaires et de déterminer

³⁸ Par. 248(1) « fiducie en faveur de soi-même » L.I.R.

³⁹ Par. 248(1) « fiducie mixte au profit de l'époux ou du conjoint de fait » L.I.R.

⁴⁰ Par. 248(1) « fiducie au profit de l'époux ou du conjoint de fait postérieure à 1971 » L.I.R.

⁴¹ S.-al. 73 (1.01)c)(ii) et 73(1.02)b)(ii) L.I.R.

leurs parts est-il valable à l'égard d'une fiducie qui n'existait pas au moment de la rédaction du testament?

L'article 1282 C.c.Q. se lit comme suit : « Le constituant peut se réserver ou conférer aux fiduciaires ou à un tiers la faculté d'élire les bénéficiaires ou de déterminer leur part. »

Par exemple, si le constituant a déjà un testament signé avant la constitution d'une fiducie en faveur de soi-même, lequel testament prévoit un partage de ses biens entre quelques légataires selon des pourcentages déterminés et que son testament ne contient aucune clause particulière spécifique, il est évident que son testament ne pourrait être considéré comme l'exercice d'une faculté d'élire à moins que l'acte de fiducie mentionne expressément que par son testament signé antérieurement, le constituant a exercé sa faculté d'élire. Examinons une situation un peu plus limite. Dans un testament signé avant la constitution de la fiducie entre vifs, la définition de résidu de la succession utilisée dans le testament contient une clause ayant pour effet d'élargir la portée du « résidu de ma succession » comme comprenant toute faculté d'élire ou droit de disposer. Une première difficulté est que le testateur au moment de la rédaction de son testament n'était pas encore le constituant de la fiducie qu'il a créée subséquemment.

Dans l'ouvrage de Jacques Beaulne, nous pouvons lire ceci :

« Lorsque le disposant se réserve la faculté pour lui-même, cette dernière sert de mécanisme souple, destinée à s'adapter au futur, en fonction des circonstances et autres facteurs qui pourront être pris en considération par le disposant à cette époque à venir⁴². »

Nous partageons l'avis du professeur Beaulne. Dans les situations où une fiducie entre vifs et un testament sont rédigés à la même époque, et que par sa planification testamentaire le testateur souhaite exercer sa faculté d'élire, nous nous assurons que le testament est signé après la constitution de la fiducie.

2.2.3. Fiducies détenant des créances

Dans certaines situations, les biens du particulier sont grevés d'une hypothèque détenue par une fiducie entre vifs discrétionnaire qui détient une créance due par le testateur, fiducie dont les bénéficiaires sont le client, son

⁴² J. BEAULNE, *op. cit.*, note 9.

conjoint et ses descendants. Le particulier conserve la propriété des biens (sauf pour les régimes différés) mais ils sont grevés d'une hypothèque mobilière, immobilière ou les deux, selon la nature des biens appartenant au particulier. La créance peut atteindre 90 % de la valeur marchande des biens du particulier. Si le testateur lègue le résidu de ses biens à des fiducies testamentaires au bénéfice de son conjoint et/ou de ses enfants, les biens ainsi détenus par les fiducies testamentaires seront grevés de l'hypothèque détenue par la fiducie entre vifs discrétionnaire. Si les fiducies testamentaires peuvent être désignées bénéficiaires de la fiducie entre vifs et que cette dernière remet, au prorata des legs, la créance hypothécaire aux fiducies créées par testament, il s'agit ici d'une situation où à compter de cette remise les fiducies testamentaires perdront pour toujours leur statut fiscal de « fiducie testamentaire »⁴³. S'il est souhaité qu'un bénéficiaire d'une fiducie créée par testament continue de profiter d'un régime de protection de patrimoine, il est recommandé d'éviter que la fiducie entre vifs lui remettre en pleine propriété sa quote-part de la créance hypothécaire. Si une fiducie créée par testament, dans ce contexte, désire disposer d'un bien grevé d'une telle hypothèque, rien n'empêche que la fiducie entre vifs accorde une mainlevée de l'hypothèque tout en conservant la créance. Une mainlevée de l'hypothèque n'équivaut pas à une remise de dette.

Comme une remise de dette est certainement une remise de biens au sens fiscal du terme et qu'un liquidateur ou fiduciaire non avisé pourrait être enclin à faire en sorte que non seulement les hypothèques grevant les biens légués aux fiducies créées par testament soient annulées mais que la créance soit finalement éteinte, il est recommandé d'inclure une clause spécifique dans les fiducies détenant de telles créances selon laquelle le fiduciaire devra en tout temps consulter un fiscaliste afin de s'assurer qu'une telle remise n'aura pas pour effet de faire perdre à toute fiducie constituée aux termes du testament du particulier son statut fiscal de fiducie testamentaire. Même si les fiducies créées par testament ne sont pas et ne peuvent pas devenir bénéficiaires de la fiducie discrétionnaire entre vifs, le risque de perte de statut de « fiducie testamentaire » demeure entier si la fiducie entre vifs remet la créance à ses bénéficiaires en pleine propriété et au prorata de la portion du patrimoine du particulier que chaque fiducie créée par testament a reçue, et que, par la suite, le bénéficiaire de la fiducie constituée par testament à son bénéfice annule la créance qu'il détient et qui lui est due par cette dernière. Pour cette raison, une clause appropriée devrait aussi être incluse dans les fiducies testamentaires susceptibles de recevoir des biens

⁴³ *Supra*, section 1.4.

grevés d'une hypothèque détenue par une fiducie entre vifs pour s'assurer que la remise ne survienne pas prématurément.

Nous rencontrons de telles situations dans certaines structures de protection de patrimoine.

2.2.4. Partage tenant compte de deux patrimoines distincts

Certains testateurs souhaitent répartir, après leur décès, entre certaines personnes (le plus souvent des enfants), le capital de la fiducie entre vifs constituée dans un contexte de « gel » en tenant compte de leur patrimoine propre dans des pourcentages spécifiques.

Voici un exemple (simplifié) de clause incluse dans une fiducie entre vifs pour un client qui souhaite répartir le plus également possible le capital d'une fiducie entre vifs, à compter de son décès, tenant compte de la valeur marchande de ses biens personnels (hors fiducie).

« Malgré ce qui précède, à compter du décès de Pierre (client), le capital de la fiducie à ce moment doit être partagé ainsi qu'il suit :

- si la juste valeur marchande des biens de Pierre (à l'exception de ses meubles meublants et effets personnels immédiatement avant son décès) et légués à Julie (conjointe) est supérieure à cinquante pour cent (50 %) de la valeur marchande des biens de Pierre (à l'exception de ses meubles meublants et effets personnels immédiatement avant son décès) et de la juste valeur marchande du patrimoine fiduciaire, tout le capital de la fiducie doit être détenu pour le bénéfice de Nathalie (fille de Pierre);
- si la juste valeur marchande des biens de Pierre (à l'exception de ses meubles meublants et effets personnels immédiatement avant son décès) et légués à Nathalie est supérieure à 50 % de la valeur marchande des biens de Pierre (à l'exception de ses meubles meublants et effets personnels immédiatement avant son décès) et de la juste valeur marchande du patrimoine fiduciaire, tout le capital de la fiducie doit être détenu pour le bénéfice de Julie.

Dans tous les autres cas, le capital de la fiducie doit être partagé entre Nathalie et Julie dans une proportion faisant en sorte que, au total, et en tenant compte de la valeur marchande des biens légués à Julie et à Nathalie (à l'exception de la juste valeur marchande des meubles meublants et effets personnels de Pierre immédiatement avant son décès), leur quote-part respective soit la plus égale possible.

Aux fins de calculer la juste valeur marchande de biens sujets à impôts, tels REÉR, FERR, actions détenues par la fiducie (prenant pour acquis qu'elles font

l'objet d'un rachat), le taux d'impôt à utiliser est de trente-cinq pour cent (35 %). »

Exemple de l'application de la clause :

Biens personnels de Pierre	
Fonds enregistré de revenu de retraite (« FERR ») (avant impôts)	900 000 \$
Autres placements (plein prix de base rajusté (« PBR »))	500 000 \$
TOTAL	1 400 000 \$
Biens de la fiducie	
Actions (avant impôts) [PBR : 0 \$]	200 000 \$

Selon le testament de Pierre, son régime enregistré d'épargne-retraite (« REÉR ») est légué à Julie et le résidu à Nathalie.

JVM des biens après impôts	
FERR	585 000 \$ ⁴⁴
Actions en fiducie	165 000 \$ ⁴⁵
Autres placements	500 000 \$
TOTAL	1 250 000 \$

Juste valeur marchande (« JVM ») nette d'impôt des biens légués à Julie	
FERR (ou 46,8 % du total)	585 000 \$
JVM nette d'impôt des biens légués à Nathalie	
Autres placements (ou 40 % du total)	500 000 \$
Capital de la fiducie après impôts	165 000 \$
Part totale de chaque copartageant, après impôts [50 % × 1 250 000 \$]	625 000 \$
Part de Julie après impôts dans le capital de la fiducie [625 000 \$ - 585 000 \$]	40 000 \$
Part de Nathalie après impôts dans le capital de la fiducie [625 000 \$ - 500 000 \$]	125 000 \$

Avant impôts, lesdits montants représentent respectivement 48 485 \$ et 151 515 \$. Le capital de la fiducie serait donc partagé sur la base de ces derniers montants, donc 24,2 % pour Julie et 75,8 % pour Nathalie.

⁴⁴ 900 000 \$ - [35 % × 900 000 \$].

⁴⁵ 200 000 \$ - [35 % × 50 % × 200 000] = 165 000 \$.

2.2.5. Revenu minimum provenant de deux patrimoines

Certains clients effectuent une transaction de type « gel » à l'égard d'actions d'une société privée qu'ils détiennent et le même client lègue en fiducies familiales de fractionnement (une par enfant) tous ses biens. Malgré le fait que la fiducie entre vifs et les fiducies testamentaires soient discrétionnaires à l'égard de la remise ou non des revenus, les remises de capital à l'enfant bénéficiaire par chaque fiducie testamentaire peuvent être limitées dans le temps (par exemple, un quart à 25 ans; un quart à 35 ans, un quart à 50 ans et le solde à 65 ans (ou plus)), ne serait-ce que pour s'assurer que les petits-enfants du testateur soient susceptibles de recevoir des biens au décès de l'enfant bénéficiaire principal de la fiducie familiale à son bénéfice. Que faire si, de plus, le testateur souhaite un mécanisme de prélèvements automatiques sur le capital dans l'éventualité où le revenu de la fiducie n'atteindrait pas un certain niveau?

Dernièrement, un client nous demandait d'incorporer dans une fiducie familiale testamentaire constituée au bénéfice de son enfant et de ses descendants une telle clause dans l'éventualité où les revenus de toute provenance, c'est-à-dire tant ceux provenant du patrimoine légué en fiducie testamentaire que ceux provenant des actions avec droit de participation détenues par une fiducie entre vifs à la suite d'un gel n'atteignaient pas la somme de 100 000 \$ par année. Dans une situation similaire, il faut tout d'abord examiner la composition en termes de type d'actifs détenus, d'une part, par chaque fiducie testamentaire et, d'autre part, par la fiducie entre vifs. Si la fiducie entre vifs ne détient actuellement et ne détiendra éventuellement que des actions avec droit de participation d'une société privée, le fait de prévoir le prélèvement sur le capital à partir de la fiducie entre vifs ne permet pas vraiment d'atteindre l'objectif recherché par le client surtout si les actions ordinaires pouvant être remises à un bénéficiaire de la fiducie entre vifs ne peuvent pas être facilement monétisées, ce qui sera le cas le plus souvent. De toute façon, peu de temps avant l'arrivée du jour qui tombe 21 ans après le jour de la constitution de la fiducie entre vifs, son capital risque fort bien d'être remis à ses bénéficiaires qui sont les enfants du testateur, et ce, même si la remise survient plusieurs années après le décès du testateur. Nous voyons immédiatement que le mécanisme de prélèvement sur le capital a beaucoup plus avantage à être prévu dans les modalités de chaque fiducie testamentaire.

Dans la rédaction de la clause, cette dernière doit faire référence aux trois sources de revenus suivants, à savoir :

- a) tout revenu produit par la fiducie testamentaire;

- b) tout revenu produit par la fiducie entre vifs et payé au bénéficiaire principal de la fiducie testamentaire;
- c) tout revenu reçu par le bénéficiaire des biens antérieurement détenus par la fiducie entre vifs.

3. LIVRE DE LA FIDUCIE

Nous partageons les conclusions d'une analyse sommaire concernant les registres de fiducie, plus précisément sur la nécessité par une fiducie de tenir des registres. Même si le *Code civil du Québec* ne prévoit pas, comme les lois sur les sociétés, une liste détaillée des divers livres et registres qu'un fiduciaire doit tenir, selon une analyse du Code civil et la jurisprudence québécoise⁴⁶, la tenue de livres et registres de la fiducie fait partie d'une bonne administration d'une fiducie.

Le livre de la fiducie comporte normalement les divisions suivantes.

3.1. DIVISION 1 – « ACTE DE FIDUCIE »

Dans cette division, nous retrouvons les documents et avis suivants :

- copie de l'acte de fiducie ou du testament, accompagnée, le cas échéant, des procurations utilisées;
- copie des modifications à l'acte de fiducie approuvées par la Cour supérieure;
- les trois publicités au Registre des droits personnels et réels mobiliers (« RDPRM ») requises au moment de la constitution de la fiducie, à savoir :
 - publicité du don constitutif,
 - publicité des clauses d'insaisissabilité,
 - publicité des clauses d'incessibilité;

⁴⁶ Boriana CHRISTOV, « Les registres de fiducie : une nécessité ? », dans *Bulletin CCH fiscalité*, Brossard, Publications CCH ltée, vol. 12, n° 4, avril 2010 (en ligne : <http://www.cchfiscalite.com/2010/04/les-registres-de-fiducie-une-necessite.html>).

- modification au nom de la fiducie;
- copie des avis du fiduciaire modifiant la juridiction⁴⁷;
- copie des publicités subséquentes au RDPRM des clauses d'insaisissabilité et d'incessibilité (voir DIVISION 3 – « BÉNÉFICIAIRES »);
- changement de la résidence fiscale de la fiducie pour une autre province ou pour un autre pays⁴⁸;
- si le bien constituant la fiducie est un lingot, une éprouve numismatique ou un bien semblable (de petite taille), l'original peut être conservé dans cette division;
- inventaire initial des biens de la fiducie (bilan d'ouverture);
- avis juridique préparé par le conseiller juridique de la fiducie, lequel est requis par plusieurs institutions financières.

3.2. DIVISION 2 – « FIDUCIAIRES »

Dans cette division, nous retrouvons pour chaque fiduciaire les renseignements suivants, à savoir :

- nom complet;
- occupation;
- adresse résidentielle;
- date d'entrée en fonction;
- date de cessation de la fonction.

⁴⁷ Si l'acte de fiducie le permet.

⁴⁸ *Id.*

Nous retrouvons aussi les avis suivants, à savoir :

- avis de démission de la charge de fiduciaire;
- avis d'acceptation de la charge de fiduciaire;
- liste subséquente de nouveaux fiduciaires remplaçants⁴⁹ par une personne;
- avis écrit de la renonciation à sa charge ou de la démission par un fiduciaire;
- copie des jugements de la Cour supérieure nommant ou destituant un ou des fiduciaires;
- dissidence d'un fiduciaire à l'égard de la décision prise à la majorité;
- avis par lequel un fiduciaire est démis de ses fonctions;
- délégations spécifiques de certains pouvoirs par un fiduciaire à un autre fiduciaire;
- dénonciations des situations de conflit d'intérêts;
- documentation à l'égard de toute décision résultant de l'exercice d'un droit ou d'un pouvoir donné aux fiduciaires autre qu'une décision prévue aux autres divisions;
- registre des curateurs à tout bénéficiaire non conçu.

Nous retrouvons aussi les décisions suivantes :

- décisions de nommer un fiduciaire en cas de vacances;
- désignation du fiduciaire chargé de la garde des documents;
- décisions de procéder à une modification du nombre de fiduciaires, par exemple, de 2 à 3, ou de 1 à 3⁵⁰.

⁴⁹ Si l'acte de fiducie le prévoit.

⁵⁰ Lorsque l'acte de fiducie le permet.

3.3. DIVISION 3 – « BÉNÉFICIAIRES »

Dans cette division, nous retrouvons pour chaque bénéficiaire les renseignements suivants, à savoir :

- nom complet;
- date et lieu de naissance;
- adresse résidentielle.

La liste ne comprend généralement pas les bénéficiaires pouvant être désignés aux termes d'une faculté de désignation. À l'inverse, un bénéficiaire discrétionnaire pouvant recevoir ou non du revenu ou du capital de la fiducie est clairement un bénéficiaire.

Note : Techniquement, au fur et à mesure qu'une fiducie compte un nouveau bénéficiaire (pensons par exemple à un nouvel enfant), les clauses d'insaisissabilité et d'incessibilité devraient être publiées au RDPRM par rapport à ce nouveau bénéficiaire dans la mesure où il est désiré que lesdites clauses leur soient opposables ou qu'elles soient opposables aux tiers à leur égard. En pratique, tant qu'un bénéficiaire est en minorité, la non-publication d'une clause d'insaisissabilité ou d'incessibilité aura peu d'impact. Donc, plutôt que de procéder à la publication au RDPRM desdites clauses chaque fois qu'un nouveau bénéficiaire est né, les fiduciaires pourraient procéder à la publication des clauses susdites chaque 17 ans et à ce moment, publier la clause à l'égard de tous les nouveaux bénéficiaires nés au cours des 17 dernières années.

Nous retrouvons aussi les documents, avis et décisions suivants, à savoir :

- actes d'exercice de facultés de désigner un bénéficiaire;
- actes d'exercice de facultés d'élire un bénéficiaire accordées à un tiers;
- actes de dévolution ou actes d'attribution irrévocable de l'ensemble des participations quant à la totalité des bénéfices présents et futurs résultant de l'acte de fiducie (par. 108(1) « fiducie », al. v) L.I.R.)⁵¹.

⁵¹ Si l'acte de fiducie le prévoit.

Nous retrouvons aussi les décisions suivantes :

- décisions d’attribuer la totalité des participations (au revenu et au capital) de façon irrévocable⁵²;
- décisions de transformer une part discrétionnaire en une part fixe⁵³;
- décisions de révoquer un bénéficiaire⁵⁴;
- décisions d’appliquer les modalités particulières de la fiducie concernant un bénéficiaire inapte soit selon le Code civil, soit selon une définition particulière à l’acte de fiducie.

3.4. DIVISION 4 – « DÉCISIONS »

Revenus

Dans cette division, nous retrouvons les décisions des fiduciaires visant toutes les transactions concernant le revenu; en particulier, les suivantes :

- décisions de payer du revenu et à qui;
- décisions d’attribuer du revenu;
- décisions de rendre payable un revenu à un bénéficiaire⁵⁵;
- décisions à l’égard des formes de paiements à chacun des bénéficiaires;
- décisions de créditer à un compte de revenu attribué non payé⁵⁶;
- décisions de payer directement une dette ou une dépense d’un bénéficiaire plutôt que de lui remettre l’argent directement;

⁵² *Id.*

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0093661E5, 30 septembre 2005.

⁵⁶ Si l’acte de fiducie le prévoit.

- lorsque la définition de « revenu » est partiellement flexible (à la discrétion du fiduciaire), décisions quant à la définition de « revenu » au cours d'une année donnée;
- décisions d'effectuer des paiements indirects⁵⁷;
- décisions concernant la détermination de l'étendue au concept de revenu à payer (par exemple : pouvoir de réputer le gain en capital comme du revenu);
- détermination des montants attribués selon le paragraphe 104(18) L.I.R., c'est-à-dire les montants mis de côté au bénéfice des bénéficiaires âgés de moins de 21 ans;
- décisions de déterminer qu'une somme reçue ou déboursée est de nature « revenu » ou de nature « capital »;
- directives concernant la répartition du revenu de l'acte de fiducie laissées à un fiduciaire ou à l'ensemble des fiduciaires⁵⁸;
- décisions de payer du revenu à un enfant ou au conjoint du bénéficiaire par l'application d'une clause « gicleur »;
- décisions concernant la répartition des sources de revenus;
- décisions de ne pas payer un revenu à un bénéficiaire par application d'une des conditions prévues à l'acte de fiducie comme clauses de drogue, de problème psychiatrique, de secte, etc.;
- décisions des fiduciaires de limiter les droits (revenu) de certains bénéficiaires à la suite de l'application d'une clause d'affectation des biens de la fiducie;
- choix fiscaux à l'égard du revenu;
- remboursements des dépenses aux fiduciaires.

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ Si l'acte de fiducie le permet.

Capital

Nous retrouvons les décisions des fiduciaires visant toutes les transactions concernant le capital, entre autres, les décisions, actes et documents qui suivent.

- **Augmentation du capital :**

- actes d'apport par lesquels une personne transfère des biens à la fiducie, accompagné de la décision des fiduciaires d'accepter les biens;
- décisions de ne pas accepter un bien d'une personne et le motif de la non-acceptation;
- avis des fiscalistes à l'égard des apports (si requis ou conseillés).

- **Gestion et remise du capital :**

- actes d'attribution (total ou partiel) en satisfaction d'une participation au capital⁵⁹;
- actes de prélèvements sur le capital, comprenant les motifs, le quantum, la description du capital remis et l'identité du ou des bénéficiaires;
- actes de transfert de biens par la fiducie aux bénéficiaires;
- actes de partage des biens en fiducie;
- quittances données par le bénéficiaire qui reçoit certains des biens de la fiducie;
- Formulaires TX19 remplis;
- Formulaires MR14A ou MR 14B remplis;
- Formulaires TX21 obtenus de l'ARC;
- autorisations de distribuer les biens obtenus du ministère du Revenu du Québec;

⁵⁹ *Id.*

- compte final (art. 1363 C.c.Q.);
- exercices de faculté d'élire par toute personne autorisée;
- compte rendu des décisions :
 - décisions concernant la détermination du moment de la liquidation de la fiducie⁶⁰,
 - décisions de ne pas remettre certaines actions d'une société à un bénéficiaire ayant refusé de signer une convention entre actionnaires⁶¹,
 - décisions à l'égard d'une remise de capital conditionnelle⁶²,
 - raisons démontrant qu'un prélèvement sur le capital est pour l'avantage d'un bénéficiaire donné si l'acte de fiducie restreint les prélèvements à cette situation,
 - décisions quant à la remise du capital en cas de décès d'un, de plusieurs ou de tous les bénéficiaires de la fiducie,
 - choix fiscaux à l'égard du capital. Si un choix fiscal donné peut avoir pour effet d'avantager un ou plusieurs bénéficiaires au détriment des autres, les décisions devraient être motivées davantage,
 - décisions concernant la détermination de la proportion des dépenses devant être imputées sur le compte capital et celles devant être imputées sur le compte revenu,
 - décisions des fiduciaires de limiter les droits (capital) de certains bénéficiaires suite à l'application d'une clause d'affectation des biens de la fiducie.

Peuvent être incluses dans la présente division :

- décisions par lesquelles les fiduciaires acceptent les états financiers produits par le comptable ou par les fiduciaires;

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *Id.*

⁶² *Id.*

- déclarations fiscales (T3 et TP-646) produites auprès des autorités fiscales.

3.5. DIVISION 5 – « TRANSACTIONS »

Dans cette division, nous retrouvons les opérations de gestion des biens de la fiducie de même que toutes les transactions par lesquelles la fiducie achète un bien ou dispose (autrement que par la remise de capital à un bénéficiaire) d'un bien lui appartenant.

Ainsi, nous pouvons retrouver les documents, contrats et avis suivants, à savoir :

- emprunts par la fiducie;
- contrats de gestion;
- contrats d'assurance sur les biens appartenant à la fiducie;
- contrats d'assurance par lesquels la vie d'un bénéficiaire est assurée;
- assurance responsabilité;
- prêts à un bénéficiaire;
- cautionnements d'un emprunt d'un bénéficiaire;
- hypothèques consenties sur un bien appartenant à une fiducie;
- paiements des impôts;
- délégation de certaines tâches à certaines institutions financières;
- mandats de gestion des placements à des gestionnaires de portefeuille, conseillers en valeurs, institutions, fonds, sociétés de fiducie, autres organismes similaires⁶³;
- consentement du fiscaliste pour certaines transactions si l'acte de fiducie le requiert;
- convention d'engagement des conseillers ou autres professionnels;

⁶³ *Id.*

Nous pouvons aussi retrouver les décisions suivantes, si elles ne sont pas incluses à la DIVISION 4 – « DÉCISIONS » :

- décision de regrouper les biens de plusieurs fiducies en une seule fiducie⁶⁴;
- décisions du choix d'institution financière;
- décisions à l'égard de la réparation, amélioration ou reconstruction d'un immeuble;
- décisions à l'égard de l'exercice de droit de vote sur des actions appartenant à la fiducie et détermination du fiduciaire qui exercera le droit de vote;
- décisions à l'égard de la constitution de toute personne morale;
- décisions d'intenter ou d'être partie à une action en justice;
- changement de juridiction.

3.6. DIVISION 6 – « REDDITION DE COMPTE »

Dans cette division, nous retrouvons les comptes annuels de gestion de la fiducie.

Selon les dispositions de l'article 1351 C.c.Q., les fiduciaires ont l'obligation de faire annuellement une reddition de compte aux bénéficiaires majeurs et aptes de la fiducie ou, si un bénéficiaire n'est pas majeur ou s'il est inapte, à son tuteur ou à son curateur. Ce rapport sommaire doit indiquer la description des biens détenus par la fiducie à la fin de l'année. Le rapport doit aussi indiquer les revenus gagnés par la fiducie, les dépenses effectuées par la fiducie pour gagner les revenus, les dépenses d'administration de la fiducie, le cas échéant, et finalement, les montants payés aux différents bénéficiaires.

⁶⁴ *Id.*

Selon un auteur civil :

« En second lieu, les règles, quant à la forme du compte sont, pratiquement, inexistante. Ainsi, le compte n'a pas à revêtir de forme particulière, et il n'est pas exigé qu'il soit vérifié par un comptable. À la rigueur, un simple relevé de recettes et de déboursés suffit. Ce qui importe, c'est qu'il soit suffisamment détaillé pour qu'on puisse en vérifier l'exactitude⁶⁵. »

La reddition de compte annuelle est généralement produite en même temps que les déclarations d'impôt sur le revenu de la fiducie si de telles déclarations sont produites.

3.7. DIVISION 7 – « CONTACTS »

Dans cette division, nous retrouvons les noms, adresses, numéros de téléphone des personnes qui traitent fréquemment avec la fiducie telles que juriste, comptable, institution financière, fiscaliste, assureurs, planificateurs financiers, courtiers en valeurs mobilières, etc.

Si la fiducie détient des immeubles, les mêmes informations peuvent être obtenues à l'égard des personnes suivantes, à savoir : gardien d'immeuble, concierge, plombier, électricien, entrepreneur, toute autre personne qui rend habituellement des services ou vend certains biens relativement à l'exploitation des immeubles, etc.

3.8. DIVISION 8 – « AUTRES »

Dans cette division, nous pouvons inclure d'autres documents non formellement visés par les autres divisions tels achat de biens, rapport d'évaluation, correspondance, etc.

Notes

Tout avis ou écrit quelconque devant être communiqué au constituant, aux fiduciaires, à un bénéficiaire ou à la fiducie doit être inclus dans la division appropriée. Par exemple, s'il s'agit d'un avis visant un fiduciaire, ledit avis devrait être dans la division « Fiduciaires ». S'il s'agit d'un avis visant un bénéficiaire, l'avis devrait plutôt être dans la division « Bénéficiaires ».

⁶⁵ J. BEAULNE, *op. cit.*, note 9, p. 331.

Tout comme dans un livre de compagnie, les décisions sont généralement insérées dans leur ordre chronologique. De plus en plus, les autorités fiscales demandent à consulter le livre de la fiducie.

Compte tenu de l'importance des jours de dispositions⁶⁶ présumées, immédiatement après la page couverture du livre de la fiducie, nous ajoutons sur une feuille de papier coloré le texte suivant : « **Premier jour de disposition** (28 janvier 2030) ».

Selon les lois fiscales, dans le cas de FIDUCIE FAMILIALE ***, le premier jour de disposition présumée de ses biens aura lieu le 28 janvier 2030 et tous les 21 ans par la suite.

Si aucune planification n'est effectuée, la fiducie sera alors réputée avoir disposé de tous ses biens et en avoir reçu un produit de disposition égal à la juste valeur marchande des biens à ce moment. Il pourrait en résulter la réalisation d'un gain en capital important.

À cet effet, on trouvera ci-après le texte intitulé « Planification à l'égard de la gestion des jours de disposition présumée (21 ans) » qui a fait l'objet d'une publication dans la revue *La Cible* de l'Institut québécois de planification financière. On consultera également un texte plus technique et surtout destiné aux fiscalistes⁶⁷, aussi disponible sur Internet⁶⁸.

« Planification à l'égard de la gestion des jours de disposition présumée (21 ans) »

Les lois fiscales prévoient pour les fiducies ordinaires entre vifs une disposition présumée des immobilisations, amortissables ou non, détenues par une fiducie, 21 ans après le jour où la fiducie a été constituée et à tous les 21 ans du dernier jour de disposition par la suite.

Le gain en capital imposable à ajouter dans le revenu de la fiducie ne peut pas faire l'objet d'une déduction dans le calcul de son revenu. Il ne peut donc pas être fractionné à l'aide de paiements à un ou à plusieurs des bénéficiaires.

⁶⁶ Par 104(4) L.I.R.

⁶⁷ Marc JOLIN, « Planification à l'égard de la gestion des jours de disposition présumée (21 ans) », dans *Colloque – Les fiducies : nouveautés et opportunités de planification*, 138, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 3:1-45.

⁶⁸ En ligne : www.marcejolin.com, à la rubrique « Scénarios et documents ».

Parmi les raisons invoquées par les clients pour maintenir la détention des biens en fiducie au-delà de la 21^e année après sa constitution, voici les plus fréquentes :

- mésentente entre les enfants bénéficiaires de la fiducie;
- instabilité matrimoniale d'un ou plusieurs des bénéficiaires de la fiducie;
- difficulté financière d'un ou plusieurs des bénéficiaires de la fiducie;
- immaturité d'un ou plusieurs des bénéficiaires de la fiducie;
- inaptitude légale d'un ou plusieurs des bénéficiaires de la fiducie;
- bénéficiaires sous mauvaise influence;
- bénéficiaires fragiles psychologiquement;
- bénéficiaires avec des problèmes de consommation.

Les actes de fiducie entre vifs ne devraient donc pas forcer la liquidation d'une fiducie au cours de la 20^e année de son existence.

La presque totalité des techniques efficaces visant à gérer adéquatement les incidences fiscales potentielles résultant de l'application des règles de la disposition présumée au jour de disposition (21 ans) doit être prévue dans l'acte de fiducie au moment de sa constitution.

Lorsque l'acte de fiducie contient les clauses appropriées, il sera alors possible d'éviter les impôts au moment de la disposition présumée et, dans plusieurs situations, d'assurer une flexibilité à l'égard des revenus futurs et de la totalité de la plus-value future des biens après un jour de disposition, et finalement d'assurer une certaine protection à l'égard des biens qui pourraient être remis à certains des bénéficiaires de la fiducie.

Les principales clauses qu'un acte de fiducie doit prévoir sont les suivantes :

- celles prévoyant des remises à charge;
- celles prévoyant diverses réorganisations, comme le pouvoir de procéder à un échange des actions participantes détenues par la fiducie contre des actions non participantes et non votantes de la même compagnie qui seront remises avant le moment de disposition présumée aux bénéficiaires, la fiducie souscrivant alors aux nouvelles actions votantes et participantes lui assurant toute la flexibilité future après le moment de disposition;

- celles prévoyant des remises aux conjoints des bénéficiaires ou à une fiducie au bénéfice d'un bénéficiaire;
- celles obligeant tout bénéficiaire de la fiducie d'adhérer à toute convention entre actionnaires avant une remise d'actions;
- celles permettant de faire en sorte que, par la signature d'un acte de dévolution irrévocable, l'ensemble des participations quant à la totalité des bénéfices présents et futurs résultant de l'acte de fiducie devienne dévolu irrévocablement, faisant en sorte que la fiducie ne soit plus sujette aux règles de disposition présumée; par cet ensemble de clauses, la fiducie cesse de devenir discrétionnaire pour se transformer en une fiducie dont toutes les participations tant au capital qu'au revenu sont fixes et précisément dévolues. À compter du moment de la signature de l'acte de dévolution, le statut de chacun des bénéficiaires de la fiducie ressemble à celui d'un contribuable qui détiendrait une participation dans une fiducie de fonds mutuels. Les biens appartenant à la fiducie continuent donc d'être gérés par les fiduciaires sans impôt à payer au jour de disposition.

Le choix de la méthode à utiliser dépend de plusieurs facteurs dont les principaux sont les raisons pour lesquelles le client ne désire pas remettre le capital à un ou certains des bénéficiaires. En effet, la technique retenue ne sera pas la même si le motif est plutôt une question d'immaturité psychologique du bénéficiaire que si le motif est que le bénéficiaire est à ce moment dans une situation où il est ou risque de devenir insolvable. Dans certaines situations, le client voudra s'assurer que la propriété des biens en fiducie ne soit pas remise au bénéficiaire alors que dans d'autres situations, le client désire surtout que le bénéficiaire ne soit pas en mesure d'administrer les biens qu'il reçoit.

La planification en prévision des jours de disposition présumée à chaque 21 ans est d'autant plus facile et permet de rencontrer les objectifs de nos clients si l'acte de fiducie a été rédigé avec soin.

Heureusement, plusieurs mécanismes différents permettent de bien gérer le moment de la disposition des biens au jour appelé "jour de disposition". »

4. NOUVEAUTÉS EN MATIÈRE DE PLANIFICATION TESTAMENTAIRE DEPUIS 2010

4.1. ROULEMENT À UN RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-INVALIDITÉ

Au Congrès 2009 de l'APFF, une conférence synthèse a été présentée sur la planification testamentaire⁶⁹. Depuis cette date, la seule modification législative proposée ayant un impact sur la planification testamentaire a été

⁶⁹ M. JOLIN, *loc. cit.*, note 34.

introduite dans le Budget fédéral 2010⁷⁰. Le 27 août 2010, le ministre des Finances a ensuite déposé les Propositions législatives concernant la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la *Loi sur le droit pour la sécurité des passagers du transport aérien*, la *Loi de 2001 sur l'accise* et la *Loi sur la taxe d'accise* (« Propositions 2010 »)⁷¹.

Pour les décès survenant après le 3 mars 2010, les remboursements de primes⁷² d'un REÉR, la prestation désignée⁷³ provenant d'un FERR ainsi que les montants provenant d'un régime de pension agréé (RPA) pourront être transférés sans incidence fiscale à un régime enregistré d'épargne-invalidité (« REÉI ») au bénéfice d'un enfant ou d'un petit-enfant ayant une déficience et qui était financièrement à la charge⁷⁴ du particulier décédé⁷⁵. Ce nouveau roulement est introduit par un nouvel alinéa 60m) L.I.R.⁷⁶ et par l'ajout du nouvel article 60.02 L.I.R.

Pour que le roulement soit possible, les huit conditions suivantes devront être remplies :

⁷⁰ CANADA, ministre des Finances, *Le plan budgétaire de 2010*, 4 mars 2010, Annexe 5 : 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* (« Avis »), art. 5.

⁷¹ CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2010-074, « Le gouvernement du Canada publie des propositions législatives fiscales aux fins de consultation », 27 août 2010.

⁷² Par. 146(1) « remboursement de primes » L.I.R.

⁷³ Par. 146.3(1) « prestation désignée » L.I.R.

⁷⁴ Marc JOLIN, *Les impôts sur le revenu et le décès*, t. 2, Montréal, Association de planification fiscale et financière, novembre 2004, feuilles mobiles, partie II, chapitre 4, section 4.

⁷⁵ Ce mécanisme ne fonctionne pas pour les sommes provenant de RPA parce que le choix prévu au paragraphe 104(27) L.I.R. ne fonctionne pas si le RPA est reçu par une succession qui le remet à une fiducie au bénéfice de l'enfant, laquelle le remet à ou pour le compte de l'enfant. Contrairement à la formulation utilisée au paragraphe 146(8.1) L.I.R., le concept de « droit de bénéficiaire » n'est pas utilisé dans le contexte du RPA.

⁷⁶ Selon le paragraphe 61(1) des Propositions 2010, l'alinéa 60m) L.I.R. sera remplacé par ce qui suit : « m) la somme que permet l'article 60.02 au titre de paiements à un régime enregistré d'épargne invalidité; [...] ». Ce paragraphe s'applique à compter du 4 mars 2010.

1. Le particulier admissible⁷⁷ était l'enfant⁷⁸ ou le petit-enfant du contribuable décédé et était, au moment du décès de celui-ci, financièrement à sa charge en raison d'une déficience mentale ou physique.
2. La déduction ne doit pas dépasser le « produit admissible »⁷⁹. Un produit admissible est défini comme une somme qu'un particulier admissible reçoit par suite du décès, après le 3 mars 2010 d'un de ses parents ou grands-parents et qui constitue, selon le cas :
 - a) Un remboursement de primes d'un REÉR;
 - b) Un montant admissible d'un FERR;
 - c) Un paiement provenant d'un RPA⁸⁰.
3. Le montant doit être payé au REEI cours de l'année de l'encaissement ou dans les 60 jours suivant la fin de l'année⁸¹.
4. Le titulaire du REEI et le particulier admissible désignent la cotisation au REEI dans le formulaire prescrit, au moment où elle est versée⁸².
5. Le paiement de REEI déterminé est conforme aux conditions énoncées aux alinéas 146.4(4)f) à h) L.I.R.⁸³ Ces conditions visent certaines clauses que les modalités du REEI doivent prévoir aux fins d'obtenir l'enregistrement. Il s'agit des suivantes. Le régime doit prévoir que des cotisations ne puissent être versées si au moment du versement, le bénéficiaire n'est pas un particulier admissible au crédit d'impôt pour personne handicapée (CIPH)⁸⁴ ou s'il est décédé avant ce moment.

⁷⁷ Par. 60.02(1) « particulier admissible » L.I.R.

⁷⁸ Par. 252(1) L.I.R.

⁷⁹ Par. 60.02(1) « produit admissible » L.I.R.

⁸⁰ Sauf un paiement afférent à un surplus actuariel ou faisant partie d'une série de paiements périodiques.

⁸¹ S.-al. 60.02(2)a)(i) L.I.R. Le texte prévoit « ou au cours de toute période plus longue suivant la fin de l'année que le ministre estime acceptable, [...] ».

⁸² Par. 60.02(1) « paiement de REEI déterminé », al. d) L.I.R.

⁸³ Par. 60.02(1) « paiement de REEI déterminé », al. b) L.I.R.

⁸⁴ Par. 146.4(1) « particulier admissible au CIPH » L.I.R. Plus spécifiquement, un particulier à l'égard duquel une somme est déductible en application de l'article 118.3 L.I.R., c'est-à-dire à l'égard du crédit d'impôt pour déficience mentale ou physique.

Le bénéficiaire ne doit pas être âgé de 60 ans ou plus et doit résider au Canada au moment du versement de la cotisation. Le total de la cotisation à verser et des autres cotisations versées antérieurement au plus tard au moment du versement d'une cotisation au REÉI ou à tout autre REÉI du bénéficiaire ne doit pas dépasser 200 000 \$. De plus, le régime ne peut permettre que des cotisations y soient versées par une entité qui n'est pas un titulaire⁸⁵, sauf par consentement écrit d'un titulaire du régime.

6. Le paiement de REÉI déterminé est fait après juin 2011⁸⁶.
7. Le paiement de REÉI déterminé qui se qualifie à la déduction ne peut être supérieur au total des produits admissibles qui sont inclus dans le calcul du revenu du contribuable (le particulier admissible) pour l'année.
8. La déduction n'est pas permise à l'égard de toute somme qui a été déduite dans le calcul du revenu du contribuable pour une année d'imposition antérieure⁸⁷.

Comme le montant qui peut être transféré à un REÉI⁸⁸ se limite au droit de cotisation au REÉI du bénéficiaire et que ce montant est susceptible de varier (par les cotisations versées à tous les REÉI du bénéficiaire antérieurement ou par une hausse éventuelle des plafonds des cotisations), une autre solution simple consiste à laisser des directives au liquidateur pour que ce dernier remette au REÉI du bénéficiaire⁸⁹, à même les REÉR, FERR et RPA provenant du parent ou grand-parent décédé du bénéficiaire, la somme d'argent correspondant au moindre des montants ainsi légués au bénéficiaire et sa limite au droit de cotisation au REÉI.

⁸⁵ Par. 146.4(1) « titulaire » L.I.R. Un titulaire d'un REÉI est l'une des trois entités suivantes : 1) toute entité qui a des droits à titre d'entité avec laquelle l'émetteur a établi le REÉI; 2) toute entité qui a des droits à titre de successeur ou cessionnaire de l'entité visée à l'élément 1) ci-dessus; 3) le bénéficiaire, en d'autres termes, il s'agit d'un bénéficiaire non visé précédemment et qui a le droit aux termes du régime de prendre des décisions.

⁸⁶ Par. 60.02(1) « paiement de REÉI déterminé », al. c) L.I.R.

⁸⁷ Al. 60.02(2)b) L.I.R.

⁸⁸ S.-al. 146.4(4)g)(iii) L.I.R.

⁸⁹ Dans ce cas, si le montant provient de REÉR, le choix prévu au paragraphe 146(8.1) L.I.R. doit être effectué; si les sommes proviennent de FERR, étant des prestations désignées (par. 146.3(1) « prestation désignée » L.I.R.), un choix similaire à celui prévu au paragraphe 146(8.1) L.I.R. pour les REÉR doit être effectué. Si la somme provient du RPA du testateur, le choix prévu au paragraphe 104(27) L.I.R. doit être effectué.

Le paiement de REÉI déterminé à même un REÉR, un FERR ou un RPA du particulier décédé au REÉI dans le cadre d'un roulement réduira le plafond de cotisations cumulatives du bénéficiaire, ne donnera pas droit à des versements au titre des subventions canadiennes pour l'épargne-invalidité (SCÉI)⁹⁰ et sera inclus dans le revenu du bénéficiaire au moment où elle est retirée du REÉI⁹¹.

Comme le concept de « paiement de REÉI déterminé » n'exige pas que le paiement soit effectué par le particulier admissible, pour le testateur qui a prévu un legs à une fiducie de prestations à vie pour son bénéficiaire, il sera possible et plus souple d'ajouter une clause dans une telle fiducie, permettant au fiduciaire de prélever sur le capital de la fiducie une somme aux fins du versement, à même les sommes reçues de REÉR et de FERR, d'un paiement de REÉI déterminé du bénéficiaire.

CONCLUSION

Comme le présent texte l'a démontré, les interactions entre les fiducies entre vifs et la planification testamentaire sont nombreuses, et plusieurs pièges civils et fiscaux guettent les praticiens non avertis. Souhaitons que le présent texte aura ciblé les situations les plus problématiques et les plus fiscalement dangereuses.

L'organisation d'un livre de fiducie ne correspond pas à un cadre législatif ou réglementaire imposé par les dispositions du Code civil ou des lois fiscales. Cependant, la structure présentée dans le présent texte utilisée par l'auteur depuis plusieurs années a fait ses preuves et est facile à consulter par les fiduciaires et par les bénéficiaires.

La possibilité de pouvoir transférer sans impôts une partie de ses REÉR, FERR ou RPA au REÉI d'un enfant ou petit-enfant financièrement à la charge du testateur en raison d'une déficience mentale ou physique, et ce,

⁹⁰ CANADA, ministre des Finances, *op. cit.*, note 70, Annexe 5, « Mesures fiscales : Renseignements supplémentaires ».

⁹¹ En effet, selon l'article 10 de l'Avis, la cotisation au REÉI provenant des régimes ne peut être ajoutée à la partie non imposable d'un paiement d'aide à l'invalidité visé au paragraphe 146.4(7) L.I.R. En conséquence, selon le paragraphe 146.4(6) L.I.R., le paiement à un bénéficiaire provenant d'une cotisation ayant fait l'objet d'un roulement d'un REÉR, d'un FERR ou d'un RPA aura pour effet d'augmenter la proportion du paiement qui sera incluse dans le calcul de son revenu pour l'année au cours de laquelle le paiement est effectué.

jusqu'à concurrence du solde de son droit de cotisation sera une possibilité intéressante, malgré la perte de la petite subvention gouvernementale, chaque fois que l'inclusion de la valeur marchande du remboursement de primes du REÉR, de la prestation désignée provenant d'un FERR ou d'une inclusion d'un montant provenant d'un RPA aurait été imposée à des taux d'impôt élevés⁹².

⁹² Dans les situations où le particulier décédé a un niveau de pertes disponibles (perte autre qu'une perte en capital selon le paragraphe 111(8) L.I.R.) pour l'année d'imposition de son décès en quantité suffisante pour annuler complètement l'impôt à payer résultant de l'inclusion de la valeur marchande des sommes provenant de ses REÉR et FERR, le titulaire du REEI et le bénéficiaire ne devraient pas remplir le formulaire prescrit (condition numéro 5) et ne pas faire une telle cotisation afin que ladite somme n'ait pas pour effet de limiter le montant des subventions disponibles par ailleurs et de faire en sorte qu'une plus grande partie des futurs paiements d'aide à l'invalidité (par. 146.4(1) « paiement d'aide à l'invalidité » L.I.R.) soit à inclure dans le revenu du bénéficiaire (par. 146.4(6) L.I.R.).

POT-POURRI FISCAL



Pierre Fleury
CA, M. Fisc.
Rocheleau, Labranche
et associés, CA inc.



Michel Durand
Avocat, D. Fisc.
RSM Richter
Chamberland
s.e.n.c.r.l.



Caroline Renaud
Avocate, M. Fisc.
Raymond Chabot
Grant Thornton
s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (PIERRE FLEURY)
Pénalités et délais de production

INTRODUCTION 41:5

1. DÉLAI DE PRODUCTION 41:6

1.1. CHOIX MODIFIÉ, ANNULÉ OU PRODUIT EN RETARD 41:6

1.2. DÉLAIS ET JOURS FÉRIÉS 41:8

1.2.1. Fédéral 41:8

1.2.2. Revenu Québec 41:13

1.3. DIVULGATION VOLONTAIRE 41:16

1.4. FIDUCIES 41:18

1.4.1. Production du Formulaire T3 lorsque
le paragraphe 75(2) L.I.R. s’applique..... 41:18

1.4.2. Fiducies – Obligation de produire 41:19

1.4.3.	Délai de production de la déclaration de revenus des fiduciaires.....	41:20
1.5.	SOCIÉTÉS DE PERSONNES.....	41:21
1.5.1.	Exemption de production des Formulaires T5013	41:21
1.5.2.	Période de prescription pour les associés d'une société de personnes exemptée de produire la déclaration de renseignements	41:21
1.5.3.	Nouvelles exigences en matière de production des déclarations de sociétés de personnes en 2011	41:22
1.6.	FORMULAIRES T1135 QUI ONT DONNÉ DES MAUX DE TÊTE AUX FISCALISTES.....	41:24
1.6.1.	Actions cotées à une Bourse étrangère détenues chez un courtier canadien et Formulaire T1135.....	41:25
1.7.	IMPOSITION DE PÉNALITÉS PAR L'ARC À L'ÉGARD DE FORMULAIRES NON PRODUITS.....	41:25
1.8.	OBLIGATION DE PRODUIRE LE FEUILLET T4A.....	41:25
2.	PÉNALITÉS.....	41:26
	CONCLUSION	41:26
	TABLEAU 1.....	41:27
	TABLEAU 2.....	41:29
	TABLEAU 3.....	41:38
	TABLEAU 4.....	41:44
	TABLEAU 5.....	41:52
	TABLEAU 6.....	41:82

PARTIE B (MICHEL DURAND) TEXTE NON REMIS

PARTIE C (CAROLINE RENAUD)

Quoi de neuf en matière de philanthropie?

	INTRODUCTION.....	41:86
1.	DISTINCTIONS ENTRE LES DIFFÉRENTS ORGANISMES DE BIENFAISANCE	41:87
1.1.	ŒUVRES DE BIENFAISANCE.....	41:87
1.2.	FONDATEURS PUBLICS	41:89

1.3.	FONDATEIONS PRIVÉES	41:90
2.	CONTINGENT DES VERSEMENTS	41:92
3.	RÉGIME DE PARTICIPATION EXCÉDENTAIRE	41:95
3.1.	PALIER DE PARTICIPATION ADMISSIBLE	41:96
3.2.	PALIER DE SURVEILLANCE	41:96
3.3.	PALIER D'EXIGENCE DE DESSAISSEMENT	41:96
3.4.	PERSONNE INTÉRESSÉE	41:97
3.5.	DISPOSITION TRANSITOIRE.....	41:98
3.6.	ACTIONS EXONÉRÉES.....	41:99
3.7.	DÉLAIS ACCORDÉS POUR LE DESSAISSEMENT DES TITRES EXCÉDENTAIRES	41:100
3.8.	ACTIONS DÉTENUES PAR L'INTERMÉDIAIRE D'UNE FIDUCIE ET MESURES ANTIÉVITEMENT	41:101
3.9.	PÉNALITÉS	41:102
4.	DÉLIVRANCE DES REÇUS	41:104
4.1.	MONTANT ADMISSIBLE D'UN DON	41:104
4.2.	LIMITES À LA VALEUR DU DON	41:105
4.3.	ÉVALUATION DES DONS AUTRES QU'EN ESPÈCES.....	41:108
4.4.	REÇUS POUR DONS	41:108
5.	SANCTIONS APPLICABLES AUX OBE	41:109
5.1.	PRODUCTION TARDIVE DE LA DÉCLARATION DE RENSEIGNEMENTS	41:110
5.2.	DÉLIVRANCE DE REÇUS	41:110
5.3.	AVANTAGES INJUSTIFIÉS	41:111
5.4.	ACQUISITION DU CONTRÔLE D'UNE SOCIÉTÉ	41:112
5.5.	ACTIVITÉS COMMERCIALES	41:112
5.6.	REPORT DE DÉPENSES	41:112
5.7.	PAIEMENT DES PÉNALITÉS	41:113
5.8.	IMPÔT DE RÉVOCATION.....	41:113
	CONCLUSION	41:114

PARTIE A**Pénalités et délais de production**

Pierre Fleury, CA, M. Fisc.
Rocheleau, Labranche et associés, CA inc.

INTRODUCTION*

La conformité occupe une place de choix en fiscalité. Il y a une multitude de formulaires à produire. Les Formulaires T1, TP1, T2, CO-17, T3 et TP-646 et les annexes qui les accompagnent comptent pour une partie importante des documents produits et acheminés aux autorités fiscales.

Mais ce n'est pas tout, il y a tous ces autres formulaires plus ou moins connus qu'il faut remplir. Dans certains cas, on ne parle même pas de formulaire prescrit à remplir, mais de lettres qui servent à effectuer un choix fiscal.

Puisque nous sommes au Québec, en plus du formulaire fédéral, il faut se demander si un formulaire équivalent existe au Québec ou si le formulaire fédéral doit être expédié au Québec.

Les tableaux en annexe du présent texte répertorient les principaux formulaires fiscaux avec la référence aux articles de lois fiscales, une petite explication et les délais de production. Les formulaires équivalents au Québec sont indiqués lorsque cela s'applique et il y a les situations où seulement les formulaires du Québec sont nécessaires. En ce qui concerne les tableaux en annexe, nous désirons mettre en garde les lecteurs relativement aux changements fréquents apportés dans les formulaires.

Il faut évidemment respecter les délais de production pour les formulaires afin d'éviter des pénalités coûteuses. Malheureusement, tout n'est pas clair pour les délais de production, puisque parfois même les lois fiscales sont muettes sur ces délais. Dans certains cas, nous avons consulté les informations figurant sur les formulaires pour les délais de production. Nous invitons les lecteurs à nous faire part de tout commentaire.

* L'auteur tient à remercier M. Pierre Lessard de sa précieuse collaboration à la préparation du présent texte. L'auteur est cependant responsable de toute erreur ou omission.

Le tableau 3 passe en revue les principales pénalités tant au fédéral qu'au Québec.

Nous verrons certaines solutions de rechange pour éviter des pénalités ou même les minimiser.

Chaque année, des questions se posent sur les formulaires. Faut-il produire? Si oui, quand produire? Quel formulaire utiliser?

Le texte se limite à la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ et à la *Loi sur les impôts*² du Québec. Le même exercice pourrait s'appliquer pour les taxes à la consommation et d'autres taxes.

1. DÉLAI DE PRODUCTION

Il n'est pas toujours facile de déterminer les dates de production des différents formulaires puisque la *Loi de l'impôt sur le revenu* et la *Loi sur les impôts* ne sont pas toujours explicites à ce sujet. Il faut se tourner vers les formulaires pour plus de détails. Certains formulaires indiquent des dates de production et d'autres pas.

Les tableaux 1, 4 et 5 passent en revue les formulaires et les délais de production. Il faut s'assurer de respecter les délais en question. Prenons, par exemple, les Formulaires T1 et TP1, il est souvent préférable de produire les formulaires dans les délais même si nous n'avons pas toutes les informations, de façon à éviter les pénalités statutaires³. La meilleure stratégie est de produire des formulaires modifiés lorsque les informations sont complètes.

1.1. CHOIX MODIFIÉ, ANNULÉ OU PRODUIT EN RETARD

Une option intéressante est la possibilité de produire un choix fiscal en retard, de modifier un choix déjà effectué ou même d'annuler un choix déjà produit. Il peut y avoir des coûts à cette stratégie, mais c'est tout de même préférable à ne pas faire de choix. Par exemple, un montant de 100 \$ par mois est moins coûteux qu'un formulaire de roulement non produit où il y

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

² L.R.Q., c. I-3 et mod. (« L.I. »).

³ Par. 162(1) L.I.R. et art. 1045 L.I.

aurait un gain en capital important⁴ à ajouter aux revenus de la personne qui a disposé du bien.

Tant la *Loi de l'impôt sur le revenu* que la *Loi sur les impôts* offrent la possibilité d'effectuer des choix tardifs ou de modifier ou annuler des choix fiscaux⁵. L'article 600 *Règlement de l'impôt sur le revenu*⁶ énumère les différentes dispositions visées par le paragraphe 220(3.2) L.I.R.⁷ Nous serons à même de constater que les articles équivalents au Québec n'offrent pas la même possibilité de choix modifié, annulé ou produit en retard qu'avant le 20 décembre 2006, à savoir qu'auparavant un choix modifié distinct pour le Québec pouvait être effectué. Le 20 décembre 2006, le ministère des Finances du Québec a frappé un grand coup en annonçant dans le *Bulletin d'information 2006-6*⁸ l'abolition d'une multitude de choix distincts québécois. Nous vous invitons à consulter un texte antérieur publié en 2007⁹ pour plus de détails.

Dans le cadre de la mesure relative à l'abolition des choix québécois distincts, plusieurs dispositions de la *Loi sur les impôts* ont été modifiées relativement à des choix faits après le 19 décembre 2006. Sommairement, l'application d'une disposition donnée de la *Loi sur les impôts*, qui comportait l'exercice d'un choix, dépend depuis de l'exercice ou non, aux fins fédérales, du choix correspondant de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

À cet égard, le nouveau chapitre V.2 du titre II du livre I de la partie I, contenant les articles 21.4.4 à 21.4.15, a été ajouté dans la *Loi sur les impôts* de manière à prévoir certaines règles générales, principalement d'ordre administratif et transitoire, concernant les divers choix concernés par cette mesure.

⁴ Il faut compter en tout 200 \$ par mois, 100 \$ au fédéral pour le Formulaire T2057 et 100 \$ au Québec pour le Formulaire CO-518.

⁵ Par. 220(3.2) L.I.R. et art. 1056.4 L.I.

⁶ C.R.C., 1978, ch. 945 et mod. (« R.I.R. »).

⁷ Art. 1056.4R1 L.I.

⁸ QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information 2006-6*, « Ajustements à diverses mesures fiscales et harmonisation à la législation fédérale », 20 décembre 2006, pp. 10-12.

⁹ Pierre FLEURY, « Développements récents et nouveautés en matière de réorganisation privée », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 3:1-48, section 3, aux pages 3:14-34.

Le nouvel article 21.4.8 L.I. concerne la situation où un choix en vertu d'une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est fait en retard, modifié ou annulé après le 19 décembre 2006 par suite de l'application du paragraphe 220(3.2) L.I.R. De plus, une pénalité est alors encourue. La pénalité est égale à 100 \$ pour chaque mois entier compris dans la période commençant le jour où, au plus tard, le choix ou le choix modifié ou annulé devait être fait et se terminant le jour où l'avis prévu est transmis au ministre, jusqu'à concurrence de 5 000 \$.

Le nouvel article 21.4.6 L.I. prévoit l'obligation de transmettre au ministre du Revenu du Québec une copie des documents transmis au ministre du Revenu du Canada dans le cadre du choix fédéral correspondant fait après le 19 décembre 2006.

La date limite de transmission au Québec est soit celle du 30^e jour suivant celui de l'exercice du choix, soit, si elle est postérieure, la date d'échéance de production qui est applicable à l'auteur du choix ou au membre de la société de personnes, selon le cas, concernant l'année d'imposition pour laquelle le choix doit être transmis au ministre du Revenu du Canada.

Le tableau 2 donne la liste des différents articles pour lesquels il est possible de faire un choix fiscal.

1.2. DÉLAIS ET JOURS FÉRIÉS

Que se passe-t-il lorsque le délai de production d'un formulaire expire un jour férié ou un samedi ou dimanche? C'est une situation que nous vivons régulièrement et la question se pose toujours.

1.2.1. Fédéral

Au fédéral, il faut s'en remettre à l'article 26 de la *Loi d'interprétation*¹⁰ fédérale : « 26. Tout acte ou formalité peut être accompli le premier jour ouvrable suivant lorsque le délai fixé pour son accomplissement expire un jour férié. »

La seconde question est de déterminer ce qui est compris dans les jours fériés :

¹⁰ *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21 et mod. (« L.I.C. »).

« “jour férié” Outre les dimanches, le 1^{er} janvier, le vendredi saint, le lundi de Pâques, le jour de Noël, l’anniversaire du souverain régnant ou le jour fixé par proclamation pour sa célébration, la fête de Victoria, la fête du Canada, le premier lundi de septembre, désigné comme fête du Travail, le 11 novembre ou jour du Souvenir, tout jour fixé par proclamation comme jour de prière ou de deuil national ou jour de réjouissances ou d’action de grâces publiques :

- a) pour chaque province, tout jour fixé par proclamation du lieutenant-gouverneur comme jour férié légal ou comme jour de prière ou de deuil général ou jour de réjouissances ou d’action de grâces publiques, et tout jour qui est un jour non juridique au sens d’une loi provinciale;
- b) pour chaque collectivité locale – ville, municipalité ou autre circonscription administrative –, tout jour fixé comme jour férié local par résolution du conseil ou autre autorité chargée de l’administration de la collectivité¹¹. »

La jurisprudence confirme la législation ainsi lorsque le ministre demande de produire des documents dans un délai déterminé tombant un jour férié, le délai prend fin le jour ouvrable qui suit comme l’indique l’arrêt *Sherban c. MRN*¹².

Toutefois, la première constatation est que le samedi n’est pas un jour férié. Y a-t-il un problème alors si la date de production est un samedi?

Que se passe-t-il avec des législations connexes?

La *Loi sur la Cour canadienne de l’impôt*¹³ est plus flexible : « 15. Le délai qui expirerait normalement un jour férié ou un samedi est prorogé jusqu’au premier jour non férié, ou jusqu’au lundi, suivant¹⁴. »

Malheureusement, la *Loi de l’impôt sur le revenu* est plus restrictive.

Date de réception des documents

Le paragraphe 248(7) L.I.R. indique les paramètres pour la réception des documents et des paiements par l’Agence du revenu du Canada (« ARC ») :

¹¹ Par. 35(1) L.I.C.

¹² 74 D.T.C. 6403 (C.S.C.).

¹³ L.R.C. 1985, ch. T-2 et mod.

¹⁴ L.R. (1985), ch. T-2, art. 15; L.R. (1985), ch. 51 (4^e suppl.), art. 5.

« 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 ou à son règlement est réputée remise ou payée le jour de sa réception par le receveur général. »

Deux éléments sont à considérer : l'envoi du document et le paiement d'un impôt. La première constatation est que les paiements doivent être reçus par l'ARC pour que le compteur s'arrête et que le sceau de la poste ne suffit pas à cet effet.

Un contribuable pourrait s'acquitter de son obligation en postant un document le samedi, mais le paiement ne serait pas considéré comme reçu par l'ARC.

Toutefois, puisque les samedis ne sont pas compris dans les jours fériés, la question demeure pour un formulaire dont le délai de production tombe un samedi et pour le paiement. La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne nous est pas d'un grand secours, voyons ce que les principaux guides fiscaux nous disent.

Guide T2 – Déclaration de revenus des sociétés T4012¹⁵

Examinons les deux passages suivants :

« Si la date limite de production de la déclaration tombe un samedi, un dimanche ou un jour férié, elle est reportée au prochain jour ouvrable¹⁶. »

« Nous considérons que le paiement a été effectué à la date où nous le recevons, et non à la date où il est mis à la poste. Le paiement peut tomber un samedi, un dimanche ou un jour férié. Si c'est le cas, nous considérerons le paiement comme ayant été reçu à temps pour le calcul de l'intérêt et des pénalités sur les acomptes provisionnels, si nous le recevons le premier jour ouvrable suivant la date d'échéance¹⁷. »

¹⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, Guide T4012, *Guide T2 – Déclaration de revenus des sociétés*, Rév. 11.

¹⁶ *Id.*, p. 11.

¹⁷ *Id.*, p. 12.

Il n'y a donc pas de problème tant pour la production du Formulaire T2 que pour le paiement d'un solde lorsque la date d'échéance est un samedi.

Guide général d'impôt et de prestations – 2009 5000-G¹⁸

Les éléments du guide qui nous concernent sont ceux-ci :

« Si l'une des dates limites pour produire votre déclaration mentionnées précédemment tombe un samedi, un dimanche ou un jour férié reconnu par l'ARC, nous considérerons votre paiement ou votre déclaration comme reçu à temps si nous le recevons le jour ouvrable suivant ou s'il porte le cachet postal de ce même jour¹⁹. »

« Lorsqu'une date limite tombe un samedi, un dimanche ou un jour férié reconnu par l'ARC, nous considérerons votre paiement ou votre déclaration comme étant reçu à temps si nous le recevons le jour ouvrable suivant ou s'il porte le cachet postal de ce même jour²⁰. »

Donc, le samedi n'est pas un problème pour une Déclaration T1 et pour le paiement du solde de l'impôt.

T3 – Guide des fiducies T4013²¹

« Si la date limite de production de la déclaration tombe un samedi, un dimanche ou un jour férié, nous considérons que la déclaration a été produite à temps si le jour où elle est livrée ou le jour indiqué sur le cachet de la poste correspond au premier jour ouvrable suivant la date limite de production²². »

Sur le plan administratif, l'ARC accepte de reporter la date de production qui tombe un samedi le premier jour ouvrable qui suit.

¹⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, Guide 5000-G-2009, *Guide général d'impôt et de prestations 2009*.

¹⁹ *Id.*, p. 6.

²⁰ *Id.*, p. 60.

²¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, Guide T4013, *T3 – Guide des fiducies – 2010*.

²² *Id.*, p. 14.

Demande pour la recherche scientifique & développement expérimental (« RS & DE »)

Enfin, l'ARC précise dans sa politique d'application la date de réception d'une réclamation de RS & DE. Une réclamation livrée de main en main sera datée au moyen d'un timbre dateur et sera considérée comme ayant été produite ce jour-là. La demande effectuée par courrier sera, quant à elle, considérée comme produite à la date du cachet de la poste. Par ailleurs, l'ARC précise que si la date d'échéance de production d'un contribuable tombe un samedi, un dimanche ou un jour férié, la demande sera considérée comme produite à temps si la date où elle est livrée ou la date du cachet de la poste est celle du jour ouvrable suivant la date d'échéance de production²³.

Guide des acomptes provisionnels pour les sociétés²⁴

Dans ce guide, on peut lire ce qui suit : « Si votre paiement tombe un samedi, un dimanche ou un jour férié, nous considérons l'avoir reçu à temps s'il nous parvient le premier jour ouvrable suivant la date d'échéance²⁵. »

Une fois de plus, l'ARC permet au contribuable de faire le versement d'un acompte provisionnel qui tombe un samedi le jour ouvrable suivant.

Dans le cas du fédéral, le délai qui expirerait normalement un jour férié ou un samedi est prorogé jusqu'au premier jour non férié, ou jusqu'au lundi, suivant.

Qu'en est-il pour le paiement qui accompagne un formulaire ou le paiement sans formulaire?

« “date d'échéance de production”. — “date d'échéance de production” Le jour où un contribuable est tenu de produire sa déclaration de revenu en vertu de la partie I pour une année d'imposition ou le jour où il serait tenu de la produire s'il avait un impôt à payer pour l'année en vertu de cette partie²⁶. »

²³ Sébastien RHEAULT, « Aléas entourant le dépôt d'une réclamation – Les exigences de production relatives aux demandes pour la RS & DE exercées au Canada », dans *Colloque – Échanges pratiques avec les professionnels de la RS & DE*, 148, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, section 1.

²⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, Guide T7B-Corp, *Guide des acomptes provisionnels pour les sociétés 2011*.

²⁵ *Id.*, p. 11.

²⁶ Par. 248(1) L.I.R. et art. 1 L.I.

Délai pour les oppositions

Dans le cas des oppositions, contrairement à plusieurs situations où des allègements administratifs sont accordés, il ne semble pas y avoir d'indications dans les guides qui indiquent qu'un allègement administratif s'applique si la date d'échéance tombe un samedi. Le contribuable doit donc poster à tout prix le Formulaire T400A le samedi ou même l'envoyer par télécopieur. Toutefois, le ministre du Revenu pourrait appliquer le paragraphe 220(3) L.I.R. et proroger le délai fixé pour faire une opposition en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

1.2.2. Revenu Québec

Revenu Québec s'est déjà prononcé sur la date de production des déclarations de revenus et la date de paiement.

Il faut, selon Revenu Québec, s'en remettre à l'article 52 de la *Loi d'interprétation* au Québec²⁷, qui prévoit les règles applicables lorsque le délai fixé pour la production d'un document ou le paiement d'un montant expire un jour férié : le délai est prolongé jusqu'au jour non férié suivant. Malheureusement, la loi est silencieuse lorsque le délai expire un samedi ou un jour férié reporté comme ce fut le cas lors du 30 juin 2006, date à laquelle le congé férié du 1^{er} juillet a été reporté.

Revenu Québec a analysé des situations quand expire le délai :

- a) de production d'une déclaration de revenus ou de tout autre formulaire;
- b) de paiement d'un solde d'impôt, des acomptes provisionnels, des retenues à la source (« RAS ») ou des paiements de la taxe sur les produits et services et de la taxe de vente du Québec (TPS/TVQ);

tout en précisant ce que signifie être reçu par Revenu Québec (par exemple, date estampillée par Postes Canada, par une banque ou par Revenu Québec).

Selon l'article 52 de la *Loi d'interprétation* du Québec, lorsque le délai fixé pour l'accomplissement d'une chose expire un jour férié, ce délai est prolongé jusqu'au jour non férié suivant et le samedi n'est pas un jour férié, tel qu'il est défini au paragraphe 61 23) L.I.Q.

²⁷ L.R.Q., c. I-16 et mod. (« L.I.Q. »).

Ainsi, selon la *Loi d'interprétation* du Québec, la production d'une déclaration de revenus ou d'un formulaire prescrit expirant un jour férié peut être effectuée le jour non férié suivant, sans qu'une pénalité pour production tardive soit appliquée.

L'article 36 de la *Loi sur le ministère du Revenu*²⁸ confère au ministre le pouvoir discrétionnaire de proroger le délai fixé en vertu d'une loi fiscale pour produire une déclaration ou un rapport ou pour fournir un renseignement, lorsque ce délai expire un samedi, jour non férié. Par exemple, en 2006, Revenu Québec a informé les entreprises qu'elles bénéficiaient d'un délai additionnel pour transmettre les déclarations qu'elles auraient dû produire au plus tard le 30 juin 2006, ainsi en raison de la fête du Canada, les entreprises avaient jusqu'au mardi 4 juillet 2006 pour produire leurs déclarations.

Le paiement d'un solde d'impôt, d'acomptes provisionnels, de RAS ou de taxes à la consommation échéant un jour férié peut être effectué, selon la *Loi d'interprétation* du Québec, le jour non férié suivant, sans qu'un intérêt sur solde soit calculé. Le paiement venant à échéance un samedi doit être effectué au plus tard ce samedi, sauf un paiement pour la remise hebdomadaire de RAS, lequel peut être effectué le jour non férié suivant.

En effet, aux termes de l'article 1015R14.3 du *Règlement sur les impôts*²⁹, le samedi est assimilé à un jour férié, mais uniquement pour la remise hebdomadaire des RAS que doit effectuer un employeur³⁰.

Enfin, l'article 27.1 L.M.R. prévoit que 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 fonctionnaire de Revenu Québec sur le formulaire relatif à ce paiement. Il en est de même de tout montant ou effet de commerce remis à une institution financière qui est présumé avoir été reçu par le ministre à la date de cette remise³¹.

²⁸ L.R.Q., c. M-31 et mod. (« L.M.R. »).

²⁹ R.R.Q., 1981, c. I-3, r.1 et mod. (« R.I. »).

³⁰ REVENU QUÉBEC, Guide TP-1015.G, *Guide de l'employeur – Retenues à la source et cotisations*, janvier 2011, p. 19.

³¹ « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 52:1-76, question 24, aux pages 52:44-45.

Les guides de la Déclaration de revenus TP-1 et de la déclaration de revenus des sociétés ne font pas mention d'allègement administratif lorsque le délai de production des déclarations de revenus tombe un samedi.

Délai de prescription

Aux fins du calcul du délai prévu à l'article 1010 L.I., si le délai fixé expire un jour férié, ce délai est prolongé jusqu'au jour non férié suivant. Le samedi n'est pas un jour férié³².

Aux termes du paragraphe 23 de l'article 61 de la *Loi d'interprétation*, sont des jours fériés :

- « a) les dimanches;
- b) le 1^{er} janvier;
- c) le Vendredi saint;
- d) le lundi de Pâques;
- e) le 24 juin, jour de la fête nationale;
- f) le 1^{er} juillet, anniversaire de la Confédération, ou le 2 juillet si le 1^{er} tombe un dimanche;
- g) le premier lundi de septembre, fête du Travail;
- g.1) le deuxième lundi d'octobre;
- h) le 25 décembre;
- i) le jour fixé par proclamation du gouverneur général pour marquer l'anniversaire du souverain;
- j) tout autre jour fixé par proclamation ou décret du gouvernement comme jour de fête publique ou d'action de grâces. »

Il y a quand même certaines exceptions pour Revenu Québec en ce qui a trait au samedi. La *Loi concernant la taxe sur les carburants*³³ offre une solution de rechange relativement au samedi pour la transmission du rapport de taxes :

³² REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 1010-3/R2, « Calcul du délai de prescription », 31 août 1995, par. 3.

³³ L.R.Q., c. T-1.

« Si le dernier jour du mois est un samedi ou un dimanche, votre déclaration doit être transmise le lundi au plus tard. Si le dernier jour du mois est un jour férié, le premier jour ouvrable qui suit est alors considéré comme la date limite de production³⁴. »

Le guide des retenues à la source est également permissif dans le cas d'un paiement dû le samedi :

« Si le délai qui vous est accordé pour effectuer votre paiement expire un samedi, un dimanche ou un jour férié, ce délai est prolongé jusqu'au premier des jours suivants qui n'est ni un samedi, ni un dimanche, ni un jour férié³⁵. »

1.3. DIVULGATION VOLONTAIRE

Les programmes de divulgation volontaire (« PDV ») de l'ARC et de Revenu Québec sont souvent des solutions de rechange quand nous nous rendons compte que des formulaires n'ont pas été remis aux autorités fiscales selon les délais prescrits. Toutefois, il y a des conditions à respecter pour produire des formulaires dans le cadre d'une divulgation volontaire.

Pour ce qui est de l'ARC, nous retenons les éléments suivants :

- Ainsi le contribuable ne doit pas être 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 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; **et**
- les mesures d'exécution sont susceptibles d'avoir révélé les renseignements divulgués.

La divulgation doit comprendre des renseignements en retard d'un an ou si en retard de moins d'un an, la divulgation est présentée en vue de corriger une déclaration précédemment produite.

³⁴ Extrait tiré du site de Revenu Québec : REVENU QUÉBEC, *Taxes sur les carburants* (en ligne : <http://www.revenuquebec.ca/fr/entreprise/taxes/carburants/default.aspx>).

³⁵ REVENU QUÉBEC, *op. cit.*, note 30.

L'ARC donne l'exemple suivant³⁶. Le contribuable n'a pas produit de déclarations de revenus pour les années 2000 à 2004. Le 10 novembre 2005, le contribuable a présenté toutes les déclarations de revenus, demandant ainsi qu'elles soient prises en considération dans le cadre du programme de divulgation volontaire. Même si la déclaration de revenus de 2004 est en retard de moins d'un an (date limite de production du 30 avril 2005), l'ARC la considère comme partie intégrante de la divulgation, pourvu que tous les autres critères soient remplis. La production de la déclaration de revenus de 2004 ne serait pas acceptée si elle était produite seule.

Le PDV au fédéral ne constitue pas toujours la solution, puisque le critère du plus d'un an ne s'applique pas toujours. Le contribuable doit prendre le risque de se retrouver avec une pénalité s'il décide d'attendre que la période d'une année soit écoulée. Il serait préférable que l'ARC modifie ce critère de plus d'un an.

Le critère de plus d'un an ne s'applique pas avec le PDV du Québec³⁷.

Les renseignements doivent être vérifiables; si l'on procède par l'intermédiaire d'une divulgation volontaire, la pénalité peut s'appliquer.

Les Formulaires T1135 et T1134 ont causé des maux de tête à plusieurs contribuables durant les dernières années. Il y avait une politique administrative pour la première offense, mais elle ne s'applique plus depuis quelques années.

³⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 00-1R2, « Programme des divulgations volontaires (PDV) », 22 octobre 2007.

³⁷ REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* ADM. 4/R2, « Les divulgations volontaires », 31 mars 2004.

Différentes situations

1.4. FIDUCIES

1.4.1. Production du Formulaire T3 lorsque le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique

Exigence de production de la Déclaration de renseignements et de revenus des fiducies T3 lorsque le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique^{38, 39}

La question se pose lorsqu'un bien est transféré à une fiducie et que le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique au transfert, les revenus, les pertes, les gains en capital et les pertes en capital sont réputés être ceux du cédant et non ceux de la fiducie ou de ses bénéficiaires.

L'ARC a émis une opinion⁴⁰ en date du 28 juillet 1995. Selon ce document, l'ARC était d'avis que la production de la Déclaration de renseignements et de revenus des fiducies T3 (« Déclaration T3 ») n'était pas obligatoire si tous les revenus de la fiducie pour l'année d'imposition sont réputés en vertu du paragraphe 75(2) L.I.R. être les revenus de la personne qui a transféré le bien et qu'aucun avantage n'est conféré en vertu du paragraphe 105(2) L.I.R.

Selon une interprétation plus récente⁴¹, il semble que la fiducie ait l'obligation de produire une déclaration de revenus lorsqu'un tel revenu doit être ajouté directement au revenu du constituant selon les dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R.

La situation a été revue en 2006.

³⁸ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 53:1-72, question 17, aux pages 53:37-39.

³⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 21.

⁴⁰ *Tax Window Files*, dans *CCH* (en ligne), Don Mills, Ont., CCH Canadian, 32, interprétation technique 9503935, 28 juillet 1995.

⁴¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0114045, « 75(2) and an Alter Ego Trust », 11 juillet 2002.

La question était de savoir s'il faut produire la Déclaration T3 et de quelle façon attribuer une perte subie par la fiducie au cédant et le fondement pour appliquer une pénalité pour non-production.

Selon l'ARC, la production de la Déclaration T3 est exigée par l'alinéa 150(1)c) L.I.R. (sous réserve du paragraphe 150(1.1) L.I.R.), mais elle est également une déclaration de renseignements dont la production est exigée en vertu de l'article 204 R.I.R.

Le paragraphe 150(1.1) L.I.R. prévoit que l'article 150(1)c) L.I.R. ne s'appliquera pas si les conditions mentionnées à l'alinéa 150(1.1)b) L.I.R. sont respectées. Ces conditions pourraient être respectées si tous les revenus de la fiducie sont assujettis au paragraphe 75(2) L.I.R. Il n'y a pas d'exception équivalente pour ce qui est de la production de la Déclaration T3 à titre de déclaration de renseignements visée à l'article 204 R.I.R. La position de l'ARC est que la Déclaration T3 doit être produite même si tous les revenus sont assujettis au paragraphe 75(2) L.I.R.

Ce sont les présomptions énoncées au paragraphe 75(2) L.I.R. qui permettent au cédant des biens de bénéficier, dans sa déclaration de revenus, de la perte en capital déductible.

La position de l'ARC pour l'application possible du paragraphe 162(7) L.I.R. est que l'obligation de produire la Déclaration T3, à titre de déclaration de renseignements qui est visée à l'article 204 R.I.R., est appuyée législativement par l'article 221 L.I.R.

1.4.2. Fiducies – Obligation de produire⁴²

La question s'est posée au Québec lorsqu'une fiducie y réside à la fin d'une année d'imposition et attribue ses revenus à ses bénéficiaires et qu'en conséquence elle n'a aucun impôt à payer pour l'année. La fiducie est tout de même tenue, selon le Guide TP-646.G⁴³, de produire une déclaration de revenus pour cette année.

Selon l'argumentation, une fiducie est, selon l'article 647 L.I., réputée être un particulier et selon l'article 1000 L.I. sous réserve de certaines

⁴² « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 47:1-70, question 1, à la page 47:5.

⁴³ REVENU QUÉBEC, Guide TP-646.G, *Guide de la déclaration de revenus des fiducies*.

exceptions, un particulier n'a pas à produire une déclaration de revenus lorsqu'il n'a aucun impôt à payer pour l'année.

Selon Revenu Québec, la Déclaration TP-646 est à la fois une déclaration de revenus dont la production est exigée par le paragraphe 1000d) L.I. et une déclaration de renseignements dont la production est exigée selon l'article 1086R12 R.I.

1.4.3. Délai de production de la déclaration de revenus des fiducies⁴⁴

Les fiducies doivent produire leur déclaration dans les 90 jours suivant la fin de l'année selon l'alinéa 150(1)c) L.I.R. Pour ce qui est des fiducies non testamentaires, l'année d'imposition correspond à l'année civile pour les fiducies non testamentaires, sauf exceptions prévues expressément dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La date fatidique est le 31 mars. Plusieurs fiducies ont d'autres fiducies pour bénéficiaires, lesquelles reçoivent souvent les feuillets de la première fiducie à inclure à leurs revenus après leur propre date de production.

La question est de savoir si l'ARC permettrait par politique administrative de retarder la production de la Déclaration T3 sans pénalités ni intérêts.

En pratique, certains contribuables produisent une première déclaration avec les informations disponibles au moment de la production, afin d'éviter les pénalités de retard, et une déclaration amendée est produite par la suite avec les feuillets additionnels reçus de la première fiducie.

Selon l'ARC, la déclaration doit être produite dans les délais en estimant les revenus au besoin. Le paragraphe 161(1) L.I.R. s'appliquera pour le calcul des intérêts.

Le ministère des Finances du Canada était conscient de la problématique lorsque la question fut posée.

La même question a été posée à Revenu Québec sur la difficulté de produire le Formulaire TP-646 et les Relevés 16 dans le délai de 90 jours⁴⁵.

⁴⁴ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », *loc. cit.*, note 38, question 27, 53:56-58.

⁴⁵ « Table ronde sur la fiscalité provinciale », *loc. cit.*, note 31, question 14, 52:29-31.

Revenu Québec a répondu qu'il faut estimer l'impôt et produire le Formulaire TP-646 et les Relevés 16 dans les délais au risque de devoir payer des intérêts.

Le ministère des Finances du Québec est conscient du problème, mais il n'entend pas modifier le système. L'harmonisation du système avec le fédéral est un facteur important dans la décision du Québec.

1.5. SOCIÉTÉS DE PERSONNES

1.5.1. Exemption de production des Formulaires T5013⁴⁶

Des questions se posent toujours pour les sociétés de personnes et la production de Feuilles T5013. Il y a des exceptions que nous pouvons retrouver dans le guide sur les sociétés de personnes qui s'appliquent pour les sociétés dont l'exercice se termine avant le 1^{er} janvier 2011. L'ARC a annoncé ses nouvelles exigences pour les sociétés de personnes le 17 septembre 2010.

1.5.2. Période de prescription pour les associés d'une société de personnes exemptée de produire la déclaration de renseignements⁴⁷

En appliquant le paragraphe 152(1.4) L.I.R., l'ARC peut déterminer le revenu ou la perte d'une société de personnes dans les trois ans suivant le dernier en date des jours suivants :

- le jour où la société de personnes était tenue de produire le Formulaire T5013 ou serait tenue de la produire si ce n'était du paragraphe 220(2.1) L.I.R.;
- le jour où le Formulaire T5013 est produit.

Si sur le plan administratif une société de personnes n'est pas tenue de produire sa Déclaration de renseignements T5013, par exemple pour une société de personnes qui exploite une entreprise au Canada et qui a moins de

⁴⁶ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 48:1-98, question 34, aux pages 48:79-82.

⁴⁷ *Id.*, question 35, 48:82-83.

six associés, faut-il produire une déclaration pour que la prescription s'applique?

Selon l'ARC, il faut produire une Déclaration de renseignements T5013 pour bénéficier du délai de prescription selon le paragraphe 152(1.4) L.I.R. L'ARC est à examiner la situation.

1.5.3. Nouvelles exigences en matière de production des déclarations de sociétés de personnes en 2011⁴⁸

Les nouvelles exigences en matière de production s'appliqueront aux sociétés de personnes dont l'exercice prend fin à partir du 1^{er} janvier 2011. Les exigences actuelles en matière de production s'appliquent toujours pour les sociétés de personnes dont l'exercice prend fin au plus tard le 31 décembre 2010.

Les changements apportés aux critères de production sont donc uniquement de nature administrative, il n'y aura pas de modification à la législation.

Une société existe de façon indépendante et distincte, sur le plan juridique, de ses actionnaires. Une société de personnes n'est pas considérée comme une personne distincte et n'est pas taxée à ce titre non plus. Tous les revenus et toutes les pertes sont transférés aux associés, qui déclarent leur part des revenus de la société de personnes dans leur déclaration de revenus. Une société de personnes n'est, à ce titre, pas assujettie à l'impôt et n'est donc pas tenue de produire une déclaration de revenus. L'ARC exige de certaines sociétés de personnes, par l'entremise d'une politique administrative, qu'elles produisent une déclaration de renseignements des sociétés de personnes.

L'ARC remplacera l'exigence portant sur le nombre d'associés dans une société de personnes par une exigence liée à des seuils financiers et précisera les exigences relatives aux types de partenaires.

À compter du 1^{er} janvier 2011, 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

⁴⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA (en ligne : <http://www.cra-arc.gc.ca/whatsnew/tms/prtnrshp-fra.html>), *Nouvelles exigences en matière de production des déclarations de sociétés de personnes en 2011*.

produire un Formulaire T5013 pour chaque exercice de la société de personnes.

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 :

- 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 accréditatives 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;
- le ministre du Revenu national a demandé qu'une déclaration soit produite par écrit.

Pour déterminer si une société de personnes dépasse le seuil des 2 M\$, on doit ajouter le total des dépenses au total des revenus plutôt que de soustraire les dépenses des revenus, comme on le ferait pour déterminer le revenu net. Par exemple, une société de personnes dont les revenus se chiffrent à 1,5 M\$ et les dépenses à 1,25 M\$ aurait des recettes d'une valeur absolue de 2,75 M\$.

Les détails sur les recettes et les dépenses proviennent des montants figurant dans les états de compte. Les « recettes » désignent les revenus non compensés. Par exemple, on ne se servirait pas du bénéfice brut pour représenter les « recettes » puisque le bénéfice brut s'établit en soustrayant le coût des biens vendus des revenus. Les dépenses comprennent à la fois les coûts actuels et les coûts en capital (par exemple, l'amortissement). Les recettes de toutes sources (recettes non compensées) sont ajoutées au total des dépenses (les dépenses sont ici exprimées en nombres positifs) et le total sert à déterminer si le critère a été respecté.

L'exemple suivant est donné par l'ARC :

Recettes	1 500 000 \$	
Coût des biens vendus	850 000 \$	
Bénéfice brut	650 000 \$	
Dépenses	400 000 \$	
Bénéfice net	250 000 \$	
Valeur absolue des recettes	1 500 000 \$	
Valeur absolue des dépenses		
- Coût des biens vendus	850 000 \$	
- Dépenses	400 000 \$	1 250 000 \$
Valeur absolue combinée des recettes et des dépenses	2 750 000 \$	

Le coût de tous les biens, tant corporels qu'incorporels, abstraction faite du montant non amorti, sert à déterminer si une société de personnes répond au critère de « plus de 5 millions de dollars en actifs ».

La Déclaration T5013 fait actuellement l'objet d'une mise à jour en vue de l'année d'imposition 2011 et sera disponible ultérieurement.

1.6. FORMULAIRES T1135 QUI ONT DONNÉ DES MAUX DE TÊTE AUX FISCALISTES

Combien de fois des conseillers fiscaux se sont rendu compte que le Formulaire T1135 n'a pas été produit?

Les pénalités peuvent être élevées :

- Lorsqu'il n'y a pas de faute lourde :
 - 5 \$ par jour, jusqu'à concurrence de 100 jours;
 - minimum 100 \$ (plus intérêts);
 - maximum 2 500 \$ par année (plus intérêts).
- Dans les cas de faute lourde :

- 24 premiers mois à 500 \$ par mois, pour un maximum de 12 000 \$ (1 000 \$/mois si mise en demeure, donc un maximum de 24 000 \$);
ou
- 5 % par année du capital le plus élevé dans l'année.

1.6.1. Actions cotées à une Bourse étrangère détenues chez un courtier canadien et Formulaire T1135⁴⁹

Le ministère des Finances du Canada a annoncé être prêt à analyser la situation des actions de sociétés non résidentes détenues par l'intermédiaire d'une firme de courtage en valeurs mobilières au Canada ou un gestionnaire de portefeuille ayant son établissement au Canada pour la définition de « bien étranger déterminé ». Ainsi, certains contribuables n'auraient pas à produire des Formulaires T1135.

1.7. IMPOSITION DE PÉNALITÉS PAR L'ARC À L'ÉGARD DE FORMULAIRES NON PRODUITS

L'ARC applique, depuis le 1^{er} janvier 2006, la pénalité⁵⁰ dans tous les cas où un Formulaire prescrit T1134-A, T1134-B ou T1135 est produit en retard. Il en est également ainsi pour les Formulaires prescrits T1141, T1142, ainsi que pour le Formulaire T106⁵¹.

1.8. OBLIGATION DE PRODUIRE LE FEUILLET T4A⁵²

Une problématique rencontrée au cours des dernières années est la production du Feuille T4A.

La position actuelle de l'ARC est celle énoncée dans l'interprétation technique 2007-0262511E5⁵³, mais elle est à l'étude à l'égard de paiements d'honoraires ou d'autres sommes par une entreprise à une autre entreprise.

⁴⁹ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2009*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, pp. 49:1-90, question 36, aux pages 49:79-80.

⁵⁰ Par. 162(7) L.I.R.

⁵¹ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », *loc. cit.*, note 9, question 32, 50:84-86.

⁵² « Table ronde sur la fiscalité fédérale », *loc. cit.*, note 49, question 35, 49:76-78.

⁵³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2007-0262511E5, 2 juin 2008.

L'ARC étudie actuellement la possibilité d'administrer strictement la déclaration des honoraires et des services d'une entreprise à l'autre, telle qu'elle est édictée à l'alinéa 153(1)g) L.I.R. et à l'article 200 R.I.R., en requérant la production de Feuilles T4A dans certaines circonstances.

Dans ce cas, un contribuable a intérêt à produire les Feuilles T4A dans des situations ambiguës.

2. PÉNALITÉS

Le tableau 3 traite des pénalités. Nous constatons les similitudes et les différences entre les pénalités au fédéral et au Québec.

CONCLUSION

Le système fiscal s'est amélioré au fil des ans pour les formulaires qui sont beaucoup plus accessibles. Toutefois la complexité des lois fiscales fait que les pénalités et les délais sont nombreux et que la conformité s'alourdit.

Il y a beaucoup trop de « zones grises » pour la production de choix fiscaux et de formulaires. La communauté fiscale doit continuer à poser des questions pour obtenir des précisions des autorités fiscales.

TABLEAU 1

Principaux formulaires d'impôt sur le revenu					
Disposition législative au fédéral	Disposition législative au Québec	Situation	Délais	Précisions pour produire une déclaration de revenus ou un formulaire	Formulaire
Al. 150(1)a) L.I.R.	S.-par. 1000 2)a) L.I.	Société autre qu'un organisme de bienfaisance enregistré qui doit produire un Formulaire T2, « Déclaration de revenus des sociétés (années d'imposition 2010 et suivantes) »	Six mois suivant la fin de l'exercice financier	a) Résidente du Canada; b) Exploite une entreprise au Canada; c) A un gain en capital; d) Dispose d'un bien canadien imposable	T2/CO-17
Al. 150(1)b) L.I.R.	S.-par. 1000 2)c) L.I.	Déclaration de revenus d'une personne décédée	Au plus tard le 30 avril de l'année suivante ou le 15 juin si le contribuable exploitait une entreprise	Décès entre le 1 ^{er} janvier et avant le 1 ^{er} novembre	T1/TP1
Al. 150(1)b) L.I.R.	S.-par. 1000 2)c) L.I.	Déclaration de revenus d'une personne décédée	La plus tardive, du 30 avril, ou six mois suivant le décès	Décès après le 31 octobre	T1/TP1
S.-al. 150(1)d)(i) L.I.R.	S.-par. 1000 2)e) L.I.	Déclaration de revenus d'un particulier assujéti à l'impôt ou pour demander la prestation fiscale canadienne pour enfants (PFCE) ou le crédit de TPS	Au plus tard le 30 avril de l'année suivante		T1/TP1
S.-al. 150(1)d)(ii) L.I.R.	S.-par. 1000 2)e) L.I.	Déclaration de revenus d'un particulier qui exploite une entreprise au cours de l'année (autre qu'un abri fiscal)	Au plus tard le 15 juin de l'année suivante	Applicable pour le conjoint qui habite avec le particulier	T1/TP1
Al. 150(1)c) L.I.R.	S.-par. 1000 2)d) L.I.	Déclaration de revenus d'une succession ou d'une fiducie	Dans les 90 jours suivant la fin de l'année d'imposition		T3/TP-646/relevé 16
Al. 150(1)e) L.I.R.	S.-par. 1000 2)f) L.I.	Les personnes non visées par les alinéas 150(1)a), 150(1)b) ou 150(1)d) L.I.R.	Dans le délai prévu par l'avis reçu de l'ARC ou de Revenu Québec qui demande de produire une déclaration		T1/TP1

Al. 229(5)a) R.I.R.	Art. 600 L.I.	Déclaration pour les sociétés de personnes	Dans les cinq mois suivant la fin d'année si tous les associés sont des sociétés durant toute l'année		T5013/ TP-600/ relevé 15
Al. 229(5)b) R.I.R.	Art. 600 L.I.	Déclaration pour les sociétés de personnes	Dans le cas d'un exercice d'une société de personnes dont tous les associés sont des particuliers tout au long de l'exercice, au plus tard le 31 mars de l'année civile qui suit celle où se termine l'exercice ou celle dont la fin coïncide avec la fin de l'exercice		T5013/ TP-600/ relevé 15
Al. 229(5)c) R.I.R.	Art. 600 L.I.	Déclaration pour les sociétés de personnes	Dans le cas de tout autre exercice de la société de personnes, au plus tard le premier en date des jours suivants : i) le dernier jour du cinquième mois suivant la fin de l'exercice, ii) le 31 mars de l'année civile qui suit celle où se termine l'exercice ou celle dont la fin coïncide avec la fin de l'exercice		T5013/ TP-600/ relevé 15

TABLEAU 2

Choix tardifs					
Choix tardifs possibles selon l'article 600 R.I.R.	Choix tardifs selon l'article 1056.4R1 L.I. mais ne s'applique pas pour un choix distinct au Québec s'il est mentionné « non » entre parenthèses	Description du choix		Formulaire	Délais
Art. 21 L.I.R.	Art. 180 L.I.	Choix pour capitaliser les intérêts et autres dépenses au coût d'un bien amortissable		Lettre	À produire avec la déclaration de revenus
Par. 7(10) L.I.R.	Art. 58.0.1 L.I.	Choix pour différer un montant maximum annuel allant jusqu'à 100 000 \$ sur des options de sociétés qui ne sont pas des sociétés privées contrôlées par des Canadiens		T1212/copie du Formulaire T1212 au fédéral au Québec	À produire au 16 janvier de l'année suivant celle de l'acquisition; ne s'applique plus pour les acquisitions de titre après le 4 mars 2010, 16h HNE
Par. 13(4) L.I.R.	Par. 96(1) et 96(2) L.I.	Choix pour différer la récupération d'amortissement lorsqu'un bien de remplacement est acquis		Lettre/lettre	À produire avec la déclaration de revenus
Par. 13(7.4) L.I.R.	Art. 101.6, 101.7 L.I.	Choix pour réduire le coût d'un bien lorsqu'un montant a été reçu en vertu de l'alinéa 12(1)x) L.I.R.		Lettre/lettre	À produire avec la déclaration de revenus
Par. 13(29) L.I.R.	Art. 93.9 L.I.	Choix pour l'acquisition de biens amortissables autres que des biens immeubles locatifs pour les projets à long terme		T1031/lettre	À produire avec la déclaration de revenus
Par. 14(6) L.I.R.	Par. 110.1(1) L.I. (non)	Choix pour l'acquisition d'un bien en immobilisation admissible de remplacement		Lettre/lettre	À produire avec la déclaration de revenus
Par. 20(24) L.I.R.	Art. 157.10 L.I. (non)	Choix pour déduire un paiement effectué en vue d'obtenir d'une autre personne qu'elle assume certaines	Formalités au paragraphe 20(25) L.I.R.	Lettre/lettre	À produire au plus tard lorsque le premier du débiteur ou du créancier doit produire sa déclaration de revenus

		obligations pour lesquelles le contribuable a inclus un montant dans son revenu en vertu de l'alinéa 12(1)a) L.I.R.			
Par. 44(1) L.I.R.	Art. 278, 279 L.I.	Choix de réduire le coût d'un bien de remplacement lors de la disposition d'un bien du gain en capital		Lettre/lettre	À produire avec la déclaration de revenus pour l'année où le bien de remplacement est acquis
Par. 44(6) L.I.R.	Art. 280.3 L.I. (non)	Choix de réaffecter le produit de disposition entre le terrain et la bâtisse pour permettre un roulement intégral lorsqu'un bien de remplacement a été acquis		Lettre/lettre	À produire avec la déclaration de revenus pour l'année où le bien de remplacement est acquis
Par. 45(2) L.I.R.	Art. 284 L.I. (non)	Choix afin qu'il n'y ait pas de disposition présumée d'un bien personnel qui commence à être utilisé pour gagner un revenu		Lettre/lettre	À produire avec la déclaration de revenus pour l'année où il y a disposition présumée
Par. 45(3) L.I.R.	Art. 286.1 L.I. (non)	Choix pour un bien utilisé à des fins de gagner un revenu qui devient la résidence principale		Lettre/lettre	À produire au plus tard au premier en date des jours suivants : a) Le 90 ^e jour suivant l'envoi d'une demande formelle par le ministre; b) La date d'échéance pour l'année d'imposition où il a disposé du bien
Par. 50(1) L.I.R.	Art. 299 L.I.	Choix de faire une disposition présumée d'une créance ou d'actions de société		Lettre/lettre	À produire avec la déclaration de revenus où le contribuable est réputé avoir disposé de la créance ou de l'action
Par. 53(2.1) L.I.R.	Art. 257.2 L.I.	Choix pour réduire le coût d'un bien non amortissable lorsqu'une somme serait imposable en vertu de l'alinéa 12(1)x) L.I.R.		Lettre/lettre	À produire avec la déclaration de revenus où le bien est acquis
Par. 70(6.2) L.I.R.	Art. 442 L.I.	Choix afin de s'exclure du transfert au coût fiscal d'un bien au conjoint ou d'une fiducie au conjoint		Lettre/lettre	À produire avec la déclaration de revenus
Par. 70(9) et 70(9.01)	Art. 444 et 450.5 L.I.	Choix afin de transférer une		Lettre/lettre	À produire avec la déclaration de

L.I.R.		entreprise de pêche ou une entreprise agricole par roulement fiscal d'un contribuable décédé à son fils ou sa fille; le transfert s'effectue au coût fiscal à moins que le représentant légal du décédé ne décide d'utiliser d'autres montants			revenus du décédé
Par. 70(9.1) et 70(9.11) L.I.R.	Art. 450 et 450.5 L.I.	Choix afin de transférer une entreprise de pêche ou une entreprise agricole par roulement fiscal d'une fiducie exclusive au conjoint qui l'avait reçue d'un contribuable décédé au fils ou à la fille du contribuable initialement décédé au décès du conjoint; le transfert s'effectue au coût fiscal à moins que le représentant légal du décédé ne décide d'utiliser d'autres montants		Lettre/lettre	À produire avec la déclaration de revenus de la fiducie pour la période où le bénéficiaire de la fiducie est décédé
Par. 70(9.2) et 70(9.21) L.I.R.	Art. 444 et 450.5 L.I.	Choix afin de transférer des actions d'une société ou une participation dans une société de personnes qui exploite une entreprise de pêche ou une entreprise agricole par roulement fiscal d'un contribuable décédé à son fils ou sa fille; le transfert s'effectue au coût fiscal à moins que le représentant légal du décédé ne décide d'utiliser d'autres montants		Lettre/lettre	À produire avec la déclaration de revenus du décédé
Par. 70(9.3) et 70(9.31) L.I.R.	Art. 450 et 450.5 L.I.	Choix afin de transférer des actions d'une société ou une participation dans une société de personnes qui exploite une		Lettre/lettre	À produire avec la déclaration de revenus de la fiducie pour la période où le bénéficiaire de la fiducie est décédé

		entreprise de pêche ou une entreprise agricole par roulement fiscal d'une fiducie exclusive au conjoint qui l'avait reçue d'un contribuable décédé au fils ou à la fille du contribuable initialement décédé au décès du conjoint; le transfert s'effectue au coût fiscal à moins que le représentant légal du décédé ne décide d'utiliser d'autres montants			
Par. 72(2) L.I.R.	Art. 453 L.I. (non)	Choix par les représentants légaux d'un contribuable décédé pour transférer le droit de recevoir une somme à un bénéficiaire		T2069/TP-453	À produire avec la déclaration de revenus du contribuable pour l'année de son décès
Par. 73(1) et 73(1.01) L.I.R.	Art. 454, 454.1 L.I.	Choix de transférer un bien au conjoint ou à une fiducie exclusive en faveur du conjoint, à un montant autre qu'au coût fiscal		Lettre/lettre	À produire avec la déclaration de revenus pour l'année du transfert
Par. 80.1(1) L.I.R.	Art. 469, 470 L.I. (non)	Choix concernant les contre-valeurs de biens expropriés acquises en compensation ou en contrepartie de la vente de biens étrangers pris ou achetés par l'émetteur étranger		T2079/Copie du formulaire fédéral	À produire au plus tard le jour où la déclaration de revenus doit être produite pour l'année d'imposition ou tout bien désigné à l'article 80.1 L.I.R. a été acquis
Par. 82(3) L.I.R.	L'équivalent n'existe pas au Québec mais les crédits d'impôt pour dividendes non utilisés peuvent être transférés au conjoint	Choix d'inclure dans son revenu les dividendes reçus par l'époux ou le conjoint de fait		Pas de formulaire	À produire avec la déclaration de revenus du conjoint qui ajoute le dividende de son conjoint
Par. 83(2) L.I.R.	Art. 502 et 503 L.I.	Choix pour verser un dividende à même le compte de dividendes en capital	Pénalités pour choix tardif : par. 83(4) L.I.R. Le moindre de : A) 1/12 de 1 % du montant du dividende, ou B) 41,67 \$ multiplié par le nombre de mois compris en	T2054/CO-502	Au premier en date du moment donné ou du premier jour où une partie du dividende a été payée

			totalité ou en partie entre la date de paiement du dividende et la date réelle de production du choix		
Par. 85(1) L.I.R. ⁵⁴	Art. 518 L.I. (non)	Choix de transférer un bien par un actionnaire à une société	Pénalités pour choix tardif : par. 85(8) L.I.R. Le moindre de : A) 0,25 % de l'excédent de la juste valeur marchande (« JVM ») sur la somme convenue, pour chaque mois ou partie de mois écoulé depuis la date d'échéance du choix et la date où le choix tardif ou modifié est fait, ou B) 100 \$ pour chaque mois ou partie de mois compris dans cette même période, jusqu'à concurrence de 8 000 \$	T2057/TP-518	Par. 85(6) L.I.R. – Date du choix; à la première des dates auxquelles un des contribuables doit produire une déclaration de revenus
Par. 104(5.3) L.I.R.	Art. 656.4 L.I.	Choix afin que le paragraphe 107(2) L.I.R. ne s'applique pas aux biens distribués par une fiducie; ainsi, les biens sont distribués à la JVM		Lettre ⁵⁵ /TP-656.4	A produire dans les six mois suivant la fin d'année de la fiducie qui comprend : le 1 ^{er} janvier 1999; le premier jour de la première année d'imposition de la fiducie qui commence après le premier jour postérieur au jour de disposition au cours de laquelle elle ne compte aucun bénéficiaire exempté
Par. 104(14) L.I.R.	Art. 659 L.I.	Choix par une fiducie et un bénéficiaire privilégié afin d'inclure la partie du revenu attribuable de la	Autres documents selon le paragraphe 2800(1) R.I.R.	Lettre/lettre	A produire dans les 90 jours de la fin d'année de la fiducie selon le paragraphe 2800(2) R.I.R.

⁵⁴ Pas selon l'article 600 R.I.R.

⁵⁵ La *Loi de l'impôt sur le revenu* mentionne un choix sur formulaire prescrit, mais il n'y a pas de formulaire.

		fiducie au bénéficiaire			
Par. 107(2.001) L.I.R.	Art. 668.0.0.1 L.I. (non)	Choix par une fiducie qui attribue un bien à l'un de ses bénéficiaires afin que le paragraphe 107(2) L.I.R. ne s'applique pas; la fiducie est réputée disposer des biens à la JVM		Lettre/lettre	À produire dans les 90 jours de la fin d'année de la fiducie où le bien est disposé (avec la déclaration de revenus de la fiducie)
Par. 143(2) L.I.R.	Art. 851.28, 851.30 et 851.31 L.I. (non)	Choix par une fiducie non testamentaire établie par une congrégation afin de distribuer les revenus aux membres de la congrégation	Énumération de tous les membres participants de la congrégation	Lettre/lettre	À produire dans les 90 jours de la fin d'année de la fiducie
Par. 146.01(7) L.I.R.	Art. 935.7 L.I.	Choix conjoint par le représentant d'un contribuable décédé et son conjoint afin d'inclure au revenu du conjoint le solde du « Régime d'accession à la propriété » du conjoint décédé		Lettre/lettre	À produire avec la déclaration de revenus du décédé
Par. 146.02(7) L.I.R.	Art. 935.18 L.I.	Ce choix entraîne un « solde du régime d'éducation permanente » non inclus dans la déclaration de la personne décédée mais plutôt réputé être celui du conjoint survivant		Lettre/lettre	À produire avec la déclaration de revenus du décédé
Par. 164(6) L.I.R.	Art. 1054, 1055 L.I. (non)	Choix par le représentant du contribuable décédé durant la première année de la succession afin de reporter les pertes en capital de la succession contre les revenus du défunt	Voir le paragraphe 1000(1) R.I.R. pour les documents à produire	Lettre/lettre	Au plus tard à la date de production de la déclaration du décédé; à produire avec la déclaration de la première année d'imposition de la succession; selon le paragraphe 1000(2) R.I.R.
Par. 164(6.1) L.I.R.	Art. 1055.1 L.I.	Choix par le représentant légal d'un contribuable décédé lorsque le représentant légal exerce l'option d'achat d'actions du contribuable décédé au cours de la première année de la succession		Lettre/lettre	À produire avec la déclaration de la première année d'imposition de la succession
Par. 184(3) L.I.R.	Art. 503.0.1 L.I. (non)	Choix par une société de considérer	Voir l'article 2106 R.I.R. pour les documents à	Lettre/lettre	Au plus tard dans les 90 jours suivant le jour de mise à la

		l'excédent du dividende sur le compte de dividendes en capital comme un dividende imposable	produire/envoyer une copie à Revenu Québec		poste de la cotisation pour l'impôt, partie III
Par. 256(9) L.I.R.	Art. 21.4.2 L.I. (non)	Choix par une société d'établir le moment de l'acquisition de contrôle		Lettre/lettre	À produire avec la déclaration de revenus pour l'année terminée avant l'acquisition de contrôle
Al. 48(1)a) L.I.R.		Abrogé			
Al. 48(1)c) L.I.R.		Abrogé			
Al. 12(2.2)b) L.I.R. ⁵⁶	Art. 87.4 L.I.	Choix pour appliquer le revenu reçu selon l'alinéa 12(1)x) L.I.R. en réduction de dépenses engagées		Lettre/lettre	À produire avec la déclaration de revenus du contribuable
Al. 66.7(7)c) L.I.R.	Art. 418.23 L.I.	Choix par une société qui a acquis un avoir minier canadien par fusion ou liquidation pour appliquer les paragraphes 29(1), 29(3), 29(4), 29(5) et 29(25) des <i>Règles d'application de l'impôt sur le revenu</i> (« R.A.I.R. »)		T2010/CO-418.23	Au plus tard à la date où la société doit produire une déclaration de revenus pour l'année d'imposition au cours de laquelle elle a acquis l'avoir
Al. 66.7(7)d) L.I.R.	Art. 418.23 L.I.	Après le 16 novembre 1978 et au cours d'une année d'imposition se terminant avant le 18 février 1987		T2010/CO-418.23	s. o.
Al. 66.7(7)e) L.I.R.	Art. 418.23 L.I.	Choix par une société qui a acquis un avoir minier canadien autrement que par fusion ou liquidation pour appliquer les paragraphes 29(1), 29(3), 29(4), 29(5) et 29(25) R.A.I.R.		T2010/CO-418.23	Au plus tard en premier en date du jour où l'une des sociétés impliquées doit produire sa déclaration de revenus ou de la personne de laquelle la société a acquis l'avoir
Al. 66.7(8)c) L.I.R.	Art. 418.24 L.I.	Choix d'appliquer les paragraphes 66.7(2) et 66.7(2.3) L.I.R. par une société qui a acquis un avoir minier canadien par fusion ou liquidation		T2010/CO-418.23	Au plus tard à la date où la société doit produire une déclaration de revenus pour l'année d'imposition au cours de laquelle elle a acquis l'avoir;

⁵⁶ L'alinéa 600c) R.I.R. ne s'applique plus avec les modifications proposées.

					dans tous les autres cas, au plus tard le premier du jour où la société, ou du jour où la personne de qui elle a acquis l'avoir est tenue de produire une déclaration de revenus pour l'année d'imposition où l'avoir a été acquis
Al. 66.7(8)d) L.I.R.	Art. 418.24 L.I.	Après le 16 novembre 1978 et au cours d'une année d'imposition se terminant avant le 18 février 1987		T2010/CO-418.23	s. o.
Al. 66.7(8)e) L.I.R.	Art. 418.24 L.I.	Choix d'appliquer les paragraphes 66.7(2) et 66.7(2.3) L.I.R. par une société qui a acquis un avoir minier canadien autrement que par fusion ou liquidation		T2010/CO-418.23	Au plus tard en premier en date du jour où l'une des sociétés impliquées doit produire sa déclaration de revenus ou de la personne de laquelle la société a acquis l'avoir
Al. 80.01(4)c) L.I.R.	Art. 485.21 L.I. (non)	Choix pour un règlement de dette en cas de liquidation		T2027/CO-485.21	La société mère doit produire au plus tard à la date où elle est tenue de produire une déclaration de revenus
Al. 86.1(2)f) L.I.R. ⁵⁷	Art. 578.1, 578.2 et 578.3 L.I.	Choix afin de répartir le prix de base rajusté (« PBR ») entre des actions étrangères lors d'une distribution par une société étrangère		Lettre/lettre	A produire par le contribuable avec sa déclaration de revenus qui comprend la distribution
Al. 128.1(4)d) L.I.R.	Par. 785.2d) L.I. (non)	Choix par un particulier qui quitte le Canada d'effectuer une disposition d'un bien		T2061A/TP-785.2	À produire par le particulier avec sa déclaration de revenus qui comprend la disposition présumée
Al. 128.1(6)a) L.I.R.	Art. 785.2.2 L.I. (non)	Choix par un particulier qui redevient résident canadien afin d'annuler l'application des alinéas 128.1(4)b) et 128.1(4)c) L.I.R.		Lettre/lettre	À produire par le particulier avec sa déclaration de revenus qui comprend le retour
Al. 128.1(6)c) L.I.R.	Art. 785.2.2 L.I. (non)	Choix par un particulier qui redevient résident canadien afin de disposer des biens selon un montant		Lettre/lettre	À produire par le particulier avec sa déclaration de revenus qui comprend le retour

⁵⁷ L'alinéa 600c) R.I.R. ne s'applique plus avec les modifications proposées.

		indiqué qui peut être différent de la JVM lors de son départ du Canada			
Al. 128.1(7)d) L.I.R. ⁵⁸	Art. 785.2.3 L.I. (non)	Choix conjoint par un bénéficiaire d'une fiducie qui redevient résident canadien et une fiducie afin que le paragraphe 107(2.1) L.I.R. ne s'applique pas, soit que le bien ne soit pas disposé à la JVM	Al. 128.1(7)c) L.I.R. ⁵⁹	Lettre/lettre	À produire au plus tard à la première des dates d'échéance de production par le bénéficiaire ou la fiducie
Al. 128.1(7)g) L.I.R. ⁶⁰	Art. 785.2.3 L.I.(non)	Choix conjoint par un bénéficiaire d'une fiducie qui redevient résident canadien et une fiducie afin de disposer des biens selon un montant indiqué qui peut être différent de la JVM pour les biens attribués après le départ du Canada		Lettre/lettre	À produire au plus tard à la première des dates d'échéance de production par le bénéficiaire ou la fiducie
Al. 128.1(8)c) L.I.R. ⁶¹	Art. 785.2.4 L.I.(non)	Choix pour un bien réputé disposé lors du départ du Canada, et disposer avec perte afin de réduire le gain lors de la disposition présumée		Lettre/lettre	À produire par le particulier avec sa déclaration de revenus qui comprend la disposition
Par. 1103(1) R.I.R.	Art. 130R128	Choix d'inclure des biens dans la catégorie 1		Lettre/lettre	À produire avec la déclaration de revenus du contribuable
Par. 1103(2) R.I.R.	Art. 130R129	Choix d'inclure des biens dans la catégorie 2, 4 ou 17		Lettre/lettre	À produire avec la déclaration de revenus du contribuable
Par. 1103(2d) R.I.R.	Art. 130R137, 130R138	Choix de transférer un ancien bien de l'ancienne catégorie à une nouvelle catégorie		Lettre/lettre	À produire avec la déclaration de revenus du contribuable
Par. 5907(2.1) R.I.R.	Pas d'équivalent	Choix		Lettre/lettre	À produire avec la déclaration de revenus de la société résidant au Canada

⁵⁸ L’alinéa 600c) R.I.R. s’applique avec l’alinéa 128.1(7)c) L.I.R.

⁵⁹ Il faut faire le lien avec l’alinéa 128.1(7)d) L.I.R.

⁶⁰ L’alinéa 600c) R.I.R. ne s’applique plus avec les modifications proposées.

⁶¹ L’alinéa 600c) R.I.R. ne s’applique plus avec les modifications proposées.

TABLEAU 3

Pénalités				
Fédéral	Québec	Défaut	Pénalité	
Par. 162(1) L.I.R.	Art. 1045 (1 ^{er} al.) L.I.	Défaut de déclaration de revenus au paragraphe 150(1) L.I.R.	Pénalité égale au total des montants suivants : a) 5 % de l'impôt payable pour l'année en vertu de la présente partie qui était impayé à la date où, au plus tard, la déclaration devait être produite; b) le produit de 1 % de cet impôt impayé par le nombre de mois entiers, jusqu'à concurrence de 12, compris dans la période commençant à la date où, au plus tard, la déclaration devait être produite et se terminant le jour où la déclaration est effectivement produite	
Par. 162(2) L.I.R.	Pas d'équivalent	Récidive pour non-production selon le paragraphe 150(1) L.I.R. et après avoir été mis en demeure selon le paragraphe 150(2) L.I.R. et récidive au cours des trois années suivantes	Pénalité égale au total des montants suivants : a) 10 % de l'impôt payable pour l'année en vertu de la présente partie qui était impayé à la date où, au plus tard, la déclaration devait être produite; b) le produit de 2 % de cet impôt impayé par le nombre de mois entiers, jusqu'à concurrence de 20, compris dans la période commençant à la date où, au plus tard, la déclaration devait être produite et se terminant le jour où la déclaration est effectivement produite	
Par. 162(2.1) L.I.R.	Aucun équivalent	Défaut de produire une déclaration de revenus par une société non résidente	Le plus élevé des montants suivants : a) le montant déterminé selon les paragraphes 162(1) ou 162(2) L.I.R., selon le cas; b) le plus élevé des montants suivants : i) 100 \$, ii) le produit de 25 \$ par le nombre de jours, jusqu'à concurrence de 100, depuis le jour où la déclaration devait être produite jusqu'au jour où elle est produite	
Par. 162(3) L.I.R.	Aucun équivalent	Défaut de produire une déclaration de revenus par un administrateur de biens selon le paragraphe 150(3) L.I.R.	Pénalité de 10 \$ par jour de retard, jusqu'à concurrence de 50 \$	
Par. 162(4) L.I.R.	Art. 59 (2 ^e al.) L.M.R.	Défaut par une personne résidente de produire un certificat de propriété selon l'article 234 L.I.R.	50 \$	
Par. 162(5) L.I.R.	Art. 59.02 (1 ^{er} et 3 ^e al.) L.M.R.	Défaut de fournir des renseignements sur un formulaire prescrit	100 \$ pour chaque défaut	
Par. 162(6) L.I.R.	Art. 59.03 (1 ^{er} et 3 ^e al.) L.M.R.	Défaut de fournir le numéro d'assurance social ou son numéro d'entreprise	100 \$ pour chaque défaut	
Par. 162(7) L.I.R.	Art. 59 L.M.R.	Toute personne (sauf	Pénalité égale, sans être inférieure à 100 \$, au produit de 25 \$ par le nombre de jours,	

		un organisme de bienfaisance enregistré) ou société de personnes qui ne remplit pas de déclaration de renseignements selon les modalités et dans le délai prévus	jusqu'à concurrence de 100 jours	
Par. 162(7.1) L.I.R.	Aucun équivalent	Défaut de produire une déclaration de renseignements par une société de personnes dont l'associé ne produit pas de déclaration de renseignements à titre d'associé	Pénalité égale, sans être inférieure à 100 \$, au produit de 25 \$ par le nombre de jours, jusqu'à concurrence de 100, où le défaut persiste	
Par. 162(8) L.I.R.	Aucun équivalent	Récidive dans les trois années suivantes pour l'application du paragraphe 162(7.1) L.I.R.	En plus de la pénalité visée au paragraphe 162(7.1) L.I.R., une pénalité égale à 100 \$ par associé et par mois ou partie de mois, à concurrence de 24 mois où l'associé n'a pas produit de déclaration	
Par. 162(10) L.I.R.	Aucun équivalent	Omission de fournir une déclaration de renseignements sur des non-résidents	Pour chaque défaut de produire, la pénalité est de 500 \$ (1 000 \$ si une mise en demeure a été signifiée) pour chaque mois où le défaut persiste, jusqu'à concurrence de 24 mois moins la pénalité prévue au paragraphe 162(7) L.I.R.	
Par. 162(10.1) L.I.R. – Déclaration selon l'article 233.2 L.I.R.	Aucun équivalent	Pénalité supplémentaire au paragraphe 162(10) L.I.R.; retard de plus de 24 mois dans la production d'une déclaration de renseignements concernant une fiducie étrangère déterminée	5 % du total des montants représentant chacun la JVM d'un apport fait à la fiducie au moment où l'apport a été fait, moins les pénalités aux paragraphes 162(7) et 162(10) L.I.R.	
Par. 162(10.1) L.I.R. – Déclaration selon l'article 233.3 L.I.R.	Aucun équivalent	Pénalité supplémentaire au paragraphe 162(10) L.I.R.; retard de plus de 24 mois dans la production d'une déclaration de renseignements concernant les biens étrangers déterminés	5 % du plus élevé des montants représentant chacun le total des coûts indiqués d'un de ses biens étrangers moins les pénalités aux paragraphes 162(7) et 162(10) L.I.R.	
Par. 162(10.1) L.I.R. – Déclaration selon l'article 233.4 L.I.R.	Aucun équivalent	Pénalité supplémentaire au paragraphe 162(10) L.I.R.; retard de plus de 24 mois dans la production d'une déclaration de renseignements	5 % du plus élevé des montants représentant chacun le total des coûts indiqués pour la personne à un moment de l'année ou de l'exercice, d'un bien de celle-ci qui constitue une action du capital-actions ou une dette de la société affiliée moins les pénalités aux paragraphes 162(7) et 162(10) L.I.R.	

		concernant les sociétés étrangères affiliées		
Par. 163(1) L.I.R.	Art. 59.2.2 L.M.R.	Omission de déclarer un revenu dans une déclaration produite; récidive dans les trois années suivantes	10 % du montant à inclure dans le calcul de son revenu	Au Québec, nul n'encourt à l'égard de la même omission, à la fois la présente pénalité et celle prévue à l'article 1049 L.I.
Par. 163(2) et 163(2.1) L.I.R.	Art. 1049 L.I. et 59.3 L.M.R.	Personne qui, sciemment ou dans des circonstances de faute lourde, fait un faux énoncé ou une omission dans une déclaration, un formulaire, un certificat, un état ou une réponse (appelé « déclaration » au présent article) rempli, produit ou présenté	Pénalité égale, sans être inférieure à 100 \$, à 50 % du total de l'impôt évité ou des crédits d'impôt en trop obtenus	
Par. 163(2.2) L.I.R.	Art. 1049.0.1 L.I.	Faux énoncé ou omission dans une renonciation pour actions accréditives	Pénalité correspondant à 25 % de l'excédent éventuel du montant indiqué dans la renonciation sur le montant auquel la société avait droit	
Par. 163(2.21) et 163(2.22) L.I.R.	Art. 1049.0.1.0.1 L.I.	Faux énoncés ou omissions quant au retour en arrière	La pénalité dont une personne est passible correspond à 25 % de l'excédent éventuel : a) de la partie de l'excédent visé au paragraphe 66(12.73) dont la personne avait ou aurait dû avoir connaissance, sur : b) en cas d'application de l'alinéa (2.21)b), la partie de l'excédent qui est indiquée dans le document, c) dans les autres cas, zéro	
Par. 163(2.3) L.I.R.	Art. 1049.0.1.1 L.I.	Faux énoncé ou omission dans un formulaire prescrit pour des actions accréditives pour le montant d'aide	25 % de l'excédent éventuel du montant d'aide qui est à spécifier sur le montant indiqué dans le formulaire	
Par. 163(2.4) L.I.R. – déclaration selon l'article 233.1 L.I.R.	Aucun équivalent	Sciemment ou dans des circonstances équivalant à faute lourde, fait un faux énoncé ou une omission dans une déclaration, ou y participe, y consent ou y acquiesce	24 000 \$	
Par. 163(2.4) L.I.R. – déclaration selon l'article 233.2 L.I.R.	Aucun équivalent	Sciemment ou dans des circonstances équivalant à faute lourde, fait un	Le plus élevé des montants suivants : i) 24 000 \$; ii) 5 % du total des montants représentant chacun la JVM d'un apport, au moment où il a été fait, à une fiducie avant la fin de la	

		faux énoncé ou une omission dans une déclaration, ou y participe, y consent ou y acquiesce	dernière année d'imposition de celle-ci pour laquelle la déclaration doit être remplie	
Par. 163(2.4) L.I.R. – déclaration selon l'article 233.3 L.I.R.	Aucun équivalent	Sciemment ou dans des circonstances équivalant à faute lourde, fait un faux énoncé ou une omission dans une déclaration, ou y participe, y consent ou y acquiesce	Pour une année d'imposition ou un exercice, le plus élevé des montants suivants : i) 24 000 \$; ii) 5 % du plus élevé des montants représentant chacun le total des coûts indiqués pour la personne à un moment de l'année ou de l'exercice, d'un de ses biens étrangers déterminés, au sens du paragraphe 233.3(1) L.I.R., relativement auquel le faux énoncé ou l'omission est fait	
Par. 163(2.4) L.I.R. – déclaration selon l'article 233.4 L.I.R.	Aucun équivalent	Sciemment ou dans des circonstances équivalant à faute lourde, fait un faux énoncé ou une omission dans une déclaration, ou y participe, y consent ou y acquiesce	Le plus élevé des montants suivants : i) 24 000 \$; ii) 5 % du plus élevé des montants représentant chacun le total des coûts indiqués pour la personne à un moment de l'année ou de l'exercice, d'un bien de celle-ci qui constitue une action du capital-actions ou une dette de la société étrangère affiliée relativement à laquelle la déclaration est produite	
Par. 163(2.4) L.I.R. – déclaration selon l'article 233.6 L.I.R.	Aucun équivalent	Sciemment ou dans des circonstances équivalant à faute lourde, fait un faux énoncé ou une omission dans une déclaration, ou y participe, y consent ou y acquiesce	Le plus élevé des montants suivants : i) 2 500 \$; ii) 5 % du total des montants suivants : A) les montants représentant chacun la JVM d'un bien que la fiducie distribue à la personne au cours de l'année ou de l'exercice et relativement auquel le faux énoncé ou l'omission est fait, B) les montants représentant chacun le montant le plus élevé qui représente le principal payé d'une dette de la personne envers la fiducie pour l'année ou l'exercice et relativement à laquelle le faux énoncé ou l'omission est fait	
Art. 163.1 L.I.R.	Art. 1040 et 1040.1 L.I.	Acomptes provisionnels en retard ou insuffisants	Pénalité égale à 50 % de l'excédent éventuel des intérêts payables par cette personne en application de l'article 161 L.I.R. sur tous les acomptes provisionnels payables pour l'année, sur le plus élevé des montants suivants : a) 1 000 \$; b) 25 % des intérêts qui auraient été payables par elle en application de cet article sur ces acomptes si aucun acompte n'avait été payé pour l'année	Dans le cas du Québec, il faut payer un intérêt additionnel au taux de 10 % l'an, pour la période pour laquelle un intérêt est à payer en vertu de l'article 1038 L.I. Si le montant versé est supérieur à 90 % pour une société, et supérieur à 75 % pour un particulier du montant du paiement établi dans

				le calcul des acomptes à payer, l'intérêt additionnel de 10 % ne s'applique pas
Par. 163.2(2) et 163.2(3) L.I.R.	Article 1049.0.4 L.I. pour les critères	Pénalité pour information trompeuse dans les arrangements de planification fiscale; la personne qui fait ou présente, ou qui fait faire ou présenter par une autre personne un énoncé dont elle sait ou aurait vraisemblablement su, n'eût été de circonstances équivalant à une conduite coupable, qu'il constitue un faux énoncé ou qui participe à un tel énoncé	La pénalité correspond à a) si l'énoncé est fait dans le cadre d'une activité de planification ou d'une activité d'évaluation 1 000 \$ ou, s'il est plus élevé, le total des droits à paiement de la personne, au moment de l'envoi à celle-ci d'un avis de cotisation concernant la pénalité, relativement à l'activité de planification et à l'activité d'évaluation; b) dans les autres cas, 1 000 \$	Se référer à l'article 1049.0.5 L.I. pour la pénalité
Par. 163.2(4) et 163.2(5) L.I.R.	Art. 1049.0.5 L.I. pour la pénalité	Pénalité pour participation à une information trompeuse; la personne qui fait un énoncé à une autre personne ou qui participe, consent ou acquiesce à un énoncé fait par une autre personne, ou pour son compte, dont elle sait ou aurait vraisemblablement su, n'eût été de circonstances équivalant à une conduite coupable, qu'il constitue un faux énoncé qui pourrait être utilisé par l'autre personne, ou pour son compte, à une fin quelconque de la Loi de l'impôt sur le revenu	Au plus élevé des montants suivants : a) 1 000 \$; b) le moins élevé des montants suivants : i) la pénalité dont l'autre personne serait passible selon le paragraphe 163(2) L.I.R. si elle avait fait l'énoncé dans une déclaration produite pour l'application de la présente loi tout en sachant qu'il était faux, ii) la somme de 100 000 \$ et de la rétribution brute de la personne, au moment où l'avis de cotisation concernant la pénalité lui est envoyé, relativement au faux énoncé qui pourrait être utilisé par l'autre personne ou pour son compte	
Par. 227(8) L.I.R. pour les retenues non effectuées en vertu du paragraphe 153(1) L.I.R. ou de l'article	Art. 59.2 L.M.R. pour toute retenue non effectuée en vertu d'une loi fiscale	Défaut de retenue à la source; quiconque omet de déduire, de retenir ou de percevoir un montant qu'il devait déduire, retenir ou percevoir en vertu	a) soit de 10 % du montant qui aurait dû être déduit ou retenu; b) soit de 20 % du montant qui aurait dû être déduit ou retenu au cours de l'année si, au moment du défaut, une pénalité en application du présent paragraphe était payable par la personne sur ce montant et si le défaut a été commis sciemment ou dans des circonstances équivalant à faute lourde	Au Québec, pénalité de 15 % de la retenue non effectuée

215 L.I.R.		d'une loi fiscale		
Par. 227(9) L.I.R.	Art. 59.2 L.M.R.	Quiconque omet, dans le délai prévu par la loi ou par une ordonnance du ministre, de payer ou de remettre un montant qu'il devait payer ou remettre en vertu d'une loi fiscale	a) soit, sous réserve de b) i) si le receveur général reçoit le montant au plus tard à la date où il est exigible mais pas payé selon la manière prévue, 3% du montant; ii) si le receveur général reçoit ce montant : A) au plus trois jours après la date où il est exigible, 3 % du montant, B) plus de trois jours mais au plus cinq jours après la date où il est exigible, 5 % du montant, C) plus de cinq jours mais au plus sept jours après la date où il est exigible, 7 % du montant, iii) si le montant n'est pas payé ou remis au plus tard le septième jour suivant la date où il est exigible, 10 % du montant; b) soit de 20 % du montant qui aurait dû être déduit ou retenu au cours de l'année si, au moment du défaut, une pénalité en application du présent paragraphe était payable par la personne sur ce montant et si le défaut a été commis sciemment ou dans des circonstances équivalant à faute lourde	Au provincial : a) 7 % de ce montant, dans le cas où le retard n'excède pas sept jours; b) 11 % de ce montant, dans le cas où le retard n'excède pas 14 jours; c) 15 % de ce montant, dans les autres cas
Aucun équivalent au fédéral	Art. 59.4 L.M.R.	Quiconque, volontairement, élude ou tente d'éluder le paiement, la perception ou la remise d'un montant prévu par une loi fiscale	Pénalité de 50 % du montant dont il a ainsi éludé ou tenté d'éluder le paiement, la perception ou la remise	

TABLEAU 4

Divers formulaires					
Fédéral	Québec	Explication	Pénalité	Formulaire	Délai de production
Al. 88(1d) L.I.R.	Art. 556-565; par. 772.13d) L.I.	Choix pour augmenter le coût de biens admissibles de la filiale lors de sa liquidation		Lettre /lettre	À produire avec la déclaration de revenus de la société mère
Par. 93(1) L.I.R.	Art. 589 (1 ^{er} al.) L.I.; art. 589.1 L.I. (non) et 589R1	Choix relatif de considérer un dividende lors de la disposition de l'action d'une société étrangère affiliée	Par. 93(6) L.I.R. pour un choix tardif; le moins élevé de a) ¼ de 1 % du montant indiqué dans le choix ou le choix modifié pour chaque mois ou partie de mois de la période commençant à la date à laquelle une société était tenue de faire le choix et se terminant à la date où le choix est fait; b) le produit, ne dépassant pas 8 000 \$, de la multiplication de 100 \$ par le nombre de mois tombant en tout ou en partie, dans la période visée à l'alinéa a) dans le cas du Québec, le montant de 8 000 \$ devient 5 000 \$	T2107/CO-589	Selon le paragraphe 5902(5) R.I.R., il faut produire le jour où la déclaration de revenus comprenant la disposition doit être produite
Par. 96(3) L.I.R.	Art. 603 L.I.	Choix pour un associé d'une société de personnes pour les paragraphes 13(4) et (16) et 14(6), de l'article 15.2, des paragraphes 20(9) et 21(1) à (4), de l'article 22, du paragraphe 29(1), de l'article 34, de la division 37(8)a)(ii)(B), des paragraphes 44(1) et (6), 50(1) et 80(5),(9),(10) et (11), de l'article 80.04 et des paragraphes 86.1(2), 97(2), 139.1(16) et (17) et 249.1(4) et (6)			Pas de formulaire, cela concerne l'impact d'avoir fait un choix selon les articles (paragraphes) cités; il ne s'agit pas d'un choix en tant que tel, mais des règles qui s'appliquent si un associé d'une société de personne a fait un des choix
Par. 97(2) L.I.R.	Art. 614 (2 ^e al.) L.I.	Choix pour un associé qui dispose d'un bien en faveur d'une société de	Pour un choix tardif selon le paragraphe 96(6)	T2059/TP-614	Selon le paragraphe 96(4) L.I.R., la production se fait

		personnes	L.I.R.; le moindre de : A) 0,25 % de l'excédent de la JVM sur la somme convenue, pour chaque mois ou partie de mois écoulé depuis la date d'échéance du choix et la date où le choix tardif ou modifié est fait, ou B) 100 \$ pour chaque mois ou partie de mois compris dans cette même période, jusqu'à concurrence de 8 000 \$; Dans le cas du Québec, le montant de 8 000 \$ est remplacé par 5 000 \$		à la première date à laquelle un contribuable procédant au choix doit produire une déclaration de revenus
Par. 98(3) L.I.R.	Art. 620, 620.1, 621, 622, 623, 624, 624.1, 625 L.I.	Choix de distribuer les biens d'une société de personnes qui cesse d'exister à ses associés	Voir par. 96(6) L.I.R. pour la pénalité en cas de choix tardif	T2060/ TP-620	Selon le paragraphe 96(4) L.I.R., la production se fait à la première parmi les dates où un contribuable procédant au choix doit produire une déclaration de revenus
Par. 99(2) L.I.R.	Art. 601 L.I.	Choix pour que l'exercice financier d'une société de personnes soit réputé s'être terminé immédiatement avant le moment où la société de personnes a cessé d'exister		Lettre/lettre	L'ARC considère que l'individu qui est associé fait le choix quand il produit sa déclaration de revenus qui comprend le second exercice et qu'une note est jointe à la déclaration de revenus à cet effet ⁶²
Par. 104(4) L.I.R.	Art. 653 L.I.	Disposition présumée des biens par une fiducie tous les 21 ans		T1055/TP- 653	Au moment où la déclaration de la fiducie doit être produite qui comprend la disposition présumée
Par. 16.1(2) L.I.R.	Art. 125.2 L.I.	Choix relatif à la cession d'un bail ou à la sous- location d'un bien		T2145/ CO-125.1 ou pour la sous- location	Le preneur et le cessionnaire doivent tous deux produire le formulaire avec la

⁶² *Tax Window Files*, dans *CCH* (en ligne), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 9328595, 31 janvier 1994.

				T2146/ CO-125.2	déclaration de revenus pour leur année d'imposition respective qui comprend le moment auquel la cession ou la sous- location a été conclue
Par. 39(4) L.I.R.	Art. 250.1 L.I.	Choix visant la disposition de titres canadiens		T123/copie du formulaire fédéral	Le formulaire doit être produit avec la déclaration de revenus du contribuable
Par. 127(8.4) L.I.R.	Aucun équivalent au Québec	Choix effectué par un associé d'une société en vue de renoncer aux crédits d'impôt à l'investissement		T932	Au plus tard à la date à laquelle le contribuable est tenu de produire une déclaration de revenus
Par. 259(1) L.I.R.	Art. 961.24 L.I.	Choix pour considérer des participations proportionnelles dans un bien de fiducie admissible		T1024/copie du formulaire fédéral	Le paragraphe 259(4) L.I.R. établit le délai et exige de fournir certains documents. La fiducie admissible qui fait le choix prévu au paragraphe (1) est tenue : a) d'une part, de donner avis du choix, à la fois : i) au plus tard 30 jours après avoir fait le choix, à chaque personne qui détenait une unité dans la fiducie avant que le choix soit fait et au cours de la période qu'il vise, ii) au moment de l'acquisition, à chaque personne qui acquiert une unité dans la fiducie après que le choix est fait et au cours de la période qu'il vise; b) d'autre part, de fournir à toute personne détentrice d'une unité dans la fiducie au cours de la période visée par le choix qui lui en fait la demande écrite, au plus tard 30 jours après la réception de cette demande, les renseignements qui permettront à cette personne de déterminer les conséquences du choix pour elle

					en vertu de la présente loi
Par. 44(1) L.I.R.	Art. 278, 279 L.I.	Choix à exercer par des particuliers (sauf les fiducies) pour la déduction d'une réserve pour gains en capital au moment du calcul du montant d'un gain en capital suivant les règles relatives aux biens de remplacement		T1030/copie du formulaire fédéral	Au plus tard à la date à laquelle le contribuable est tenu de produire une déclaration de revenus qui comprend la disposition
Al. 66.2(5)f) L.I.R.	Art. 411, 412 L.I.	Renonciation des frais d'aménagement au Canada ou des frais à l'égard de biens canadiens relatifs au pétrole et au gaz		T1086/copie du formulaire fédéral	A produire dans les six mois suivant la fin de l'année d'imposition dans laquelle se termine l'exercice financier de la société
Al. 56(1)b) L.I.R.	Art. 312 L.I.	Choix à l'égard de la pension alimentaire pour enfants		T1157/copie du formulaire fédéral	Avec la déclaration de revenus du contribuable
Par. 56(1) L.I.R.	Art. 312 L.I.	Enregistrement des pensions alimentaires		T1158/copie du formulaire fédéral	
Art. 216 L.I.R.	Pas d'équivalent	Déclaration de revenus pour le choix prévu à l'article 216 L.I.R.		T1159	Dans les deux ans suivant la fin de l'année ou dans les six mois si un choix au paragraphe 216(4) L.I.R. a été effectué
Par. 132.2(2) L.I.R.	Art. 785.5 L.I.	Choix concernant la disposition de biens par une société de placement à capital variable		T1169/copie du formulaire fédéral	Produire le formulaire au plus tard six mois après la date du transfert
Par. 220(4.5) L.I.R.	Art. 1033.2 L.I.	Choix de reporter le paiement de l'impôt sur le revenu relatif à la disposition de biens		T1244/copie du formulaire fédéral	Vous devez exercer ce choix au plus tard le 30 avril suivant l'année d'émigration
Al. 66.7(7)c) ou 66.7(8)c) L.I.R.	Art. 418.23 L.I.	Choix fait par une société de déduire des frais relatifs à des ressources lorsqu'elle acquiert un avoir minier		T2010/CO-418.23	
Par. 130.1(4) L.I.R.	Art. 1113 L.I.	Choix concernant un dividende sur les gains en capital		T2012/ CO-1113	Au plus tard au premier en date des jours suivants : i) le jour où le dividende a été payé; ii) le premier jour où une partie quelconque du dividende a été payée
Par. 22(1) L.I.R.	Art. 184 L.I.	Choix concernant la vente de créance		T2022/copie du formulaire fédéral	Produite avec la déclaration de revenus de l'une ou l'autre des parties pour l'année de la vente
Par. 218(3) L.I.R.	Pas d'équivalent	Choix concernant des prêts de non-résidents		T2023	Le formulaire doit être rempli conjointement par la société non résidente (la société mère) et la personne résidant au Canada

Par. 80.01(4) L.I.R.	Art. 485.21 L.I.	Choix relatif au montant réputé du règlement d'une dette ou d'une obligation en cas de liquidation d'une filiale		T2027/CO-485.21	La société mère doit remplir, signer et présenter ce formulaire au ministre au plus tard à la date où elle est tenue de produire une déclaration de revenus en vertu de l'article 150 L.I.R., pour l'année d'imposition durant laquelle la dette a été réglée
Par. 83(2) L.I.R.	Art. 502 L.I.	Choix concernant un dividende en capital en vertu du paragraphe 83(2) L.I.R.		T2054/CO-502	Au plus tard au premier des jours suivants : i) le jour où le dividende devient payable, et ii) le premier jour où une partie quelconque du dividende a été payée
Par. 131(1) L.I.R.	Art. 1106 L.I.	Choix concernant un dividende sur les gains en capital		T2055/CO-1106	Au plus tard au premier en date des jours suivants : – le jour où le dividende devient payable; – le premier jour où une partie quelconque du dividende a été payée
Par. 85(1) L.I.R.	Art. 518 L.I.	Choix relatif à la disposition de biens par un contribuable en faveur d'une société canadienne imposable		T2057/TP-518	Au plus tard à la première dans le temps des dates où des parties au choix doivent produire une déclaration de revenus pour l'année d'imposition où la transaction a eu lieu
Par. 85(2) L.I.R.	Art. 529 L.I.	Choix relatif à la disposition de biens par une société de personnes en faveur d'une société canadienne imposable		T2058/TP-529	Au plus tard à la première dans le temps des dates où des parties au choix doivent produire une déclaration de revenus pour l'année d'imposition où la transaction a eu lieu
Par. 97(2) L.I.R.	Art. 614 L.I.	Choix relatif à la disposition de biens par un contribuable en faveur d'une société canadienne		T2059/TP-614	Au plus tard à la première dans le temps des dates où des parties au choix doivent produire une déclaration de revenus pour l'année d'imposition où la transaction a eu lieu, compte tenu du choix du paragraphe 99(2) L.I.R.
Par. 98(3) L.I.R.	Art. 620 L.I.	Choix concernant la disposition de biens		T2060/TP-620	Au plus tard à la première dans le

		lorsqu'une société de personnes cesse d'exister			temps des dates où un membre qui fait partie du choix doit produire une déclaration de revenus pour l'année d'imposition où la société de personnes a cessé d'exister
Al. 128.1(4)d) L.I.R.	Par. 785.2d) L.I.	Choix exercé par un émigrant, de déclarer la disposition réputée d'un bien et le gain en capital ou la perte en capital s'y rapportant		T2061A/ TP-785.2	A joindre à la déclaration de revenus pour l'année où vous avez cessé d'être un résident du Canada
Par. 133(7.1) L.I.R.	Aucun équivalent	Choix concernant un dividende sur les gains en capital		T2063	Au plus tard au premier en date des jours suivants : – le premier jour où a été versée une partie quelconque du dividende; le jour où le dividende devient payable
Par. 89(1) L.I.R.	Par. 570n) L.I.	Choix de ne pas être une société publique		T2067/copie du formulaire fédéral	Au plus tard à la date où elle choisit de ne pas être une société publique
Par. 72(2) L.I.R.	Art. 453 L.I.	Choix relatif aux montants non déductibles à titre de réserves pour l'année du décès		T2069/ TP-453	Il faut produire un exemplaire dûment rempli de ce choix avec la déclaration de revenus du contribuable pour l'année de son décès et joindre une copie du choix à la déclaration de revenus du bénéficiaire du transfert pour la première année d'imposition qui se termine après le décès du contribuable
Par. 89(1) L.I.R.	Par. 570o) L.I.	Choix d'être une société publique		T2073/copie du formulaire fédéral	Au plus tard à la date où elle choisit d'être une société publique
Par. 159(5) L.I.R.	Art. 1032 L.I.	Choix de différer le paiement de l'impôt sur le revenu par les représentants ou le syndic d'un contribuable décédé		T2075/ TP-1032	Au plus tard le jour où doit être effectué le premier des acomptes provisionnels annuels consécutifs et égaux qui constitue la date où les impôts auraient été exigibles sans le choix
Par. 147(10.1) L.I.R.	Art. 886 L.I.	Choix concernant un paiement unique reçu d'un régime de participation différée aux bénéfices		T2078/copie du formulaire fédéral	Joindre une copie à votre déclaration de revenus de l'année d'imposition pour laquelle vous avez reçu le paiement et faire parvenir le tout au plus tard à la date

					limite de production de la déclaration
Art. 80.1 L.I.R.	Art. 469, 470 L.I.	Choix concernant les contre-valeurs de biens expropriés, acquises en compensation ou en contrepartie de la vente de biens étrangers pris ou achetés par l'émetteur étranger		T2079/copie du formulaire fédéral	Au plus tard le jour où la déclaration de revenus doit être produite pour l'année d'imposition où tout bien désigné à l'article 80.1 L.I.R. a été acquis
Par. 138(11.5) L.I.R.	Art. 832.3 (1 ^{er} , 2 ^e et 3 ^e al.) L.I.	Choix commun concernant le transfert d'une entreprise d'assurance par un assureur non résident		T2100/CO-832.3	Au plus tard à la date où l'une des parties prenant part au choix doit, la première, produire une déclaration de revenus pour l'exercice financier pendant lequel les transactions ont eu lieu
Art. 48.1 L.I.R.	Art. 247.2 L.I.	Choix concernant des gains sur actions d'une société devenant une société publique		T2101/TP-247.2	Au plus tard à la date d'échéance de production qui est applicable au particulier pour l'année d'imposition dans laquelle la société cesse d'être une société exploitant une petite entreprise
Par. 131(10) L.I.R.	Pas d'équivalent	Choix de ne pas être une institution financière véritable		T2143	Au plus tard le jour où le ou les dividendes sont versés à une institution financière véritable
Par. 16.1(1) L.I.R.	Art. 125.1 L.I.	Choix relatif à la location d'un bien		T2145/CO-125.1	Le bailleur et le preneur doivent tous deux produire un exemplaire dûment rempli de la présente formule avec la déclaration de revenus qu'ils sont tenus de produire, selon la partie I, pour leurs années d'imposition respectives qui comprend le moment auquel le bail a débuté
Par. 16.1(2) L.I.R.	Art. 125.2 L.I.	Choix relatif à la cession d'un bail ou à la sous-location d'un bien		T2146/CO-125.2	Le preneur et le cessionnaire doivent tous deux produire un exemplaire dûment rempli de la présente formule avec la déclaration de revenus qu'ils sont tenus de produire, selon la partie I, pour leur année d'imposition respective qui comprend le moment

					auquel la cession ou la sous-location a été conclue
Par. 159(6.1) L.I.R.	Art. 1031.1 L.I.	Choix de différer le paiement de l'impôt sur le revenu		T2223/ TP-1031.1	Avant le jour où le premier des versements annuels consécutifs est requis
Par. 144(4.2) L.I.R.	Art. 862 L.I.	Exercice d'un choix pour la disposition ou l'acquisition de nouveau d'un bien en capital d'une fiducie régie par un régime de participation des employés aux bénéfices		T3009/copie du formulaire fédéral	Au plus tard le dernier jour de l'année d'imposition de la fiducie, au cours de laquelle ce choix est exercé
Par. 138.1(4) L.I.R.	Art. 851.20, 851.21 L.I.	Choix de disposition réputée ou acquisition à nouveau d'un bien en immobilisation d'une police d'assurance vie à fonds réservé		T3018/copie du formulaire fédéral	Dans les 90 jours de la fin de l'exercice financier de la fiducie au cours duquel le choix est fait

TABLEAU 5

Autres formulaires avec ou sans référence aux lois fiscales					
		Description		Formulaire	Délai de production
		État des revenus de placements		T5/relevé 3	Au plus tard le dernier jour de février de l'année suivant l'année civile visée par la déclaration de renseignements
		Sommaire des revenus de placements		T5SUM/ Sommaire 3	Au plus tard le dernier jour de février de l'année suivant l'année civile visée par la déclaration de renseignements
		État de la rémunération payée		T4/relevé 1	Au plus tard le dernier jour de février de l'année qui suit l'année civile visée par la déclaration de renseignements
		Sommaire de la rémunération payée		T4sum/Sommaire des retenues et des cotisations de l'employeur	Au plus tard le dernier jour de février de l'année qui suit l'année civile visée par la déclaration de renseignements
		État du revenu de pension, de retraite, de rente ou d'autres sources		T4A/relevé 1 case O/relevé 2	Au plus tard le dernier jour de février de l'année civile suivant celle où, ou à laquelle la déclaration s'applique
		Sommaire du revenu de pension, de retraite, de rentes ou d'autres sources		T4ASUM/ Sommaire 2/ Sommaire 1	Au plus tard la fin de février de l'année civile suivant celle où, ou à laquelle la déclaration s'applique
		État des frais de ressources		T101/relevé 11	Dans le cas du T101, avant la fin du mois qui suit la renonciation. La société de mise en valeur doit produire le Formulaire RL-11.S et les relevés 11 avant la fin du mois qui suit celui de la renonciation
		Crédit d'impôt pour emploi à l'étranger		T626/pas d'équivalent	Joindre un exemplaire rempli de ce formulaire à votre déclaration de revenus
		Calcul de la déduction pour gains en capital		T657/ TP-726.7	Joindre un exemplaire rempli de ce formulaire à votre déclaration de revenus
		Impôt minimum de remplacement		T691/TP-776.42	Joindre à la déclaration de revenus
		État des loyers de biens immeubles		T776/TP-128	À produire avec la déclaration de revenus
		État des dépenses d'emploi		T777/TP-59	Joindre à la déclaration de revenus
		Déduction pour frais de garde d'enfants		T778/TP-1 Annexe C	Joindre à la déclaration de revenus

		Calcul de la perte nette cumulative sur placements		T936/TP-726.6	Joindre à la déclaration de revenus
		Gains en capital résultant du don de certaines immobilisations		T1170/pas d'équivalent	Joindre à la déclaration de revenus
		Crédit provincial ou territorial pour impôt étranger		T2036/TP-772	Joindre à la déclaration de revenus
		Déclaration des conditions de travail		T2200/TP-64.3	Joindre à la déclaration de revenus
		Certificat pour frais de scolarité, montant relatif aux études et montant pour manuels		T2202A/relevé 8	Joindre à la déclaration de revenus
		Crédits fédéraux pour impôt étranger		T2209/TP-772	Joindre à la déclaration de revenus
		Revenus et dépenses d'entreprise ou de profession		T2125/TP-80	Joindre à la déclaration de revenus
		Attestation de déficience		T2201/TP-752.0.14	Joindre à la déclaration de revenus
		Frais engagés pour réaliser des travaux sur un immeuble		TP-1086.R.23.12	Joindre à la déclaration de revenus
		Crédit d'impôt à l'investissement		T2038/pas d'équivalent	Joindre à la déclaration de revenus
		Déclaration d'impôt de la partie I.3		T2147/pas d'équivalent	Joindre à la déclaration de revenus
		Déclaration exigée par la partie I.3, impôt des grandes institutions financières		T2148/pas d'équivalent	Joindre à la déclaration de revenus
		Déclaration exigée par la partie I.3, impôt des grandes compagnies d'assurances		T2149/pas d'équivalent	Joindre à la déclaration de revenus
		Accord entre des corporations liées, impôt de la partie I.3		T2150/pas d'équivalent	Joindre à la déclaration de revenus
		Calcul du crédit d'impôt de la partie I.3 inutilisé et du crédit de surtaxe inutilisé		T962/pas d'équivalent	Joindre à la déclaration de revenus
		Accord entre des institutions financières liées		T2045/pas d'équivalent	Joindre à la déclaration de revenus
		Calcul du crédit d'impôt de la partie VI inutilisé et du crédit d'impôt de la partie I inutilisé		T921/pas d'équivalent	Joindre à la déclaration de revenus

		Calcul de l'impôt des parties IV.1 et VI.1 à payer		T761/pas d'équivalent	Joindre à la déclaration de revenus
		Déclaration de revenus de la partie II – Surtaxe des fabricants de tabac		T1123/pas d'équivalent	Joindre à la déclaration de revenus
		Convention entre sociétés associées (pour les années d'imposition débutant après 1995)		T2013/ pas d'équivalent	Joindre à la déclaration de revenus
		Crédit d'impôt de Terre-Neuve-et-Labrador pour la recherche et le développement		T1129/pas d'équivalent	Joindre à la déclaration de revenus
		Crédit d'impôt de l'Île-du-Prince-Édouard sur les bénéfices de fabrication et de transformation		T1091/pas d'équivalent	Joindre à la déclaration de revenus
		Crédit d'impôt à l'investissement pour les corporations de l'Île-du-Prince-Édouard		T1092/pas d'équivalent	Joindre à la déclaration de revenus
		Réduction de l'impôt de la Nouvelle-Écosse sur les sociétés pour les nouvelles petites entreprises		T701/pas d'équivalent	Joindre à la déclaration de revenus. Un autre exemplaire dûment rempli doit être envoyé par la poste à la Division des relations fiscales fédérales-provinciales, ministère des Finances, C.P. 187, Halifax (Nouvelle-Écosse) B3J 2N3
		Impôt des grandes sociétés de la Nouvelle-Écosse		T1167/pas d'équivalent	Joindre à la déclaration de revenus
		Crédit d'impôt à l'investissement de la Nouvelle-Écosse pour fabrication et transformation		T1168/pas d'équivalent	Joindre à la déclaration de revenus
		Crédit d'impôt du Nouveau-Brunswick pour la recherche et le développement		T1111/pas d'équivalent	Joindre à la déclaration de revenus
		Impôt des grandes sociétés du Nouveau-Brunswick		T1166/pas d'équivalent	Joindre à la déclaration de revenus
		Crédit d'impôt du Manitoba pour la recherche et le développement		T1088/pas d'équivalent	Joindre à la déclaration de revenus
		Crédit d'impôt du Manitoba pour		T1089/pas d'équivalent	Joindre à la déclaration de revenus

		fabrication et transformation			
		Calcul du dégrèvement d'impôt de la Saskatchewan au titre des redevances		T70/pas d'équivalent	Joindre à la déclaration de revenus et en expédier un exemplaire dûment rempli au gouvernement de la Saskatchewan, à l'adresse suivante : Gouvernement de la Saskatchewan, ministère des Finances, 2350, rue Albert, 9 ^e étage, Regina (Saskatchewan) S4P 4A6
		Crédit d'impôt de la Saskatchewan pour fabrication et transformation		T1101/pas d'équivalent	Joindre à la déclaration de revenus
		Crédit d'impôt à l'investissement de la Saskatchewan pour la fabrication et la transformation		T1128/pas d'équivalent	Joindre à la déclaration de revenus
		Demande et calcul du dégrèvement de la Colombie-Britannique au titre des redevances et du revenu réputé		T81/pas d'équivalent	Joindre à la déclaration de revenus
		Crédit d'impôt du Yukon sur les bénéfices de fabrication et de transformation		T572/pas d'équivalent	Joindre à la déclaration de revenus
		Déclaration de renseignements sur des opérations avec lien de dépendance effectuées avec des non-résidents		T106/pas d'équivalent	Pour une société, 6 mois suivant la fin de son année d'imposition. Pour une fiducie, 90 jours suivant la fin de son année d'imposition. Pour un particulier, le 30 avril suivant la fin de chaque année civile. Pour un particulier qui, lui-même ou son conjoint, déclare un revenu tiré d'un travail indépendant, la date limite est reportée, au même titre que sa Déclaration de revenus et de prestations, T1 Générale, au 15 juin suivant la fin de l'année civile. Pour une société de personnes, la date limite est la même que celle pour produire la déclaration concernant les sociétés de personnes

					en vertu de l'article 229 R.I.R.
		Demande d'autorisation de détruire des registres		T137/pas d'équivalent	Avant de détruire des registres
Par. 169(1) L.I.R.	Art. 93.1.1 L.M.R.	Opposition – L.I.R.		T400A/MR-93.1.1	Si vous êtes un particulier (autre qu'une fiducie) ou si vous présentez une opposition au nom d'une fiducie testamentaire, vous devez présenter l'opposition au plus tard à la dernière des deux dates suivantes : un an après la date limite de production de la déclaration de revenus, ou 90 jours après la date de mise à la poste de l'avis de cotisation ou de détermination. Dans tous les autres cas, vous devez présenter l'opposition dans les 90 jours qui suivent la date de mise à la poste de l'avis de cotisation ou de détermination
		Avis de révocation d'une renonciation		T652/MR-25.3	À produire lorsque l'on veut révoquer une renonciation
Art. 37 L.I.R.	Art. 222 L.I.	Demande pour les dépenses de RS & DE		T661/RD-222	Joindre à la déclaration de revenus
		Détermination d'un montant relatif à des ressources par un propriétaire obligé		T1046/pas d'équivalent	Dans les six mois suivant la fin de l'exercice (du propriétaire obligé) au cours duquel le contribuable a cessé d'être propriétaire des avoirs miniers canadiens
		Demande de crédit d'impôt pour production cinématographique ou magnétoscopique canadienne		T1131/CO-1029.8.3.5	Joindre à la déclaration de revenus
		Déclaration de renseignements sur les sociétés étrangères affiliées qui ne sont pas des sociétés étrangères affiliées contrôlées		T1134-A/pas d'équivalent	Dans les 15 mois suivant la fin de votre année d'imposition
		Déclaration de renseignements sur les sociétés étrangères affiliées contrôlées		T1134-B/pas d'équivalent	Dans les 15 mois suivant la fin de votre année d'imposition
		Bilan de vérification du		T1135/pas d'équivalent	Au plus tard à la date limite de production de

		revenu étranger			vosre déclaration de revenus ou, dans le cas des sociétés de personnes, de la déclaration de renseignements de la société de personnes selon l'article 229 R.I.R.
		Déclaration de renseignements sur les transferts ou prêts à une fiducie non résidente		T1141/pas d'équivalent	Particuliers – La date limite est le 30 avril de l'année suivante, ou le 15 juin de l'année suivante si vous ou votre conjoint exploitez une entreprise pendant l'année. Sociétés – Vous devez produire le formulaire T1141 six mois après la fin de votre exercice financier. Fiducies – Vous devez produire le formulaire T1141 dans les 90 jours suivant la fin de l'année d'imposition de la fiducie déclarante.
Par. 233.6(1) L.I.R.	s. o.	Déclaration de renseignements sur les attributions par des fiducies non résidentes et sur les dettes envers de telles fiducies		T1142/pas d'équivalent	Particuliers – La date d'échéance est le 30 avril de l'année suivant l'année d'imposition du particulier ou le 15 juin de l'année suivant cette année d'imposition si le particulier ou son conjoint a exploité une entreprise pendant l'année. Sociétés – La date d'échéance est de six mois suivant la fin de l'exercice de la société. Fiducies – La date d'échéance est de 90 jours suivant la fin de l'année d'imposition de la fiducie. Sociétés de personnes – La date d'échéance est la même que celle de la déclaration d'une société de personnes prévue à l'article 229 R.I.R.
Par. 137(5.1) L.I.R.	Art. 803.1 L.I.	Choix réservé à une caisse de crédit de répartir des dividendes et des gains en capital nets non imposables des membres qui sont des caisses de crédit		T2004/copie du formulaire fédéral	À une date quelconque dans les 120 jours postérieurs à la fin de son année d'imposition
Par. 18(2.2)	Art. 165.2	Accord entre des corporations		T2005/copie du formulaire fédéral	À joindre à la déclaration de revenus

L.I.R.	L.I.	associées pour l'attribution d'un montant qui servira au calcul de la déduction de base de chaque corporation			
Al. 66.7(7)c) ou 66.7(7)e) et 66.7(8)c) ou 66.7(8)e) L.I.R.	Par. 418.23c) ou 418.24c) L.I.	Choix fait par une société de déduire des frais relatifs à des ressources lorsqu'elle acquiert un avoir minier		T2010/CO-418.23	Au plus tard, le premier du jour où la société, ou la personne de qui elle a acquis l'avoir, est tenue de produire une déclaration de revenus pour l'année d'imposition au cours de laquelle elle a acquis l'avoir
		Déclaration de revenus de la partie XIII – Impôt sur le revenu, provenant du Canada, des assureurs non résidents autorisés		T2016/pas d'équivalent	Dans les six mois suivant la fin de l'année
		Déclaration de revenus de la partie XII – Impôt sur des paiements versés à la Couronne par une personne exonérée d'impôt		T2026/pas d'équivalent	Au plus tard à la date d'exigibilité du solde applicable à la personne pour l'année d'imposition
Par. 152(4) L.I.R.	s. o.	Renonciation à l'application de la période normale de nouvelle cotisation		T2029/pas d'équivalent	1) Quatre ans si, à la fin de l'année, le contribuable est une fiducie de fonds mutuels ou une société autre qu'une société privée dont le contrôle est canadien, ou 2) trois ans dans les autres cas, suivant le premier en date du jour de mise à la poste d'un avis de première cotisation et du jour de la mise à la poste d'une notification portant qu'aucun impôt n'est payable pour l'année d'imposition
Al. 78(1)b) L.I.R.	Art. 481 L.I.	Accord concernant des montants impayés		T2047/TP-481	Au plus tard à la date à laquelle ce dernier est tenu de produire une déclaration de revenus pour la troisième année d'imposition qui suit celle au cours de laquelle les débours ou dépenses ont été engagés
Par. 89(1) L.I.R.	Par. 570o) L.I.	Choix d'être une société publique		T2073/copie du formulaire fédéral	Au plus tard à la date où elle choisit d'être une société publique
Par. 209(1)	s. o.	Déclaration de revenus de la		T2096/pas d'équivalent	Au plus tard le jour où vous devez ou devriez,

L.I.R.		partie XII.1 – Impôt sur les revenus miniers et pétroliers tirés de biens restreints			si vous étiez assujéti à l'impôt de la partie I, produire une déclaration de revenus pour l'année selon l'article 150 L.I.R.
		Déclaration de revenus de la partie II.1 – Impôt sur certaines distributions de surplus		T2141/pas d'équivalent	Au plus tard le jour où la société est tenue de produire, selon l'article 150 L.I.R., une déclaration de revenus T2 pour l'année d'imposition
Par. 16.1(2) L.I.R.	Art. 125.2 L.I.	Choix relatif à la cession d'un bail ou à la sous-location d'un bien		T2146/CO-125.2	Le locataire et le cessionnaire doivent joindre un exemplaire dûment rempli du présent formulaire à leur déclaration de revenus respective pour l'année d'imposition qui comprend le moment où la cession ou la sous-location a été conclue
Par. 237.1(6) L.I.R.	Art. 1079.6 L.I.	Demande des pertes et des déductions rattachées à un abri fiscal		T5004/TP-1079.6	A joindre à la déclaration de revenus
Par. 116(3) L.I.R.	Art. 1099 L.I.	Disposition d'un bien canadien imposable		T2062/TP-1097	Dans les 10 jours suivant la disposition
Par. 116(3) L.I.R.	Art. 1099 L.I.	Disposition d'un avoir minier canadien, d'un bien immeuble canadien (autre qu'une immobilisation), d'un avoir forestier canadien ou d'un bien canadien imposable amortissable		T2062A (intention de disposer) T2062 A – Annexe 1 (disposition réelle)/ TP-1102.1	Dans les 10 jours suivant la disposition
		Paiements à un sous-traitant de la construction		T5018/pas d'équivalent	Dans les six mois suivant la fin de la période de déclaration que vous avez choisie
		Sous-traitant	Pénalité allant jusqu'à un maximum de 10 000 \$	T5018SUM/pas d'équivalent	Dans les six mois suivant la fin de la période de déclaration que vous avez choisie.
		Paiements contractuels de services du gouvernement	Ce feuillet est émis par les ministères, les organismes fédéraux ou les sociétés d'État à un particulier, une société de person-	T1204/Relevé 27	

			nes, une petite entreprise ou une société qui fournit des produits ou des services sous contrat		
		Renonciation à l'impôt retenu sur le remboursement de vos cotisations inutilisées versées à un REER		T3012A/pas d'équivalent	A produire le plus tôt possible pour obtenir l'autorisation de faire un retrait
		État des sommes payées ou créditées à des non-résidents du Canada		NR4/pas d'équivalent	Au plus tard le 31 mars de l'année civile suivante ou dans les 90 jours suivant la fin de l'année d'imposition de la succession ou de la fiducie
		Déclaration des sommes payées ou créditées à des non-résidents du Canada		NR4SUM/pas d'équivalent	Au plus tard le 31 mars de l'année civile suivante ou dans les 90 jours suivant la fin de l'année d'imposition de la succession ou de la fiducie
		Engagement à produire une déclaration de revenus par un non-résident touchant un loyer de biens immeubles ou une redevance forestière		NR6/pas d'équivalent	Au plus tard le premier jour de chaque année d'imposition ou à l'échéance des premiers loyers
		Demande de remboursement des retenues d'impôt des non-résidents selon la partie XIII		NR7-R/pas d'équivalent	Joindre à la déclaration de revenus T1, T2 ou T3 pour l'année du paiement, afin de demander un crédit pour l'impôt retenu
		Détermination du statut de résidence (départ du Canada)		NR73/pas d'équivalent	A produire pour les années visées
		Détermination du statut de résidence (entrée au Canada)		NR74/pas d'équivalent	A produire pour les années visées
		Demande de remboursement pour des retenues de cotisations en trop au Régime de pensions du Canada (« RPC ») et à l'assurance-emploi (« AE »)		PD24	Dans le cas de cotisations au RPC, au plus tard quatre ans après la fin de l'année où le paiement en trop a eu lieu dans le cas de cotisations à l'AE, au plus tard trois ans après la fin de l'année où le paiement en trop a eu lieu;

					lorsque la retenue en trop résulte d'une décision du ministre ou d'un jugement rendu par un tribunal, au plus tard 30 jours après la date où vous ou l'employé avez reçu la décision
Par. 153(1.1) L.I.R.; art. 105 R.I.R.		Demande de dispense de l'application de l'article 105 R.I.R.		R105	30 jours avant le début de la prestation des services au Canada ou 30 jours avant le premier paiement à faire au demandeur pour ces services
Par. 153(1.1) L.I.R.; art. 102 R.I.R.		Demande de dispense à l'article 102 du règlement – Industrie cinématographique		R106	30 jours avant le début de la prestation des services au Canada ou 30 jours avant le premier paiement à faire au demandeur pour ces services
Par. 153(1.1) L.I.R.; art. 105 R.I.R.		Demande de dispense à l'article 105 du règlement – Industrie cinématographique		R107	L'unité des services pour l'industrie cinématographique concernée doit recevoir les demandes 30 jours avant le début de la prestation de services au Canada ou 30 jours avant le premier paiement à faire au demandeur pour ces services
		Demande de numéro d'entreprise (NE); demande de numéro d'entreprise du Québec (NEQ)		RC1 LM-1	Avant de faire des transactions au Canada; avant de faire des transactions au Québec
		Formulaire de consentement de l'entreprise		RC59/MR-69	À produire lorsqu'il faut obtenir une information de l'ARC ou de Revenu Québec
		Changement d'état civil		RC65	Aussitôt que possible
		Demande d'un certificat de décharge		TX19/MR-14.A et MR-14.B	À produire quand vous avez produit toutes les déclarations de revenus requises et reçu les avis de cotisation s'y rapportant; – nous avons reçu le paiement complet des montants suivants (ou, sinon, des garanties de paiement) : les impôts sur le revenu (y compris les impôts provinciaux et territoriaux que nous administrons), les cotisations au RPC, les cotisations d'AE, et tous les intérêts et pénalités qui s'y rapportent

		Demande de redressement d'une T1; demande de redressement d'une déclaration de revenus		T1-ADJ TP-1.R.	
		Déclaration des particuliers pour 2010; cotisations excédentaires versées à un REER		T1-OVP/pas d'équivalent	À produire lorsqu'un particulier a des cotisations excédentaires à un REER
		Déclaration des particuliers pour 2010; cotisations excédentaires versées à un REÉÉ		T1E-OVP	À produire lorsqu'un particulier a des cotisations excédentaires à un REÉÉ
		Demande de report rétrospectif d'une perte		T1A/ TP-1012.A	À joindre à la déclaration de revenus
		Déclaration de renseignements pour la transmission électronique d'une déclaration de revenus et de prestations d'un particulier		T183/TP-1000.TE ⁶³	
Par. 13(29) L.I.R.	Art. 93.9 L.I. (non)	Choix exercé en vertu du paragraphe 13(29) L.I.R. à l'égard de certains biens amortissables acquis dans le cadre d'un projet à long terme		T1031/Lettre	À produire avec la déclaration de revenus pour l'« année donnée »
		Choix conjoint visant le fractionnement du revenu de pension		T1032/Annexe Q	Au plus tard à la date limite de production pour l'année visée
		Régime d'accès à la propriété (RAP) – Demande de retirer des fonds d'un REER		T1036/pas d'équivalent	
Al. 149(1)e) et 149(1)f) L.I.R.	Art. 997.1 L.I.	Déclaration de renseignements des organismes sans but lucratif		T1044/TP-997.1	Au plus tard six mois après la fin d'année
	Art. 274 L.I.	Désignation d'un bien comme résidence principale par une fiducie personnelle		T1079/TP-274.F	Joindre à la T3 l'année de la disposition

⁶³ Formulaires à conserver par le préparateur.

Par. 127(20) L.I.R.	s. o.	Convention pour attribuer l'aide pour la RS & DE entre personnes ayant un lien de dépendance		T1145/pas d'équivalent	Joindre à la déclaration de revenus
		Convention pour transférer des dépenses admissibles relatives à des contrats de RS & DE entre personnes ayant un lien de dépendance		T1146/pas d'équivalent	Soit au plus tard à la date d'échéance de production applicable au cédant pour l'année d'imposition où le travail de RS & DE a été effectué; soit au cours de la période pendant laquelle le cédant peut signifier un avis d'opposition à une cotisation pour l'année d'imposition qu'elle vise; soit au cours de la période pendant laquelle le cessionnaire peut signifier un avis d'opposition à une cotisation pour sa première année d'imposition qui se termine à la fin de l'année d'imposition visée du cédant ou après
		Déclaration de renseignements annuelle concernant les régimes de pension agréés		T244/pas d'équivalent	Dans les 180 jours suivant la fin de l'exercice du régime, comme l'exige l'article 8409 R.I.R.
Par. 89(11) ou 89(12) L.I.R.		Choix ou révocation d'un choix de ne pas être une société privée sous contrôle canadien (années 2006 et suivantes)		T2002/pas d'équivalent	Au plus tard à la date limite de production de la T2
		Modification de renseignements d'un régime de pension agréé		T2011/pas d'équivalent	
Par. 146(8.1) L.I.R.	Art. 930 L.I.	REER d'un rentier décédé – remboursement de primes		T2019/TP-930	Le bénéficiaire admissible doit annexer une copie de ce formulaire à sa déclaration de revenus pour l'année au cours de laquelle le montant faisant l'objet de la désignation a été payé à la succession du rentier
Al. 60(1)v) L.I.R.	Par. 339f) L.I.	Transfert direct selon l'alinéa 60(1)v) L.I.R.	Demander à l'émetteur de votre REER de transférer la valeur de votre rente à	T2030/pas d'équivalent	

			un autre REÉR ou FERR ou de la transférer pour acheter une autre rente; – demander à l'émetteur de votre FERR de transférer un montant excédentaire à votre REÉR ou d'acheter une rente		
		Déclaration de revenus pour les organismes de bienfaisance dont l'enregistrement a été révoqué		T2046	Voir le guide RC4424
	Art. 985.5 L.I.	Demande d'enregistrement d'un organisme de bienfaisance en vertu de la <i>Loi de l'impôt sur le revenu</i>		T2050/TP-985.5	Voir le guide T4063
Al. 128.1(4)d) L.I.R.	Par. 785.2d) L.I.	Choix exercé par un émigrant de déclarer la disposition réputée d'un bien canadien imposable et le gain en capital ou la perte en capital s'y rapportant		T2061A/ TP-785.2	Joindre à la déclaration de revenus pour l'année où vous avez cessé d'être un résident du Canada
Par. 26(9) R.A.I.R.	Art. 599 L.I.	Détermination du PBR d'une participation dans une société		T2065/TP-599	Produire un exemplaire dûment rempli de ce formulaire avec sa déclaration T1; si l'associé est une société, elle doit produire un exemplaire dûment rempli avec la déclaration de revenus des sociétés
Par. 26(7) R.A.I.R.		Choix visant la valeur au jour de l'évaluation dans le cas de biens en immobilisation détenus le 31 décembre 1971		T2076/DT-72	Produire avec la déclaration de revenus du particulier pour l'année d'imposition visée par le choix
	Art. 274 L.I.	Désignation d'un bien comme résidence principale par un particulier (autre qu'une fiducie personnelle)		T2091/TP-274	À joindre avec la déclaration de revenus s'il y a un gain en capital

		Contributions à un parti enregistré ou à une association enregistrée – Déclaration de renseignements		T2092/pas d'équivalent	À produire le 30 juin de l'année suivant la période visée par la déclaration, dans le cas d'un parti enregistré; ou le 31 mai de l'année suivant la période visée par la déclaration, dans le cas d'une association enregistrée
		Contributions versées à un candidat à une élection – Déclaration de renseignements		T2093/ pas d'équivalent	Dans les quatre mois après le jour du scrutin ou, s'il y a lieu, dans les quatre mois de la publication dans la <i>Gazette du Canada</i> de l'avis de retrait présumé du bref émis pour la circonscription pour laquelle le candidat a été présenté
Par. 149.1(5) L.I.R.	Art. 985.2.2 L.I.	Organismes de bienfaisance enregistrés demande de réduction du contingent des versements		T2094/TP-985.2.2	Le demandeur doit produire la déclaration de l'exercice suivant avant de faire une demande de réduction du contingent des versements
Par. 66.5(1) L.I.R.		Déclaration impôt de la partie IX à l'égard de sommes déduites en vertu du paragraphe 66.5(1) L.I.R.		T2099/pas d'équivalent	Au plus tard le jour où elle serait tenue, en vertu de l'article 150, de produire une déclaration de revenus T2 pour l'année conformément à la partie I
Par. 189(1) L.I.R.		Déclaration de l'impôt de la partie V – Impôt sur les placements non admissibles d'un organisme de bienfaisance enregistré		T2140/pas d'équivalent	Au plus tard le jour où vous devez, ou devriez, si l'impôt était payable, produire une déclaration de revenus en vertu de la partie I
		Déclaration d'impôt de la partie XII.3 – Impôt sur le revenu de placements des assureurs sur la vie		T2142/pas d'équivalent	Au plus tard à la date d'échéance de production de la déclaration T2
Par. 204.81(1) et 204.81(6) L.I.R.		Déclaration de l'impôt de la partie X.3 pour une société à capital de risque de travailleurs (« SCRT »)		T2152/pas d'équivalent	Dans les six mois suivant la fin de l'année d'imposition de la SCRT
Al. 80(2)i) L.I.R.		Désignation prévue à l'alinéa 80(2)i) L.I.R. concernant des dettes remises		T2153	À joindre à la déclaration de revenus
Par. 80(5) à 80(11) L.I.R.		Application d'une dette remise		T2154	Joindre le formulaire à votre déclaration de

		désignée en vertu de l'article 80 L.I.R.			revenus pour l'année d'imposition où la dette a été remise
Art. 80.03 L.I.R.		Traitement alternatif des gains en capital résultant du règlement de dettes en vertu de l'article 80.03 L.I.R.		T2155	À soumettre avec votre déclaration de revenus pour l'année d'imposition qui comprend le moment de la disposition ayant donné lieu à l'application du paragraphe 80.03(2) L.I.R.
Art. 80.04 L.I.R.		Convention concernant le transfert d'une dette remise en vertu de l'article 80.04 L.I.R.		T2156	Au plus tard à la plus éloignée des dates suivantes : – le jour où le débiteur doit produire sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition ou l'exercice qui comprend ce moment; – le jour où le cessionnaire doit produire sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition ou l'exercice qui comprend ce moment; – avant l'expiration du délai pendant lequel le débiteur ou le cessionnaire peut signifier un avis d'opposition à une cotisation d'impôt selon la partie I, visant une année d'imposition ou un exercice mentionné ci-dessus
		Paiement en trop de cotisations d'employé au RPC et à l'AE pour 2010		T2204	À joindre à la déclaration de revenus
Par. 146(8.3) L.I.R.	Art. 931.1 L.I.	Montants provenant d'un REER ou d'un FERR au profit de l'époux ou conjoint de fait à inclure dans le revenu		T2205/TP-931.1	À joindre à la déclaration de revenus
Par. 20(2.1) L.I.R.	Art. 163.1 L.I.	Attestation de l'intérêt sur une avance sur police par l'assureur		T2210/TP-163.1	Au plus tard à la date à laquelle l'assuré doit produire une déclaration de revenus pour l'année d'imposition dans laquelle l'intérêt est payé
		Transfert provenant d'un REER ou d'un FERR dans un autre REER ou		T2220	À remplir par les différents intervenants avant le transfert

		FERR après rupture du mariage ou de l'union de fait			
Art. 204.4 L.I.R.		Demande d'enregistrement à titre de placement enregistré		T2217	Par une société ou une fiducie qui demande d'être enregistrée comme « placement enregistré » conformément à l'article 204.4 L.I.R.
Par. 149.1(14) L.I.R.	Art. 985.22 L.I.	Déclaration de renseignements des organismes de bienfaisance enregistrés		T3010-1/TP-985.22	Six mois suivant la fin d'exercice
Par. 149.1(7) L.I.R.	Art. 985.3 L.I.	Demande de désignation d'organismes de bienfaisance associés		T3011/TP-985.3	Il n'y a pas de délai
		État des honoraires, des commissions ou d'autres sommes payées à des non-résidents pour services rendus au Canada		T4A-NR	Au plus tard le dernier jour de février suivant l'année civile visée par les sommes payées
		Sommaire des honoraires, des commissions ou d'autres sommes payées à des non-résidents pour services rendus au Canada		T4A-NRSUM	Au plus tard le dernier jour de février suivant l'année civile visée par les sommes payées
		État des montants attribués d'une convention de retraite		T4A-RCA	Au plus tard le dernier jour de février
		Déclaration de renseignements des montants attribués d'une convention de retraite		T4A-RCASUM	Au plus tard le dernier jour de février
		État des allocations et des paiements attribués dans le cadre d'un régime de participation des employés aux bénéfices		T4PS	Au plus tard le dernier jour de février suivant l'année civile au cours de laquelle les montants ont été payés ou attribués
		Paiements et montants attribués d'un régime de participation des employés aux bénéfices		T4PSSUM	Au plus tard le dernier jour de février suivant l'année civile au cours de laquelle les montants ont été payés ou attribués
		État du revenu provenant d'un FERR		T4RIF/relevé 2	Avant le dernier jour de février de l'année suivant l'année civile visée par la déclaration

		T4RIF Sommaire		T4RIFSUM	Avant le dernier jour de février de l'année suivant l'année civile visée par la déclaration
		État du revenu provenant d'un REÉR		T4RSP/relevé 2	Avant le dernier jour de février de l'année suivant l'année civile visée par la déclaration
		T4RSP Sommaire		T4RSPSUM	Avant le dernier jour de février de l'année suivant l'année civile visée par la déclaration
Par. 147.1(2) L.I.R.		Demande d'agrément d'un régime de pension		T510	
Par. 146(1) L.I.R.		Demande d'enregistrement de R.E.R., R.E.L. ou F.R.R. en vertu de l'article 146 L.I.R.		T550	Au plus tard 60 jours après la fin de l'année civile où vous avez émis les contrats ou les ententes
Al. 237.1(5)c) L.I.R.	Art. 1079.2 L.I.	Demande de numéro d'inscription d'un abri fiscal et engagement à tenir des registres comptables		T5001/TP-1079.2	Avant de vendre ou d'émettre un abri fiscal
		État des renseignements sur un abri fiscal		T5003/RL-14	Au plus tard le dernier jour de février de l'année suivant l'année civile où la vente a eu lieu
		Sommaire des renseignements sur un abri fiscal		T5003SUM/RL-14.S	Au plus tard le dernier jour de février de l'année suivant l'année civile où la vente a eu lieu
Par. 204.81(1) L.I.R.		Demande d'agrément d'une société à capital de risque de travailleurs		T5005	Pour agréer la société
		État des actions de la catégorie A d'une société agréée à capital de risque de travailleurs		T5006	Avant le 1 ^{er} avril
Par. 204.81(1) L.I.R.		Sommaire des actions de la catégorie A d'une société agréée à capital de risque de travailleurs		T5006SUM	Avant le 1 ^{er} avril
		État des prestations		T5007	Le dernier jour de février
		Sommaire des prestations		T5007SUM	Le dernier jour de février
		État des opérations sur titres		T5008/RL-18	Le dernier jour de février
		Déclaration des opérations sur titres		T5008SUM/RL-18.S	Le dernier jour de février

		État des cotisations versées au dépositaire d'une convention de retraite		T737-RCA	Le dernier jour de février
		Déclaration de renseignements des cotisations versées au dépositaire d'une convention de retraite		T737-RCASUM	Le dernier jour de février
		Déclaration d'exemption – Emploi sur un chantier particulier		TD4	Lorsque vous commencez votre emploi sur un chantier particulier ou lorsque votre situation d'emploi sur un chantier particulier change
Par. 66(12.68) L.I.R.	Art. 359.10 L.I.	Déclaration de renseignements concernant les actions accréditives	Possibilité de payer une pénalité	T100/CO-359.10	Le mois au cours duquel est conclue la convention d'émission; le mois au cours duquel l'avis d'émission est remis à un investisseur éventuel pour la première fois
	Art. 726.4.17.15 L.I.	Sommaire de la renonciation à certains frais d'émission relatifs aux ressources québécoises		Pas d'équivalent/CO-726.4.17.15	Au plus tard le dernier jour du mois suivant celui au cours duquel la renonciation à des frais d'émission est faite
	Art. 726.4.17.19 L.I.	Déduction additionnelle relative à certains frais d'exploration engagés dans le Moyen-Nord et le Grand-Nord québécois		Pas d'équivalent/CO-726.4.17.19	À joindre avec la déclaration de revenus
	Art. 737.18.3 L.I.	Déduction relative au revenu tiré de l'administration et de la gestion de fonds d'investissement		CO-737.18.3	La date d'échéance de production d'une société, pour une année d'imposition donnée, correspond au jour où elle doit au plus tard produire sa déclaration CO-17, soit le dernier jour de la période de six mois commençant à la fin de l'année d'imposition donnée
	Art. 737.18.11 L.I.	Déduction relative à la création de la Zone de commerce international de Montréal à Mirabel (« ZCIMI »)		CO-737.18.11	Joignez ce formulaire à la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17)
	Art. 737.18.18 L.I.	Exonération pour les PME manufacturières des régions		CO-737.18.18	Joindre ce formulaire à la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17)

		ressources éloignées			
	Art. 737.18.3 3 L.I.	Exemption pour une société qui exploite une entreprise de bourse de valeurs ou une chambre de compensation de valeurs		CO-737.18.33	Joindre ce formulaire à la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17)
	Art. 771.12 L.I.	Exemptions pour une société qui réalise un projet novateur dans un centre de développement des technologies de l'information, un centre de la nouvelle économie ou un centre de développement des biotechnologies		CO-771.12	Joindre ce formulaire à la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17)
	Art. 776.1.7 L.I.	Crédit d'impôt pour l'embauche d'employés spécialisés dans les instruments financiers dérivés		CO-776.1.7	Dans les 12 mois qui suivent la date limite de production de la déclaration pour l'année
Art. 135 L.I.R.	Art. 786 L.I.	Déduction pour des ristournes		CO-786	Joindre ce formulaire à la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17)
	Art. 965.31.5 L.I.	Renonciation d'une société de placement dans l'entreprise québécoise à des frais d'émission d'actions		CO-965.31.5	Au plus tard le dernier jour du mois suivant la date de la renonciation
	Art. 965.88 L.I.	Demande d'inscription d'une action valide sur la liste de l'Autorité des marchés financiers dans le cadre du régime d'épargne-actions (REA II)		CO-965.88	Avant l'inscription au régime d'épargne-actions (REA II)
	Art. 1000 L.I.	Déclaration de renseignements concernant le Régime d'investissement coopératif	Ce formulaire s'adresse à toute coopérative et à toute fédération de coopératives admissibles au Régime d'investissement coopératif (« RIC »)	CO-1000.R	Au plus tard le 28 février de l'année civile suivant celle où les titres admissibles ont été émis pour un investisseur admissible

T183	Art. 1000 L.I.	Transmission par Internet de la déclaration de revenus d'une société	S'adresse à toute société qui demande à une personne accréditée (préparateur) de transmettre sa déclaration de revenus par Internet	CO-1000.TE	À compléter avant de transmettre la déclaration de revenus
	Art. 1012 L.I.	Demande par une société d'un report rétrospectif de perte		CO-1012	Joindre ce formulaire à la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17).
	Art. 1029.8.21 .22 L.I.	Crédit d'impôt pour services d'adaptation technologique		CO-1029.8.21.22	Joindre les exemplaires remplis à la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17)
	Art. 1029.8.33 .6 L.I.	Crédit d'impôt pour stage en milieu de travail		CO-1029.8.33.6	Joindre tous les exemplaires à la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17). Si, pour une raison quelconque, vous ne pouvez pas les joindre à la déclaration, vous pouvez nous les faire parvenir dans les 12 mois qui suivent la date limite de production de la déclaration
	Art. 1029.8.33 .10 L.I.	Attestation de participation à un stage de formation admissible		CO-1029.8.33.10	Une autre copie doit être remise, au plus tard six mois après la fin du stage, au particulier, à la société ou à la société de personnes qui a accueilli les stagiaires
	Art. 1029.8.33 .13 L.I.	Crédit d'impôt relatif à la déclaration des pourboires		CO-1029.8.33.13	Joindre ce formulaire à la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17). Si, pour une raison quelconque, vous ne pouvez pas joindre ce document à la déclaration, vous devez le faire parvenir à Revenu Québec dans les 12 mois qui suivent la date limite de production de la déclaration pour l'année
	Art. 1029.8.35 L.I.	Crédit d'impôt pour les productions cinématographiques québécoises	Si la société reçoit la décision préalable favorable, le certificat ou l'attestation d'admissibi-	CO-1029.8.35	Vous ne pouvez pas joindre ces documents à la déclaration, vous devez les faire parvenir à Revenu Québec dans les 12 mois qui suivent la date limite de production de la déclaration

			lité après le délai de 12 mois, elle pourrait avoir droit au crédit d'impôt si elle a demandé ces documents à la SODEC avant l'expiration de ce délai		pour l'année
	Art. 1029.8.36.5 L.I.	Crédit d'impôt pour la réalisation d'une activité de design à l'externe		CO-1029.8.36.5	Joindre ce formulaire à la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17)
	Art. 1029.8.36.7 L.I.	Crédit d'impôt pour la réalisation d'une activité de design à l'interne		CO-1029.8.36.7	Joindre ce formulaire à la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17)
	Art. 1029.8.36.53 L.I.	Crédit d'impôt relatif à l'impôt payé par une fiducie pour l'environnement		CO-1029.8.36.53	Joindre ce formulaire à la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17), ou à la Déclaration de revenus des particuliers (TP-1)
	Art. 1029.8.36.55 L.I.	Crédit d'impôt pour construction ou transformation d'un navire		CO-1029.8.36.55	Si vous ne pouvez pas joindre ces documents à la déclaration, vous devez les faire parvenir à Revenu Québec dans les 12 mois qui suivent la date limite de production de la déclaration pour l'année
	Art. 1029.8.36 L.I.	Crédit d'impôt pour l'acquisition d'un bien, la location d'un bien ou la location ponctuelle d'installations spécialisées		CO-1029.8.36.AL	Joindre à la déclaration de revenus. Si, pour une raison quelconque, vous ne pouvez pas joindre ces documents à la déclaration, vous pouvez les faire parvenir à Revenu Québec dans les 12 mois qui suivent la date limite de production de la déclaration pour l'année
	Art. 1029.8.36 L.I.	Crédit d'impôt pour la création d'emplois dans les carrefours de l'innovation		CO-1029.8.36.CA	Joindre ce formulaire dûment rempli à la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17)
	Art. 1029.8.36 L.I.	Crédit d'impôt relatif aux salaires des employés travaillant dans la Cité du commerce électronique		CO-1029.8.36.CE	Joindre à la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17)
	Art. 1029.8.36 L.I.	Crédit d'impôt pour la construction de		CO-1029.8.36.CP	Si, pour une raison quelconque, vous ne pouvez pas joindre ces

		chemins d'accès et de ponts d'intérêt public en milieu forestier			documents à la déclaration, vous pouvez les faire parvenir à Revenu Québec dans les 12 mois qui suivent la date limite de production de la déclaration pour l'année
	Art. 1029.8.36 L.I.	Entente entre sociétés associées concernant le crédit d'impôt pour la création d'emplois dans les carrefours de l'innovation		CO-1029.8.36.CX	Joignez ce formulaire à la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17) de chacune de ces sociétés
	Art. 1029.8.36 L.I.	Crédit d'impôt pour des services de courtage en douane – ZCMM		CO-1029.8.36.CZ	Si pour une raison quelconque vous ne pouvez pas joindre ces documents à la déclaration, vous pouvez les faire parvenir à Revenu Québec dans les 12 mois qui suivent la date limite de production de cette déclaration pour l'année
	Art. 1029.8.36 L.I.	Crédit d'impôt pour le développement des affaires électroniques		CO-1029.8.36.DA	Si pour une raison quelconque vous ne pouvez pas joindre ces documents à la déclaration, vous pouvez les faire parvenir à Revenu Québec dans les 12 mois qui suivent la date limite de production de cette déclaration pour l'année
	Art. 1029.8.36 L.I.	Choix concernant le crédit d'impôt pour le développement des affaires électroniques		CO-1029.8.36.DC	À joindre au Formulaire CO-17
	Art. 1029.8.36 L.I.	Crédit d'impôt pour le doublage de films		CO-1029.8.36.DF	Si, pour une raison quelconque, vous ne pouvez pas joindre ces documents à la déclaration, vous devez les faire parvenir à Revenu Québec dans les 12 mois qui suivent la date limite de production de la déclaration pour l'année
	Art. 1029.8.36 L.I.	Crédit d'impôt pour l'édition de livres		CO-1029.8.36.EL	Si, pour une raison quelconque, vous ne pouvez pas joindre ces documents à la déclaration, vous devez les faire parvenir à Revenu Québec dans les 12 mois qui suivent la date limite de production de la déclaration pour l'année

	Art. 1029.8.36 L.I.	Crédit d'impôt relatif aux ressources		CO-1029.8.36.EM	Joindre ce formulaire à la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17)
	Art. 1029.8.36 L.I.	Entente entre sociétés associées concernant le crédit d'impôt relatif à la période d'apprentissage des employés travaillant dans la Cité de l'optique		CO-1029.8.36.EP	Joindre à la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17) de chacune des sociétés admissibles au crédit d'impôt
	Art. 1029.8.36 L.I.	Crédit d'impôt pour la production d'enregistrements sonores		CO-1029.8.36.ES	Si, pour une raison quelconque, vous ne pouvez pas joindre ces documents à la déclaration, vous devez les faire parvenir à Revenu Québec dans les 12 mois qui suivent la date limite de production de la déclaration pour l'année
	Art. 1029.8.36 L.I.	Crédit d'impôt pour francisation ou formation dans les secteurs manufacturier, forestier et minier		CO-1029.8.36.FM	Si, pour une raison quelconque, vous ne pouvez pas joindre ces documents à la déclaration, vous pouvez les faire parvenir à Revenu Québec dans les 12 mois qui suivent la date limite de production de la déclaration pour l'année
	Art. 1029.8.36 L.I.	Crédit d'impôt pour l'acquisition ou la location de biens – ZCMM		CO-1029.8.36.FZ	Si pour une raison quelconque vous ne pouvez pas joindre ces documents à la déclaration, vous pouvez les faire parvenir à Revenu Québec dans les 12 mois qui suivent la date limite de production de cette déclaration pour l'année ; Revenu Québec fera alors les ajustements appropriés à la déclaration
	Art. 1029.8.36 L.I.	Choix concernant le crédit d'impôt pour investissement		CO-1029.8.36.IC	Joindre ce formulaire à la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17)
	Art. 1029.8.36 L.I.	Crédit d'impôt pour investissement		CO-1029.8.36.IN	Si, pour une raison quelconque, vous ne pouvez pas joindre ces documents à la déclaration, vous devez les faire parvenir à Revenu Québec dans les 12 mois qui suivent la date limite de production de la déclaration pour l'année
	Art. 1029.8.36 L.I.	Crédit d'impôt pour l'acquisition d'installations de		CO-1029.8.36.LP	Si, pour une raison quelconque, vous ne pouvez pas joindre ces

		traitement du lisier de porc			documents à la déclaration, vous pouvez les faire parvenir à Revenu Québec dans les 12 mois qui suivent la date limite de production de la déclaration pour l'année
	Art. 1029.8.36 L.I.	Crédit d'impôt pour production d'éthanol au Québec		CO-1029.8.36.OL	Si, pour une raison quelconque, vous ne pouvez pas joindre ces documents à la déclaration, vous pouvez les faire parvenir à Revenu Québec dans les 12 mois qui suivent la date limite de production de la déclaration pour l'année
	Art. 1029.8.36 L.I.	Crédit d'impôt relatif à la période d'apprentissage des employés travaillant dans la Cité de l'optique		CO-1029.8.36.OP	Joindre à la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17)
	Art. 1029.8.36 L.I.	Crédit d'impôt pour les grands projets créateurs d'emplois		CO-1029.8.36.PC	Joignez le présent formulaire à la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17)
	Art. 1029.8.36 L.I.	Crédit d'impôt pour une société spécialisée dans la production de titres multimédias		CO-1029.8.36.PM	Joindre ce formulaire à la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17)
	Art. 1029.8.36 L.I.	Crédit d'impôt relatif aux salaires pour un projet novateur		CO-1029.8.36.PN	Si, pour une raison quelconque, vous ne pouvez pas joindre ces documents à la déclaration, vous pouvez les faire parvenir à Revenu Québec dans les 12 mois qui suivent la date limite de production de la déclaration pour l'année
	Art. 1029.8.36 L.I.	Entente relative au crédit d'impôt pour les grands projets créateurs d'emplois		CO-1029.8.36.PX	Joignez ce formulaire à la déclaration de revenus de chacune des sociétés associées
	Art. 1029.8.36 L.I.	Entente concernant le crédit d'impôt pour la création d'emplois dans une région désignée – Biotechnologie marine et mariculture		CO-1029.8.36.RA	Joindre ce formulaire et le Formulaire CO-1029.8.36.RM à la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17)
	Art. 1029.8.36 L.I.	Crédit d'impôt pour la création d'emplois en Gaspésie et dans certaines régions		CO-1029.8.36.RG	Joindre à la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17)

		maritimes du Québec			
	Art. 1029.8.3 6 L.I.	Entente concernant le crédit d'impôt pour la création d'emplois en Gaspésie et dans certaines régions maritimes du Québec		CO-1029.8.36.RH	Joindre à la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17)
	Art. 1029.8.3 6 L.I.	Entente concernant le crédit d'impôt pour la création d'emplois dans la Vallée de l'aluminium		CO-1029.8.36.RJ	Ce formulaire doit accompagner la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17)
	Art. 1029.8.3 6 L.I.	Crédit d'impôt pour la création d'emplois dans la Vallée de l'aluminium		CO-1029.8.36.RL	Le présent formulaire doit être joint à la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17)
	Art. 1029.8.3 6 L.I.	Crédit d'impôt pour la création d'emplois dans une région désignée – Biotechnologie marine et mariculture (années civiles 2004 et suivantes)		CO-1029.8.36.RM	Vous devez joindre ce formulaire à la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17), accompagné d'une copie du certificat et des attestations d'admissibilité délivrés par Investissement Québec pour l'année
	Art. 1029.8.3 6 L.I.	Crédit d'impôt pour la création d'emplois dans une région désignée (années civiles 2003 et suivantes)		CO-1029.8.36.RV	Le présent formulaire doit être joint à la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17)
	Art. 1029.8.3 6 L.I.	Entente concernant le crédit d'impôt pour la création d'emplois dans une région désignée		CO-1029.8.36.RX	Ce formulaire doit accompagner la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17) de chacune des sociétés admissibles au crédit
	Art. 1029.8.3 6 L.I.	Crédit d'impôt pour la production de spectacles		CO-1029.8.36.SM	Si, pour une raison quelconque, vous ne pouvez pas joindre ces documents à la déclaration, vous devez les faire parvenir à Revenu Québec dans les 12 mois qui suivent la date limite de production de la déclaration pour l'année
	Art. 1029.8.3 6 L.I.	Crédit d'impôt relatif aux salaires versés par une société qui réalise une activité déterminée dans un site désigné		CO-1029.8.36.SD	Si, pour une raison quelconque, vous ne pouvez pas joindre ces documents à la déclaration, vous pouvez les faire parvenir à Revenu Québec dans les 12 mois qui suivent la

					date limite de production de la déclaration pour l'année
	Art. 1029.8.3 6 L.I.	Crédit d'impôt pour des services de production cinématographique		CO-1029.8.36.SP	Vous devez joindre ce formulaire à la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17). Si, pour une raison quelconque, vous ne pouvez pas joindre les documents à la déclaration, vous devez les faire parvenir dans les 12 mois qui suivent la date limite de production de la déclaration pour l'année
	Art. 1029.8.3 6 L.I.	Crédit d'impôt relatif aux salaires – ZCMM		CO-1029.8.36.SZ	Si, pour une raison quelconque, vous ne pouvez pas joindre ces documents à la déclaration, vous pouvez les faire parvenir à Revenu Québec dans les 12 mois qui suivent la date limite de production de cette déclaration pour l'année
	Art. 1029.8.3 6 L.I.	Crédit d'impôt pour des titres multimédias		CO-1029.8.36.TM	Joindre ce formulaire à la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17)
Par. 131(1) L.I.R.	Art. 1106 L.I.	Choix pour qu'un dividende soit réputé un dividende sur les gains en capital		T2055/CO-1106	Au plus tard à la première des dates suivantes : • le jour où le dividende devient payable ; • le jour où une partie du dividende est versée pour la première fois
	Art. 1129.7 L.I.	Impôt spécial relativement aux titres convertibles admissibles		CO-1129.7	Il doit être joint à la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17) que la société doit produire pour son année d'imposition au cours de laquelle • ce titre de référence ou ce titre accepté, selon le cas, est devenu échu, lorsqu'il comportait une date d'échéance; • expire un délai de 1 825 jours après l'émission de ce titre de référence lorsque celui-ci ou ce titre accepté, selon le cas, ne comportait aucune date d'échéance
	Art. 1137 L.I.	Déduction de 1 M\$		CO-1137.A	A conserver au dossier
	Art. 1137 L.I.	Entente relative à la déduction de 1 M\$		CO-1137.E	Joindre à la déclaration de revenus
	Art. 1140 L.I.	Calcul du capital versé d'une		CO-1140	Joindre ce formulaire à la déclaration de revenus

		institution financière			des sociétés (Formulaire CO-17)
	Art. 1140 L.I.	Capital versé devant être utilisé à d'autres fins que le calcul de la taxe sur le capital		CO-1140.A	Joindre à la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17)
	Art. 1159.2 L.I.	Calcul de la taxe compensatoire des institutions financières		CO-1159.2	Joindre ce formulaire à la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17)
	Art. 1167 L.I.	Société d'assurance		CO-1167	Joindre ce formulaire à la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17)
	Art. 1175.4 L.I.	Société d'assurance vie		CO-1175.4	Joindre ce formulaire à la Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17)
	Art. 1175.13 L.I.	Entente relative à l'exemption de capital entre les membres d'un groupe lié d'assureurs sur la vie		CO-1175.13	Joindre un exemplaire de ce formulaire à sa déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17)
	Art. 1175.29 L.I.	Déclaration concernant la taxe sur les services publics (TSP)		COZ-1175.29.A	Dans les six mois qui suivent la fin de l'exercice financier considéré pour le calcul de la valeur nette des actifs; pour les particuliers, le 15 juin de l'année civile suivante
Par. 127(2) L.I.R.	Art. 1179 L.I.	Déclaration concernant les opérations forestières		COZ-1179	A joindre s'il y a lieu, dans les six mois qui suivent la fin de l'année d'imposition
		Demande de remboursement de taxes foncières pour les producteurs forestiers		FM-220.3	Joindre à votre Déclaration de revenus des sociétés (Formulaire CO-17)
		Exemption de la cotisation au FSS pour une société qui exploite une entreprise de bourse de valeurs ou de chambre de compensation de valeurs pour l'année civile 2010		LE-33	Joindre le présent formulaire au Formulaire RLZ-1.S, « Sommaire des retenues et des cotisations de l'employeur »
		Avis de distribution de biens dans le cas d'une succession		TX19/MR-14.A	A produire avant de procéder à la distribution des biens de la succession
		Avis de distribution de biens		TX/19/MR-14.B	A produire rempli par le demandeur afin d'informer Revenu Québec de son intention de procéder à la distribution des biens sous son contrôle

	Art. 94.1 L.M.R.	Demande d'annulation d'intérêts, de pénalités ou de frais		MR-94.1	
	Art. 1029.7 L.I.	Crédit d'impôt relatif aux salaires – R.D		RD-1029.7	Vous pouvez les faire parvenir à Revenu Québec dans les 12 mois qui suivent la date limite de production de cette déclaration pour l'année
	Art. 1029.8.6 L.I.	Crédit d'impôt pour la recherche universitaire ou pour la recherche effectuée par un centre de recherche public ou un consortium de recherche		RD-1029.8.6	Vous pouvez les faire parvenir à Revenu Québec dans les 12 mois qui suivent la date limite de production de cette déclaration pour l'année
	Art. 1029.8.9 L.I.	Crédit d'impôt relatif aux cotisations et aux droits versés à un consortium de recherche		RD-1029.8.9.03	Vous pouvez les faire parvenir à Revenu Québec dans les 12 mois qui suivent la date limite de production de cette déclaration pour l'année
	Art. 1029.8.1 0 L.I.	Crédit d'impôt pour la recherche précompétitive		RD-1029.8.10	Vous devez joindre ce formulaire à votre déclaration de revenus
	Art. 1029.8.1 6 L.I.	Crédit d'impôt pour la recherche précompétitive en partenariat privé		RD-1029.8.16.1	Joignez le présent formulaire à la déclaration de revenus du contribuable
		Déclaration du locataire principal au propriétaire		RI-5	À transmettre au propriétaire au plus tard le 31 janvier de l'année qui suit l'année d'imposition en question
		Relevé 4 – Impôts fonciers		RL-4	Le dernier jour de février de l'année qui suit celle inscrite sur les relevés
		Relevé 5 – Prestations et indemnités	Sommes provenant du ministère de l'Emploi, de la Solidarité sociale et de la Famille, de la Commission de la santé et de la sécurité du travail (CSST) ou de la Société de l'assurance automobile du Québec (SAAQ)	RL-5	Le dernier jour de février de l'année qui suit celle inscrite sur les relevés
		Relevé 7 – Placements dans un régime d'investissement		RL-7	Le dernier jour de février de l'année qui suit celle inscrite sur les relevés

		Sommaire 7 – Placements dans un régime d'investissement		RL-7.S	Le dernier jour de février de l'année qui suit celle inscrite sur les relevés
		Relevé 8 – Montant pour études postsecondaires	Rempli par les établissements d'enseignement pour indiquer le montant des études postsecondaires, des frais de scolarité ou d'examen et des dons de bienfaisance de chaque élève	RL-8	Vous devez livrer le relevé 8 pour une année au plus tard le dernier jour de février de l'année suivante
		Sommaire 8 – Montant pour études postsecondaires		RL-8.S	Vous devez délivrer le relevé 8 pour une année au plus tard le dernier jour de février de l'année suivante
		Relevé 10 – Crédit d'impôt relatif à un fonds de travailleurs		RL-10	Au plus tard : le 31 mars de la même année civile, lorsque l'action est émise en janvier ou en février le 31 mars de l'année civile suivante, lorsque l'action est émise après le mois de février
		Relevé 11 – Actions accréditives	Rempli par toute société de mise en valeur qui a convenu d'émettre des actions accréditives	RL-11	Le formulaire RL-11.S et les relevés 11, le dernier jour de février de l'année qui suit celle inscrite sur les relevés
		Sommaire 11 - Actions accréditives		RL-11.S	Le dernier jour de février de l'année qui suit celle inscrite sur les relevés
		Relevé 14 – Renseignements sur un abri fiscal		RL-14	Au plus tard le dernier jour de février de l'année civile qui suit celle où a eu lieu la transaction
		Sommaire 14 – Renseignements sur un abri fiscal		RL-14.S	Au plus tard le dernier jour de février de l'année civile qui suit celle où a eu lieu la transaction
		Relevé 17 – Rémunération provenant d'un emploi à l'extérieur du Canada		RL-17	Vous devez donc produire les relevés 17 en même temps que les relevés 1, soit au plus tard le dernier jour de février de l'année qui suit l'année visée
		Relevé 18 – Transactions de		RL-18	Au plus tard le dernier jour de février de

		titres			l'année qui suit celle inscrite sur les relevés
		Sommaire 18 – Transactions de titres		RL-18.S	Au plus tard le dernier jour de février de l'année qui suit celle inscrite sur les relevés
		Reconnaissance des services de relève bénévoles		RL-23.F	Au plus tard le dernier jour de février de l'année qui suit celle visée par les relevés 23
		Sommaire 23		RL-23.S	Au plus tard le dernier jour de février de l'année qui suit celle visée par les relevés 23
		Relevé 24 – Frais de garde d'enfants		RL-24	Au plus tard le dernier jour de février de l'année qui suit celle visée par le présent formulaire
		Sommaire 24 – Frais de garde d'enfants		RL-24.S	Au plus tard le dernier jour de février de l'année qui suit celle visée par le présent formulaire
		Relevé 25 – Revenus provenant d'un régime d'intéressement		RL-25	Au plus tard le dernier jour de février de l'année qui suit celle inscrite sur les relevés
		Sommaire 25 – Revenus provenant d'un régime d'intéressement		RL-25.S	Au plus tard le dernier jour de février de l'année qui suit celle inscrite sur les relevés
		Relevé 26 – Capital régional et coopératif Desjardins		RL-26	Au plus tard : le 31 mars de la même année civile, lorsque l'action est émise en janvier ou en février; le 31 mars de l'année civile suivante, lorsque l'action est émise après le mois de février
		Sommaire 26 – Capital régional et coopératif Desjardins		RL-26.S	Au plus tard : le 31 mars de la même année civile, lorsque l'action est émise en janvier ou en février; le 31 mars de l'année civile suivante, lorsque l'action est émise après le mois de février

TABLEAU 6

Délais utiles					
Fédéral	Québec	Description		Durée	Informations
Al. 152(3.1)b) L.I.R.	Art. 1010 (2 ^e al.) L.I.	Période normale de nouvelle cotisation		Trois ans	Pour les autres entités
Par. 152(3.1) L.I.R.	Art. 1010 (2 ^e al.) L.I.	Période normale de nouvelle cotisation		Quatre ans	Fiducie de fonds commun de placement ou une société autre qu'une société sous contrôle canadien
Art. 225.1 L.I.R.	Art. 12.0.2 L.M.R.	Restriction au recouvrement		90 jours suivant la mise à la poste de l'avis de cotisation	
Par. 222(3) et 222(8) L.I.R.	Art. 12 L.M.R.	Délai de prescription pour la perception de la dette fiscale		10 ans	
Par. 227.1(4) L.I.R.	Art. 24.0.2 (2 ^e al.) L.M.R.	Délai de prescription pour la prescription des administrateurs		Deux ans suivant la date à laquelle l'administrateur cesse d'être administrateur	
Par. 152(4.2) L.I.R.; al. 164(1.5)a) L.I.R.	Pas d'équivalent	Nouvelle cotisation, nouvelle détermination et remboursement		10 ans après la fin d'année d'imposition	
Par. 220(3.1) L.I.R.	Art. 94.1 L.M.R.	Renonciation aux pénalités et aux intérêts		10 ans après la fin d'année d'imposition ⁶⁴	
Al. 220(3.2)b) L.I.R.	Art. 1056.4 L.I.	Choix modifié, annulé ou produit en retard		10 ans après la fin d'année d'imposition	
Par. 161.1(3) L.I.R.	Art. 1044.4 L.I.	Compensation des intérêts sur les trop-payés et les moins-payés d'une société		90 ^e jour suivant le dernier	i) Le jour de mise à la poste du premier avis de cotisation qui permet de déterminer une partie quelconque du trop-payé de la société auquel la demande se rapporte, ii) le jour de mise à la poste du premier avis de cotisation qui permet de déterminer une partie quelconque du moins-payé de la société auquel la demande se rapporte, iii) si la société a signifié un avis d'opposition à une cotisation visée aux sous-alinéas (i) ou (ii), le jour de mise à la poste de l'avis, mentionné au

⁶⁴ 10 ans au Québec selon REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* LMR. 94.1-1/R6, « Renonciation ou annulation à l'égard des intérêts, des pénalités ou des frais », 16 juin 2010, par. 7.

					paragraphe 165(3) L.I.R., de la décision du ministre relativement à l'avis d'opposition, iv) si la société a interjeté appel d'une cotisation visée aux sous-alinéas (i) ou (ii) devant un tribunal compétent ou a demandé l'autorisation d'interjeter appel de cette cotisation à un tel tribunal, le jour où sa demande est refusée, le jour où la société retire sa demande ou se désiste, ou le jour où une décision définitive est rendue quant à l'appel, v) le jour de mise à la poste du premier avis à la société portant que le ministre du Revenu national a déterminé une partie quelconque du trop-payé de la société auquel la demande se rapporte, si le trop-payé n'a pas été déterminé d'après un avis de cotisation posté avant ce jour
Al. 230(4)c) L.I.R.; par. 5800(1) R.I.R.	Art. 35.1, 35.2 L.M.R.	Durée de conservation des registres		Six ans qui suivent la fin de la dernière année d'imposition à laquelle les documents se rapportent pour les autres registres et livres de comptes	Grand livre et accords se référant au grand livre au fédéral. Tous les documents au provincial
Al. 230(4)a) L.I.R.; al. 5800(1)f) R.I.R.	Pas d'équivalent	Durée de conservation des reçus pour un organisme de charité		Deux ans après la fin de la dernière année civile à laquelle les reçus s'appliquent	
Al. 230(4)a) et 230 (4)b) L.I.R.; al. 5800(1)a), b), c), d), e) et f) R.I.R.	Pas d'équivalent	Durée de conservation des registres pour la plupart des documents d'une société		Deux ans après la date de la dissolution de la société	
Par. 164(1) L.I.R.	Art. 1051 L.I.	Remboursement lorsqu'un contribuable a trop payé		Trois ans suivant la fin de l'année; quatre ans pour les fiducies de fonds commun de placement ou les sociétés autres que les sociétés sous contrôle canadien	
Par. 227(6) L.I.R.	Pas d'équivalent	Restitution ou application de l'excédent en vertu des parties XII.5 ou XIII		Au plus tard deux ans suivant la fin de l'année civile où le montant a été versé	
Par. 153(1) L.I.R. et	Art. 1015 L.I.; art. 1015R31	Remise des déductions à la		Le 15 ^e jour du mois suivant	

108(1) R.I.R.		source pour les petits employeurs			
Par. 153(1) L.I.R.; par. 108(1.1) R.I.R.	Art. 1015 L.I.; art. 1015R32	Remise des déductions à la source pour les grands employeurs		Pour les remises des montants de plus de 15 000 \$ et moins de 50 000 \$	Pour les paiements avant le 16 du mois, remise avant le 25 du mois ; pour les paiements après le 15 du mois, remise avant le 10 ^e jour du mois suivant
Par. 153(1) L.I.R.; par. 108(1.1) R.I.R.	Art. 1015 L.I.; art. 1015R33	Remise des déductions à la source pour les grands employeurs		Pour les remises des montants de plus de 50 000 \$	Doivent être remis au receveur général au plus tard le troisième jour – samedis et jours fériés non compris – suivant la fin des périodes suivantes au cours desquelles les paiements ont été effectués: i) la période commençant le 1 ^{er} jour et se terminant le 7 ^e jour du mois, ii) la période commençant le 8 ^e jour et se terminant le 14 ^e jour du mois, iii) la période commençant le 15 ^e jour et se terminant le 21 ^e jour du mois, iv) la période commençant le 22 ^e jour et se terminant le dernier jour du mois. Au Québec il est précisé que « tout jour férié » comprend un samedi.

PARTIE B

Michel Durand, avocat, D. Fisc.
RSM Richter Chamberland s.e.n.c.r.l.

TEXTE NON REMIS

PARTIE C**Quoi de neuf en matière de philanthropie?**

Caroline Renaud, avocate, M. Fisc.

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

INTRODUCTION*

La fiscalité relative aux organismes de bienfaisance ne cesse d'évoluer. Dans chacun des derniers budgets déposés par le ministère des Finances du Canada, plusieurs règles fiscales ont été proposées, touchant ainsi de près ou de loin le milieu de la philanthropie. Certaines règles sont à l'avantage des organismes de bienfaisance enregistrés (« OBE »), d'autres moins. Par contre, presque toutes visent à mieux les encadrer.

Ce texte se veut un résumé des nouvelles mesures concernant les OBE canadiens. Il portera plus particulièrement sur les distinctions entre les différents types d'organismes de bienfaisance, sur les modifications apportées au contingent des versements et sur les règles relatives aux participations excédentaires des fondations privées. De plus, ce texte fera un bref tour d'horizon des règles fiscales se rapportant à la délivrance des reçus par les organismes de bienfaisance, entre autres en ce qui concerne le montant de don admissible, l'évaluation des dons autres qu'en espèces et les limites à la valeur d'un don. Finalement, nous survolerons les sanctions applicables aux OBE.

Dans le présent texte, nous faisons principalement référence aux dispositions législatives prévues dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ et le *Règlement de l'impôt sur le revenu*². Par contre, lorsqu'il y a une différence dans la *Loi sur les impôts*³ du Québec ou une particularité québécoise, nous le mentionnons.

* L'auteure tient à remercier M^{me} Mélissa Rioux de sa précieuse collaboration à la rédaction de ce texte.

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

² C.R.C., 1978, ch. 945 et mod. (« R.I.R. »).

³ L.R.Q., c. I-3 et mod. (« L.I. »).

1. DISTINCTIONS ENTRE LES DIFFÉRENTS ORGANISMES DE BIENFAISANCE

La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit que les organismes de bienfaisance peuvent être soit des œuvres, soit des fondations de bienfaisance. De plus, ces dernières se subdivisent en fondations publiques et privées.

Dans le présent texte, nous exposerons les principales caractéristiques qui les différencient.

1.1. ŒUVRES DE BIENFAISANCE

Les œuvres de bienfaisance sont des organismes constitués ou non en sociétés, qui doivent consacrer la totalité de leurs ressources à des activités charitables qu'ils exercent eux-mêmes. L'affectation des ressources à une activité de bienfaisance est par ailleurs définie au paragraphe 149.1(6) L.I.R. Il y est mentionné que les œuvres de bienfaisance ne peuvent donner plus de 50 % de leurs revenus à des donataires reconnus.

De plus, les œuvres de bienfaisance peuvent exercer des activités commerciales pour autant qu'elles soient complémentaires. L'Agence du revenu du Canada (« ARC ») est d'avis que des activités liées et subordonnées aux fins de l'OBE peuvent être considérées comme des activités commerciales complémentaires (la cafétéria d'un hôpital, par exemple)⁴. Il est prévu dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* qu'une œuvre de bienfaisance peut exercer une activité commerciale étrangère aux fins de bienfaisance de l'organisme dans la mesure où la presque totalité des personnes qui y travaillent sont des bénévoles⁵.

Afin de pouvoir être désigné comme une œuvre de bienfaisance, un organisme ne peut avoir plus de 50 % de ses administrateurs, dirigeants, fiduciaires et autres responsables qui traitent entre eux avec un lien de dépendance⁶. Aussi, la *Loi de l'impôt sur le revenu* impose une obligation supplémentaire, à l'œuvre de bienfaisance, communément appelée le « critère d'apport ». Cela signifie que, pour se qualifier comme œuvre, il faut

⁴ Voir à cet effet AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Énoncé de politique* CPS-019, « Qu'est-ce qu'une activité commerciale complémentaire? », 31 mars 2003.

⁵ Par. 149.1(1) « activité commerciale complémentaire » L.I.R.

⁶ Par. 149.1(1) « œuvre de bienfaisance », al. c) L.I.R.

qu'au plus 50 % des capitaux qui lui ont été fournis ou versés, de quelque façon que ce soit, l'aient été par une personne ou par les membres d'un groupe de personnes ayant entre elles un lien de dépendance⁷.

Par contre, le ministère des Finances du Canada a mentionné dans des propositions législatives⁸ que la définition d'œuvre de bienfaisance sera modifiée dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* par l'introduction d'un nouveau « critère de contrôle ». Ce nouveau critère permettra à un organisme de se qualifier comme œuvre de bienfaisance même si une personne (ou un groupe de personnes ayant un lien de dépendance) a contribué à plus de 50 % de ses capitaux, et ce, pour autant que cette personne ou ce groupe de personnes ne contrôle pas, de quelque manière que ce soit, l'organisme. Par ailleurs, selon cette nouvelle mesure, il faudra qu'au plus 50 % des administrateurs, dirigeants, fiduciaires ou autres responsables n'aient pas de lien de dépendance entre eux ni avec une personne (ou des membres d'un groupe de personnes) qui a fourni plus de 50 % des capitaux à l'œuvre (ni avec celles ayant un lien de dépendance avec une telle personne ou avec les membres d'un tel groupe).

Grâce à cette mesure proposée, un organisme ne perdra pas sa désignation d'œuvre de bienfaisance uniquement en raison de sa source de financement.

Même si cette mesure n'est pas encore en vigueur, la Direction des organismes de bienfaisance de l'ARC avait annoncé par voie de communiqué qu'elle appliquait maintenant le nouveau « critère de contrôle » afin de traiter les demandes de changement de statuts ainsi que les demandes d'enregistrement⁹.

⁷ Par. 149.1(1) « œuvre de bienfaisance », al. d) L.I.R.

⁸ CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives visant à modifier la Loi de l'impôt sur le revenu et des textes connexes en vue d'effectuer des modifications techniques et de prévoir l'expression bijuridique de cette loi*, 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.

⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, « Quoi de neuf – La Direction des organismes de bienfaisance administre maintenant les modifications proposées concernant les nouveaux critères de désignation des organismes de bienfaisance », 11 juillet 2007.

Dans les propositions législatives¹⁰, il est prévu que l'application de cette mesure soit rétroactive à compter de 2000.

1.2. FONDATIONS PUBLIQUES

Les fondations publiques se distinguent des œuvres de bienfaisance par leur façon de dépenser leurs fonds dans le cadre de leurs programmes charitables. Il n'est pas interdit pour les fondations publiques d'exercer elles-mêmes des activités de bienfaisance, mais la plupart de leurs dépenses de bienfaisance sont constituées de dons à des donataires reconnus (qui sont en fait d'autres OBE et d'autres types d'organismes prévus au paragraphe 149.1(1) L.I.R.¹¹).

Les fondations publiques, tout comme les œuvres, ne doivent pas avoir plus de 50 % des administrateurs, dirigeants, fiduciaires ou autres responsables qui traitent entre eux avec un lien de dépendance¹². Elles doivent également respecter le « critère d'apport », qui signifie, tel que nous venons de le voir, qu'au plus 50 % des capitaux qui ont été fournis à l'organisme, de quelque façon que ce soit, doivent l'avoir été par une personne ou par les membres d'un groupe de personnes ayant entre elles un lien de dépendance¹³.

La définition de la fondation publique sera modifiée de la même manière que la définition d'œuvre de bienfaisance¹⁴. Par conséquent, le critère d'apport sera éliminé et le critère de contrôle sera introduit. Dans les faits, ce nouveau critère est déjà en application, et ce, depuis le communiqué émis par l'ARC en 2007¹⁵.

Tout comme les œuvres de bienfaisance, les fondations publiques peuvent exercer des activités commerciales complémentaires à des fins de bienfaisance.

¹⁰ CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 8.

¹¹ À la définition de « donataire reconnu ».

¹² Par. 149.1(1) « fondation publique », s.-al. a)(i) L.I.R.

¹³ Par. 149.1(1) « fondation publique », s.-al. a)(ii) L.I.R.

¹⁴ CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 8.

¹⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 9.

Par contre, contrairement aux œuvres de bienfaisance, les fondations publiques ne peuvent acquérir le contrôle d'une société¹⁶. La *Loi de l'impôt sur le revenu* précise que, pour qu'une fondation détienne le contrôle d'une société, elle (ou elle et des personnes avec lesquelles elle a un lien de dépendance) doit posséder plus de 50 % des actions comportant pleins droits de vote de la société¹⁷. Toutefois, le législateur ne veut pas pénaliser les fondations qui reçoivent par donation des actions d'une société. Ainsi, si une fondation détient plus de 50 % des actions émises comportant pleins droits de vote d'une société, mais qu'elle n'a pas payé pour plus de 5 % des actions émises de chacune des catégories d'actions qu'elle détient, la fondation sera réputée ne pas avoir acquis le contrôle de la société¹⁸.

De plus, les fondations publiques ne peuvent contracter de dettes autres que :

- des dettes à titre de frais courants d'administration;
- des dettes afférentes à l'achat et à la vente de placements;
- des dettes contractées dans le cours de l'administration d'activités de bienfaisance.

1.3. FONDATIONS PRIVÉES

La fondation privée est définie par la *Loi de l'impôt sur le revenu* comme n'étant pas une fondation publique¹⁹. Par conséquent, elle se caractérise et se distingue par un degré de contrôle étroit, de telle sorte que 50 % et plus des administrateurs, dirigeants, fiduciaires ou autres responsables ont un lien de dépendance avec les autres administrateurs, dirigeants, fiduciaires ou autres responsables.

La fondation privée peut exercer elle-même ses activités ou effectuer des dons à des donataires reconnus. Elle peut aussi faire l'objet d'un financement privé, de telle sorte que plus de 50 % de ses capitaux peuvent provenir d'une même personne (ou d'un groupe de personnes ayant un lien

¹⁶ Al. 149.1(3)c) L.I.R.

¹⁷ Al. 149.1(12)a) L.I.R.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ Par. 149.1(1) « fondation privée » L.I.R.

de dépendance entre elles). Toutefois, compte tenu du fait que le ministère des Finances du Canada a annoncé que la définition de fondation publique sera modifiée, un organisme ne sera plus nécessairement désigné comme une fondation privée lorsqu'une personne (ou un groupe de personnes ayant un lien de dépendance entre elles) lui fournit plus de 50 % des capitaux pour autant que cette personne (ou ce groupe de personnes) n'ait pas le contrôle, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, de l'organisme. Conséquemment, la modification proposée à la définition de fondation publique permettra à certaines fondations privées de faire une demande selon le paragraphe 146.1(6.3) L.I.R. afin de devenir une fondation publique.

Toutefois, contrairement aux fondations publiques et aux œuvres de bienfaisance, les fondations privées ne peuvent poursuivre une quelconque activité commerciale²⁰, pas même une activité commerciale qui serait considérée comme « complémentaire »²¹.

De plus, les fondations privées, de même que les fondations publiques, ne peuvent contracter de dettes autres que :

- des dettes à titre de frais courants d'administration;
- des dettes afférentes à l'achat et à la vente de placements;
- des dettes contractées dans le cours de l'administration d'activités de bienfaisance.

Il est important d'ajouter que des règles antiévitement s'appliquent à certaines transactions effectuées avec des fondations privées. Ainsi, de façon générale, un impôt spécial²² pourrait s'appliquer si des dettes étaient détenues par une personne qui est ou peut être en position d'influencer ou de contrôler une fondation privée (ou qui a un lien de dépendance avec cette personne) ou si la fondation privée détenait des actions ou des droits d'acquérir des actions dans une société qui est ou peut être en position d'influencer ou de contrôler la fondation (ou qui a un lien de dépendance avec une telle personne), et si le contribuable payait moins qu'un rendement raisonnable sur le placement détenu par la fondation privée. Un impôt serait

²⁰ Al. 149.1(4)a) L.I.R.

²¹ Par. 149.1(1) « activité commerciale complémentaire » L.I.R.

²² Art. 189 « impôt sur les placements non admissibles » L.I.R.

alors dû par le contribuable qui a une dette envers la fondation ou par la société dont les actions appartiennent à la fondation. Le rendement en intérêts payé à la fondation sur une dette devrait être égal aux taux d'intérêt prescrits par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et les actions détenues par la fondation devraient également lui donner un dividende annuel égal aux taux d'intérêt prescrits²³.

De plus, les fondations privées (conjointement avec des personnes ayant un lien de dépendance avec elles) ne peuvent détenir plus de 20 % des actions d'une catégorie d'une société privée ou publique²⁴. Si leur détention d'actions excède cette limite, les fondations privées seront soumises à des pénalités égales à 5 % de la valeur des placements excédentaires²⁵. Cette mesure s'appelle le « régime de participation excédentaire » et nous en traiterons spécifiquement à la section 3.

2. CONTINGENT DES VERSEMENTS

Le contingent des versements représente le montant minimal qu'un OBE doit dépenser dans le cadre de ses activités de bienfaisance afin de se conformer à la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Les objectifs du contingent des versements sont de limiter les dépenses de financement, de s'assurer que les OBE consacrent une partie importante de leurs ressources à des fins de bienfaisance et de s'assurer qu'il n'y ait pas une accumulation de fonds indue²⁶. Afin de respecter leur contingent des versements, les OBE peuvent dépenser leurs ressources par l'intermédiaire d'activités de bienfaisance qu'ils mènent eux-mêmes ou par des dons en faveur de donataires reconnus.

L'impact du contingent des versements varie selon le type ou la taille de l'organisme de bienfaisance. Par exemple, cette règle est plus contraignante pour les organismes de bienfaisance de petite taille puisque leurs revenus proviennent principalement des dons pour lesquels ils ont remis un reçu, alors que ce n'est pas nécessairement le cas pour les OBE qui bénéficient de revenus provenant de diverses sources.

²³ Cet impôt spécial n'existe pas au niveau provincial.

²⁴ Par. 149.1(1) « pourcentage de participation excédentaire » et « pourcentage de participation totale » L.I.R.

²⁵ Al. 188.1(3.1)a) L.I.R.

²⁶ Voir CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2010*, 4 mars 2010, Annexe 5, « Mesures fiscales : Renseignements supplémentaires et Avis de motion de voies et moyens », p. 365.

Certains intervenants²⁷ ont estimé qu'en plus d'être un fardeau administratif complexe et onéreux pour les OBE, les règles sur le contingent des versements ne permettaient pas d'atteindre les objectifs mentionnés précédemment. De ce fait, ces intervenants ont fait des pressions auprès du ministère des Finances afin que le calcul du contingent des versements soit simplifié. C'est ainsi que le Budget de 2010 se propose de réformer le contingent des versements. D'ailleurs, des propositions législatives ont été mises de l'avant le 27 août 2010²⁸ afin de confirmer que la règle sur les dépenses de bienfaisance est abrogée, que la règle sur l'accumulation de capital est allégée et que les règles antiévitement sont renforcées. Ces mesures s'appliquent pour les OBE dont l'exercice financier se termine le 4 mars 2010 ou après.

Avant les propositions législatives du 27 août 2010, la règle sur les dépenses de bienfaisance du contingent des versements se calculait, de façon générale, comme suit :

- 80 % des montants pour lesquels des reçus ont été délivrés l'année précédente; et
- 80 % des dons reçus d'autres OBE (100 % dans le cas des fondations privées).

Quant à la règle sur l'accumulation de capital, elle se calculait comme suit :

- 3,5 % de la valeur des biens de placements²⁹ qui appartenaient à l'OBE au cours des 24 derniers mois précédant le début de l'exercice financier en cours, à l'exception des OBE ayant des actifs non affectés à des activités de bienfaisance ou à des fins administratives de 25 000 \$ ou moins.

²⁷ Tels que Imagine Canada et l'Association du Barreau canadien.

²⁸ CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives concernant la Loi de l'impôt sur le revenu, la Loi sur le droit pour la sécurité des passagers du transport aérien, la Loi de 2001 sur l'accise et la Loi sur la taxe d'accise*, publiées avec le *Communiqué* 2010-074, « Le gouvernement du Canada publie des propositions législatives fiscales aux fins de consultation », Ottawa, 27 août 2010.

²⁹ C'est-à-dire des biens qui ne sont pas affectés directement à des activités de bienfaisance.

À la suite des propositions législatives du 27 août 2010, on tient compte uniquement de la règle sur l'accumulation de capital afin de calculer le montant minimal que doit dépenser un OBE pour satisfaire aux exigences relatives au contingent des versements. Conséquemment, aux fins de simplification du calcul, certains concepts reliés au contingent des versements ne seront plus applicables, par exemple :

- les biens durables (telles les stipulations pour conservation d'au moins 10 ans);
- la réduction des gains en capital et du compte de gains en capital;
- les dons désignés.

De plus, le seuil minimal pour calculer l'exemption de la règle sur l'accumulation de capital a été majoré à 100 000 \$ pour les œuvres de bienfaisance. Ce seuil est toutefois resté à 25 000 \$ pour les fondations (publiques et privées) de bienfaisance.

Finalement, les propositions législatives évoquent la possibilité de modifier le paragraphe 149.1(4.1) L.I.R. afin d'élargir son application. À la suite des propositions législatives, cette règle antiévitement spécifique englobera toutes les opérations lorsqu'il sera raisonnable de croire que l'objet de l'opération est d'éviter ou de différer la dépense d'un montant pour des activités de bienfaisance. Auparavant, la seule transaction visée par cette disposition était le transfert de dons entre les OBE³⁰. De plus, un alinéa³¹ a été ajouté au paragraphe 149.1(4.1) L.I.R. afin que deux OBE qui ont un lien de dépendance et qui se transfèrent des montants ne puissent utiliser tous deux ces montants pour satisfaire aux exigences du contingent des versements, ou en retarder l'application. Pour ne pas être visé par cet alinéa, l'organisme qui fait le don doit indiquer dans sa déclaration de renseignements qu'il s'agit d'un don déterminé³². Dans le cas contraire, l'organisme bénéficiaire est tenu d'affecter la totalité du montant qu'il a reçu, en plus du montant provenant du calcul du contingent des versements, à ses propres activités de bienfaisance ou de transférer le montant à un

³⁰ Al. 149.1(4.1)a) L.I.R.

³¹ Al. 149.1(4.1)d) L.I.R.

³² En vertu du paragraphe 149.1(1) « don déterminé » L.I.R.

donataire reconnu avec lequel il n'a pas de lien de dépendance afin d'éviter la révocation possible de son enregistrement³³.

Il est important de souligner que ce n'est pas parce que le calcul du contingent des versements est moins restrictif que les OBE pourront faire ce qu'ils veulent avec les dons reçus des contribuables. Il ne faut pas oublier que la définition d'œuvre de bienfaisance contient une exigence selon laquelle la totalité des ressources de l'entité doit être consacrée à des activités de bienfaisance qu'elle mène elle-même³⁴. Par ailleurs, la définition de fondation de bienfaisance contient une exigence qui pourrait être interprétée sensiblement de la même manière, c'est-à-dire que la fondation doit être administrée exclusivement à des fins de bienfaisance³⁵.

3. RÉGIME DE PARTICIPATION EXCÉDENTAIRE

Le régime de participation excédentaire s'applique à l'égard des fondations privées qui ont des participations dans des sociétés publiques et privées. Ce régime a été introduit par l'entremise du plan budgétaire du 19 mars 2007 lorsque le ministère des Finances du Canada a accordé aux fondations privées le même traitement préférentiel que celui qu'il avait déjà accordé aux autres OBE à l'égard des dons de titres cotés en Bourse, c'est-à-dire que les donateurs qui font des dons de titres cotés en Bourse aux fondations privées sont exemptés de l'impôt sur le gain en capital réalisé à l'égard de la donation, et ce, au même titre que pour les dons effectués aux œuvres ou aux fondations publiques.

Le régime de participation excédentaire a été mis en place afin d'éviter que « [...] les personnes liées à la fondation puissent être en mesure d'exercer une influence en vue de servir leurs propres intérêts du fait de la combinaison de leur participation et de celle de la fondation »³⁶. À cette fin, depuis la mise en place du régime de participation excédentaire, les fondations privées ont diverses obligations selon le palier dans lequel elles se trouvent.

³³ Al. 149.1(4.1)d) L.I.R.

³⁴ Par. 149.1(1) L.I.R.

³⁵ *Id.*

³⁶ CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2007*, 19 mars 2007, Annexe 5, « Mesures fiscales : Renseignements supplémentaires et Avis de motion de voies et moyens », p. 418.

Ces différents paliers, tels qu'ils sont définis dans le Budget de 2007, sont décrits dans les paragraphes suivants.

3.1. PALIER DE PARTICIPATION ADMISSIBLE

Une fondation privée se situe dans ce palier lorsque sa participation dans une société est négligeable. Pour que sa participation soit qualifiée de négligeable, la fondation privée doit détenir 2 % ou moins des actions émises et en circulation d'une catégorie d'actions. Si la fondation se situe dans ce palier, elle n'a aucune obligation de renseignement et aucun dessaisissement n'est requis.

3.2. PALIER DE SURVEILLANCE

Si, à un moment quelconque au cours de l'année, une fondation privée détient plus de 2 % des actions d'une catégorie, elle devra divulguer à l'ARC le pourcentage d'actions qu'elle détient, les transactions importantes effectuées par elle-même ou une personne intéressée (par rapport à la fondation) durant l'année ainsi que le pourcentage d'actions de la même catégorie détenues par des personnes intéressées³⁷. À cet effet, on qualifie d'importante une transaction dont la valeur est plus élevée que le moindre de 100 000 \$ ou 0,5 % de la valeur des actions en circulation de la catégorie donnée³⁸.

3.3. PALIER D'EXIGENCE DE DESSAISISSEMENT

Une fondation privée est visée par l'exigence de dessaisissement lorsqu'elle détient, seule ou conjointement avec une personne intéressée par rapport à elle, plus de 20 % des actions d'une catégorie du capital-actions d'une société. À ce titre, lorsque la fondation privée se retrouve dans le palier de dessaisissement, elle doit se départir de ses actions afin que son pourcentage de participation combiné soit inférieur à 20 % ou que son pourcentage de participation personnel soit de 2 % ou moins. En plus de cette obligation, lorsque la fondation privée se retrouve dans ce palier, elle doit aussi divulguer toutes les informations mentionnées au palier de surveillance.

³⁷ Les informations à divulguer sont énumérées au sous-alinéa 188.1(3.1)b(i) L.I.R.

³⁸ Par. 149.1(1) « opération importante » L.I.R.

Dans le cadre du calcul du pourcentage de dessaisissement, deux notions sont importantes à retenir : les règles transitoires et les actions exonérées. Dans les deux cas, il se peut que la fondation privée n'ait pas à se départir immédiatement de ses actions en excédent du 20 %. Ces deux notions seront expliquées aux sections 3.5. et 3.6. du présent texte.

Il est important de mettre l'accent sur le fait que le régime de participation excédentaire s'applique à tous les types d'actions, avec ou sans droit de vote, cotées en Bourse ou non.

3.4. PERSONNE INTÉRESSÉE

Le nouveau régime de participation excédentaire fait référence aux « personnes intéressées ». Cette nouvelle notion a aussi été introduite lors du Budget de 2007 et est maintenant définie au paragraphe 149.1(1) L.I.R. Essentiellement, il s'agit de personnes qui ont un lien de dépendance avec la fondation privée, en supposant que le paragraphe 251(2) L.I.R. s'applique comme si la fondation était une société. Toutefois, certaines personnes sont spécifiquement exclues de la définition de personnes intéressées, comme les personnes ayant un lien de dépendance uniquement à cause d'un droit visé à l'alinéa 251(5b) L.I.R. ou une personne âgée de 18 ans et plus à qui le ministre a donné son accord pour être considérées comme n'ayant pas de lien de dépendance avec la fondation privée.

La difficulté d'application de cette définition provient, entre autres, du libellé de l'alinéa 251(2)b) L.I.R. dans le cas d'une fondation. En effet, il y est mentionné qu'une fondation, au sens de « personne intéressée », est liée à une personne qui la contrôle. S'agissant ici de contrôle de droit, puisqu'il n'est pas fait mention de contrôle direct ou indirect de quelque manière que ce soit³⁹, comment peut-on établir le contrôle d'une fondation en l'absence de capital-actions? Selon la décision *HSC Research Development Corp. c. Canada*⁴⁰, le contrôle d'une fondation peut être établi en examinant qui a le pouvoir d'élire les administrateurs de la fondation. Selon le juge O'Connor, le contrôle est octroyé au membre qui a le pouvoir d'élire la majorité du conseil d'administration⁴¹.

³⁹ Voir à cet effet AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-419R2, « Sens de l'expression "sans lien de dépendance" », 8 juin 2004, par. 11.

⁴⁰ 95 D.T.C. 225 (C.C.I.).

⁴¹ *Id.*, par. 46.

Aussi, la notion de personne intéressée fait référence au lien de dépendance, tel qu'il est défini au paragraphe 251(1) L.I.R. À ce titre, l'ARC, dans un bulletin d'interprétation, énumère quelques critères, provenant essentiellement des tribunaux, afin de déterminer si des personnes agissent de concert. Ces critères sont les suivants :

- « • [...] un seul cerveau dirige les négociations pour les deux parties à une transaction;
- Les parties à une transaction agissent de concert sans intérêts distincts;
- Il y a exercice effectif (de fait) du contrôle⁴². »

Aussi, toujours concernant le lien de dépendance de fait, l'ARC a ajouté que lorsque des personnes sont liées par des liens d'affaires, même s'il n'y a aucun lien familial, elles sont considérées comme ayant un lien de dépendance⁴³.

La notion de « personne intéressée », définie de façon assez floue dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, est une notion clé dans l'application du régime de participation excédentaire puisqu'elle peut faire la différence entre l'obligation ou non, pour une fondation privée, de se dessaisir de ses titres. L'avenir nous dira comment sera interprétée cette notion.

Maintenant, deux notions doivent être prises en considération lorsque vient le temps pour une fondation privée de se dessaisir de ses titres. Il s'agit de la disposition transitoire et des actions exonérées.

3.5. DISPOSITION TRANSITOIRE

La disposition transitoire s'applique à l'égard des titres que possédait la fondation privée au 18 mars 2007. Cette disposition transitoire représente un allègement pour les fondations privées puisqu'elle leur octroie plus de temps pour procéder au dessaisissement de leurs titres excédentaires. À cet effet, en vertu du paragraphe 149.2(8) L.I.R., la fondation dispose d'un délai supplémentaire qui s'étale sur une période de cinq à vingt ans.

⁴² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 39, par. 23.

⁴³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, Guide T2082, « Régime de participation excédentaire des fondations privées », p. 5.

Brièvement, sans s'attarder sur le côté technique de la disposition transitoire, notons que celle-ci s'applique si la fondation privée avait une participation initiale supérieure à 20 % au 18 mars 2007 et si, conséquemment, en l'absence d'une telle disposition, elle était dans l'obligation de se dessaisir de ses titres dans un délai relativement court. Lorsque la fondation privée est dans cette situation, elle peut se prévaloir de la disposition transitoire et ainsi calculer son pourcentage de participation excédentaire en fonction des différents alinéas du paragraphe 149.2(8) L.I.R. Lorsqu'une fondation privée bénéficie de cette mesure d'allègement, l'effet suivant est constaté : pour les cinq premières années d'imposition suivant le 18 mars 2007, aucun dessaisissement n'est requis; par la suite, les fondations privées doivent diminuer de 20 % leur excédent tous les cinq ans, sur un maximum de vingt ans, et ce, jusqu'à ce que l'excédent soit complètement éliminé.

Toutefois, il y a « un bémol » lorsque les fondations privées se prévalent des dispositions transitoires. Il a été mentionné dans le plan budgétaire de 2007 que les fondations privées qui n'auront pas terminé leur période transitoire au 12 mars 2012 ne permettront plus aux donateurs de titres cotés en Bourse de profiter du taux d'inclusion nul sur le gain en capital lors d'une donation en leur faveur. Les donateurs devront donc s'assurer que la fondation privée est admissible avant de faire ce type de donation s'ils veulent bénéficier de l'exemption d'impôt sur le gain en capital.

3.6. ACTIONS EXONÉRÉES

La notion d'actions exonérées a été introduite dans le Budget du 26 février 2008. Il s'agit aussi d'une mesure d'allègement qui exonère de l'exigence de dessaisissement les actions visées par stipulation de conservation d'au moins 10 ans, les actions de sociétés non cotées en Bourse et les actions de remplacement. Toutefois, afin d'être exonérées, les actions doivent remplir certaines conditions.

Tout d'abord, se qualifient les actions qui proviennent d'un don visé par une stipulation de conservation d'au moins 10 ans effectuée avant le 19 mars 2007⁴⁴. Se qualifient aussi les dons d'actions faits après le 18 mars 2007 et avant le 19 mars 2012 à la suite de l'exécution d'un testament signé avant le 19 mars 2007 et qui n'a subi aucune modification après le 18 mars 2007⁴⁵.

⁴⁴ Par. 149.1(1) « actions exonérées », s.-al. a)(i) L.I.R.

⁴⁵ Par. 149.1(1) « actions exonérées », s.-al. a)(ii) L.I.R.

Finalement, se qualifient aussi les dons d'actions reçus d'une fiducie, qu'elle soit testamentaire ou non, avant le 19 mars 2012 si celle-ci a été établie avant le 19 mars 2007 et qu'elle n'a subi aucune modification depuis le 18 mars 2007⁴⁶.

Ensuite, sont exonérées les actions de sociétés non cotées en Bourse. Cette exonération a été mise en place pour éviter que la vente des actions de sociétés privées n'entraîne une diminution radicale de leur valeur, étant donné le marché restreint pour ce type d'actions. Afin d'être exonérées, les actions de sociétés privées doivent respecter quelques conditions spécifiques, soit avoir fait l'objet d'une donation avant le 19 mars 2007 et ne pas être cotées à une Bourse de valeurs désignée. De plus, la détention de ces actions ne doit pas entraîner la détention indirecte d'une participation supérieure à 2 % dans une société publique.

Finalement, est exonérée une action de remplacement détenue par la fondation privée si cette action était auparavant une action exonérée et qu'elle a été échangée dans le cadre d'une réorganisation visée par les articles 51, 86 ou 87, ou par le paragraphe 85.1(1) L.I.R. Toutefois, si la fondation privée reçoit des actions de remplacement après l'application de l'article 85 L.I.R., elle ne gardera pas son droit acquis.

3.7. DÉLAIS ACCORDÉS POUR LE DESSAISSEMENT DES TITRES EXCÉDENTAIRES

S'il advient que les titres de la fondation privée ne se qualifient pas comme actions exonérées et que la fondation privée se retrouve dans un pourcentage de participation excédentaire, le paragraphe 149.2(5) L.I.R. mentionne le délai imparti par la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour se dessaisir des titres excédentaires. La fondation privée est tenue de se départir de ses titres en excédent sur une période variant de moins d'un an à cinq ans. Cette variation s'explique par la manière dont l'excédent a été accumulé. Voici donc les divers délais :

- Un dessaisissement est requis durant l'année en cours lorsque la fondation privée acquiert directement les actions moyennant une contrepartie. Par conséquent, lorsque la fondation acquiert elle-même des titres qui la mettent dans une position excédentaire, elle doit se départir de l'excédent avant la fin de son année d'imposition;

⁴⁶ Par. 149.1(1) « actions exonérées », s.-al. a)(iii) L.I.R.

- Un délai de cinq ans est accordé lorsque l'excédent est le résultat d'un legs. Plus précisément, lorsque la fondation reçoit des titres par le biais d'un legs et que celui-ci la met dans une situation de participation excédentaire, la fondation privée doit se départir de ces titres au plus tard dans la cinquième année d'imposition qui suit l'année où elle a reçu le legs;
- Lorsque l'excédent est le résultat d'un don par une personne sans lien de dépendance ou du rachat d'actions par une société, la fondation privée doit se dessaisir de ses titres dans la deuxième année d'imposition qui suit l'année où l'excédent s'est produit;
- La fondation privée doit se dessaisir de ses titres excédentaires durant l'année d'imposition qui suit le moment où l'excédent a été créé lorsqu'il est causé par l'achat d'actions ou par un don fait à la fondation par une personne intéressée.

Toutefois, le ministre peut accorder un délai supplémentaire pouvant aller jusqu'à la dixième année d'imposition qui suit le moment où l'excédent a été créé s'il juge qu'une réattribution serait juste et équitable pour la fondation privée⁴⁷.

3.8. ACTIONS DÉTENUES PAR L'INTERMÉDIAIRE D'UNE FIDUCIE ET MESURES ANTIÉVITEMENT

Lors de l'instauration du régime de participation excédentaire, le ministre a mis en place diverses mesures afin de s'assurer qu'une fondation privée ne puisse contourner les règles de ce régime.

Tout d'abord, certaines mesures ont été instaurées afin d'attribuer, dans certaines circonstances, les actions que la fondation privée détient par l'intermédiaire d'une fiducie⁴⁸. Par conséquent, une fondation est réputée détenir les actions d'une société appartenant à une fiducie lorsque la fondation est l'unique fiduciaire de la fiducie ou lorsque la fondation est un bénéficiaire qui détient une participation majoritaire dans la fiducie et que la fondation et des personnes intéressées représentent plus de 50 % des fiduciaires. Lorsqu'une de ces situations s'applique, la propriété des actions

⁴⁷ Par. 149.2(6) L.I.R.

⁴⁸ Par. 149.2(9) à 149.2(11) L.I.R.

est réattribuée à la fondation privée en fonction de la juste valeur marchande (« JVM ») de sa participation⁴⁹.

Par conséquent, si la fondation privée a un pourcentage de participation excédentaire après la réattribution, elle devra se dessaisir de ses titres en fonction des délais impartis par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, tel que nous venons de le voir. Toutefois, bien qu'il semble adéquat dans la majorité des cas de lui réattribuer sa part des actions dans la fiducie en fonction de la JVM de sa participation, nous croyons qu'un questionnement devrait se faire. À cet effet, il est important de noter qu'une incompatibilité existe au Québec puisqu'une fondation qui serait l'unique fiduciaire d'une fiducie ne pourrait en être bénéficiaire⁵⁰. Ainsi, comment la fondation pourrait-elle se voir réattribuer une part des actions?

Aussi, toujours afin de s'assurer qu'il n'y ait pas d'évitement de la règle sur la participation excédentaire, le ministre des Finances a mis en place des mesures antiévitement spécifiques⁵¹. Ces mesures visent les fondations privées qui tentent de se soustraire à leurs obligations à l'aide d'une opération ou d'une série d'opérations. Par conséquent, ces mesures s'appliquent uniquement si la fondation a un pourcentage de dessaisissement sans cette opération ou série d'opérations et s'il est raisonnable de croire que l'un des effets recherchés est d'éviter d'avoir un pourcentage de dessaisissement.

3.9. PÉNALITÉS

Afin de s'assurer que les fondations privées respectent la nouvelle règle sur la participation excédentaire, des pénalités ont été instaurées pour les cas où les fondations ne procèdent pas au dessaisissement requis. Ainsi, lorsqu'une fondation omet de se départir de ses titres excédentaires dans le délai requis, une pénalité initiale de 5 % lui est imposée. Cette pénalité sera majorée à 10 % en cas de récidive à l'intérieur d'une période de cinq ans⁵². La pénalité est calculée en multipliant le pourcentage de dessaisissement de

⁴⁹ Comme cela est établi au paragraphe 149.2(10) L.I.R.

⁵⁰ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64. L'article 1275 mentionne qu'un bénéficiaire ou un constituant ne peut être le seul bénéficiaire.

⁵¹ Voir les paragraphes 188.1(3.2) à 188.1(3.5) L.I.R.

⁵² Par. 188.1(3.1) L.I.R.

la fondation privée par la JVM de toutes les actions émises et en circulation de la catégorie visée⁵³.

Aussi, une fondation privée est passible de la même pénalité de 10 % lorsqu'elle omet d'indiquer dans sa déclaration annuelle les renseignements suivants :

- les opérations importantes qu'elle a effectuées durant l'année;
- le pourcentage de participation détenu par les personnes intéressées;
- son pourcentage de participation totale, sauf si elle n'a détenu que 2 % des actions ou moins tout au long de l'année⁵⁴.

Par ailleurs, si la fondation privée ne respecte pas ses obligations, elle peut voir son enregistrement révoqué⁵⁵. Il est souhaitable que l'ARC, avant de prendre une mesure aussi drastique, mette en place les nouvelles mesures de sanctions intermédiaires afin d'éduquer et d'épauler la fondation privée dans son apprentissage du nouveau régime de participation excédentaire. C'est ce que l'ARC a prévu de faire dans un document intitulé « Lignes directrices sur l'application des nouvelles sanctions⁵⁶ ».

Au Québec, le ministre a décidé de ne pas s'harmoniser avec le fédéral quant au régime de participation excédentaire. Toutefois, comme cela a été précisé dans le Budget de 2007, Revenu Québec approuve l'initiative du gouvernement fédéral et souhaite tout de même faire une surveillance étroite des fondations privées. Il exige donc que les informations divulguées au fédéral, en lien avec le nouveau régime de participation excédentaire, soient aussi communiquées au ministre du Revenu et que, pour ce faire, toute documentation fédérale soit jointe à la déclaration de renseignements du Québec⁵⁷.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ Al. 149.1(4)c) L.I.R.

⁵⁶ Ce document est disponible sur le site Internet de l'ARC (en ligne : www.cra-arc.gc.ca/chrts-gvng/chrts/plcy/nwsnctns-fra.html).

⁵⁷ QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2007-2008, Discours sur le budget et Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 24 mai 2007, pp. A.26 et A.27.

4. DÉLIVRANCE DES REÇUS

Cette section présente un bref aperçu des règles fiscales concernant la délivrance des reçus par les organismes de bienfaisance, notamment en ce qui a trait au montant de don admissible, à l'évaluation des dons autres qu'en espèces et aux limites à la valeur d'un don.

4.1. MONTANT ADMISSIBLE D'UN DON

La notion de don n'est pas définie dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Par contre, selon le droit civil et la jurisprudence, il est entendu qu'un don est le transfert volontaire d'un bien sans contrepartie. De ce fait, lorsqu'il y a un don, il devrait y avoir un appauvrissement du donateur et un enrichissement du donataire.

Le ministère des Finances du Canada a proposé qu'il soit désormais possible que le donateur reçoive un avantage en contrepartie du don tout en profitant d'un crédit ou d'une déduction pour dons⁵⁸. En effet, le paragraphe 248(30) L.I.R. proposé permet de clarifier dans quelle situation les contribuables seront considérés avoir eu l'intention de faire un don, même s'ils ont reçu un avantage en contrepartie de la donation. En effet, il y est mentionné que la réception d'un avantage lors du transfert d'un bien ne suffit pas à disqualifier le don pour autant que le montant de l'avantage n'excède pas 80 % de la JVM du bien transféré ou que le donateur puisse établir avec certitude qu'il avait l'intention de faire un don⁵⁹.

Cette mesure est applicable pour les dons effectués après le 20 décembre 2002.

Par conséquent, le montant admissible d'un don est l'excédent de la JVM du bien qui fait l'objet d'un don sur le montant de l'avantage reçu en contrepartie⁶⁰. Le montant de l'avantage que l'on doit appliquer en diminution du montant du don est défini au paragraphe 248(32) L.I.R. De façon générale, le montant de l'avantage est la valeur du bien, du service, de la compensation ou des autres bénéfices que le donateur reçoit en retour. Il est important de mentionner que le paragraphe 248(32) L.I.R. vise une

⁵⁸ CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 8.

⁵⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 26, 24 décembre 2002.

⁶⁰ Par. 248(31) L.I.R.

multitude de situations où un donateur pourrait être considéré comme ayant reçu un avantage en contrepartie du don. En effet, dans les notes techniques accompagnant les propositions législatives du 16 juillet 2010, le ministère des Finances mentionne ceci :

« Un avantage peut exister même s'il n'est pas reçu au moment du don ou de la contribution. Par exemple, il peut avoir été reçu avant le don ou peut être à recevoir conditionnellement ou à un moment ultérieur. L'avantage peut être conféré au donateur ou à une personne avec laquelle il a un lien de dépendance, et il n'est pas nécessaire qu'il soit conféré par le donataire. »

Il est important de préciser que le coût d'un bien, acquis dans des circonstances où le paragraphe 248(32) L.I.R. s'applique, correspond à la JVM du bien au moment de la donation⁶¹.

Le nouveau paragraphe 248(40) L.I.R. prévoit que la règle énoncée au paragraphe 248(30) L.I.R. ne s'applique pas, de façon générale, aux dons qu'un donataire reconnu reçoit d'un OBE. Le montant admissible d'un don provenant d'un OBE sera donc toujours égal à la JVM du bien qui fait l'objet du don⁶². Contrairement aux autres mesures décrites dans cette section, le paragraphe 248(40) L.I.R. s'applique aux transferts effectués après le 8 novembre 2006 seulement.

Le nouveau paragraphe 248(41) L.I.R, qui s'applique, lui, relativement aux dons et aux contributions monétaires faits après 2005, prévoit que le montant admissible d'un don est nul si, avant que le donataire ne délivre un reçu officiel pour dons de bienfaisance, le donateur omet de fournir au donataire des renseignements ayant trait à l'application des paragraphes 248(31), 248(35), 248(36), 248(38) ou 248(39) L.I.R. Le donataire doit disposer de ces renseignements pour être en mesure d'établir correctement le reçu⁶³.

4.2. LIMITES À LA VALEUR DU DON

Afin de contrecarrer des stratagèmes fiscaux visant à obtenir un reçu pour don plus élevé que le prix payé pour les biens faisant l'objet d'une donation, le ministère des Finances a introduit la notion de « JVM » réputée

⁶¹ Par. 248(33) L.I.R. [proposé].

⁶² CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 8, Notes techniques.

⁶³ *Id.*

par le biais d'un communiqué en date du 5 décembre 2003⁶⁴. À l'heure actuelle, ces mesures sont prévues dans les propositions législatives du 16 juillet 2010.

Selon les modifications proposées, lorsqu'un don en nature est effectué par un contribuable et que ce dernier détenait le bien depuis moins de trois ans, la valeur du don sera égale au moins élevé du coût pour le donateur et de la JVM du bien donné⁶⁵. Le don d'un bien détenu depuis moins de 10 ans et qui a été acquis dans l'intention d'en faire don est aussi visé. Il faut mentionner que le don fait par suite du décès du donateur n'est pas soumis à cette règle.

Si le bien a été acquis d'une personne avec un lien de dépendance, pendant la période de trois ou dix ans, le coût du bien pour le donateur deviendra celui pour la personne de qui le bien a été acquis, s'il était plus faible⁶⁶.

Il est important de souligner que le produit de disposition du bien aux fins du paragraphe 69(1) L.I.R. pour le donateur correspondra à la valeur réputée déterminée aux fins du paragraphe 248(35) L.I.R.

Par ailleurs, si un donateur essaie de se soustraire à cette mesure en disposant d'un bien et en l'acquérant avant d'en faire don, le montant admissible du don sera réputé nul si le don est fait après le 17 juillet 2005⁶⁷. Aussi, si le donateur essaie de se soustraire à cette règle en vendant le bien à un donataire reconnu et en lui donnant le produit de la vente plutôt que le bien, le montant admissible du don sera égal au moins élevé de la JVM du bien vendu et de son coût⁶⁸.

Enfin, le contribuable devrait informer l'OBE, avant que ce dernier ait délivré son reçu aux fins d'impôt, de l'existence de circonstances venant

⁶⁴ CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2003-61, « Le gouvernement annonce des restrictions touchant les arrangements d'abris fiscaux relatifs aux dons de bienfaisance », 5 décembre 2003.

⁶⁵ Par. 248(35) L.I.R. [proposé].

⁶⁶ Par. 248(36) L.I.R. [proposé].

⁶⁷ Par. 249(38) L.I.R. [proposé].

⁶⁸ Par. 248(39) L.I.R. [proposé].

influencer le montant admissible du don, sinon le montant du don pourrait être nul⁶⁹.

Au fédéral, ces nouvelles règles s'appliquent aux dons effectués après le 5 décembre 2003. Au Québec, elles s'appliquent à compter de l'année 2003 et pour toutes les années antérieures à 2003 qui n'étaient pas prescrites le 12 décembre 2003.

Exceptions

Cette mesure ne s'applique pas aux dons de titres cotés en Bourse, de biens culturels certifiés, de fonds de terres écosensibles, de biens en inventaire ou d'immeubles situés au Canada⁷⁰.

Elle ne s'applique pas non plus aux actions émises par une société si la société est contrôlée par le donateur (ou une personne qui lui est liée) immédiatement avant le don, et que la contrepartie pour laquelle l'action a été émise n'est pas soumise à cette règle si elle avait fait l'objet d'un don directement au donataire reconnu⁷¹.

De plus, cette mesure ne s'applique pas au don d'un bien fait par une société si ce bien a été acquis par roulement en vertu des paragraphes 85(1) ou 85(2) L.I.R., si la société est contrôlée par le cédant (ou une personne liée) immédiatement avant le don et si le bien transféré à la société n'est pas soumis à cette règle s'il avait fait l'objet d'un don directement au donataire reconnu⁷².

Finalement, cette mesure ne s'applique pas si le bien donné a été acquis dans les circonstances prévues aux paragraphes 70(6), 70(9), 73(1), 73(3) ou 73(4) L.I.R., qui sont des cas de transfert en franchise d'impôt (roulement)⁷³. Par conséquent, sauf si le cédant détenait le bien depuis moins de trois ans (ou depuis moins de dix ans, si c'est plutôt cette période qui est applicable), la règle prévue au paragraphe 248(35) L.I.R. ne trouvera pas application.

⁶⁹ Par. 248(41) L.I.R. [proposé].

⁷⁰ Par. 248(37) L.I.R. [proposé].

⁷¹ Al. 248(37)e) L.I.R. [proposé].

⁷² Al. 248(37)f) L.I.R. [proposé].

⁷³ Al. 248(37)g) L.I.R. [proposé].

4.3. ÉVALUATION DES DONS AUTRES QU'EN ESPÈCES

Les dons en nature les plus courants sont les dons d'immobilisations, de biens en inventaire et de biens à usage personnel. Toutefois, un don sous la forme d'un service rendu n'est pas considéré être un don autre qu'en espèces⁷⁴.

Afin d'établir la JVM d'un don autre qu'en espèces, il est préférable de s'adresser à des évaluateurs ou à des estimateurs professionnels pour obtenir une évaluation professionnelle puisque l'établissement de la JVM est un processus qui peut être complexe. De surcroît, la personne choisie pour estimer la JVM du bien doit être indépendante, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas être liée au donateur ou au donataire. La JVM qui sera établie en date du don servira de base au calcul du montant admissible d'un don⁷⁵.

Le montant admissible d'un don est utilisé pour calculer la déduction d'impôt (pour les sociétés) ou le crédit d'impôt pour don (particuliers). Il est aussi utilisé pour calculer les incidences fiscales reliées à la disposition du bien (par exemple, le gain ou la perte en capital, la récupération d'amortissement, etc.). Il est donc important qu'il soit adéquatement déterminé.

4.4. REÇUS POUR DONS

En vertu du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, les reçus officiels de dons doivent comporter plusieurs renseignements afin d'être valides⁷⁶. Le montant qui doit être inscrit sur le reçu correspond, dans le cas des dons en espèces, au montant du don et, dans le cas des dons de biens autres qu'en espèces, à la JVM du bien au moment où le don a été fait.

Toutefois, une modification a été proposée qui s'applique à l'égard des dons effectués après le 20 décembre 2002. Cette modification propose que soient indiqués sur les reçus, en plus des renseignements déjà prescrits, le

⁷⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-110R3, « Dons et reçus officiels de dons », 20 juin 1997, par. 15.

⁷⁵ Pour plus de détails, veuillez consulter AGENCE DU REVENU DU CANADA, Brochure P113, « Les dons et l'impôt », pp. 11-12.

⁷⁶ Se référer au paragraphe 3501(1) R.I.R. pour avoir la liste détaillée de tous les renseignements devant être indiqués sur le reçu officiel de don.

montant admissible de dons⁷⁷, le montant de l'avantage reçu en contrepartie⁷⁸ ainsi qu'une brève description de cet avantage.

Finalement, le montant admissible de dons sera considéré comme nul si le donateur omet d'informer, avant la délivrance du reçu officiel, le donataire reconnu de l'existence de circonstances pouvant mener à l'application des limitations sur la JVM réputée⁷⁹. Cela est dû principalement au fait que le donataire doit avoir connaissance de ces informations s'il veut être en mesure de délivrer un reçu comportant des renseignements exacts.

5. SANCTIONS APPLICABLES AUX OBE

Avant le 22 mars 2004, la seule sanction dont disposait l'ARC contre les OBE qui n'étaient pas conformes à la *Loi de l'impôt sur le revenu* était la révocation de l'enregistrement. Compte tenu de la sévérité de cette sanction, celle-ci n'était pas appliquée dans le cas d'infractions mineures.

Afin d'alléger cette sanction sévère et de pouvoir réprimer les infractions mineures commises par les OBE, le ministre des Finances a introduit, pour les exercices débutant après le 22 mars 2004, de nouvelles pénalités⁸⁰. Selon les notes explicatives, le ministère des Finances avait mentionné qu'« il est en effet plus opportun d'appliquer des pénalités que de révoquer l'enregistrement en cas d'infraction non intentionnelle ou imprévue à la loi ». Il faut souligner que le pouvoir accordé à l'ARC de révoquer l'enregistrement des OBE n'a pas été supprimé avec l'arrivée des nouvelles pénalités.

Cependant, il est important de noter que la Direction des organismes de bienfaisance de l'ARC compte sensibiliser les OBE à l'importance de se conformer à la *Loi de l'impôt sur le revenu* par des méthodes éducatives, avant d'appliquer les nouvelles pénalités ou même de procéder à la révocation de l'enregistrement. À cet effet, la Direction des organismes de bienfaisance dispose de deux méthodes de sensibilisation. Les lettres éducatives, utilisées en cas d'infraction mineure, ont pour objet d'informer l'organisme des mesures à prendre pour corriger ses lacunes. Les ententes

⁷⁷ Par. 248(31) L.I.R. [proposé].

⁷⁸ Par. 248(32) L.I.R. [proposé].

⁷⁹ Par. 248(41) L.I.R. [proposé].

⁸⁰ Art. 188.1 et 188.2 L.I.R.

d'observation⁸¹, quant à elles, donnent suite à une négociation entre l'ARC et le contribuable. Elles décrivent les lacunes décelées lors de la vérification ainsi que les mesures à mettre en place dans un délai précis, afin que la fondation se conforme aux règles. Ces ententes mentionnent également les sanctions qui seront prises si les infractions ne sont pas corrigées.

Parmi ces mesures, il faut souligner que le gouvernement du Québec n'a mis en place que celles relatives à la suspension du pouvoir de délivrer des reçus.

5.1. PRODUCTION TARDIVE DE LA DÉCLARATION DE RENSEIGNEMENTS

Un OBE est tenu de produire annuellement la « Déclaration de renseignements des organismes de bienfaisance enregistrés » (Formulaire T3010B) dans les six mois suivant la fin de son exercice financier. S'il la produit en retard, l'OBE est passible d'une pénalité de 500 \$⁸². En pratique, l'ARC envoie, peu après l'expiration du délai de production, une lettre demandant à l'OBE de produire sa déclaration dans un délai précis. Si l'OBE n'obtempère pas, l'ARC demande la révocation de l'enregistrement. L'OBE doit alors présenter une demande auprès de l'ARC afin de se réenregistrer et payer la pénalité de 500 \$.

5.2. DÉLIVRANCE DE REÇUS

Les reçus attestant les dons doivent être préparés en conformité avec le *Règlement de l'impôt sur le revenu*⁸³. L'OBE qui ne respecte pas ces exigences doit payer une pénalité de 5 % (10 % en cas de récidive) du montant du reçu⁸⁴.

Si l'OBE procède à la délivrance de reçus en sachant que des énoncés sont faux (ou alors qu'il aurait dû le savoir), il est passible d'une pénalité de 125 % de la somme indiquée sur le reçu⁸⁵. Si le total des pénalités imposées

⁸¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Énoncé de politique* CSP-C27, « Entente d'observation », 3 novembre 2005 (en ligne : www.cra-arc.gc.ca/chrts-gvng/chrts/plcy/csp/csp-c27-fra.html).

⁸² Par. 188.1(6) L.I.R.

⁸³ Art. 3501 R.I.R.

⁸⁴ Par. 188.1(7) L.I.R.

⁸⁵ Par. 188.1(9) L.I.R.

à cet égard excède 25 000 \$, il y a également suspension du droit de délivrance de reçus.

Enfin, l'OBE qui accepte de délivrer un reçu pour le compte d'un autre OBE dont le droit de délivrance a été suspendu peut voir son droit suspendu lui aussi⁸⁶.

5.3. AVANTAGES INJUSTIFIÉS

Un OBE ne peut conférer certains avantages aux personnes spécifiquement prévues dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, sous peine de pénalité.

Les avantages suivants peuvent faire l'objet d'une pénalité de 105 % (110 % s'il y a récidive dans les cinq ans) de l'avantage injustifié⁸⁷ :

- Versement (ou autrement mise à sa disposition pour son bénéfice personnel) à une personne qui est propriétaire, membre, actionnaire, fiduciaire ou auteur de l'OBE (ou qui a un lien de dépendance avec une telle personne);
- Versement (ou autrement mise à sa disposition pour son bénéfice personnel) à une personne qui a fourni plus de 50 % des capitaux de l'OBE (ou qui a un lien de dépendance avec cette personne ou avec l'OBE);
- Tout avantage conféré à une personne par une autre personne avec le consentement de l'OBE;
- Don à une entité qui n'est pas un donataire reconnu.

Il est à noter que les versements ou les avantages suivants ne sont pas des avantages injustifiés :

- Somme représentant une contrepartie ou rémunération raisonnable pour un bien acquis par l'OBE ou pour des services rendus à celui-ci;

⁸⁶ Par. 188.2(2) L.I.R.

⁸⁷ Par. 188.1(4) et 188.1(5) L.I.R.

- Don fait ou avantage conféré dans le cours normal des activités de bienfaisance de l'OBE (sauf s'il est raisonnable de considérer que le bénéficiaire a droit à l'avantage en raison seulement de son lien avec l'OBE).

5.4. ACQUISITION DU CONTRÔLE D'UNE SOCIÉTÉ

Une fondation publique ne peut acquérir le contrôle d'une société, sous certaines réserves⁸⁸. Si elle le fait, elle est passible d'une pénalité de 5 % (100 % en cas de récidive) du montant des dividendes qu'elle reçoit de la société dont elle a acquis le contrôle⁸⁹. Le paragraphe 188.1(3) L.I.R. semble s'appliquer autant aux fondations privées qu'aux fondations publiques. Par contre, puisque les fondations privées sont visées spécifiquement par les pénalités pour participation excédentaire dans une société⁹⁰, il semble que la pénalité prévue au paragraphe 188.1(3) L.I.R. viserait seulement les fondations publiques.

5.5. ACTIVITÉS COMMERCIALES

Les fondations privées ne peuvent pas exercer d'activités commerciales sous peine de se voir imposer une pénalité de 5 % du revenu brut tiré de cette entreprise⁹¹. Quant aux œuvres de bienfaisance et aux fondations publiques, l'exercice d'activités commerciales non complémentaires les exposera à la même pénalité.

5.6. REPORT DE DÉPENSES

Si un OBE fait don d'un bien à un autre OBE, et qu'il est raisonnable de considérer que l'un des principaux objets du don était de différer indûment la dépense de sommes pour des activités de bienfaisance, une pénalité de 110 % de la JVM du bien peut être imposée de façon solidaire aux deux OBE⁹².

⁸⁸ Al. 149.1(3)c) L.I.R.

⁸⁹ Par. 188.1(3) L.I.R.

⁹⁰ Par. 188.1(3.1) L.I.R.

⁹¹ Par. 188.1(1) L.I.R.

⁹² Par. 188.1(11) L.I.R.

5.7. PAIEMENT DES PÉNALITÉS

Si les pénalités citées précédemment sont supérieures à 1 000 \$, l'OBE peut transférer la totalité du montant à un donataire admissible. Un donataire admissible étant un OBE :

- qui se conforme entièrement aux exigences de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;
- qui n'a aucune somme impayée en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de la *Loi sur la taxe d'accise*⁹³;
- dont plus de 50 % des administrateurs n'ont pas de lien de dépendance avec les administrateurs de l'organisme qui effectue le transfert;
- qui ne fait pas l'objet d'un certificat en vertu du paragraphe 5(1) de la *Loi sur l'enregistrement des organismes de bienfaisance (renseignements de sécurité)*⁹⁴; dans le cas contraire, le certificat n'a pas été jugé raisonnable au titre du paragraphe 7(1) de cette loi⁹⁵.

5.8. IMPÔT DE RÉVOCATION

Lorsque l'enregistrement d'un OBE est révoqué (de façon volontaire ou non), l'OBE est assujéti à un impôt spécial (« impôt de révocation »)⁹⁶. L'OBE est réputé avoir une fin d'année qui se termine le jour où il reçoit un avis d'intention de révoquer son enregistrement de la part de l'ARC (« Jour 1 »). L'impôt de révocation est payable un an après cette date⁹⁷.

L'OBE a un an après le Jour 1 pour produire le formulaire prescrit intitulé « Déclaration d'impôt pour les organismes de bienfaisance dont l'enregistrement a été révoqué » (Formulaire T2046), qu'il ait de l'impôt à payer ou non.

⁹³ L.R.C. (1985), ch. E-15 et mod.

⁹⁴ 2001, ch. 41.

⁹⁵ Par. 189(6.3) L.I.R.

⁹⁶ Art. 188 L.I.R.

⁹⁷ Par. 189(6.1) L.I.R.

De façon générale, afin de se soustraire à l'impôt de révocation, l'OBE a un an pour transférer ses biens à un donataire admissible⁹⁸. Par contre, plusieurs particularités doivent être prises en compte lors du calcul de l'impôt de révocation⁹⁹. Nous n'entrerons pas dans les détails de ce calcul.

Les personnes recevant un crédit d'un OBE peuvent également être responsables de payer l'impôt de révocation jusqu'à concurrence du montant du crédit. Ainsi, si un OBE ne peut payer l'impôt de révocation parce qu'il a transféré ses biens, les personnes qui ont profité du transfert deviennent également responsables quant à l'impôt de révocation¹⁰⁰.

Il est à noter qu'il n'y a pas d'impôt de révocation au niveau provincial.

CONCLUSION

Nous avons fait un bref survol des mesures fiscales récentes concernant les OBE. Il ne s'agit pas d'un résumé complet de toutes les mesures, mais de certaines d'entre elles que nous avons cru bon de mentionner du fait de leur incidence pratique.

En conclusion, même si plusieurs fois par année il apparaît dans des publications de l'ARC que la simplification est à l'ordre du jour pour la mise en place de certaines mesures fiscales concernant les OBE, la réalité est tout autre. En effet, certaines mesures sont difficiles d'application, par exemple les mesures concernant le régime de participation excédentaire des fondations privées, et ce, notamment puisque les fondations privées concernées doivent obtenir de l'information auprès de personnes avec lien de dépendance quant à leur détention personnelle d'actions. Par ailleurs, les règles de JVM réputée¹⁰¹ peuvent devenir un véritable casse-tête pour les OBE lorsqu'ils doivent délivrer leurs reçus officiels de dons. Finalement, même si le contingent des versements a disparu en partie et que cela peut apparaître comme un effort de simplification de la part des autorités fiscales, il en ira autrement lorsqu'un OBE sera vu comme ne consacrant pas assez de ressources à ses activités de bienfaisance. Le critère de dépenses de bienfaisance sera désormais qualitatif, ce qui laissera beaucoup de place à l'interprétation.

⁹⁸ Art. 188 L.I.R.

⁹⁹ Par. 188(1.1) L.I.R.

¹⁰⁰ Par. 188(2) L.I.R.

¹⁰¹ Voir la section 4.2 du présent texte, intitulée « Limites à la valeur du don ».

TABLE RONDE RS & DE

*Coordonnatrice***Renée Gallant**

FCA, M. Fisc., associée principale
Gallant & Associés s.e.n.c.r.l.

**François Barbin**

Ing., premier directeur
PricewaterhouseCoopers
s.r.l./s.e.n.c.r.l.

**Carl Deslongchamps**

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

**Martine Javelas**

Ing., M. Sc., analyste
en recherche et technologie
Ericsson Canada inc.

**Christian Provencher**

CA, associé RS & DE
Samson Bélair
Deloitte & Touche
s.e.n.c.r.l.

**Yvan Marceau**

CGA, directeur adjoint RS & DE
BSFC de l'Est du Québec
Agence du revenu
du Canada

**Hélène Marquis**

M. Sc., directrice
Division de l'élaboration
des politiques
Direction de la RS & DE
Agence du revenu
du Canada

**Habib Khémir**

Ing., gestionnaire,
experts sectoriels nationaux
en technologie
Direction de la RS & DE
Agence du revenu
du Canada



Owen-John Peate

Directeur, Contrôle fiscal des
crédits d'impôt des sociétés
Direction générale des entreprises
Revenu Québec



Linda Roy

Avocate, MBA, M. Fisc., chef de service
Direction générale des entreprises
Revenu Québec

TABLE DES MATIÈRES*

PARTIE A (OWEN-JOHN PEATE ET LINDA ROY)

Allocation de Revenu Québec

INTRODUCTION	43:5
1. ORGANISATION DE REVENU QUÉBEC	
QUANT À LA RS & DE	43:5
2. PROCESSUS DE TRAITEMENT EN RS & DE	43:9
2.1. TRAITEMENT ET VÉRIFICATION D'UNE DEMANDE	
DE CRÉDIT EN RS & DE	43:9
2.2. DOCUMENTATION ET INFORMATIONS REQUISES	43:10
2.3. CRÉDIT D'IMPÔT RELATIF AUX SALAIRES – RS & DE	43:11
2.4. CRÉDIT D'IMPÔT POUR LA RECHERCHE UNIVERSITAIRE	
OU POUR LA RECHERCHE EFFECTUÉE PAR UN CENTRE	
DE RECHERCHE PUBLIC OU UN CONSORTIUM	
DE RECHERCHE	43:12
2.5. CRÉDIT D'IMPÔT POUR LA RECHERCHE PRÉCOMPÉTITIVE	43:12
2.6. CRÉDIT D'IMPÔT POUR LA RECHERCHE PRÉCOMPÉTITIVE	
EN PARTENARIAT PRIVÉ	43:13
2.7. CRÉDIT D'IMPÔT RELATIF AUX COTISATIONS ET	
AUX DROITS VERSÉS À UN CONSORTIUM DE RECHERCHE.....	43:13
2.8. DÉLAIS DE TRAITEMENT DE LA RÉCEPTION À L'ÉMISSION	
DE L'AVIS DE COTISATION ET DU REMBOURSEMENT	43:14
2.8.1. Objectif visé	43:14
2.8.2. Délais.....	43:14
3. PROBLÈMES RÉCURRENTS	43:15
3.1. DOSSIERS INCOMPLETS	43:15
3.2. DÉPENSES	43:15
CONCLUSION	43:16

* Les présentations 42 et 43 du volet RS & DE ont été réunies.

PARTIE B**Questions adressées à l'Agence du revenu du Canada et réponses**

1. DOCUMENTS « L'EXAMEN TECHNIQUE DE LA RS & DE :
UN GUIDE POUR LES DEMANDEURS (ÉBAUCHE) »
ET *MANUEL D'EXAMEN DES DEMANDES* 43:17
2. PROJET DE RÉVISION DES POLITIQUES 43:22
3. FORMULAIRE T661 43:24
4. SECTEUR PHARMACEUTIQUE – ESSAI CLINIQUE
MULTINATIONAL 43:25
5. DOSSIERS EN APPEL AUX OPPOSITIONS –
ASPECTS SCIENTIFIQUES 43:28
6. MUR TECHNOLOGIQUE 43:30

PARTIE C**Questions adressées à Revenu Québec et réponses**

1. SALAIRE POUR LE SOUS-TRAITANT 43:33
2. PROCÉDURES DE VÉRIFICATION PAR
REVENU QUÉBEC 43:34
3. LE CRÉDIT D'IMPÔT POUR LA RECHERCHE
UNIVERSITAIRE 43:35
4. LE CRÉDIT D'IMPÔT POUR LA RECHERCHE
PRÉCOMPÉTITIVE EN PARTENARIAT PRIVÉ 43:37
5. CALCUL DU SALAIRE ADMISSIBLE – PRIME
DE DÉPART 43:38

PARTIE A**Allocution de Revenu Québec**

Owen-John Peate, BAA, directeur

Contrôle fiscal des crédits d'impôt des sociétés

Direction générale des entreprises

Revenu Québec

Linda Roy, avocate, MBA, M. Fisc., chef de service

Direction générale des entreprises

Revenu Québec

INTRODUCTION*

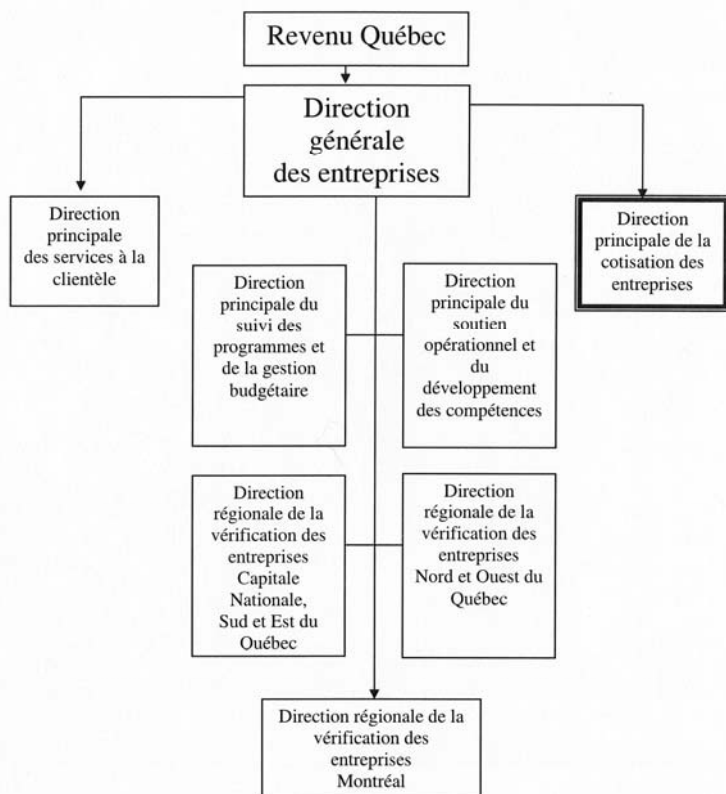
En matière de vérification des crédits d'impôt, deux objectifs sont poursuivis. Le premier vise à en améliorer l'efficacité ainsi que l'efficience alors que le deuxième vise l'amélioration de la qualité des services fournis aux contribuables. C'est dans cette perspective que des modifications ont été apportées à la structure organisationnelle de la Direction principale de la cotisation des entreprises de Revenu Québec. Le présent texte vise à présenter ces efforts ainsi que de faire un rappel aux contribuables quant aux renseignements nécessaires relatifs au traitement des demandes de crédits en matière de recherche scientifique et développement expérimental (« RS & DE ») et finalement faire ressortir les problématiques rencontrées lors de leur traitement par Revenu Québec.

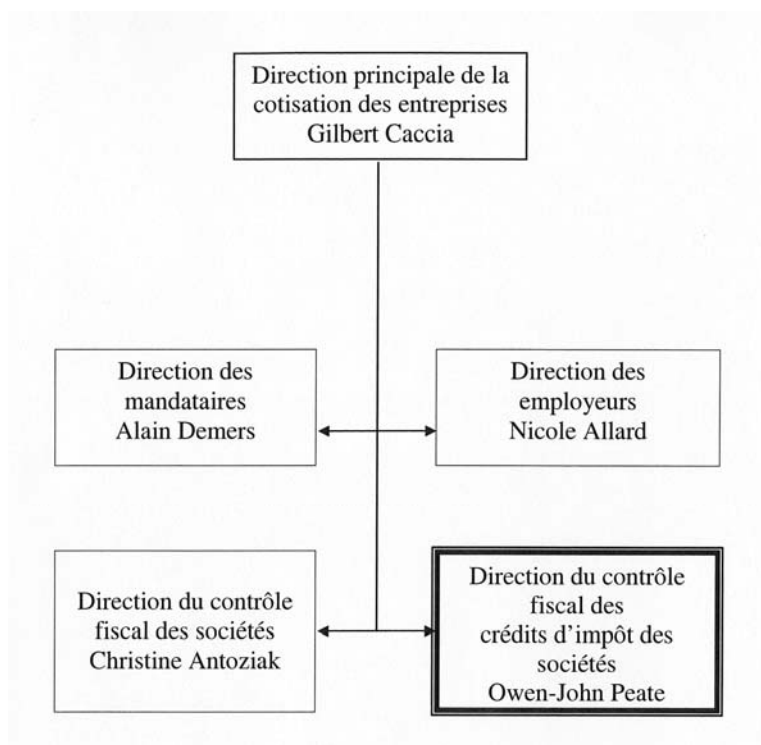
1. ORGANISATION DE REVENU QUÉBEC QUANT À LA RS & DE

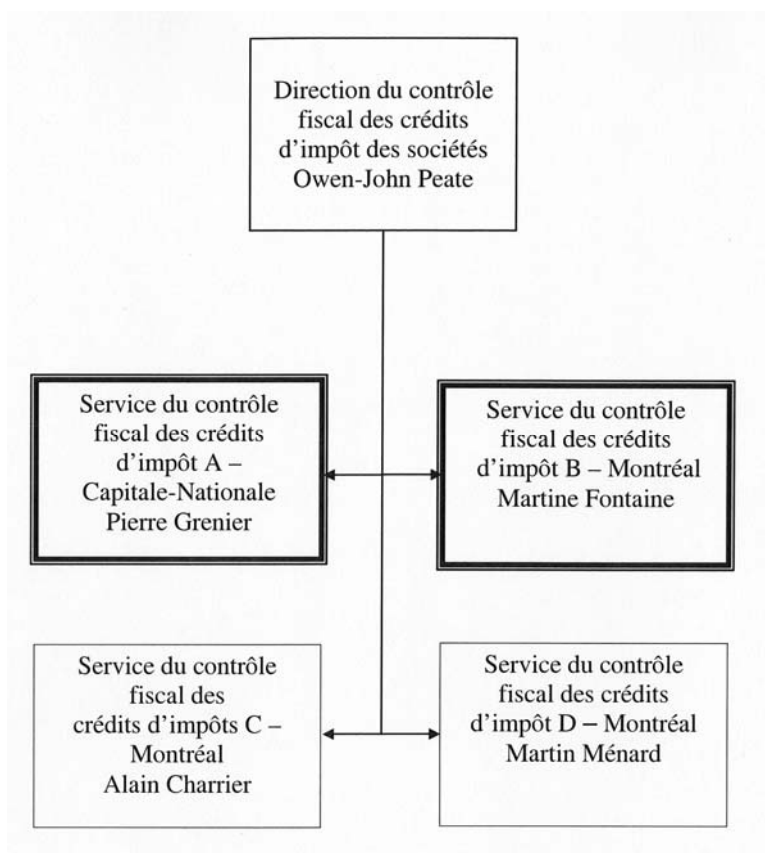
Des modifications ont été apportées à la structure organisationnelle de la Direction principale de la cotisation des entreprises de Revenu Québec. En effet, l'ancienne Direction de la cotisation des sociétés a été scindée afin de créer deux nouvelles directions, soit la Direction du contrôle fiscal des sociétés et la Direction du contrôle fiscal des crédits d'impôt des sociétés. La Direction du contrôle fiscal des crédits d'impôt des sociétés regroupe quatre services qui traitent les demandes de crédits d'impôt. Par ailleurs, le Service du contrôle fiscal des crédits d'impôt A et le Service du contrôle fiscal des crédits d'impôt B se spécialisent dans les crédits RS & DE. Ainsi, les déclarations comportant des demandes de crédits RS & DE sont traitées

* L'auteur tient à remercier M^c Christine Courchesne, notaire, ainsi que M^{mes} Danielle Hudon et Viara Mezeva, CGA, LL.M. fisc., de leur collaboration à la rédaction du présent texte.

exclusivement par ces deux services. Leur objectif est de réduire les inventaires et délais de traitement ainsi que d'améliorer le contrôle fiscal.







2. PROCESSUS DE TRAITEMENT EN RS & DE

2.1. TRAITEMENT ET VÉRIFICATION D'UNE DEMANDE DE CRÉDIT EN RS & DE

Les étapes du processus d'analyse d'une demande de crédit RS & DE sont les suivantes :

- Réception et saisie de la déclaration de revenus incluant la demande de crédits;
- Répartition, à l'intérieur de la Direction principale de la cotisation des entreprises, de la demande de crédits relatifs à la RS & DE :
 - Crédit d'impôt relatif aux salaires RS & DE,
 - Crédit d'impôt pour la recherche universitaire ou pour la recherche effectuée par un centre de recherche public ou un consortium de recherche,
 - Crédit d'impôt pour la recherche précompétitive (aboli depuis le 23 mars 2006),
 - Crédit d'impôt pour la recherche précompétitive en partenariat privé,
 - Crédit d'impôt relatif aux cotisations et aux droits versés à un consortium de recherche;
- Vérification de la documentation afin de s'assurer que les formulaires ainsi que tous les documents et renseignements requis appuyant la demande de crédit sont présents au dossier;
- Validation selon laquelle la demande a été effectuée dans le délai prescrit par la loi, soit 18 mois suivant la date de clôture de l'exercice financier;
- Réception de la confirmation de l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») selon laquelle le volet scientifique du projet est admissible. Après un délai de 120 jours, si aucune décision de l'ARC concernant l'admissibilité du volet scientifique du projet n'est acheminée et que la demande de crédit ne génère pas de solde payable par le contribuable,

Revenu Québec peut refuser provisoirement la demande de crédit RS & DE;

- Vérification de la déclaration de revenus ainsi que des demandes de crédits.

Vérification de la demande de crédit RS & DE :

- Il s'agit essentiellement d'une vérification du bien-fondé des dépenses demandées aux fins du crédit selon la *Loi sur les impôts*¹ du Québec;
- Revenu Québec tient compte de l'Entente sur les échanges de renseignements. Ainsi, certaines informations obtenues auprès de l'ARC (T7W-C) peuvent être prises en compte lors de la vérification de Revenu Québec;
- Dans certains cas, des demandes d'informations supplémentaires peuvent être requises aux fins d'analyse du dossier. Celles-ci peuvent consister en des requêtes visant la production de certains documents tels que des factures précises, des preuves de paiements ou des contrats. Il peut également s'agir de demandes d'informations additionnelles concernant notamment les sous-traitants, les contrats et l'explication de certains écarts qui ont trait aux activités dans la province de Québec.

2.2. DOCUMENTATION ET INFORMATIONS REQUISES

Il est possible de consulter un tableau indiquant les informations requises et les pièces à joindre aux demandes de crédits pour chacun des crédits d'impôt RS & DE sur le site Internet de Revenu Québec².

Les documents suivants doivent être joints aux demandes de crédits pour chacun des crédits RS & DE.

¹ L.R.Q., c. I-3 et mod.

² En ligne : http://www.revenu.qc.ca/fr/entreprise/impot/societes/declaration/prod_ordi/trans_electronique/pieces_societes/recherche_scientifique.aspx.

2.3. CRÉDIT D'IMPÔT RELATIF AUX SALAIRES – RS & DE

La demande de ce crédit requiert la production de formulaires spécifiques qui sont prescrits par la *Loi sur les impôts* du Québec :

- Formulaire prescrit « Crédit d'impôt relatif aux salaires – R-D » (RD-1029.7);
- Formulaire prescrit « Déduction des dépenses engagées pour la recherche scientifique et le développement expérimental » (RD-222);
- Formulaire prescrit « Entente concernant la limite de dépenses entre sociétés associées » (RD-1029.7.8), le cas échéant.

Détail des dépenses engagées

Les informations suivantes doivent être fournies avec la demande de crédits afin de vérifier si les dépenses sont réelles et engagées pour l'activité de RS & DE et afin de s'assurer de la conformité fiscale et légale de la demande :

- Les nom, numéro d'assurance sociale, salaire horaire et temps consacré à la RS & DE (soit le nombre d'heures travaillées) par les employés exerçant directement des activités de RS & DE ou des activités de soutien à la RS & DE. Le contribuable doit fournir, par écrit, la méthode de calcul utilisée, le cas échéant, afin d'établir le salaire horaire et le temps consacré à la RS & DE;
- Il est à noter que les noms, adresses et montants payés aux sous-traitants doivent être indiqués dans les formulaires « Crédit d'impôt relatif aux salaires » (RD-1029.7) et « Déduction des dépenses engagées pour la recherche scientifique et le développement expérimental » (RD-222);
- Les noms des employés des sous-traitants ayant effectué le travail;
- La copie des factures des sous-traitants;
- Les preuves de paiement des factures des sous-traitants;
- Des explications écrites doivent justifier les écarts entre le montant inscrit à la ligne 18 du formulaire « Revenu net fiscal » (CO-17A.1) et le montant des dépenses de RS & DE effectuées dans l'année et inscrites

dans le formulaire « Déduction des dépenses engagées pour la recherche scientifique et le développement expérimental » (RD-222). De plus, des explications doivent être fournies afin de préciser le montant des dépenses capitalisées ou non ainsi que les postes aux états financiers auxquels se rapportent ces dépenses;

- Copie du formulaire fédéral « Demande pour les dépenses de recherche scientifique et développement expérimental (RS&DE) » (T661) de l'année courante.

2.4. CRÉDIT D'IMPÔT POUR LA RECHERCHE UNIVERSITAIRE OU POUR LA RECHERCHE EFFECTUÉE PAR UN CENTRE DE RECHERCHE PUBLIC OU UN CONSORTIUM DE RECHERCHE

La demande de ce crédit requiert la production des documents spécifiques suivants :

- Formulaire « Crédit d'impôt pour la recherche universitaire ou pour la recherche effectuée dans un centre de recherche public ou un consortium de recherche » (RD-1029.8.6);
- Formulaire « Déduction des dépenses engagées pour la recherche scientifique et le développement expérimental » (RD-222);
- Décision anticipée favorable rendue par la Direction générale de la législation, des enquêtes et du registraire des entreprises (DGLERE) pour chacun des contrats;
- Copie du formulaire fédéral « Demande pour les dépenses de recherche scientifique et développement expérimental (RS&DE) » (T661) de l'année courante.

2.5. CRÉDIT D'IMPÔT POUR LA RECHERCHE PRÉCOMPÉTITIVE

Le crédit d'impôt pour la recherche précompétitive a été aboli le 23 mars 2006. Toutefois, compte tenu des dispositions transitoires, des demandes peuvent encore être soumises.

La liste des renseignements requis ainsi que des documents à joindre à la demande de crédits est disponible sur le site Internet de Revenu Québec³.

2.6. CRÉDIT D'IMPÔT POUR LA RECHERCHE PRÉCOMPÉTITIVE EN PARTENARIAT PRIVÉ

La demande de ce crédit requiert la production des documents spécifiques suivants :

- Formulaire « Crédit d'impôt pour la recherche précompétitive en partenariat privé » (RD-1029.8.16.1);
- Formulaire « Déduction des dépenses engagées pour la recherche scientifique et le développement expérimental » (RD-222);
- Copie de l'attestation d'admissibilité délivrée par le ministère du Développement économique, de l'Innovation et de l'Exportation (MDEIE);
- Identité de tous les partenaires d'une entente de partenariat;
- Informations permettant d'établir s'il existe un lien de dépendance entre la société et les autres partenaires;
- Copie du formulaire fédéral « Demande pour les dépenses de recherche scientifique et développement expérimental (RS&DE) » (T661) de l'année courante.

2.7. CRÉDIT D'IMPÔT RELATIF AUX COTISATIONS ET AUX DROITS VERSÉS À UN CONSORTIUM DE RECHERCHE

La demande de ce crédit requiert la production des documents spécifiques suivants :

- Formulaire « Crédit d'impôt relatif aux cotisations et aux droits versés à un consortium de recherche » (RD-1029.8.9.03);

³ En ligne : http://www.revenu.qc.ca/fr/entreprise/impot/societes/declaration/prod_ordi/trans_electronique/pieces_societes/recherche_scientifique.aspx.

- Formulaire « Déduction des dépenses engagées pour la recherche scientifique et le développement expérimental » (RD-222);
- Document fourni par le consortium de recherche confirmant les montants de cotisations ou des droits versés et engagés par le consortium de recherche à titre de dépenses RS & DE. C'est effectivement ce document qui constitue « la preuve de paiement des cotisations ou des droits fournie par le consortium de recherche » exigée dans les instructions du formulaire « Crédit d'impôt relatif aux cotisations et aux droits versés à un consortium de recherche » (RD-1029.8.9.03);
- Copie du formulaire fédéral « Demande pour les dépenses de recherche scientifique et développement expérimental (RS&DE) » (T661) de l'année courante.

2.8. DÉLAIS DE TRAITEMENT DE LA RÉCEPTION À L'ÉMISSION DE L'AVIS DE COTISATION ET DU REMBOURSEMENT

2.8.1. Objectif visé

Revenu Québec a pour objectif d'établir l'avis de cotisation dans un délai de 120 jours suivant la réception d'une demande de crédits RS & DE produite avec la déclaration « CO-17 » originale.

2.8.2. Délais

Certaines circonstances peuvent influencer le délai requis pour la prise de décision :

- la demande d'informations lorsque le dossier est incomplet et le délai d'attente de production de documents;
- l'attente de la décision de l'ARC concernant l'admissibilité du volet scientifique du projet;
- certaines erreurs des contribuables.

3. PROBLÈMES RÉCURRENTS

3.1. DOSSIERS INCOMPLETS

Malgré les efforts déployés, plusieurs problèmes récurrents persistent dans le traitement des demandes de crédits RS & DE : des formulaires sont incomplets, des annexes sont manquantes, des documents requis ne sont pas joints à la demande de crédits.

Exemples

- La partie I « Renseignements » des formulaires est souvent incomplète;
- Certaines données concernant l'identification des sous-traitants sont manquantes (par exemple : le numéro d'identification, le numéro d'assurance sociale);
- La décision anticipée favorable de la Direction générale de la législation, des enquêtes et du registraire des entreprises (DGLERE) n'est pas jointe à la demande de crédits;
- Le document fourni par le consortium de recherche confirmant les montants des cotisations ou des droits versés et engagés par le consortium de recherche à titre de dépenses RS & DE n'est pas joint à la demande de crédits;
- Le formulaire « Déduction des dépenses engagées pour la recherche scientifique et le développement expérimental » (RD-222) pour les sociétés de personnes et les sociétés n'ayant pas d'établissement au Québec et qui demandent le crédit n'est pas joint à la demande de crédits;
- Le formulaire « Déduction des dépenses engagées pour la recherche scientifique et le développement expérimental » (RD-222) n'est pas dûment signé.

3.2. DÉPENSES

De nombreuses irrégularités ont été décelées lors de l'analyse des demandes de crédits relatifs à la RS & DE. Les erreurs qui surviennent le plus fréquemment sont les suivantes :

- Des dépenses réclamées en double :

- Les dépenses en capital mentionnées dans le formulaire « Déduction pour amortissement » (CO-130.A) sont demandées alors qu'elles font également l'objet d'une demande de déduction dans le formulaire « Déduction des dépenses engagées pour la recherche scientifique et le développement expérimental » (RD-222),
 - À la suite d'une conciliation entre le revenu net fiscal et le bénéfice net comptable, la société omet d'ajouter les dépenses comptables sur le formulaire « Calcul du revenu net fiscal » (CO-17.A.1);
- Le solde des dépenses de l'année précédente est erroné;
 - Les montants d'aide que le contribuable a reçus, est en droit de recevoir, ou peut raisonnablement s'attendre à recevoir ne sont pas déduits des dépenses;
 - Le sous-traitant n'a pas d'établissement au Québec;
 - Les dépenses de sous-traitance impayées dans les 180 jours suivant la fin de l'exercice financier sont incluses dans le calcul du crédit;
 - Le lien entre le calcul des salaires engagés dans la poursuite d'activités de RS & DE et les heures réellement travaillées n'est pas démontré par le contribuable. Cette obligation incombe au contribuable;
 - Les salaires des employés de soutien ne se rapportent pas directement à la poursuite d'activités de RS & DE;
 - Justification selon laquelle les salaires se rapportent directement à la poursuite d'activités de RS & DE et qu'ils sont réels et versés. Cette obligation incombe au contribuable.

CONCLUSION

En somme, des efforts importants sont déployés par Revenu Québec dans l'atteinte de ses objectifs d'efficacité et d'efficience. Ceux-ci peuvent être atteints avec la collaboration de tous les contribuables. C'est dans cette perspective que Revenu Québec s'adresse à tous les professionnels, afin que les demandes de crédits RS & DE produites soient exhaustives et soigneusement complétées.

PARTIE B

Questions adressées à l'Agence du revenu du Canada et réponses

1. DOCUMENTS « L'EXAMEN TECHNIQUE DE LA RS & DE : UN GUIDE POUR LES DEMANDEURS (ÉBAUCHE) » ET MANUEL D'EXAMEN DES DEMANDES

1.1. Le nouveau guide et le *Manuel d'examen des demandes* (« MED »)¹ favorisent une collaboration entre le conseiller en recherche et technologie (« CRT ») et le demandeur tout au long du processus ainsi qu'une plus grande transparence de la part du CRT face aux enjeux de la demande. Ils fournissent des procédures très détaillées pour chacune des étapes du processus, de la planification jusqu'au règlement des différends.

Bien qu'il faille se réjouir d'une plus grande transparence, un processus fortement procédural amène le risque qu'on se concentre davantage sur la satisfaction de chacune des étapes du processus plutôt que sur la finalité, soit d'aider « [...] à assurer que les demandeurs obtiendront tous les crédits auxquels ils ont droit en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu (LIR) »².

Dans un contexte où le programme de recherche scientifique et développement expérimental (« RS & DE ») se veut un programme incitatif, comment l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») s'assure-t-elle du maintien de cet état d'esprit au sein de ses troupes?

Réponse de l'ARC

L'état d'esprit est bien établi dès le premier chapitre du MED. Dans le chapitre 1.2, il est écrit :

« En fournissant les outils nécessaires pour assurer un traitement uniforme et équitable des demandes au titre de la RS&DE à l'échelle nationale, le MED aidera à assurer que les demandeurs obtiendront tous les crédits auxquels ils ont droit en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu (LIR). »

De même, des constatations ont été faites dès le premier paragraphe de l'ébauche de « L'examen technique de la RS&DE : un guide pour les demandeurs » :

¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Manuel d'examen des demandes*, Procédures d'examen pour les Conseillers en recherche et technologie, 1^{er} juin 2010.

² *Id.*, p. 1-3.

« L'objectif du programme est d'offrir des encouragements fiscaux en temps opportun, et de manière uniforme et prévisible, tout en encourageant les entreprises à préparer leurs demandes conformément aux lois fiscales, aux politiques et aux procédures. »

Cet état d'esprit est appuyé tout le long du MED par plusieurs encadrés mis en évidence qui s'intitulent « Travailler avec les demandeurs ». Les pratiques exemplaires décrites dans ces encadrés mettent l'accent sur le fait que cet état d'esprit peut être appliqué concrètement en suivant toutes les procédures d'examen afin d'assurer que les objectifs du programme de la RS & DE sont réalisés.

En fait, l'encadré mis en évidence intitulé « Travailler avec les demandeurs : Résoudre les préoccupations du demandeur et éviter des différends » au chapitre 5.6.10 capte l'essence de la question en soulignant un certain nombre de principes fondamentaux essentiels à la réussite de tout examen, et du programme de la RS & DE en général. Il va sans dire que ces principes s'appliquent également au personnel de l'ARC, aux demandeurs ainsi qu'aux intermédiaires fiscaux. Elle indique ce qui suit :

« Toutefois, résoudre des conflits et des différends éventuels implique beaucoup plus que la simple application d'une procédure. Il est nécessaire que le CRT communique sa volonté d'en venir à une compréhension commune et qu'il démontre du respect pour les préoccupations du demandeur ainsi que de la patience afin d'écouter ses préoccupations et de diminuer sa frustration. »

Ces principes sous-tendent plusieurs des attentes mutuelles résumées dans l'annexe 11. Essentiellement, ces attentes mutuelles définissent comment tous les intervenants impliqués dans un examen peuvent pratiquement contribuer au maintien de conditions d'examen qui appuient les objectifs du programme de la RS & DE. De plus, tous les intervenants peuvent contribuer de façon importante à l'efficacité et l'efficience du processus d'examen en reconnaissant et en respectant le fait que le MED permet une certaine flexibilité des procédures utilisées par un CRT afin de répondre aux exigences du MED.

1.2. Dans le *Guide pour la justification des aspects techniques d'une demande au titre de la recherche scientifique et du développement expérimental (RS & DE)* publié sur le site de l'ARC, il est indiqué ceci : « L'absence de documents ou de registres ne devrait pas, en soi, décourager un demandeur éventuel de présenter une demande, ni être interprétée comme une indication qu'il n'y a pas eu de RS&DE ».

Le MED insiste beaucoup sur les « preuves justificatives du demandeur ». Il cite notamment de nombreuses causes de jurisprudence où on a souligné l'importance d'une documentation en appui aux travaux de RS & DE. Il est à noter que certaines causes plus nuancées sur le sujet (*Progressive Solutions Inc. c. La Reine*³, *RIS Christie Ltd. c. La Reine*⁴) ne sont pas citées dans le MED.

L'ARC exige-t-elle davantage de « preuves justificatives du demandeur » dans les dossiers des CRT pour justifier l'admissibilité?

Réponse de l'ARC

Non, les exigences n'ont pas changé. Tel qu'il est indiqué au chapitre 6.3 du MED, les dossiers de l'ARC doivent être suffisamment documentés afin de répondre aux besoins de ses nombreux utilisateurs, du demandeur à la Cour canadienne de l'impôt.

Le chapitre 6.7.2 du MED énonce que la quantité du matériel à l'appui, y compris, au besoin, les copies des preuves à l'appui du demandeur devant être classées dans les dossiers de l'ARC tenus par le CRT dépend surtout de la portée de l'examen technique, de la nature des questions et des décisions du CRT. Par conséquent, le MED donne au CRT la possibilité d'utiliser son jugement professionnel, selon la portée de l'examen technique et la nature des questions liées à la demande. Le MED n'oblige pas le CRT d'examiner, de demander ou d'obtenir des copies de preuves à l'appui supplémentaires provenant du demandeur en plus de celles qui avaient été demandées auparavant.

1.3. La documentation en entreprise est rarement axée strictement sur la RS & DE. Elle est parfois partielle en ce sens qu'elle donne des indices de la présence de RS & DE. L'ARC nous a habitués à une analyse globale des preuves de la présence de RS & DE, incluant la documentation habituellement produite par les demandeurs de même que leurs témoignages verbaux.

L'absence d'une documentation spécifique se rapportant aux travaux de RS & DE peut-elle entraîner le rejet d'une demande? Les témoignages verbaux du personnel directement impliqué dans les

³ 96 D.T.C. 1232 (C.C.I.).

⁴ 99 D.T.C. 5087 (C.A.F.).

travaux de RS & DE ont-ils toujours une valeur pour la justification des travaux?

Réponse de l'ARC

L'ARC a toujours indiqué que ses employés prennent en considération des sources variées de documents et autres preuves afin de pouvoir faire le lien entre les travaux de RS & DE et les dépenses demandées.

Pour aider les demandeurs à cet égard, l'annexe 2 du *T4088 – Guide pour le formulaire T661 – Demande pour les dépenses de recherche scientifique et développement expérimental (RS&DE)* et le chapitre 5.6.6 du MED donnent une liste de sources possibles de preuves à l'appui. De plus, le chapitre 5.12.2 du MED offre des procédures pour les CRT sur la manière de travailler avec les demandeurs pour identifier des documents et autres preuves acceptables afin d'appuyer leurs demandes.

Le chapitre 5.6.6.1 traite spécifiquement de l'importance des explications orales dans le processus d'examen de RS & DE. On y précise ce qui suit :

« Toutefois, le CRT n'examine pas seulement les preuves matérielles fournies, il interroge aussi les membres du personnel qui ont exécuté les travaux de RS&DE demandés afin d'obtenir des renseignements au sujet de ce qui a été fait et d'aider à établir le contexte d'opération du demandeur. Pendant un examen, des explications orales fournies par le demandeur et d'autres types de preuves sont prises en considération par l'ARC et, lorsque la documentation est incomplète, pourraient être très utiles pour aider le CRT à prendre des décisions par rapport à l'admissibilité des travaux ou d'autres enjeux plus précis comme la date de début du projet. »

Également, il indique ceci :

« Cela ne signifie pas que les entrevues à elles seules devraient servir à identifier que des travaux de RS&DE ont été effectués ni que les déclarations faites pendant l'entrevue devraient être le seul facteur sur lequel les décisions seront fondées. Cela signifie simplement que l'information fournie devrait être prise en compte, de même que tout autre élément de preuve que fournit le demandeur. »

Il est aussi très important de considérer certains points de la réponse à la question 4 posée à la Table ronde RS & DE du Congrès 2009 de l'APFF. Dans cette réponse, on note ceci :

« Une visite sur place indique généralement que l'ARC a une préoccupation quant à l'admissibilité des travaux demandés; la pertinence de la documentation conservée est donc d'autant plus importante dans ces situations⁵. »

L'importance de la documentation a été mise en évidence depuis fort longtemps, entre autres dans la *Circulaire d'information* 86-4R3 où l'on peut lire ceci :

« Au cas où l'admissibilité des activités de recherche scientifique et de développement expérimental serait contestée, il importe que le contribuable tienne une documentation datée indiquant les objectifs technologiques initiaux du projet, les progrès du travail et ses modalités d'exécution, ainsi que les conclusions qui en sont tirées⁶. » (Notre soulignement)

1.4. Plusieurs contribuables sont peu enclins à faire des copies de documents pour des raisons de confidentialité et peuvent parfois être liés contractuellement à ne pas le faire. Dans le passé, devant une telle situation, les CRT ont souvent fait preuve de souplesse en se limitant à consulter les documents sur place sans en faire de copie.

À la section 5.6.6 du MED, il est écrit ceci :

« [...] le CRT est autorisé à demander aux demandeurs de faire des copies de documents pour conservation, et ces copies, une fois authentifiées par le CRT, ont la même valeur que le document original. Si le demandeur ne peut pas faire de copies, ou refuse de le faire, le CRT peut emprunter les documents et en faire des copies hors site ».

Pour certains documents jugés hautement confidentiels par les contribuables, le témoignage écrit du CRT selon lequel il a pu consulter tel ou tel document n'est-il pas suffisant?

Réponse de l'ARC

Les CRT devront parfois faire des copies des documents des demandeurs. Cela est permis conformément aux dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁷ et c'est donc la responsabilité du CRT de déterminer si

⁵ « Table ronde RS & DE », dans *Congrès 2009*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, pp. 35:1-30, à la page 35:13.

⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 86-4R3, « Recherche scientifique et développement expérimental », 24 mai 1994, par. 3.1.

⁷ L.R.C. (1985), 5^e supp., ch. 1 et mod. (« L.I.R. »).

des copies sont requises. Il suffit parfois au CRT de prendre en note ses observations à propos des documents. D'autres fois, par contre, il lui est nécessaire d'en faire des copies. Par exemple, il serait bien difficile de prendre des notes concernant un contrat de plusieurs pages, de décrire un grand dessin ou de faire un sommaire exhaustif de documents hautement techniques qui sont pertinents à une détermination d'admissibilité.

Tous les renseignements appartenant à un demandeur sont confidentiels et sont traités comme tels par l'ARC, qu'ils soient vus tout simplement ou copiés. C'est un principe fondamental de l'ARC et tous les employés de l'ARC sont liés par ce principe.

Tel qu'il a été mentionné dans le *T4088 – Guide pour le formulaire T661 – Demande pour les dépenses de recherche scientifique et développement expérimental (RS&DE)*, les renseignements d'un demandeur ayant une classification de sécurité nationale sont traités différemment, et des procédures spéciales sont en place pour l'examen des demandes contenant de tels renseignements.

2. PROJET DE RÉVISION DES POLITIQUES

2.1. Pourriez-vous nous donner une mise à jour sur le Projet de révision des politiques entrepris par l'ARC il y a quelques mois et nous résumer le but principal ainsi que les améliorations visées?

Réponse de l'ARC

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, et à présenter ces renseignements d'une manière conviviale sur les pages du site Web de l'ARC consacrées à la RS & DE. Les politiques de la RS & DE sont consolidées par mots-clés afin de faciliter le lien avec le Formulaire T661 et le *T4088 – Guide pour le formulaire T661 – Demande pour les dépenses de recherche scientifique et développement expérimental (RS&DE)*. Dans le but de nous aider à bien cerner les enjeux liés aux politiques de la RS & DE pour les utilisateurs du programme, nous avons tenu des séances de travail sur les politiques avec les intervenants externes du programme à Montréal, Calgary, Toronto et Halifax. Ces séances de travail se poursuivent cet automne. Leur objectif est de recueillir de la rétroaction sur la clarté relative des documents actuels de politiques de la RS & DE et des documents d'orientation afin d'identifier les documents ou sujets qui doivent être améliorés et de mettre en évidence ceux traités clairement afin de tirer profit de ces meilleures pratiques.

2.2. Est-ce que l'ARC a prévu de consulter l'industrie ou de recueillir ses commentaires comme cela s'est fait pour le « guide pour les demandeurs »? Quand est-ce que les documents seront disponibles pour le public?

Réponse de l'ARC

Dans le cadre du Projet de révision des politiques, l'ARC mènera une consultation en ligne pour tous les documents de politiques. Nous comptons lancer ce projet en ligne à l'automne 2010 en commençant par les deux documents suivants : « Paiements faits à des tiers » et « Exigences de production pour la RS&DE ». Tous les intervenants externes du programme auront ainsi l'occasion de nous faire part de leurs commentaires sur le projet de même que sur les politiques révisées et consolidées. Chacun des documents contiendra toute l'information disponible actuellement sur ces sujets et se trouvant dans les politiques d'application, les documents d'orientation connexes, la rubrique « Quoi de neuf? », etc., et sera affiché pour une période de 45 jours.

2.3. Les guides sectoriels ont été écrits avec la participation de l'industrie et sont considérés comme une référence d'application utile pour les demandes de RS & DE.

Comme ils ne seront plus disponibles après l'implantation de ce projet, comment l'ARC prévoit-elle l'application des mesures spécifiques se rapportant à certains secteurs industriels tels que le secteur des pâtes et papiers, l'industrie textile, le logiciel...? Comment l'ARC va-t-elle s'assurer de l'uniformité de l'application pour un même secteur si les politiques restent générales et peuvent être interprétées différemment?

Réponse de l'ARC

Même si les guides sectoriels ne seront pas disponibles dans leur format actuel, les renseignements utiles et pertinents présentés dans ces guides seront incorporés dans les documents consolidés de politiques. Nous nous assurerons que les exemples donnés et les questions soulevées dans nos guides sectoriels actuels sont toujours pertinents, puis nous consoliderons et réorganiserons l'information. Deux des objectifs visés par le projet sont l'élimination des renseignements répétitifs ou redondants de même qu'une plus grande homogénéité dans le format de présentation des informations, y compris celles propres aux différents secteurs industriels. Nous continuerons

à nous servir des exemples propres aux secteurs pour illustrer certains concepts ou enjeux.

3. FORMULAIRE T661

3.1. Le 4 février 2010, l'ARC a publié un communiqué selon lequel elle annonçait qu'elle continuerait d'accepter les demandes comprenant la Partie 2 du Formulaire T661 seulement pour les 20 projets de RS & DE les plus importants en termes de valeur monétaire, et ce, jusqu'à nouvel avis.

Est-ce que l'ARC a changé sa position à cet égard?

Réponse de l'ARC

En réponse aux préoccupations des demandeurs, l'ARC acceptera une Partie 2 remplie seulement pour les 20 projets les plus importants en valeur monétaire. Par contre, tel qu'il est indiqué dans l'annonce du 4 février 2010, les demandeurs doivent remplir la Partie 2 du Formulaire T661 pour **tous les projets faisant l'objet d'une demande** et non seulement pour les 20 projets les plus importants. Les demandeurs doivent être prêts à soumettre à l'ARC, sur demande, la Partie 2 remplie du Formulaire T661 pour tout projet faisant l'objet d'une demande.

3.2. L'ARC précisait également que le fait de ne pas fournir sur demande la Partie 2 du Formulaire T661 pour les autres projets (les autres projets suite aux 20 projets les plus importants) aurait pour conséquence le refus des dépenses demandées pour ces autres projets en tant que dépenses de RS & DE.

Est-ce que l'ARC pourrait préciser quel serait un délai acceptable pour lui soumettre la Partie 2 d'un projet ne faisant pas partie des 20 projets de RS & DE les plus importants en termes de valeur monétaire en cas de demande de sa part à cet égard?

Réponse de l'ARC

Il est important de noter que, même si l'ARC continue d'accepter les demandes avec la Partie 2 remplie pour les 20 projets les plus importants, l'ARC a toujours exigé que les demandeurs remplissent la Partie 2 pour tous les projets faisant l'objet d'une demande. Donc, l'ARC s'attend à ce que ces renseignements soient remis rapidement au cours d'un examen de la demande. Au moment de demander ces renseignements, le CRT déterminera

une échéance raisonnable pour fournir ces renseignements, selon les circonstances du cas.

4. SECTEUR PHARMACEUTIQUE – ESSAI CLINIQUE MULTINATIONAL

Un essai clinique est une recherche visant à fournir des preuves pour établir l'innocuité, l'efficacité et la qualité d'un médicament servant au diagnostic, au traitement, à l'atténuation ou à la prévention d'une maladie. Un essai clinique multinational représente une recherche faite en collaboration, dans le cadre de laquelle les travaux sont répartis entre divers pays et menés en même temps. Dans de nombreux cas, les demandeurs canadiens participent en effectuant une partie de ces essais multinationaux. Les travaux réalisés au Canada, par le demandeur et/ou pour son compte, dans le cadre d'essais cliniques multinationaux, représentent la contribution canadienne.

4.1. Compte tenu de tous les travaux de développement de médicaments, comment est déterminée l'admissibilité des travaux effectués par les demandeurs canadiens qui prennent part à des essais cliniques multinationaux?

Réponse de l'ARC

La *Politique d'application* RS&DE 2001-02⁸ traite des questions d'admissibilité des travaux effectués par des demandeurs canadiens qui participent aux essais cliniques multinationaux. La contribution canadienne doit répondre à la définition de la RS & DE, conformément au paragraphe 248(1) L.I.R., afin d'être admissible aux crédits d'impôt.

Dans certains cas où le travail faisant partie d'un essai clinique multinational effectué au Canada par des chercheurs qualifiés comprend l'inclusion de sujets à l'étude au Canada, l'admissibilité du travail effectué par les demandeurs canadiens est déterminée selon les critères suivants :

- 1) l'essai clinique multinational vise l'avancement de la science;
- 2) les chercheurs canadiens fournissent une contribution consistant à :

⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Politique d'application* RS&DE 2001-02, « Essais cliniques multinationaux », 17 mai 2001.

- élaborer une évaluation du contenu scientifique des activités de recherche envisagées,
 - évaluer, lors du déroulement de l'essai clinique, l'équilibre qui existe entre les dommages prévisibles et les avantages qu'on espère tirer du traitement expérimental, et ce, à l'égard de leurs sujets d'étude ou d'autres personnes, ainsi qu'évaluer l'importance des réactions indésirables et le lien de causalité qui pourrait exister entre ces derniers et le traitement expérimental;
- 3) le protocole pour les essais cliniques menés au Canada par des chercheurs canadiens comprend une hypothèse, un fondement scientifique et une méthode systématique d'expérimentation biomédicale pouvant faire l'objet d'une analyse et d'une interprétation.

La question de l'admissibilité de la contribution canadienne à un essai clinique multinational, lorsque la contribution en question ne comporte pas l'inclusion de sujets à l'étude, sera évaluée eu égard à l'apport canadien au chapitre de la méthodologie, de l'élaboration du protocole de recherche, de l'interprétation des résultats et/ou de la participation aux activités des comités de surveillance scientifique.

Il est important de noter que la détermination d'admissibilité de la contribution canadienne dans un essai clinique multinational dépend du bien-fondé de chaque demande.

4.2. Quels justificatifs à l'appui de la contribution canadienne sont considérés comme suffisants par l'ARC?

Réponse de l'ARC

L'annexe 2 du T4088 – *Guide pour le formulaire T661 – Demande pour les dépenses de recherche scientifique et développement expérimental (RS&DE)* donne des renseignements détaillés sur la documentation et autres éléments de preuves à l'appui de la demande de RS & DE. Il faut se rappeler que les pièces justificatives à l'appui doivent être disponibles pour attester que toutes les exigences énoncées ci-dessus (à la réponse de la question 4.1.) pour les contributions canadiennes sont remplies. Par exemple, les renseignements à l'appui doivent prouver que l'information scientifique mentionnée ci-dessus à l'élément 2) a été fournie. Des exemples de documents pertinents à considérer à cette fin peuvent inclure des documents qui :

- a) représentent l'analyse critique du protocole et de documents connexes, telle qu'elle est formulée par les chercheurs canadiens dans le cadre du projet soumis au Comité d'éthique de la recherche (« CER »). Les documents peuvent comprendre le projet de recherche soumis au CER et la correspondance connexe (y compris la correspondance avec le comité scientifique de l'institution en cause, s'il y a lieu);
- b) fournissent des preuves de la contribution scientifique apportée par les chercheurs canadiens au processus d'évaluation continue mené par le CER. Il pourrait s'agir de rapports au sujet des effets secondaires, des échecs thérapeutiques, des écarts du protocole et de l'avancement des travaux d'étude;
- c) illustrent les analyses critiques des ébauches de protocoles ou des sommaires des protocoles qu'ont formulées les chercheurs canadiens;
- d) fournissent des preuves de la contribution scientifique de la part des chercheurs canadiens au processus de présentation de drogue nouvelle de recherche (« DNR ») (y compris à la réunion pré-DNR, le cas échéant) et au processus d'évaluation annuel.

D'autres types de documents qui pourraient être utilisés pour étayer l'apport scientifique des chercheurs canadiens pourraient comprendre les documents ayant trait à l'analyse critique du rapport d'étude et/ou à celle des manuscrits devant faire l'objet d'une publication.

Dans le cas où le travail faisant partie d'un essai clinique multinational effectué au Canada par des chercheurs qualifiés comprend l'inclusion de sujets à l'étude au Canada, les renseignements à l'appui doivent démontrer clairement que le travail d'essais cliniques a été, effectivement, réalisé. De même, dans les cas où des chercheurs canadiens participent à un essai clinique multinational qui ne comprend pas l'inclusion de sujets à l'étude au Canada, les renseignements à l'appui doivent décrire la nature de la contribution canadienne (telle qu'il est décrit dans la réponse de la question 4.1. ci-dessus) et son rôle quant à la tentative d'atteindre les objectifs scientifiques ou technologiques du projet.

5. DOSSIERS EN APPEL AUX OPPOSITIONS – ASPECTS SCIENTIFIQUES

Est-ce que l'ARC pourrait expliquer le processus d'appel, en particulier quand les préoccupations concernent les aspects scientifiques de l'examen?

Réponse de l'ARC

Le processus d'appel ne diffère pas vraiment pourvu que les préoccupations concernent les aspects scientifiques ou les aspects financiers du programme de la RS & DE. L'ARC s'engage à offrir un traitement équitable aux demandeurs du programme d'encouragements fiscaux à la RS & DE. Conformément à cet engagement, des lignes directrices ont été établies pour faire en sorte que les préoccupations des demandeurs soient traitées de façon juste et en temps opportun.

La *Politique d'application* 2000-02R⁹ contient des lignes directrices qui encouragent la résolution des différends tout au long du processus d'examen. Le programme de la RS & DE est le seul programme offrant un mécanisme administratif permettant aux demandeurs de soumettre leurs préoccupations pendant l'examen avant que leur dossier ne soit fermé et traité.

Il est important de se rappeler que la révision administrative de décisions faisant partie de ce mécanisme est réalisée par le directeur adjoint. Il y a deux résultats possibles découlant de la révision administrative de l'examen : la décision peut être confirmée ou reconsidérée.

Processus d'opposition et d'appel

Lorsque l'examen financier et l'examen technique sont terminés et que le rapport de la RS & DE est finalisé, un avis de cotisation est envoyé au demandeur. L'avis de cotisation présente un sommaire des crédits d'impôt à l'investissement pour la RS & DE accordés ou refusés en fonction des résultats des examens. Si le demandeur n'est pas d'accord avec l'avis de cotisation, il peut y faire opposition même si une révision administrative de l'examen a été accordée. Le processus d'opposition relève de la Direction générale des appels de l'ARC.

⁹ 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.

Opposition

Si le demandeur croit que l'ARC n'a pas interprété les faits ou appliqué la loi correctement, il a le droit de s'opposer à sa cotisation en présentant une opposition. On peut trouver plus de renseignements concernant ce processus dans le site Web de l'ARC¹⁰.

Les oppositions de nature scientifique font l'objet d'un renvoi automatique à l'administration centrale des appels de l'ARC à Ottawa où le dossier est évalué en fonction de la « supportabilité » de la décision et du traitement en bonne en due forme.

Si, au moment de présenter une opposition, un demandeur soumet de l'information pertinente à l'évaluation du dossier qui n'avait pas été fournie lors de l'examen initial (avant l'établissement de la cotisation), les Appels retourneront le dossier à la division de la RS & DE du bureau qui avait réalisé l'examen afin que cette information soit prise en compte. Cette façon de faire n'est pas différente de celle suivie par les Appels dans les dossiers de vérification en général. Lorsque cela se produit, les Appels gardent la pleine responsabilité du dossier et des décisions à prendre.

Appel

Si le demandeur n'accepte pas la décision rendue à la suite de la présentation de l'opposition, il est possible d'interjeter appel de la cotisation ou détermination à la Cour canadienne de l'impôt dans les 90 jours suivant la confirmation de la cotisation établie. Ces procédures sont aussi expliquées dans la publication *Régler votre différend : Vos droits d'opposition et d'appel selon la Loi de l'impôt sur le revenu*¹¹. Dans le cas où le demandeur n'est pas satisfait de la décision rendue par la Cour canadienne de l'impôt, il est possible d'interjeter appel auprès de la Cour d'appel fédérale. La décision rendue par la Cour d'appel fédérale peut être portée en appel devant la Cour suprême du Canada, avec l'autorisation de celle-ci.

¹⁰ En ligne : http://www.cra-arc.gc.ca/gncy/prgrms_srvcs/dsgr/menu-fra.html.

¹¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Régler votre différend : Vos droits d'opposition et d'appel selon la Loi de l'impôt sur le revenu*, P148(F) Rév. 09.

6. MUR TECHNOLOGIQUE

6.1. Au paragraphe 248(1) L.I.R., l'expression « activités de recherche scientifique et de développement expérimental » est définie comme constituant une « [I]nvestigation ou recherche systématique d'ordre scientifique ou technologique, effectuée par voie d'expérimentation ou d'analyse, [...] ». (Notre soulignement)

Ainsi, à partir du moment où une incertitude technologique a été soulevée et bien définie, toute analyse en lien direct avec le projet de RS & DE, correctement documentée et poursuivie de façon systématique par des personnes qualifiées, effectuée en vue de surmonter cette incertitude technologique et pouvant mener à un avancement technologique, constitue une activité admissible aux fins du programme des crédits d'impôt à la RS & DE.

Pouvez-vous nous confirmer que l'ARC est d'accord avec cette interprétation?

Réponse de l'ARC

La RS & DE peut être effectuée par expérimentation ou analyse. Cela a été confirmé dans l'affaire *Hun-Medipharma Research Inc. c. La Reine*, dans laquelle la juge Lamarre Proulx a indiqué ceci :

« [...] le texte même du paragraphe 2900(1) du Règlement n'exige pas que l'investigation systématique soit effectuée à la fois par voie d'expérimentation et par voie d'analyse. Elle peut être effectuée par voie d'expérimentation ou par voie d'analyse, à condition qu'il s'agisse en fait d'une investigation systématique¹². »

Par exemple, les recherches liées à la science de l'observation sont un domaine où l'on s'attend à ce que la recherche ou l'investigation systématique soit effectuée par analyse. Ces recherches visent à définir des relations causales afin de faire avancer les connaissances scientifiques, là où il est impossible d'effectuer de l'expérimentation contrôlée. Dans ce cas particulier, la recherche ou l'investigation systématique par voie d'analyse vise l'avancement de la connaissance scientifique.

¹² C.C.I. n° 97-2305 (IT) I, 22 janvier 1999, par. 16.

En supposant que les trois critères d'admissibilité sont remplis, l'analyse dans une recherche ou une investigation systématique sera admissible.

6.2. Le 2 juin 2010, l'ARC a publié une version révisée du Formulaire T661 dans laquelle la case 222 (« Par analyse seulement ») a été retirée de la section « A - Identification du projet » du formulaire.

Nous comprenons que cette modification a été apportée parce que la question « Les travaux ont été effectués » semble viser exclusivement à préciser l'endroit où les activités admissibles ont été menées et non à déterminer quel genre d'activités admissibles a été mené.

Est-ce que l'ARC peut nous indiquer les raisons qui ont motivé ce changement sur le Formulaire T661?

Réponse de l'ARC

C'est juste; l'objectif de cette série de questions était de déterminer l'endroit où les travaux ont été effectués et non la manière dont ils ont été effectués. Cependant, la rétroaction des demandeurs et de leurs consultants suivant la sortie de la version T661(08) du formulaire a indiqué que les demandeurs éprouvaient de la confusion devant la question. Certains demandeurs affirmaient que tous les projets comprenaient des analyses et cochaient la case pour tous les projets. D'autres hésitaient à l'utiliser, en supposant que, s'ils l'avaient cochée, cela entraînerait un examen approfondi de leur demande, ce qui n'était pas du tout l'intention de l'ARC.

6.3. À l'alinéa 4) de la section relative à ligne 244 du *Guide pour le formulaire T661 – Demande pour les dépenses de recherche scientifique et développement expérimental (RS&DE)*, l'ARC suggère ce qui suit :

« Démontrez clairement la nature systématique de l'investigation ou de la recherche et décrivez les expérimentations et les analyses menées afin de surmonter ces obstacles, y compris les résultats obtenus, leur interprétation et les conclusions proposées. » (Notre soulignement)

À la lumière de la définition de l'expression « activités de recherche scientifique et de développement expérimental » contenue au paragraphe 248(1) L.I.R. et énoncée ci-dessus et puisque le nouveau guide ne se veut pas un changement de la politique fiscale, nous comprenons que l'utilisation par l'ARC du mot « et » dans le guide doit être interprétée comme présentant une alternative.

Pouvez-vous nous confirmer que l'ARC est aussi d'accord avec cette affirmation?

Réponse de l'ARC

L'ARC est d'accord avec le fait que l'investigation systématique peut être effectuée par expérimentation ou par analyse. La version anglaise du *T4088 – Guide pour le formulaire T661 – Demande pour les dépenses de recherche scientifique et développement expérimental (RS&DE)* utilise l'expression « expérimentation et/ou analyse ». Des corrections seront apportées à la prochaine version française du guide au printemps 2011.

PARTIE C**Questions adressées à Revenu Québec et réponses****1. SALAIRE POUR LE SOUS-TRAITANT**

L'APFF a suivi de près les développements relativement à l'obligation pour un sous-traitant d'avoir lui-même un salaire. En effet, Revenu Québec ajoutait une condition afin de qualifier de dépense admissible le montant versé à un sous-traitant, c'est-à-dire que le sous-traitant doit avoir lui-même versé des salaires. Un problème se posait donc lorsqu'un contribuable effectuait un paiement à un sous-traitant, actionnaire d'une société sous-traitante, et que ce dernier était rémunéré sous forme de dividende plutôt que sous forme de salaire. Cependant, un assouplissement a été annoncé à cet égard lors du Budget du 30 mars 2010.

Pouvez-vous nous expliquer les propositions budgétaires et quel suivi administratif est fait à cet égard pour les dossiers en opposition?

Réponse de Revenu Québec

L'assouplissement prévu dans le Budget du 30 mars 2010 sur le crédit d'impôt de recherche scientifique et développement expérimental («RS & DE») relatif aux salaires vise la situation où des travaux sont entrepris pour le compte d'un contribuable, par une société ou une société de personnes avec laquelle il n'a pas de lien de dépendance, afin que les travaux effectués par une personne qui n'est pas un employé de la société ou de la société de personnes, mais qui en est actionnaire ou membre, soient aussi considérés aux fins du calcul du crédit.

Plus précisément, pour une année d'imposition donnée, le crédit RS & DE relatif aux salaires remboursables porte aussi sur la moitié de la contrepartie versée au sous-traitant. Dans un premier temps, cette contrepartie doit être versée soit par le contribuable à une société ou une société de personnes sans lien de dépendance, soit par un premier sous-traitant, avec qui le contribuable a un lien de dépendance, à un deuxième sous-traitant qui n'a pas de lien de dépendance avec le contribuable. Dans un deuxième temps, elle doit être raisonnablement attribuable à des travaux de RS & DE effectués au Québec, dans l'année visée par la demande de crédit, pour le compte du contribuable, par un particulier autre qu'une fiducie qui est actionnaire ou membre de cette société ou société de personnes.

Quant aux dossiers en opposition, depuis avril 2010, la plupart de ceux-ci qui avaient été mis en suspens ont été examinés et une décision sur

opposition a été rendue afin de donner effet à l'assouplissement annoncé au Budget du 30 mars 2010. Dans la majorité des cas, une augmentation du crédit a été accordée aux opposants.

2. PROCÉDURES DE VÉRIFICATION PAR REVENU QUÉBEC

2.1. En pratique, nous constatons que Revenu Québec revalide plusieurs éléments déjà vérifiés par l'ARC, recalcule les taux horaires utilisés, demande les feuilles de temps, les « indirects » en méthode traditionnelle, etc. **Est-il possible de rendre le processus plus efficace tant pour les demandeurs que pour les autorités gouvernementales en évitant les doubles vérifications?**

Réponse de Revenu Québec

Il peut arriver que, dans le cadre d'une vérification « financière », Revenu Québec et l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») requièrent des contribuables des informations qui sont ou qui peuvent sembler similaires. Cependant, les différences quant au traitement du crédit RS & DE entre la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ et la *Loi sur les impôts*² du Québec font en sorte qu'il est nécessaire que Revenu Québec procède à l'analyse complète et exhaustive des informations requises aux fins du calcul du crédit RS & DE.

Conséquemment, hormis le volet scientifique, chaque palier de gouvernement effectue sa propre évaluation aux fins du calcul du crédit RS & DE et il n'est pas du ressort de l'ARC de valider les informations requises pour le paiement du crédit en vertu de la *Loi sur les impôts* du Québec.

2.2. Dans le cadre des vérifications des dossiers en RS & DE, Revenu Québec revient généralement sur les quatre années antérieures. **Quelles sont les procédures de Revenu Québec en ce qui concerne les délais de vérification des dossiers comportant des demandes de crédit RS & DE?**

Réponse de Revenu Québec

La vérification des crédits de RS & DE par Revenu Québec ne diffère pas des vérifications régulières. Selon l'article 1010 L.I., l'étendue des

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

² L.R.Q., c. I-3 et mod. (« L.I. »).

vérifications est normalement de trois ans pour les sociétés privées sous contrôle canadien et de quatre ans pour les autres sociétés. Néanmoins, tel qu'il a été mentionné dans les lignes de conduite à l'égard des périodes couvertes du document « COM-366 », Revenu Québec vérifie systématiquement les deux années les plus récentes et c'est seulement lorsqu'un problème est décelé que la vérification est étendue aux limites de la prescription. Les sous-traitants ne font pas exception à cette pratique.

De plus, certains dossiers font suite à un échange de renseignements avec l'ARC (T7-WC). Dans ces situations, les périodes couvertes sont celles déterminées par le fédéral. Comme l'ARC est responsable de la vérification du volet scientifique des demandes, cette situation se produit fréquemment, notamment pour les dossiers dont le chiffre d'affaires de la compagnie demandant le crédit est supérieur à 350 M\$.

3. LE CRÉDIT D'IMPÔT POUR LA RECHERCHE UNIVERSITAIRE

3.1. Ce crédit a pour but de favoriser la collaboration entre l'industrie et les centres universitaires (entité universitaire, centre de recherche public ou consortium de recherche). Cependant, certaines exigences sont contraignantes et peuvent en limiter son utilisation, en particulier la nécessité d'obtenir une décision anticipée favorable de Revenu Québec dans des délais plutôt courts (90 jours après la signature du contrat) et les exigences quant au contrat.

Plus précisément, deux exigences quant au contrat semblent limiter les demandes, même si elles ne sont pas spécifiées dans le guide IN-109 (2008-03) :

- la propriété intellectuelle (PI);
- l'exigence que les employés (souvent des étudiants de 2^e ou 3^e cycle) soient sur la feuille de paie de l'université.

Pouvez-vous clarifier l'application de ces deux critères?

Réponse de Revenu Québec

La propriété intellectuelle

Afin qu'un contrat puisse se qualifier de « contrat de recherche universitaire », le paragraphe 1029.8.1b) L.I. spécifie notamment, à titre de condition à l'égard des résultats de recherche, que ces derniers « peuvent être

utilisés » par le contribuable. Ainsi, il n'est pas exigé que la propriété intellectuelle soit dévolue au contribuable sous quelque forme que ce soit ou, le cas échéant, qu'une licence ou un brevet lui soit accordé.

En conséquence, en matière de décision anticipée ayant trait à un contrat de recherche universitaire, Revenu Québec examine chaque cas à la lumière des faits qui lui sont propres, et considère généralement que l'octroi d'un droit d'utilisation à l'interne permet de remplir le critère plus haut mentionné.

L'exigence que les employés (souvent des étudiants de 2^e ou 3^e cycle) soient sur la feuille de paie de l'université

Dans un premier temps, il convient de nuancer l'énoncé précédent. En effet, lors de l'étude d'une demande de décision anticipée visant l'obtention d'un crédit d'impôt pour la recherche universitaire, Revenu Québec vise notamment à s'assurer que la dépense admissible à la base du calcul du crédit se qualifie, conformément au paragraphe 1029.8.1i) L.I., à titre de salaire engagé par une entité universitaire.

Ainsi, lorsqu'il appert qu'une dépense est engagée de manière spécifique dans le but de rémunérer des étudiants gradués ou post-gradués, il y a lieu de s'assurer que le montant versé ne prend pas la forme d'une bourse versée dans le cadre d'une convention rattachée à la personne de l'étudiant ou d'un versement d'un montant à un sous-traitant de second niveau.

3.2. Environ combien de demandes de décision anticipée pour des projets de recherche universitaires sont soumises par année? Pour quelle valeur totale?

Réponse de Revenu Québec

De manière approximative, pour la période du 1^{er} janvier 2009 au 31 décembre 2009, 195 demandes de décisions anticipées visant l'obtention d'un crédit d'impôt pour la recherche universitaire furent soumises. Enfin, pour la période du 1^{er} janvier 2010 au 21 août 2010, 116 demandes furent transmises.

Pour la période du 1^{er} janvier 2009 au 31 décembre 2009, le montant total de crédits d'impôt pour recherche universitaire accordés est de 1 449 204 \$.

4. LE CRÉDIT D'IMPÔT POUR LA RECHERCHE PRÉCOMPÉTITIVE EN PARTENARIAT PRIVÉ

Ce crédit a pour but de favoriser la collaboration entre différents partenaires intéressés à mettre en commun leur savoir et leurs ressources afin d'effectuer des travaux de RS & DE.

4.1. Pouvez-vous résumer la mesure ainsi que les différents changements apportés par la suite?

Réponse de Revenu Québec

Ce crédit, instauré lors du Budget du Québec du 23 mars 2006, vise à favoriser le regroupement d'entreprises qui traitent à distance afin qu'elles réalisent, en partenariat, des projets de RS & DE d'une plus grande envergure, lesquels n'auraient probablement pas été réalisés par chacun des partenaires individuellement. Ces travaux de RS & DE doivent être effectués au Québec par les partenaires ou à leur bénéfice. Lors de la création du crédit, seuls les contribuables ayant un établissement stable au Québec pouvaient bénéficier de cette mesure. Cette obligation a été abolie lors du Budget du 24 mai 2007.

Afin de bénéficier de cette mesure, un contribuable, qui n'est pas un contribuable exclu, doit exploiter une entreprise au Canada et avoir conclu une entente au cours d'une année d'imposition avec un autre partenaire privé qui n'est pas un partenaire exclu. Avant le 14 mars 2008, une entente de partenariat incluant un partenaire exclu ne pouvait donner droit au crédit. Dorénavant, ce type de partenariat donne droit au crédit. Sont des partenaires exclus, notamment, les centres de recherche publics admissibles, les consortiums de recherche admissibles, les entités universitaires admissibles et les organismes publics.

De plus, le contribuable qui demande le crédit ne doit pas être un partenaire exclu ou avoir de lien de dépendance avec un partenaire exclu ou avec les autres partenaires privés. Il doit également obtenir une attestation d'admissibilité du ministère du Développement économique, de l'Innovation et de l'Exportation (MDEIE).

Le taux du crédit est de 35 % sur les dépenses admissibles. Les dépenses admissibles correspondent à 80 % du montant d'un contrat de recherche lorsque les travaux de RS & DE sont confiés en sous-traitance à une personne ou à une société de personnes avec laquelle le contribuable n'a aucun lien de dépendance ou au total des dépenses de recherche scientifique

et développement expérimental indiquées dans le formulaire « Déduction des dépenses engagées pour la recherche scientifique et le développement expérimental » (RD-222).

Par ailleurs, lorsque le contrat est conclu par une société de personnes qui exploite une entreprise au Canada, le membre de cette société de personnes, s'il n'est pas un partenaire exclu, peut également bénéficier d'un crédit sur sa part des dépenses admissibles de la société de personnes.

4.2. Nous comprenons qu'il n'est plus nécessaire d'obtenir une décision anticipée. Pouvez-vous le confirmer?

Réponse de Revenu Québec

Nous confirmons que l'obligation d'obtenir une décision anticipée favorable a été abolie lors du Budget du 13 mars 2008.

5. CALCUL DU SALAIRE ADMISSIBLE – PRIME DE DÉPART

Dans la *Politique d'application* RS&DE 2004-01³, l'ARC confirme qu'aux fins de la méthode traditionnelle, une allocation de retraite peut être admise comme « frais généraux et autres dépenses », attribuable « en totalité, ou presque » ou « directement attribuable » à l'exécution d'activités de RS & DE au Canada.

Pour sa part, Revenu Québec refuse de considérer les allocations de retraite à titre de dépenses admissibles.

Pourriez-vous expliquer sur quelles bases cette position est fondée?

Réponse de Revenu Québec

Dans la *Politique d'application* 2004-01, l'ARC mentionne ceci :

« Une allocation de retraite est incluse dans le revenu du récipiendaire en vertu du sous-alinéa 56(1)a)(ii). De plus, elle n'est pas considérée comme traitement ou salaire au sens du paragraphe 248(1). Donc, une allocation de retraite ne peut pas être accordée à titre de traitement ou salaire peu importe que le demandeur choisisse la méthode traditionnelle ou de remplacement. »

³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Politique d'application* RS&DE 2004-01, « Allocation de retraite », 20 janvier 2004.

Puisqu'elle ne pourra être considérée comme étant un traitement ou salaire, l'allocation de retraite sera traitée par l'ARC comme « frais généraux directement liés à la RS & DE » lorsque cette dépense n'aurait pas été engagée s'il n'y avait pas eu de travaux de RS & DE. Ainsi, aux fins du calcul du crédit d'impôt fédéral relatif à la RS & DE, une « allocation de retraite » constitue une « dépense admissible » au calcul du crédit conformément au paragraphe 127(9) L.I.R.

Le crédit d'impôt provincial RS & DE relatif aux salaires est basé sur le montant de salaire versé. Compte tenu des articles 1029.7 et suivants L.I., les seuls frais généraux admissibles dans le calcul du crédit sont les traitements ou salaires du personnel de soutien et les autres traitements ou salaires des employés qui entreprennent, supervisent ou soutiennent directement les travaux de RS & DE. Les tâches des employés doivent être directement liées aux activités de RS & DE, mais ces derniers n'ont pas à exercer directement des activités ou des travaux de RS & DE. Par exemple, les salaires versés aux individus effectuant de la planification à long terme de projets en RS & DE et à ceux effectuant l'administration des contrats en RS & DE pourraient être admissibles dans le calcul du crédit RS & DE relatif aux salaires.

Or, selon la *Loi sur les impôts* du Québec, tout comme c'est le cas pour la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'allocation de retraite n'est pas considérée comme étant un salaire et par conséquent, celle-ci n'est pas admissible dans le calcul du crédit provincial en RS & DE.

Néanmoins, comme c'est le cas au fédéral, une « allocation de retraite » versée à un employé effectuant de la RS & DE peut être considérée à titre de « frais généraux directement liés à la RS & DE » et peut être déduite comme dépense en vertu de l'article 230 L.I. et de l'article 230R1 du *Règlement sur les impôts*⁴ dans le cas où elle n'aurait pas été engagée s'il n'y avait pas eu de travaux de RS & DE.

⁴ R.R.Q., 1981, c. I-3, r.1 et mod.

RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS ET DES TIERS –
MISE À JOUR



Virginie Falardeau
Avocate
Starnino Mostovac s.e.n.c.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 44:3

1. **RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS**..... 44:4

1.1. DÉFENSE DE DILIGENCE RAISONNABLE 44:4

1.1.1. Test quant à la norme de diligence 44:4

1.1.2. Administrateur interne *versus* externe 44:6

1.1.3. Taxe sur les produits et services
 versus retenues à la source 44:8

1.1.4. Exemples de cas d'exonération
 de responsabilité 44:12

1.2. PRESCRIPTION DE DEUX ANS 44:20

1.2.1. Démission non transmise aux
 « autorités corporatives » 44:20

1.2.2. Démission de tous les administrateurs..... 44:22

1.2.3.	Point de départ du délai de prescription	44:23
1.3.	DROIT DE CONTESTER LA COTISATION CORPORATIVE.....	44:30
1.4.	ADMINISTRATEUR <i>DE FACTO</i>	44:31
1.4.1.	Notion d'administrateur <i>de facto</i>	44:32
1.4.2.	Démission d'un administrateur <i>de facto</i>	44:34
1.5.	QUESTIONS TECHNIQUES	44:35
2.	RESPONSABILITÉ DES CESSIONNAIRES	44:37
2.1.	NOTION DE TRANSFERT.....	44:37
2.1.1.	Situation des dividendes.....	44:38
2.1.2.	Situation de prête-nom	44:39
2.2.	CONTREPARTIE	44:44
2.2.1.	« Au moment du transfert ».....	44:44
2.2.2.	Obligations familiales.....	44:45
2.2.3.	Situation de « fiducie par interprétation » (<i>constructive trust</i>)	44:47
2.3.	CONTESTATION DE LA DETTE DE L'AUTEUR DU TRANSFERT	44:48
2.4.	PRESCRIPTION.....	44:49
2.5.	INTENTION DE SE SOUSTRAIRE À SES OBLIGATIONS.....	44:51
	CONCLUSION	44:52

INTRODUCTION

Les lois fiscales prévoient des dispositions permettant aux autorités fiscales de cotiser certaines personnes (appelées des tiers) afin de recouvrer des montants qui leur sont dus par d'autres personnes (soit des débiteurs fiscaux principaux).

Ainsi, l'administrateur d'une compagnie peut, à certaines conditions et sous réserve de certains moyens de défense, être tenu responsable des montants de retenues à la source (« RAS »), de taxe sur les produits et services (« TPS ») et de taxe de vente du Québec (« TVQ ») que la compagnie dont il est administrateur omet de déduire, retenir ou payer¹.

La personne qui reçoit un transfert sans contrepartie d'une personne qui lui est liée pourra également, à certaines conditions, être tenue responsable des dettes fiscales de l'auteur du transfert, et ce, pour l'année du transfert ou pour une année antérieure au transfert².

Les tribunaux rendent constamment des décisions à l'égard de telles cotisations que l'on appelle communément « cotisations de tiers ».

Dans le présent texte, l'auteure fera une revue de la jurisprudence rendue pendant les 10 dernières années relativement aux cotisations de tiers³.

¹ Voir *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e supp., ch. 1 et mod. (« L.I.R. »), art. 227.1; *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., c. M-31 et mod. (« L.M.R. »), art. 24.0.1 et suiv. et *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15 et mod. (« L.T.A. »), art. 323.

² Voir les articles 160 L.I.R., 14.4 L.M.R. et 325 L.T.A.

³ De façon générale, les cotisations de tiers incluent également des cotisations émises à l'encontre de personnes qui « contrôlent » et liquident des biens appartenant à autrui, soit, par exemple, un exécuteur testamentaire, un administrateur d'entreprise, lesquelles cotisations sont communément appelées « cotisations de liquidateurs » (voir les articles 159 L.I.R., 270 L.T.A. et 14 L.M.R.). Ces cotisations de liquidateurs ont très peu fait l'objet de jurisprudence et elles ne seront donc pas traitées dans le présent texte. Pour des analyses plus approfondies sur ce sujet, nous vous invitons à lire les textes suivants : Joe STARNINO, « Responsabilité personnelle des tiers pour la TPS et la TVQ – Mise à jour », dans *Symposium sur les taxes à la consommation*, 161, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 6:1-78 et Joe STARNINO, « Pot-pourri en matière administrative – Responsabilité des administrateurs et des tiers », dans *Symposium sur les taxes à la consommation*, 143, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 5:1-77.

La revue exhaustive d'une jurisprudence aussi volumineuse pourrait faire l'objet d'un livre en plusieurs tomes. Le présent texte ne se veut donc pas une revue exhaustive, mais plutôt un compte rendu des décisions présentant un intérêt particulier, selon l'auteure, qui ont été rendues sur le sujet pendant les 10 dernières années.

1. RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS

Nous aborderons tout d'abord les décisions portant sur les moyens de défense qui ont été invoqués par les administrateurs cotisés. Nous traiterons ensuite de la question de l'administrateur de fait ou *de facto* et des conditions préalables à l'émission de cotisations d'administrateur.

1.1. DÉFENSE DE DILIGENCE RAISONNABLE

1.1.1. Test quant à la norme de diligence

La Cour d'appel fédérale, dans l'affaire *Soper c. La Reine*⁴, a établi un test, qualifié d'« objectif subjectif », afin de déterminer si un administrateur cotisé peut être exonéré de sa responsabilité.

En se basant sur ce test, les tribunaux ont à se demander ce qu'un administrateur raisonnablement prudent, placé dans les circonstances propres à l'administrateur cotisé (éducation, expérience, etc.), aurait fait pour éviter les manquements qui ont amené la compagnie, et par la suite l'administrateur, à être cotisée.

En 2004, la Cour suprême du Canada a rendu une décision en matière de droit des sociétés dans l'affaire *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*⁵. Dans cette affaire, la Cour était appelée à déterminer quelle était la norme de diligence applicable à un administrateur de compagnie dans le contexte de l'article 122 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*⁶.

En faisant référence à la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Soper*, la Cour suprême a qualifié le test permettant d'évaluer la norme de diligence de test « objectif » (plutôt qu'objectif subjectif). Nous vous référons à cet égard aux propos suivants de la décision :

⁴ 97 D.T.C. 5407 (C.A.F.) (« *Soper* »).

⁵ 2004 CSC 68 (« *Peoples* »).

⁶ L.R.C. (1985), ch. C-44 et mod.

« Dans l'arrêt *Soper c. Canada*, [1998] 1 C.F. 124, par. 41, le juge Robertson de la Cour d'appel fédérale a décrit la norme de diligence énoncée à l'al. 122(1)b) de la LCSA comme étant une norme "objective subjective". Même s'il portait sur l'interprétation d'une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, cet arrêt est pertinent en l'espèce parce que le libellé de la disposition établissant la norme de diligence est identique à celui de l'al. 122(1)b) de la LCSA. Nous estimons pour notre part que le fait, pour le juge Robertson, de qualifier la norme par l'expression "objective subjective" peut semer la confusion. Nous préférons la décrire comme une norme objective. Ainsi, il devient évident que dans le cas de l'obligation de diligence prévue à l'al. 122(1)b), ce sont les éléments factuels du contexte dans lequel agissent l'administrateur ou le dirigeant qui sont importants, plutôt que les motifs subjectifs de ces derniers, qui sont l'objet essentiel de l'obligation fiduciaire prévue à l'al. 122(1)a) de la LCSA⁷. » (Notre soulignement)

À la suite de cette décision, les professionnels se sont demandé si la norme de diligence avait véritablement changé en matière fiscale.

La Cour canadienne de l'impôt n'a pas été en mesure de nous éclairer sur le sujet étant donné que l'opinion des juges quant à la modification du test est très variée. En effet, certains juges croient que la norme a changé depuis l'affaire *Peoples*, d'autres croient que non, alors que d'autres encore disent ignorer s'il y a eu ou non un changement⁸.

La question aurait pu être réglée par la décision qu'a rendue la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Hartrell c. La Reine*⁹; toutefois, la Cour a évité de se prononcer sur le sujet. Nous reproduisons ici les propos du juge Ryer à ce sujet :

« 12 L'appelant fait valoir que l'arrêt *People's Department Stores Ltd. (1992) Inc., Re*, 2004 SCC 68 (S.C.C.), de la Cour suprême du Canada a transformé la nature du critère applicable à la défense de diligence raisonnable formulé dans *Soper* d'"objective subjective" à simplement "objective". Il n'est pas absolument certain qu'on puisse affirmer que l'arrêt *Magasins à rayons Peoples* a éliminé les aspects subjectifs de la défense de diligence raisonnable prévue au

⁷ *Peoples*, précité, note 5, par. 63.

⁸ Voir, entre autres, les affaires *Higgins c. La Reine*, 2007 CCI 469, où le juge Webb affirme que la norme a changé; *Liddle c. La Reine*, 2009 CCI 451, où la juge Campbell affirme que l'affaire *Peoples* n'aurait pas changé la norme, et l'affaire *Vrsic c. La Reine*, 2010 CCI 127 (« *Vrsic* »), où le juge Miller affirme ne pas savoir si la norme a changé ou non depuis l'affaire *Peoples*. D'autres décisions continuent simplement d'appliquer le test de la décision *Soper* sans même faire référence à l'affaire *Peoples* – voir, entre autres, *Baker c. La Reine*, 2010 CCI 268 (« *Baker* »).

⁹ 2008 CAF 59.

paragraphe 227.1(3) de la LIR, puisque cette décision portait sur une disposition de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* L.R.C. 1985, ch. B-3. [...] Si *Magasins à rayons Peoples* a bien opéré à l'égard du critère du paragraphe 227.1(3) de la LIR une transformation faisant en sorte qu'il nécessite à présent la preuve d'éléments purement objectifs, le nouveau critère est donc devenu plus exigeant qu'un critère comportant des éléments subjectifs, et nous ne voyons donc pas comment l'application de l'arrêt *Magasins à rayons Peoples* pourrait servir l'appelant¹⁰. »

La question demeure donc encore de savoir si le test établi dans l'affaire *Soper* est toujours celui qui doit être appliqué par les tribunaux ou s'il faut plutôt appliquer le nouveau test énoncé par la Cour suprême dans l'affaire *Peoples*.

Selon la jurisprudence rendue dans les années ayant suivi la décision *Peoples*, force est de constater que le test qui sera appliqué différera selon le juge qui entendra l'appel déposé devant la Cour canadienne de l'impôt, et ce, probablement jusqu'à ce que la Cour d'appel fédérale se prononce sur la question.

1.1.2. Administrateur interne versus externe

Dans l'affaire *Soper*¹¹, la Cour d'appel fédérale avait également établi une distinction entre l'administrateur « interne », soit celui qui participe de façon courante à la gestion de l'entreprise, et l'administrateur « externe », lequel peut être un bailleur de fonds, quelqu'un qui se spécialise dans un domaine particulier, qui travaille de ses mains, etc.

Selon la Cour dans l'affaire *Soper*, pour se voir exonéré de sa responsabilité, un administrateur interne doit faire preuve d'un plus grand degré de diligence qu'un administrateur externe étant donné sa connaissance plus approfondie des affaires de l'entreprise.

Contrairement à la qualification du test pour établir la norme de diligence, la distinction entre l'administrateur interne et externe établie dans l'affaire *Soper* a clairement été maintenue dans la jurisprudence.

En effet, plusieurs décisions rendues dans les dernières années continuent à appliquer cette distinction. Comme ces décisions sont souvent

¹⁰ *Id.*, par. 12.

¹¹ Précité, note 4.

très factuelles, nous nous contenterons d'en reproduire certains extraits, sans toutefois les analyser en détail.

- Affaire *Price c. La Reine*¹² :

« 29 À mon avis, jusqu'au moment où la société a passé officiellement entre ses mains en avril 1999, je ne crois pas que l'appelant Leslie Price devrait être assujéti à la même norme de prudence en ce qui a trait à sa responsabilité en qualité d'administrateur. [...]

30 Dans ce même arrêt, la Cour d'appel fédérale fait également une distinction entre les administrateurs internes et externes en ce qui a trait au degré de la norme de prudence applicable. [...]

32 L'appelant Leslie Price était responsable de l'exploitation quotidienne de C-Shells, mais la preuve et les circonstances de la présente affaire m'incitent à croire que cette exploitation consistait à gérer le restaurant en soi, et que les finances étaient contrôlées par Shelly Malley, une des fondatrices. Je ne crois pas que l'appelant Leslie Price a été en mesure de déceler les problèmes inhérents à la remise des retenues à la source ou de la TVH avant le moment où il a effectivement obtenu le contrôle de l'ensemble de l'entreprise de C-Shells en avril 1999. La preuve semble montrer que l'appelant Leslie Price a obtenu le contrôle complet vers la date à laquelle il a eu la mainmise en avril 1999¹³. »

- Affaire *Hochhausen c. La Reine*¹⁴ :

« 17 La jurisprudence portant sur la diligence raisonnable des administrateurs fait certaines distinctions entre le cas de l'administrateur interne et celui de l'administrateur externe. La décision de la Cour d'appel fédérale dans *Soper v. R.* [1997 CarswellNat 853 (Fed. C.A.)] est un bon exemple de cette distinction. Monsieur Hochhausen a dit s'être toujours considéré comme un administrateur externe. La Couronne affirme qu'il était un administrateur interne. Je conclus que M. Hochhausen était manifestement un administrateur externe. Mis à part le poste d'administrateur qu'il a occupé, sans rémunération, durant environ huit mois, M. Hochhausen n'a jamais occupé d'autre poste chez SMS, il est clair qu'il ne participait pas à la gestion quotidienne de la société, et il n'existe aucune preuve montrant qu'il aurait pu influencer autrement les activités commerciales de SMS. Monsieur Hochhausen n'avait aucune action ni aucune participation financière dans la société. [...]

21 Compte tenu des faits, je suis convaincu que M. Hochhausen a agi avec le degré de soin, de diligence et d'habileté pour prévenir le manquement qu'une

¹² 2008 CCI 153.

¹³ *Id.*, par. 29, 30, 32.

¹⁴ 2008 CCI 299.

personne raisonnablement prudente aurait exercé dans des circonstances comparables¹⁵. »

- Affaire *Buckingham c. La Reine*¹⁶ :

« 21 The circumstances about which inside directors (those involved in the day-to-day management of the company and who influence the conduct of its business affairs) will know (or ought to know) will be different from the circumstances about which outside directors will know (or ought to know). Therefore it seems to me that the distinction between inside directors and outside directors is still relevant and is still the starting point for the analysis. Inside directors would know or would be expected to know more about the day-to-day operations of the company, the circumstances related to the financial affairs of a company (and its ability to meet its remittance obligations and its compliance with these obligations) and about potential problems than outside directors.

22 It is the position of the Appellant that he was not an inside director of Mosaic until February 13, 2003. However, it seems to me that the Appellant was an inside director long before February 13, 2003 and was an inside director prior to the first default in the remittance of payroll amounts or GST/HST that is in issue in this Appeal.

23 The Appellant and his family acquired Mosaic in 1997. The Appellant is the only person who was a director of all of the companies listed above. It seems obvious from the testimony of the Appellant that he was directly involved in the acquisitions of the businesses that were directly or indirectly acquired by Mosaic. The Appellant was also the largest shareholder of Mosaic¹⁷. »

1.1.3. Taxe sur les produits et services versus retenues à la source

En plus de la distinction entre l'administrateur interne et l'administrateur externe, la Cour canadienne de l'impôt semble d'avis que la nature des dettes fiscales réclamées ferait en sorte que la norme de diligence ne sera pas toujours la même.

¹⁵ *Id.*, par. 17, 21.

¹⁶ 2010 CCI 247 (« *Buckingham* »).

¹⁷ *Id.*, par. 21-23.

En effet, dans l'affaire *Cassels c. La Reine*¹⁸, le juge Rowe s'est dit d'avis qu'une différence importante existait entre la responsabilité des administrateurs pour les RAS et pour la TPS, et ce, dans les termes suivants :

« 18 Il importe de se rappeler la différence qui existe entre la responsabilité des administrateurs par suite du défaut de verser les retenues à la source [...], d'une part, et d'autre part leur responsabilité en cas de défaut de versement des montants de TPS payables au moment de la production de la déclaration pour la période visée. Bien que les retenues à la source soient un concept théorique, ainsi que l'explique le juge Robertson de la Cour d'appel dans l'affaire *Soper*, précitée, et que les employeurs ne mettent pas réellement les fonds en question de côté chaque fois qu'un chèque de paie est émis, les dispositions réglementaires dont est assortie la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoient à tout le moins que les fonds retenus doivent être versés au plus tard le quinzième jour du mois suivant la fin du mois où les retenues ont été effectuées. Par conséquent, il est facile de concevoir que l'employeur éprouve de graves difficultés financières lorsque les fonds en question, qui appartiennent aux employés et sont détenus dans le cadre d'une fiducie en faveur de Sa Majesté du chef du Canada, ne peuvent être versés au receveur général. [...] Dans un tel cas, les administrateurs de la société prendront conscience – du moins le devraient-ils – assez rapidement qu'il existe un problème, et que ce problème n'est pas hypothétique, mais bien réel. Ils sauront, ou du moins le devraient-ils, que des mesures doivent être prises pour éviter tout autre défaut de versement des montants payables au titre des retenues à la source; après tout, cet argent n'appartient pas à la société et ne doit pas être employé dans le cadre des efforts déployés à seule fin de maintenir à flot une entreprise en difficulté, sans se préoccuper de l'obligation de payer les retenues en question. [...] Par contre, dans le cas de la TPS, la période de déclaration de certaines petites entreprises est d'un an et l'échéance des versements peut se situer quelques mois après la fin de la période de déclaration annuelle. Il peut donc arriver que, à l'intérieur de l'année en question, les CTI soient plus élevés que la taxe perçue sur les ventes. Si l'on retenait une date située au milieu de la période de déclaration, il pourrait arriver que le propriétaire ou le dirigeant d'une société exploitant une entreprise ait participé à plusieurs salons professionnels et ait acquis des stocks importants à l'égard desquels la TPS est exigible au moment où les paiements sont effectués aux fournisseurs. [...] La capacité d'une personne agissant à titre d'administrateur d'éviter le défaut de versement de la TPS de la part d'une société, dans l'éventualité où la taxe perçue est supérieure aux CTI, dépendra de la mise sur pied d'un système permettant de consigner adéquatement la taxe perçue ainsi que de l'existence, dans le cadre d'une entreprise gérée efficacement, des procédures requises pour la préparation et la production des déclarations de TPS – dans lesquelles les montants pertinents sont calculés correctement –, puis pour le versement des sommes payables, le cas échéant [...]»¹⁹.

¹⁸ [2001] G.S.T.C. 122 (C.C.I.) (« *Cassels* »).

¹⁹ *Id.*, par. 18.

À la lumière de cet extrait, il faut conclure que la norme de diligence que devra exercer un administrateur sera plus sévère dans le cas des RAS que dans le cas de la TPS (et présumément la TVQ) étant donné qu'il est plus facile de s'apercevoir du défaut dans le cas des RAS que dans le cas de la TPS (TVQ).

Cette approche nous semble logique surtout si l'on tient compte du fait qu'une fois le salaire payé à un employé, l'argent des RAS appartient également à cet employé. Si les remises de RAS ne sont pas effectuées, l'employé n'aura pas payé l'impôt qu'il doit aux autorités fiscales et pourra en être tenu responsable.

Il est à noter que la décision rendue par la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Cassels* a été confirmée par la Cour d'appel fédérale²⁰.

Dans l'affaire *Buckingham*²¹, le juge Webb énonce quant à lui que le degré de diligence est le même pour la TPS et pour les RAS, mais que les circonstances entourant l'omission de remettre ne sont pas les mêmes.

Par conséquent, selon lui, l'analyse quant à la responsabilité des administrateurs pour les RAS doit être faite séparément de celle pour la TPS. Il semble se baser sur le fait que l'argent utilisé pour faire les remises de RAS provient de la compagnie, alors que l'argent des remises de TPS provient des tiers qui ont payé la TPS en question à la compagnie.

Sa position est expliquée dans l'extrait suivant :

« 32 In this case, it seems to me that the analysis in relation to the employee deductions should be dealt with separately from the analysis related to the unremitted GST/HST. [...]

33 The amounts for payroll deductions are not funded by a third party but are paid from whatever resources the company might have available to it. The remittance obligations are part of the costs related to the employees. [...] While an employer may have continuing obligations to employees, it does not necessarily mean that the employer has received the necessary funds to pay these obligations. For example, if the total amount of salaries payable on a particular day is \$100,000 and the total source deductions that are to be deducted therefrom and remitted is \$25,000, the net amount payable to the employees is \$75,000. If the employer only has \$75,000 in its bank account,

²⁰ 2002 CAF 278.

²¹ Précité, note 16.

then paying the employees \$75,000 will reduce the bank account balance to nil. There simply would not be any money left to hold in trust. No third party has paid \$100,000 to the employer to cover the payroll and the employer must fund both the \$75,000 payable to the employees and the \$25,000 payable for the source deductions from whatever sources it might have, if it can. This is different from the amounts to be remitted for GST/HST which are funded by the third parties upon whom the GST/HST is imposed. I will therefore deal with these remittance obligations separately²². »

Quant aux RAS, le juge Webb, après avoir conclu que les difficultés financières de la compagnie étaient liées à des circonstances non prévisibles et indépendantes de sa volonté, énonce une série de mesures mises de l'avant par l'administrateur pour tenter de remettre la compagnie sur les rails (tentative d'emprunt, mises à pied, tentative de fusion, liquidation des actifs de la compagnie). Selon lui, toutes ces actions démontrent que l'administrateur a été diligent quant aux remises de RAS.

Son analyse est différente en ce qui a trait à la TPS, soit des montants perçus par la compagnie auprès de tiers. Pour le juge Webb, les actions décrites au paragraphe précédent, et plus particulièrement la liquidation des actifs de la compagnie, ont été effectuées pour générer de l'argent en vue de payer les factures et non dans le but d'effectuer les remises de TPS. Les propos suivants sont d'intérêt :

« 82 [...] The liquidation of assets was not undertaken to prevent failures to remit GST/HST. As noted by the Appellant, the decision to sell assets was made to realize cash so that the company could pay its bills. This would be done to cure defaults in remittances, not prevent failures to remit. As a result, it does not seem to me that the Appellant has satisfied the standard of care imposed on him pursuant to subsection 323(3) of the *Excise Tax Act* to prevent the failure to remit the net tax that was payable on April 30, 2003 and July 30, 2003²³. » (Notre soulignement)

C'est une conclusion qui nous semble un peu surprenante, car elle laisserait sous-entendre (bien que le juge Webb ait dit le contraire au début de sa décision) que le degré de diligence serait plus sévère en matière de TPS qu'en matière de TVQ, ce qui est contraire aux propos du juge Rowe dans l'affaire *Cassels*, lesquels propos ont été confirmés par la Cour d'appel fédérale, tel qu'il a été mentionné plus haut.

²² *Id.*, par. 32-33.

²³ *Id.*, par. 82.

Cette décision nous laisse également perplexe en ce qu'elle ne tient pas nécessairement compte des « réalités » propres aux entreprises. Par exemple, une entreprise qui expédie une facture à un client est tenue de remettre les taxes facturées même si le client en question ne paie pas sa facture.

Il n'est pas surprenant que la décision *Buckingham* ait été portée en appel devant la Cour d'appel fédérale²⁴. Cette dernière devrait, suivant toute logique, s'en remettre à l'approche de l'affaire *Cassels* qu'elle a elle-même confirmée.

1.1.4. Exemples de cas d'exonération de responsabilité

1.1.4.1. L'administrateur tenu à l'écart

À la lecture des décisions rendues en matière de responsabilité d'administrateur, il est possible d'affirmer sans trop se tromper qu'un administrateur qui est tenu à l'écart des affaires ou de la gestion de la compagnie par les autres administrateurs sera en général exonéré sur la base de la défense de diligence raisonnable.

Très souvent, la trame factuelle de ces décisions est celle d'une compagnie familiale où un père, un oncle, un frère, etc., tiennent les rennes et empêchent les autres administrateurs de participer activement à la gestion de la compagnie.

Par exemple, dans l'affaire *Pascoal c. La Reine*²⁵, deux administrateurs ont été cotisés pour les défauts de deux compagnies contrôlées par Tony Pascoal (« Tony »). Le premier administrateur, Antonio Pascoal (« Antonio »), était le père de Tony et le second administrateur, Natalie Pascoal (« Natalie »), était la sœur de Tony.

Antonio était un homme âgé sans éducation, qui avait toujours travaillé de ses mains dans le domaine de la construction. Il se fiait sur son fils pour tout ce qui avait trait à l'administration.

Natalie, quant à elle, travaillait dans un hôpital et n'avait aucune expérience dans la gestion de compagnies. Elle avait accepté de devenir administratrice de la compagnie de son frère, qui ne pouvait être

²⁴ Dossier A-225-10.

²⁵ 2009 CCI 608.

administrateur parce qu'il avait signé des documents syndicaux qui l'en empêchaient, jusqu'à ce que cette compagnie devienne active. Tony n'a toutefois jamais avisé sa sœur que la compagnie était devenue active. Natalie n'était donc aucunement au courant des affaires de la compagnie.

Dans cette affaire, la Cour a jugé que les appelants, Antonio et Natalie, avaient exercé un degré de diligence raisonnable dans les circonstances pour être exonérés de leur responsabilité.

Le juge MacArthur s'est exprimé ainsi :

« En conclusion, il était raisonnable qu'Antonio, avec ses habiletés et ses connaissances commerciales restreintes, se fie à son fils pour que celui-ci l'informe en temps opportun des obligations qui lui incombait à titre d'administrateur. Il était en outre raisonnable et prudent que Natalie, qui n'avait rien à voir avec ANVIC autrement que comme administratrice sur papier, se fie à l'engagement que lui avait donné son frère qu'elle cesserait d'agir à ce titre dans l'éventualité où les sociétés commenceraient à être exploitées²⁶. »

D'autres administrateurs ont également été exonérés de leur responsabilité dans des contextes semblables. Nous vous référons entre autres, sans toutefois les résumer, aux affaires *Lambert c. La Reine*²⁷ (neveu administrateur écarté par son oncle), *MacIsaac c. La Reine*²⁸ (fils désigné administrateur par son père qui ne discute de rien avec lui) et *Ouahidi c. La Reine*²⁹ (épouse administrateur tenue à l'écart par l'époux qui garde le véritable contrôle et qui fraude la compagnie).

1.1.4.2. L'administrateur qui se fie à un tiers

Dans plusieurs dossiers, des administrateurs cotisés ont invoqué la défense de diligence raisonnable avec succès dans des circonstances où ils s'étaient fiés à d'autres personnes pour les tâches administratives liées à l'exploitation de leur entreprise.

Dans l'affaire *Baker*³⁰, l'appelant était un homme peu éduqué (il avait terminé sa sixième année). Il avait toujours travaillé pour d'autres personnes

²⁶ *Id.*, par. 28.

²⁷ 2003 CCI 557.

²⁸ 2004 CCI 618.

²⁹ 2007 CCI 119.

³⁰ Précité, note 8.

dans l'industrie équestre (hippodrome, écuries). Au bout d'un certain temps, il en est venu à exploiter sa propre entreprise de pension et d'entraînement de chevaux.

C'est l'épouse de l'appelant qui a eu l'idée de constituer une société et c'est également elle qui s'occupait de toutes les tâches administratives et de la comptabilité. Elle n'était pas elle-même actionnaire ni administratrice de la société, c'est l'appelant qui était actionnaire et administrateur unique.

L'appelant a indiqué n'avoir jamais eu connaissance de problèmes financiers ou de dettes fiscales découlant de l'exploitation de son entreprise. Il a également indiqué qu'il s'en remettait entièrement à son épouse, en qui il avait pleine confiance, pour les tâches administratives, tâches auxquelles il ne connaissait rien. Il a aussi admis n'avoir aucune idée de ses responsabilités en tant qu'administrateur.

Au décès de l'épouse de l'appelant, il a été découvert que la société n'avait jamais fait ses remises de TPS. L'appelant, avec l'aide de sa fille, s'est alors empressé de régulariser la situation au moyen d'une divulgation volontaire.

La Cour canadienne de l'impôt a exonéré l'appelant de sa responsabilité comme administrateur en indiquant qu'étant donné ses capacités limitées, l'appelant n'avait pas été irresponsable et n'avait pas fait preuve d'aveuglement volontaire. Il a fait confiance à son épouse, ce qui représentait une diligence raisonnable pour un administrateur tel que l'appelant. Il n'avait aucune raison de soupçonner quoi que ce soit et dès qu'il a découvert le défaut, il a pris les mesures pour y remédier.

Le passage suivant de la décision du juge Hershfield est intéressant en ce qu'il résume bien, de façon générale, les circonstances dans lesquelles un administrateur pourra être exonéré de sa responsabilité pour s'être fié à une autre personne :

« 75 Pour conclure mon analyse, je tiens à souligner que la jurisprudence invoquée par l'appelant est très tolérante envers les administrateurs de bonne foi dont on a conclu, parce qu'ils avaient fait confiance à quelqu'un d'autre et qu'ils connaissaient les limites de leurs propres capacités, qu'ils avaient agi avec suffisamment de soin, de diligence et de compétence pour prévenir un défaut de versement, et ce, même s'ils ne s'étaient pas renseignés et n'avaient accordé que peu ou pas d'importance à leurs responsabilités en tant qu'administrateur, car ils ne les connaissaient pas. Cependant, cette tolérance a une réserve : l'omission de se renseigner et de respecter les obligations incombant à l'administrateur qui n'étaient pas connues ne doit pas être due à l'aveuglement volontaire attribuable à une intention de ne pas découvrir de

problème, mais plutôt à une confiance bien fondée – autant subjectivement qu’objectivement – et au fait que les limites sont véritables et auraient restreint le respect des obligations si celles-ci avaient été connues.

76 Par surcroît, la jurisprudence invoquée établit clairement que le devoir concret d’agir ne naît qu’au moment où l’administrateur apprend ou devrait avoir appris l’existence des faits qui porteraient une personne raisonnable à conclure qu’il pourrait exister un défaut de versement³¹. »

La décision est également intéressante puisqu’elle contient une revue de plusieurs décisions où les appelants invoquaient le fait de s’être fié à d’autres personnes pour remplir leur obligation de diligence³².

Dans d’autres décisions récentes, non citées dans l’affaire *Baker*, des administrateurs ont également réussi à s’exonérer de leur responsabilité pour s’être fiés à d’autres personnes quant à l’accomplissement de leurs responsabilités en tant qu’administrateurs.

Par exemple, dans l’affaire *Richard c. La Reine*³³, la Cour canadienne de l’impôt a exonéré les trois administrateurs de leur responsabilité sur la base de l’exercice d’une diligence raisonnable de leur part.

Comme les affaires de la compagnie déclinaient depuis un certain temps, les administrateurs ont pris la décision, de concert avec leurs conseillers financiers et leurs comptables, de soumettre la compagnie à la *Loi sur les arrangements avec les créanciers de compagnies*³⁴.

Lors d’une réunion avec les comptables, de la firme Richter, ces derniers ont avisé les administrateurs qu’aucun créancier ordinaire, incluant le gouvernement, ne devait désormais être payé.

C’est sur la base de cette recommandation que le défaut à l’origine des cotisations en litige est survenu.

La Cour canadienne de l’impôt a conclu de la façon suivante quant à la question de la diligence raisonnable :

³¹ *Id.*, par. 75-76.

³² *Id.*, par. 36-51.

³³ 2009 CCI 280 (« *Richard* »).

³⁴ L.R.C. (1985), ch. C-36.

« 35 Bien que tous des professionnels [en parlant des administrateurs], aucun d'eux n'avait d'expertise en matière d'insolvabilité. On ne peut leur reprocher de s'être fiés à des experts, la norme en est une de raisonnable et non pas de perfection. Selon leurs témoignages, ils ont compris qu'ils devaient être très prudents de ne pas privilégier un créancier par rapport à un autre sous peine d'entacher leur responsabilité personnelle. Ève Richard, suite à la réunion, a pris la peine de retourner au bureau pour s'assurer que les conseils qu'elle venait de recevoir étaient bien suivis, et parmi ces conseils, celui de ne pas faire les remises de taxes. Elle a également contacté un bureau d'avocats qui ne l'a pas conseillée autrement.

À mon avis, les appelants ont démontré, selon la prépondérance des probabilités, qu'ils ont agi avec le soin, la diligence et la compétence requis pour prévenir le manquement de JBL de remettre la taxe due pour janvier 2004 et qu'à ce titre, ils ont exercé la diligence requise dans les circonstances³⁵. » (Notre soulignement)

Nous vous référons également, sans toutefois les résumer en détail, aux affaires *Arsic c. La Reine*³⁶ et *Vrisc*³⁷, dans lesquelles des administrateurs s'étant fiés à des tiers ont été exonérés de leur responsabilité.

1.1.4.3. Prise de contrôle par un tiers

Dans bien des cas, lorsqu'un tiers, en général la banque ou un créancier important, s'approprie les pouvoirs des administrateurs, ces derniers pourront invoquer la défense de diligence raisonnable avec succès.

Certaines décisions rendues au cours des 10 dernières années ont retenu notre attention, soit les affaires *Worrel et autres c. La Reine*³⁸, *Gruia c. La Reine*³⁹ et *Trajkovich c. La Reine*⁴⁰.

Nous nous contenterons de résumer en détail l'affaire *Worrell* aux fins du présent texte.

³⁵ Richard, précité, note 33, par. 35.

³⁶ 2010 CCI 423.

³⁷ Précité, note 8.

³⁸ [2001] 2 C.F. 203 (C.A.F.); décision antérieure : 98 D.T.C. 1783 (C.C.I.) (« *Worrel* »).

³⁹ 2005 CCI 406 (« *Gruia* »).

⁴⁰ 2008 CCI 402 (« *Trajkovich* »).

Dans cette affaire, la compagnie en cause, Abel, œuvrait dans la fabrication d'éléments métalliques utilisés dans la construction.

Abel a commencé à éprouver des difficultés financières au début des années 1990, à un point tel que la banque a commencé à exercer un contrôle très serré sur les chèques émis par la compagnie.

Un premier chèque de RAS a été rejeté par la banque sans préavis en septembre 1993. Abel a alors engagé un consultant pour tenter de restructurer les affaires de la compagnie et trouver un terrain d'entente avec la banque. Malgré cela, la banque a continué à rejeter les chèques de RAS préparés par Abel (sauf quelques-uns à sa discrétion) et elle a désigné BDO Dunwoody pour surveiller la situation financière de la compagnie. Abel devait obtenir la permission de la banque presque quotidiennement pour payer ses créanciers.

Abel avait trouvé un investisseur potentiel pour essayer de se tirer d'affaire, mais la banque l'a refusé et a demandé le remboursement de ses créances. Abel a fait faillite peu de temps après.

La Cour canadienne de l'impôt avait exonéré les administrateurs de leur responsabilité étant donné qu'à partir du moment où la banque a rejeté le premier chèque de RAS, c'est la banque et non les administrateurs qui avaient le contrôle des finances d'Abel. Les administrateurs ayant perdu toute liberté d'agir, ils ne pouvaient être soumis au régime de responsabilité de l'article 227.1 L.I.R.

La Cour d'appel fédérale était saisie des deux questions suivantes :

« 1. Le contrôle exercé dans les faits par la banque sur l'aptitude de la compagnie à faire des versements à Revenu Canada excluait-il les administrateurs du champ d'application du paragraphe 227.1(1)? »

2. Dans la négative, les administrateurs ont-ils agi avec le degré de soin, de diligence et d'habileté qu'aurait exercé une personne raisonnable dans des circonstances comparables pour prévenir le défaut de versement, de façon à pouvoir se prévaloir du moyen de défense prévu au paragraphe 227.1(3)⁴¹? »

La Cour a commencé par rappeler les principes généraux portant sur l'article 227.1 L.I.R., que l'on peut résumer de la façon suivante :

⁴¹ Précité, note 38, par. 23.

- a) l'article 227.1 L.I.R. a été mis en place afin d'éviter que les compagnies utilisent les retenues d'impôt pour continuer à exploiter leur entreprise en situation financière difficile;
- b) la norme de diligence applicable à une défense de diligence raisonnable est une norme « objective subjective »;
- c) dès qu'un administrateur sait ou devrait savoir que la compagnie ne peut effectuer ses remises, il doit prendre des mesures concrètes pour prévenir le défaut;
- d) la diligence qui doit être exercée doit l'être dans le but de **prévenir** les défauts et non d'y remédier après coup;
- e) les administrateurs ne seront pas personnellement responsables si la dette est remboursée à un moment ou à un autre; et
- f) l'administrateur qui perd le contrôle de la compagnie (par exemple à la suite de la nomination d'un séquestre-gérant) n'est pas tenu des dettes contractées à la suite de la perte de contrôle.

La Cour a ensuite fait la revue de différentes décisions dont les faits étaient semblables aux faits de la présente affaire.

Après avoir exposé les principes généraux et la jurisprudence applicable, la Cour d'appel fédérale a conclu qu'il est faux de dire que l'article 227.1 L.I.R. ne trouve pas application lorsque les administrateurs n'ont pas, dans les faits, le contrôle de la compagnie. Cette absence de contrôle sera plutôt considérée comme un des éléments permettant aux administrateurs d'invoquer leur diligence raisonnable :

« 58 Sauf le respect que je dois à tous ceux qui sont d'avis contraire, j'estime qu'il ne faut pas interpréter le paragraphe 227.1(1) comme signifiant qu'il ne s'applique que si les administrateurs ont dans les faits le contrôle des opérations financières de la compagnie, en particulier du règlement de ses obligations.

59 En premier lieu, pareils termes ne figurent pas dans le texte de loi, et le juge ne doit normalement pas ajouter des termes à ceux du texte de loi adopté par le législateur.

60 En deuxième lieu, l'exonération pour cause de diligence raisonnable que prévoit le paragraphe 227.1(3) est suffisamment générale pour fournir un moyen de défense aux administrateurs qui ont fait ce qu'il faut pour essayer de prévenir le défaut de versement de leur compagnie. Il est donc inutile d'insérer la notion de contrôle dans le paragraphe (1) afin que la responsabilité des administrateurs

ne soit pas engagée dans le cas où ce qu'ils font pour prévenir le défaut de versement de la compagnie satisfait à la norme de diligence, telle qu'une personne raisonnable l'aurait observée dans des circonstances comparables pour prévenir le défaut⁴². » (Notre soulignement)

La Cour d'appel fédérale conclut finalement que les administrateurs ont fait preuve de diligence dans les circonstances du présent dossier en raison des restrictions que leur imposait le contrôle exercé par la banque sur les finances de la compagnie.

Dans l'affaire *Gruia*, l'administrateur n'avait jamais omis de verser quelque montant que ce soit au gouvernement. Quand les affaires de la compagnie ont commencé à décliner, la banque a envoyé un « consultant » qui devait approuver le paiement des créanciers. Ce n'est qu'après l'arrivée de ce consultant qu'un défaut de remise est survenu.

La Cour canadienne de l'impôt a exonéré l'administrateur en ces termes :

« 25 Il a souvent été dit dans la jurisprudence que la responsabilité des administrateurs n'est pas absolue. Le paragraphe 323(3) de la Loi soustrait un administrateur à sa responsabilité s'il peut prouver qu'il a agi avec autant de soin, de diligence et de compétence pour prévenir l'omission de la compagnie de verser la taxe nette perçue pour le compte de la Couronne. Le comportement de l'appelant par le passé montre que celui-ci avait un système opportun et efficace pour verser les sommes dues au gouvernement, qu'il connaissait ses obligations en vertu de la Loi, qu'il savait que les fonds publics ne devaient pas être utilisés pour financer les activités courantes de la compagnie et qu'il a toujours agi en conséquence.

26 Pour ces motifs, l'appel doit être accueilli, avec dépens⁴³. »

Finalement, dans l'affaire *Trajkovich*, l'administrateur a également été exonéré de sa responsabilité en raison du contrôle exercé par la banque qui avait nommé un « directeur financier » qui prenait les décisions quant au paiement des créanciers, laissant l'administrateur aux livres sans contrôle.

Bien que souvent très factuelles, ces décisions nous permettent de conclure qu'un administrateur qui perd le pouvoir de contrôler la compagnie pourra en général être exonéré sur la base de la défense de diligence raisonnable.

⁴² *Id.*, par. 58-60.

⁴³ Précité, note 39, par. 25-26.

1.2. PRESCRIPTION DE DEUX ANS

Les dispositions légales portant sur la responsabilité des administrateurs prévoient qu'un administrateur ne peut être cotisé plus de deux ans après le moment où il cesse pour la dernière fois d'être administrateur.

De façon générale, les lois relatives aux sociétés enseignent qu'un administrateur cesse d'être administrateur au moment où il démissionne de ses fonctions. Se pose alors la question de savoir ce qui constitue une démission valable et quelles doivent en être les formalités.

Par ailleurs, depuis quelques années, la jurisprudence a commencé à accepter que d'autres circonstances (que la démission) puissent constituer le point de départ de la prescription de deux ans.

Nous aborderons tout d'abord les questions plus techniques liées à la démission, pour terminer par une analyse des circonstances autres qui pourraient fonder le point de départ de la prescription de deux ans.

1.2.1. Démission non transmise aux « autorités corporatives »

En général, les tribunaux acceptent qu'une démission soit valide même si elle n'a pas été transmise aux « autorités corporatives » étant donné que l'administrateur qui démissionne de ses fonctions n'a plus de pouvoir sur la compagnie et que c'est à cette dernière que revient la tâche d'aviser les « autorités corporatives » des modifications à la composition de son conseil d'administration.

La jurisprudence récente fournit des exemples de cas où une démission peut être acceptée même si les « autorités corporatives » n'ont pas été avisées.

- Affaire *Parisien c. La Reine*⁴⁴ :

« 24 La lettre de démission déposée sous la pièce A-1, acceptée par monsieur Bélec en présence de monsieur Parisien père, rencontre les termes de la *LCSA* pour donner effet à la démission. Le fait que monsieur Bélec n'ait pas fait les corrections nécessaires auprès du Registre des entreprises de l'IGIF ne peut être imputable à l'appelant comme tel. En vertu de l'article 113 de la *LCSA*, c'est la Société et non l'administrateur qui a l'obligation de transmettre tout changement dans la composition du conseil d'administration au directeur

⁴⁴ 2004 CCI 276.

nommé en vertu de la *LCSA*. De plus, bien qu'il soit prudent pour un administrateur de s'assurer que sa démission ait été rendue publique par le biais d'une déclaration modificative, l'absence d'une telle déclaration n'invalide pas la démission d'un administrateur si ce dernier peut en faire la preuve. La présomption créée par le paragraphe 253(2) de la *LCSA* que les administrateurs désignés comme tels dans le dernier avis publié au registre de l'IGIF occupent bel et bien ce poste est réfutable [...]. Or ici, la preuve est suffisante pour conclure que l'appelant a donné sa démission le 31 mars 2000⁴⁵. » (Notre soulignement)

- Affaire *Tucker c. La Reine*⁴⁶ :

« 47 Lorsque l'accord avec Dibblee sur la cession de la participation dans D&M a été conclu, M. Tucker a remis sa démission comme administrateur "avec effet au 31 décembre 2001", et le document signé à cet effet a été remis à D&M au moment de la conclusion de l'accord. [...]

[...]

49 L'avocat de l'intimée s'est reporté aux dossiers de la Nouvelle-Écosse pour montrer que M. Tucker n'avait pas cessé d'être un administrateur de D&M le 31 décembre 2001. Il ne s'agit pas d'une source acceptable pour établir si oui ou non M. Tucker avait remis sa démission comme administrateur de D&M. Il est absolument normal que les administrateurs d'une société remettent leur démission lorsque la société change de main. C'est ce que M. Tucker a fait. Le fait que les nouveaux dirigeants de D&M n'ont pas informé la Nouvelle-Écosse de cette démission n'a pas pour conséquence le maintien de M. Tucker à ce poste. Il n'était plus administrateur de D&M après le 31 décembre 2001, lorsque cette société a omis de remettre au receveur général les retenues à la source. Il n'a donc aucune responsabilité à l'égard de montants établis par cotisation en vertu du paragraphe 227.1(1) pour les périodes ultérieures au 31 décembre 2001⁴⁷. » (Notre soulignement)

- Affaire *Ustel c. La Reine*⁴⁸ :

« [14] I accept the Appellant's submission that the failure of the Corporation to register with the competent authorities any change regarding the directors is not fatal to his claim that he resigned as a director. [...]

⁴⁵ *Id.*, par. 24.

⁴⁶ 2007 CCI 298.

⁴⁷ *Id.*, par. 47, 49.

⁴⁸ 2010 CCI 444.

[15] The Appellant admitted that he resigned as a director, *inter alia*, to limit his liability for the Corporation's unpaid tax liabilities. It is true that it was not entirely within the Appellant's powers to ensure that the Corporation duly filed a notice confirming his resignation with the competent provincial authority. [...] ⁴⁹. »

Nous pouvons conclure qu'en général la question de savoir si un administrateur a démissionné demeure une question de preuve.

1.2.2. Démission de tous les administrateurs

On s'est posé la question de savoir si la démission d'un administrateur pouvait être valide même si elle avait pour effet que la compagnie se retrouverait sans administrateur.

La jurisprudence récente semble répondre par l'affirmative à cette question.

Dans l'affaire *Stasieczek et autres c. La Reine*⁵⁰, la preuve a révélé que les deux seuls administrateurs de la compagnie avaient signé un document faisant état de leur démission. Bien que la compagnie ait été laissée sans administrateur à la suite de ces démissions, les administrateurs ont été exonérés de leur responsabilité étant donné que les cotisations avaient été émises plus de deux ans après les démissions.

Dans l'affaire *Walsh c. La Reine*⁵¹, la Cour canadienne de l'impôt a accepté la démission de l'administrateur unique dans les termes suivants :

« 40 Les faits de l'affaire qui nous occupe sont encore plus convaincants. En l'espèce, il y a eu une lettre de démission signée par le seul administrateur de la société, en présence du témoin corroborant qui avait rédigé cette lettre. Celle-ci avait ensuite été emportée au bureau d'affaires de la société.

41 Je suis convaincue, compte tenu de ces circonstances, que la démission de l'appelant a été "communiquée de façon intelligible" à JSL et qu'elle a pris effet le 31 mai 2002; l'appelant a donc cessé d'être administrateur de droit à cette date⁵². »

⁴⁹ *Id.*, par. 14-15.

⁵⁰ 2005 CCI 127.

⁵¹ 2009 CCI 557.

⁵² *Id.*, par. 40-41.

Dans l'affaire *Campbell c. La Reine*⁵³, la Cour canadienne de l'impôt a conclu que l'appelant n'avait pas réussi à faire la preuve de sa démission. La Cour a tout de même rappelé qu'il était reconnu par la jurisprudence qu'un administrateur unique pouvait donner sa démission.

Il appert donc qu'une démission pourra être acceptée par les tribunaux même si la compagnie se retrouve sans administrateur pourvu que l'administrateur soit en mesure de faire la preuve de sa démission, ce qui bien souvent sera un exercice de crédibilité.

1.2.3. Point de départ du délai de prescription

L'affaire *Franck c. La Reine*⁵⁴ (rendue par la Cour canadienne de l'impôt) et l'affaire *Gilbert c. SMRQ*⁵⁵ (rendue par la Cour du Québec) ont été parmi les premières décisions à énoncer clairement que le point de départ de la prescription de deux ans pouvait être la dissolution d'une compagnie. À la lumière des propos tenus par les juges dans ces décisions, il subsistait toutefois des doutes quant à l'effet qu'auraient ces mêmes décisions dans les années futures⁵⁶.

Toutefois, au cours des trois dernières années, certaines décisions rendues par la Cour d'appel fédérale et la Cour d'appel du Québec ont dissipé ces doutes.

Nous analyserons tout d'abord l'affaire *La Reine c. Aujla*⁵⁷ rendue par la Cour d'appel fédérale en 2008 sous la plume du juge Ryer pour la majorité. Il est à noter que le juge Blais était dissident.

Dans cette affaire, Amarjit et Harjinder Aujla, deux frères, avaient été cotisés comme administrateurs pour les omissions de la compagnie Aujla Construction de remettre des montants de TPS. Les cotisations au nom des frères Aujla avaient été émises le 4 septembre 2003.

⁵³ 2010 CCI 100.

⁵⁴ 2005 CCI 392.

⁵⁵ C.Q. Montréal, n° 500-80-000703-026, 28 septembre 2005, j. Pinsonnault (« *Gilbert* »).

⁵⁶ Pour une analyse détaillée de ces décisions, voir Virginie FALARDEAU, « La prescription des cotisations de tiers », dans *Colloque – Le temps et la fiscalité – Les délais en matière de cotisation et de recouvrement*, 157, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 2:1-55.

⁵⁷ 2008 CAF 304; décision antérieure 2007 CCI 764 (« *Aujla* »).

En mars 1999, la compagnie avait été radiée du registre des compagnies de la Colombie-Britannique pour omission d'avoir produit ses rapports annuels.

Le ministère du Revenu a demandé la révocation de cette radiation en février 2003, laquelle révocation a été accordée un mois plus tard dans le but de faciliter le recouvrement des montants qui étaient dus par la compagnie⁵⁸. L'ordonnance de révocation spécifiait qu'elle était rétroactive au moment de la dissolution, mais sans porter préjudice aux droits que des tiers pourraient avoir acquis avant la révocation.

Les frères Aujla prétendaient que les cotisations d'administrateur émises le 4 septembre 2003 étaient prescrites puisqu'elles avaient été émises plus de deux ans après qu'ils eurent cessé d'être administrateurs, soit au moment de la radiation (mars 1999).

La Cour canadienne de l'impôt a donné raison aux frères Aujla au motif qu'une compagnie qui n'a plus d'existence (pour avoir été radiée) ne peut avoir d'administrateurs.

Selon la Cour canadienne de l'impôt, la révocation de la radiation n'avait pas fait en sorte de ramener les frères Aujla comme administrateurs de la compagnie, surtout que cette demande n'avait pas été faite par le Ministère dans sa demande de révocation.

Devant la Cour d'appel fédérale, le Ministère prétendait que les frères Aujla n'avaient jamais cessé d'être administrateurs étant donné qu'ils n'ont jamais démissionné et que la radiation de la compagnie n'était pas volontaire et que, même s'ils avaient cessé de l'être, l'ordonnance de révocation de radiation, par son effet rétroactif, avait eu pour effet de ne jamais faire cesser leur mandat d'administrateurs.

⁵⁸ La révocation de la radiation d'une compagnie constitue souvent une procédure standard pour les autorités fiscales qui doivent, de façon préalable à l'émission d'une cotisation d'administrateur, obtenir un certificat attestant les dettes de la compagnie et constater un défaut d'exécution par la compagnie (voir les alinéas 227.1(2)a) L.I.R., 323(2)a) L.T.A. et le paragraphe 24.0.1a) L.M.R.). Or, dans le cas où une compagnie n'a plus d'existence juridique parce qu'elle a été radiée du registre des entreprises, le Ministère doit obtenir la révocation de cette radiation pour redonner une existence juridique à la compagnie avant de pouvoir enregistrer le certificat en question et de cotiser l'administrateur.

La Cour d'appel fédérale rappelle tout d'abord qu'il faut s'en remettre aux lois relatives aux sociétés pour déterminer à quel moment un administrateur cesse d'être administrateur. Il invite à la prudence dans son analyse étant donné que les lois relatives aux sociétés de chaque province peuvent être différentes.

Quant à l'argument voulant que les frères Aujla n'aient pas cessé d'être administrateurs étant donné que la radiation de la compagnie n'était pas volontaire (compagnie radiée pour omission de produire ses rapports annuels), la Cour d'appel fédérale le rejette, n'y voyant aucun fondement légal.

La Cour d'appel fédérale examine ensuite l'argument du Ministère voulant que la révocation de la radiation ait eu pour effet de reconduire le mandat des frères Aujla depuis la date de la radiation, de telle sorte qu'ils n'auraient jamais cessé d'être administrateurs.

La Cour fait siens les propos suivants de la Cour canadienne de l'impôt selon lesquels la reconduction du mandat d'administrateurs des frères Aujla n'aurait pu être possible que si l'ordonnance de révocation de radiation l'avait explicitement mentionné :

« 31 Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que la disposition déterminative du paragraphe 262(2) de la *Company Act* n'avait pas pour effet de réintégrer rétroactivement les frères Aujla dans leurs fonctions d'administrateurs. Il a conclu que le pouvoir permettant d'obtenir un tel résultat était effectivement prévu à l'article 263 de la *Company Act*, mais que la Cour suprême de la Colombie-Britannique n'avait pas exercé ce pouvoir lorsqu'elle avait rendu son ordonnance, étant donné qu'on ne trouvait dans cette ordonnance aucune allusion à une telle réintégration et qu'il était inacceptable de conclure à une telle réintégration de manière implicite.

32 Le juge de la Cour de l'impôt a fait observer que l'argument de Sa Majesté suivant lequel il fallait considérer que les frères Aujla avaient été implicitement réintégrés dans leurs postes d'administrateurs était incompatible avec le fait qu'ils n'avaient pas été avisés de la demande présentée par Sa Majesté en vue de faire réinscrire la société au registre. Il a étayé sa conclusion en rappelant la présomption à l'encontre de l'extension, par interprétation, de la portée d'une loi rétroactive, citant, à cet égard Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd., Toronto, Butterworths, 1994, aux pages 511 à 517.

33 À mon avis, c'est à bon droit que le juge de la Cour de l'impôt a conclu que les frères Aujla ne pouvaient être réintégrés rétroactivement dans leurs fonctions d'administrateurs que si l'ordonnance de la Cour le prévoyait expressément⁵⁹. »

L'analyse de la Cour se poursuit par l'examen d'une décision rendue par la Cour d'appel de Colombie-Britannique, dans l'affaire *Natural Nectar Prod. Can. Ltd. c. Theodor*⁶⁰, qui appuie sa position.

La Cour d'appel fédérale conclut finalement que les frères Aujla ont cessé d'être administrateurs d'Aujla Construction à la date de sa radiation en mars 1999 et que leur mandat n'a pas été reconduit par la révocation de cette radiation, de telle sorte qu'ils ne pouvaient être cotisés à titre d'administrateurs pour les manquements de la compagnie.

Après cette décision, notre réaction fut de penser que le Ministère demanderait la reconduction du mandat des administrateurs dans toutes les demandes de révocation de radiation qu'il allait présenter afin d'éviter l'effet du jugement *Aujla*.

La situation appréhendée à la suite de l'affaire *Aujla* s'est présentée dans la décision *Re Blackwater Marine inc.*⁶¹ rendue par la Cour suprême de Colombie-Britannique, avec un résultat plutôt satisfaisant pour les contribuables.

Dans cette affaire, la compagnie Blackwater Marine Incorporated avait été dissoute volontairement et donc radiée du registre des compagnies en février 2006. Le seul administrateur de la compagnie à l'époque était John Jefferson Frost.

À peu près au même moment que la dissolution, un avis de cotisation avait été émis au nom de la compagnie pour des RAS impayées.

En 2010, le ministère du Revenu fédéral, sur la base de la décision rendue dans l'affaire *Aujla*, demande la révocation rétroactive de la radiation de la compagnie et la reconduction rétroactive du mandat de l'administrateur Frost afin de faciliter le recouvrement des montants dus par la compagnie,

⁵⁹ *Aujla*, précité, note 57, par. 31-33.

⁶⁰ [1990] 5 W.W.R. 590 (C.A. C.-B.).

⁶¹ 2010 D.T.C. 6877 (C.S. C.-B.).

incluant l'émission d'un avis de cotisation d'administrateur au nom de M. Frost.

C'est cette demande qui fait l'objet de la décision rendue par la Cour suprême de Colombie-Britannique.

La Cour juge que toutes les conditions ont été remplies pour que la radiation de la compagnie soit révoquée. Le litige porte plutôt sur la reconduction rétroactive du mandat de l'administrateur Frost.

La Cour est d'avis que le mandat de l'administrateur Frost ne peut être reconduit rétroactivement étant donné que le Ministère n'a donné aucune explication quant à son omission d'agir à l'intérieur d'un délai de deux ans suivant la radiation de la compagnie et que la reconstitution porterait un préjudice irréparable à l'administrateur.

Les propos suivants sont très intéressants à cet égard :

« 19 In order to avoid the problem raised in *Aujla*, C.R.A. seeks the specific order that Mr. Frost be reconstituted as a director of Blackwater. I have concluded that this part of the application of C.R.A. should not be allowed. No real explanation is given by C.R.A. why no proceedings were taken against Mr. Frost within the two-year period set out in s. 227.1(4) of the Tax Act. The only excuse provided by C.R.A. regarding why they waited almost 3-1/2 years to make this application is that they were awaiting the outcome of the decision in *Aujla*. However, such an approach ignores the clear language of s. 360(6) of the B.C.A., as well as what is referred to by the Federal Court of Appeal in *Aujla* as the "rationale" in *Natural Nectar Products Canada Ltd. v. Theodor* [1990 CarswellBC 138 (B.C. C.A.)], supra.

20 After two years, Mr. Frost had a reasonable expectation that he would not be called upon to account for any liability accruing. It is clear the C.R.A. has "slept on its rights to enforce collection". The prejudice to Mr. Frost is obvious : the accounting records of Blackwater are no longer available and a retroactive restoration of Mr. Frost as a director may put into jeopardy his four-year non-competition agreement. If he had already resigned as a director of Blackwater, the effect of the order sought is to eliminate the resignation which Mr. Frost states was part of the voluntary dissolution undertaken. If he had not resigned as a director, then the effect of the order sought would be to deprive him of the benefit of the limitation period provided under s. 227.1(4) of the Tax Act.

21 The delay may well have made it impossible for Mr. Frost to show that he exercised the degree of care, diligence and skill to prevent the failure that a reasonable prudent person would have exercised in comparable circumstances to make sure that payroll deductions were remitted. There appears to be no available information that the amounts were or were not withheld and remitted. There is no information regarding whether the employees subsequently paid the

income tax owing in full. There appears to be no way of testing the assertion of Mr. Frost that there was nothing owing for “payroll debts or corporate tax”. Clearly, evidence has gone stale and evidence is missing⁶². » (Notre soulignement)

La Cour accepte donc de révoquer rétroactivement la radiation de la compagnie, mais pas de reconduire le mandat de l’administrateur Frost, en laissant toutefois sous-entendre qu’elle aurait pu le faire si la demande avait été présentée dans les deux ans suivant la radiation.

La conclusion de la Cour s’énonce comme suit :

« 22 Blackwater Marine Incorporated is restored to the Registry of Companies for a period a two years, commencing on the date that a certified copy of this Order is filed with the Registrar of Companies. Blackwater Marine Incorporated will be deemed to have continued in existence as if it had never been dissolved, and proceedings may be taken against Blackwater Marine Incorporated as might have been taken if it had not been dissolved.

23 While Blackwater is retroactively and prospectively restored to Registry of Companies for a period of two years, that restoration is without prejudice to the rights acquired by Mr. Frost and any other persons before this restoration. Specifically, I am not prepared to make an order as is contemplated under s. 360(7) of the *B.C.A.* While there may not be a limitation on the ability of C.R.A. to pursue amounts owing under s. 153 of the *Tax Act* or under the provisions of the *Excise Tax Act*, I am nevertheless of the view that the applications to restore a company to the Registry of Companies should be undertaken within two years after a director last ceased to be a director of a company in order that a director can be secure in his or her reasonable expectation that he or she: “... will not be held to account for ancient obligations”: *M. (K.) v. M. (H.)* [1992 CarswellOnt 841 (S.C.C.)], *supra*, at p. 29⁶³. » (Notre soulignement)

À la suite de cette décision, est-ce que les registres des compagnies fédéral et provinciaux seront scrutés à la loupe par les ministères du Revenu fédéral et provinciaux pour que des demandes soient présentées en temps utile en cas de radiation? Seul l’avenir nous le dira.

⁶² *Id.*, par. 19-21.

⁶³ *Id.*, par. 22-23.

La situation semble être la même du côté provincial si l'on se fie à l'affaire *Tupula-Yamba c. SMRQ*⁶⁴, dont la décision a été rendue par la Cour du Québec et confirmée par la Cour d'appel.

Dans cette affaire, la compagnie Berocan International inc. avait été radiée par le registraire des entreprises le 5 mai 2000 pour omission d'avoir produit ses déclarations annuelles.

L'administrateur, François Tupula-Yamba, a été cotisé le 2 mai 2003. Il invoquait que la cotisation était prescrite puisqu'elle avait été émise plus de deux ans après la dissolution de la compagnie.

La Cour du Québec indique en premier lieu qu'une compagnie qui est radiée cesse d'exister juridiquement; elle perd tous ses pouvoirs et ne peut agir ni en poursuite ni en défense.

Après avoir fait référence à plusieurs décisions, dont l'affaire *Gilbert*⁶⁵, la Cour du Québec conclut que l'administrateur a cessé ses fonctions au moment de la radiation de la compagnie. Selon la Cour, prétendre autrement reviendrait à dire qu'un administrateur peut demeurer administrateur d'une entité juridique inexistante, ce qui est inacceptable.

À la lecture du dernier paragraphe de la décision (lequel est reproduit ci-dessous), la Cour semble laisser sous-entendre, à l'instar de l'affaire *Aujla*, que si le Ministère avait agi à l'intérieur des deux ans suivant la dissolution, la décision aurait pu être différente :

« 34 Les demandeurs, dans la présente cause, peu importe qu'ils aient été administrateurs ou non, bénéficient d'une dissolution et ne peuvent être poursuivis. Le Ministère, avant de demander la révocation de la dissolution, a laissé le temps utile courir pour intenter ses procédures et s'est lui-même privé de ce recours⁶⁶. »

La Cour d'appel n'a pas rendu de motifs, se contentant de dire que le Ministère n'avait pas démontré d'erreurs dans le jugement de première instance.

⁶⁴ 2007 QCCQ 5005; conf. par 2008 QCCA 1136 (« *Tupula-Yamba* »).

⁶⁵ Précité, note 55.

⁶⁶ *Tupula-Yamba*, précité, note 64, par. 34.

Il s'agit d'une belle ouverture démontrée par les tribunaux selon nous et qui répond à des considérations pratiques. En effet, peu nombreux sont les administrateurs de petites compagnies qui pensent à démissionner lorsque leur compagnie cesse ses activités et est éventuellement radiée d'office par le Registraire des entreprises. Pourtant, même en l'absence de démission, il est évident qu'ils ont cessé d'être administrateurs si leur compagnie a cessé ses activités et n'a plus d'existence juridique.

1.3. DROIT DE CONTESTER LA COTISATION CORPORATIVE

La question de savoir si un administrateur cotisé à la suite des défauts de sa compagnie a le droit de contester la dette de la compagnie qui est à l'origine de sa cotisation personnelle à titre de moyen de défense à l'encontre de cette cotisation personnelle a, pendant un certain temps, fait l'objet d'une jurisprudence contradictoire en Cour canadienne de l'impôt⁶⁷.

En 2005, l'ancien juge en chef Bowman de la Cour canadienne de l'impôt a rendu une décision dans l'affaire *Scavuzzo c. La Reine*⁶⁸, dans laquelle il semble avoir mis fin à la controverse en affirmant clairement qu'un administrateur avait le droit de contester la cotisation corporative à l'origine de sa responsabilité.

En effet, depuis cette affaire *Scavuzzo*, les décisions de la Cour canadienne de l'impôt que nous avons recensées allaient toutes dans le même sens que l'affaire *Scavuzzo*⁶⁹ à l'exception d'une seule⁷⁰.

Qui plus est, la Cour d'appel fédérale a implicitement accepté la contestation de la cotisation corporative comme moyen de défense à

⁶⁷ Les affaires *Schuster c. La Reine*, [2001] G.S.T.C. 91 (C.C.I.); *Maillé c. La Reine*, 2003 CCI 222 et *Zaborniak c. La Reine*, 2004 CCI 560, entre autres, soutenaient la thèse qu'un administrateur ne pouvait contester la dette corporative comme moyen de défense à sa propre cotisation, alors que les affaires *Lau c. La Reine*, [2003] G.S.T.C. 1 (C.C.I.); *Wiens c. La Reine*, 2003 CCI 491 et *Parisien c. La Reine*, 2004 CCI 276, entre autres, soutenaient la thèse contraire.

⁶⁸ 2005 CCI 772 (« *Scavuzzo* »).

⁶⁹ Voir, entre autres, les affaires *Comparelli c. La Reine*, 2007 CCI 277; *Bajan c. La Reine*, 2009 CCI 521; *Barry c. La Reine*, 2009 CCI 508 (« *Barry* ») et *Vrsic*, précité, note 8.

⁷⁰ *La Buick c. La Reine*, 2007 CCI 433.

l'encontre d'une cotisation d'administrateur dans l'affaire *Abrametz c. La Reine*⁷¹.

Dans cette affaire, la Cour canadienne de l'impôt avait rejeté l'appel de l'administrateur étant donné qu'il n'avait pas, selon elle, réussi à démontrer que la cotisation corporative était erronée.

L'administrateur invoquait que certains montants déposés dans les comptes bancaires de la compagnie ne constituaient pas des fournitures taxables, mais plutôt des emprunts et des virements intercomptes, donc non soumis à la TPS.

La Cour d'appel fédérale a renversé la décision de la Cour canadienne de l'impôt en jugeant que la preuve présentée en première instance était suffisante pour conclure que les montants indiqués ci-dessus n'étaient pas assujettis à la TPS et que la réclamation contre l'administrateur devait être réduite pour en tenir compte.

Bien que la Cour d'appel fédérale n'ait pas indiqué « noir sur blanc » que la contestation de la dette corporative était permise, les conclusions du jugement ne nous permettent pas de conclure autrement.

Et elle aura peut-être l'occasion de se reprendre étant donné que l'affaire *Barry*⁷² est actuellement en appel devant la Cour d'appel fédérale.

1.4. ADMINISTRATEUR DE FACTO

Le concept d'administrateur *de facto* (ou administrateur de fait) est un concept maintenant bien reconnu en jurisprudence.

L'administrateur *de facto* est un administrateur qui agit à titre d'administrateur d'une compagnie sans toutefois être inscrit comme administrateur dans les livres de celle-ci ni auprès des « autorités corporatives ».

Trois décisions ont retenu notre attention quant au concept d'administrateur *de facto*. Les deux premières nous aident à définir les

⁷¹ 2009 CAF 70.

⁷² Précité, note 69; en appel, dossier A-440-09.

personnes qui peuvent être considérées comme administrateurs *de facto*, alors que la dernière parle de la démission d'un administrateur de fait.

1.4.1. Notion d'administrateur de facto

Dans l'affaire *Scavuzzo*⁷³, l'une des nombreuses questions soulevées devant la Cour était celle de savoir si l'appelant Jack Scavuzzo était demeuré administrateur *de facto* après sa démission en juillet 1997.

La Cour a conclu que Jack Scavuzzo n'était pas un administrateur *de facto* étant donné qu'après sa démission, il n'a jamais laissé entendre à des tiers qu'il était administrateur et qu'il n'exerçait plus le contrôle qu'un administrateur aurait exercé sur les affaires de la compagnie.

La Cour fait ensuite référence à la directive RCD 95-12⁷⁴, qui, bien qu'elle n'ait pas force de loi, énonce une approche administrative conforme à la loi, selon le juge.

Cette directive énonce les principes suivants :

- a) il faut faire preuve de prudence avant de cotiser un administrateur *de facto*;
- b) le simple fait de signer des chèques n'est pas suffisant pour conclure qu'une personne est un administrateur *de facto*;
- c) il ne sera pas approprié de cotiser un administrateur *de facto* s'il existe des administrateurs dûment nommés au moment pertinent;
- d) un administrateur ne devrait être cotisé en tant qu'administrateur *de facto* seulement s'il laisse entendre à des tiers qu'il est administrateur et qu'il existe une preuve écrite à cet égard.

La Cour mentionne ensuite que le concept d'administrateur *de facto* ne doit pas recevoir une interprétation aussi large que ce qui a été fait par le passé. Par exemple, le concept d'administrateur *de facto* n'englobe pas toutes les personnes qui exercent une autorité quelconque dans une compagnie.

⁷³ Précité, note 68.

⁷⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, directive administrative 95-12.

La Cour poursuit son raisonnement par une analyse jurisprudentielle et doctrinale de laquelle elle fait ressortir les principes suivants :

- a) pour être un administrateur *de facto*, une personne doit sembler posséder certaines qualifications pour être administrateur et laisser entendre qu'elle est un administrateur;
- b) de façon générale, un administrateur est un administrateur *de jure*; le concept ne pourra être étendu à l'administrateur *de facto* seulement si la loi reconnaît ce concept.

Dans l'affaire *Beauchemin c. La Reine*⁷⁵, la question en litige était de déterminer si l'appelant était un administrateur *de facto* de la compagnie 9038-1765 Québec inc.

Nous reproduisons ci-dessous les propos les plus pertinents de la décision :

« 12 Quels sont les éléments qui nous permettent de déterminer si une personne est un administrateur de fait d'une société? À mon avis, une personne sera considérée comme tel si :

i) elle usurpe cette fonction en posant des actes normalement réclamés ou réservés aux administrateurs d'une société en vertu de la loi constitutive de la société concernée : par exemple participer aux réunions du conseil d'administration, signer des résolutions du conseil etc.

ii) elle se présente à des tiers comme un administrateur de la société concernée.”

13 Je pense qu'il faut être prudent à l'égard de l'application du concept de l'administrateur de fait. Je ne crois pas que ce concept englobe toutes les personnes qui exercent des pouvoirs dans une société. Par exemple, la signature par une personne de chèques tirés sur le compte bancaire d'une société ou de rapports adressés aux autorités gouvernementales et la négociation au nom de la compagnie d'un règlement avec les autorités fiscales ou d'un contrat d'acquisition ou de vente d'actifs ne peuvent être considérées, à mon avis, comme établissant une présomption que la personne qui accomplit ces actes le fait en sa qualité d'administrateur de fait. Si tel était le cas, toute personne autorisée à accomplir de tels actes sous la supervision du conseil d'administration d'une société ou bien en vertu des pouvoirs délégués par ce

⁷⁵ 2007 CCI 105. Nous vous référons également à la décision *Girard c. SMRQ*, 2008 QCCQ 5861, rendue par la Cour du Québec, qui est au même effet.

conseil serait automatiquement un administrateur de fait vis-à-vis les tiers. Je suis d'avis qu'une personne qui pose de tels actes peut être considérée comme un administrateur de fait vis-à-vis les tiers uniquement si elle présente (sic) comme administrateur de la société ou elle laisse entendre clairement qu'elle accomplit ces actes à titre d'administrateur de la société. Cette position me semble conforme à la directive RCD 95-12 établie par le ministre sur le sujet bien qu'elle n'ait pas force de loi. Dans sa directive, le ministre s'exprimait ainsi :

«Il faut être très prudent avant d'établir une cotisation à l'égard d'un administrateur 'de fait'. Le fait qu'une personne signe les chèques au nom de la compagnie n'est pas suffisant pour la considérer comme administrateur 'de fait'. Règle générale, il ne faut pas établir de cotisation à l'égard d'un administrateur 'de fait' si aux dates visées d'autres administrateurs étaient légalement nommés. Il ne faut envisager d'établir de cotisation à l'encontre d'un administrateur de fait que dans les cas où la personne se comporte comme un administrateur. Il doit y avoir une preuve écrite de ce comportement»⁷⁶. »

Encore une fois, dans cette décision, la Cour canadienne de l'impôt établit des limites au concept d'administrateur *de facto*.

Si les autorités fiscales suivent les enseignements contenus dans ces décisions récentes, on peut penser que les cotisations d'administrateurs *de facto* seront moins fréquentes qu'avant.

1.4.2. Démission d'un administrateur de facto

De façon traditionnelle, les lois relatives aux sociétés enseignent qu'un administrateur doit transmettre un avis de sa démission à la compagnie qui, elle, doit aviser les « autorités corporatives » du changement.

Ces principes doivent être adaptés dans le cas des administrateurs *de facto* étant donné qu'ils ne sont pas des administrateurs « aux livres » ni dans les registres corporatifs gouvernementaux.

Dans l'affaire *Bremner c. La Reine*⁷⁷, la Cour d'appel fédérale a indiqué qu'un administrateur *de facto* demeurera administrateur *de facto* tant que cette personne dirige ou supervise les activités commerciales et les affaires internes de la compagnie.

⁷⁶ *Id.*, par. 12-13.

⁷⁷ 2009 CAF 146; décision antérieure 2007 CCI 509.

La Cour canadienne de l'impôt avait dit, dans l'affaire *Mosier c. La Reine*⁷⁸, qu'un administrateur *de facto* démissionnait lorsqu'il « posait son dernier geste » à titre d'administrateur.

Ce principe du « dernier geste posé » constitue d'ailleurs une politique administrative suivie par le Centre de perception fiscale de Revenu Québec quant à la démission d'un administrateur *de facto*.

On peut donc conclure qu'un administrateur *de facto* cessera d'être administrateur *de facto* lorsqu'il cessera de « poser des gestes » d'administration de la compagnie. Il y a donc fort à parier que cette question demeurera très factuelle.

1.5. QUESTIONS TECHNIQUES

Dans le cas où une compagnie fait faillite, une des conditions préalables à l'émission d'une cotisation d'administrateur est le dépôt par le Ministère d'une preuve de réclamation dans les six mois de la faillite. Ce délai n'existe que dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* et la *Loi sur la taxe d'accise*⁷⁹. Au provincial, il n'y a aucun délai pour le dépôt de la preuve de réclamation.

Dans l'affaire *Moriyama c. La Reine*⁸⁰, une des questions en litige était de savoir si la preuve de réclamation du Ministère était valide.

La compagnie dans cette affaire avait fait faillite le 4 décembre 1998. Le 23 décembre 1998, Revenu Canada a déposé une preuve de réclamation pour un montant de 233 288 \$. Le 11 janvier 2000, une preuve de réclamation amendée de 276 278 \$ a été déposée. Le montant additionnel représentait des montants non encore connus de Revenu Canada au moment de la faillite.

La Cour canadienne de l'impôt ainsi que la Cour d'appel fédérale ont jugé que la preuve de réclamation, même si elle avait été amendée en dehors du délai prévu au paragraphe 227.1(2) L.I.R. était tout de même valide.

Nous espérons que le résultat n'aurait pas été le même si l'écart entre la preuve de réclamation initiale et la preuve de réclamation amendée avait été beaucoup plus important.

⁷⁸ [2001] G.S.T.C. 124 (C.C.I.).

⁷⁹ Voir les alinéas 227.1(2)c) L.I.R. et 323(2)c) L.T.A.

⁸⁰ 2004 CCI 311; conf. par 2005 CAF 207.

À la lumière de cette décision, nous nous demandons si le délai de six mois prévu à la loi a encore un sens et une utilité selon le principe d'interprétation des lois voulant que le législateur ne soit pas présumé « parler pour ne rien dire ».

Toujours sur la question de la preuve de réclamation, la Cour d'appel fédérale a indiqué, dans l'affaire *Matossian c. La Reine*⁸¹, qu'il n'était pas nécessaire de déposer des documents à l'appui de la preuve de réclamation (en l'occurrence des avis de cotisation) pour que cette dernière soit valide.

Une autre des conditions préalables à l'émission d'une cotisation d'administrateur est le dépôt d'un certificat attestant le montant dû par la compagnie et un défaut d'exécution à l'égard de ce montant⁸².

Dans l'affaire *Barret c. La Reine*⁸³, l'appelant invoquait que le Ministère n'avait pas fait preuve de suffisamment de diligence dans ses tentatives de recouvrer la dette auprès de la compagnie et que la condition préalable de l'alinéa 323(2)a) L.T.A. n'avait donc pas été remplie.

La décision de la Cour canadienne de l'impôt nous renseigne sur ce qui constitue des efforts raisonnables pour recouvrer la dette de la compagnie.

Au paragraphe 17 de sa décision, la Cour indique qu'il faut examiner non seulement les efforts raisonnables de recouvrement de la dette du shérif, mais également ceux du Ministère :

« 17 It is clear that, in looking at what constitutes reasonable efforts, one must not only consider the actions of the sheriff but the actions of the creditor, the Respondent, in directing the sheriff. Put another way, in determining whether reasonable efforts were made, one examines the entire process of execution, a process which includes the steps taken by the CRA in searching for assets and in determining the instructions to give to the sheriff as well as the actions of the sheriff⁸⁴. »

Dans cette affaire, les actions du shérif et du Ministère n'ont pas été jugées satisfaisantes par la Cour et la cotisation d'administrateur a été annulée.

⁸¹ 2006 CAF 55; décision antérieure 2005 CCI 21.

⁸² Voir les alinéas 227.1(2)a) L.I.R., 323(2)a) L.T.A. et le paragraphe 24.0.1a) L.M.R.

⁸³ 2010 CCI 298.

⁸⁴ *Id.*, par. 17.

Les actions en question ont été résumées de la façon suivante par la Cour :

« 32 To sum up, the key steps taken leading up to the direction to the sheriff were :

- (a) talking to the Appellant who stated there were no assets;
- (b) learning that the business ceased operations in 1995;
- (c) searching for personal property;
- (d) deciding where to send the sheriff and, in the course of this, determining from the file that the company no longer had a separate address of its own;
- (e) determining that a previous writ of execution for source deductions had been returned unsatisfied; and
- (f) possibly, the discovery of a bank account that had a very small amount of money in it (this occurred, but on the evidence it is impossible to know if it occurred before or after the sheriff was sent out)⁸⁵. »

La Cour conclut sa décision en indiquant que les efforts en question doivent être faits avant le retour du bref par le shérif.

Il ne faut pas oublier les conditions préalables lors de l'examen de cotisations d'administrateurs, car elles peuvent cacher des moyens de contestation utiles.

2. RESPONSABILITÉ DES CESSIONNAIRES

2.1. NOTION DE TRANSFERT

Dans les dernières années, certaines décisions nous indiquent ce qui constitue un transfert soumis à l'application des articles 160 L.I.R., 325 L.T.A. et 14.4 L.M.R. Dans les pages qui suivent, nous ne ferons référence qu'à l'article 160 L.I.R. pour éviter d'alourdir le texte.

⁸⁵ *Id.*, par. 32.

2.1.1. Situation des dividendes

Malgré le fait que les tribunaux (et même la Cour suprême⁸⁶) aient répété à de nombreuses reprises qu'il n'existait pas de contrepartie au versement d'un dividende, l'argument a continué d'être présenté par certains contribuables.

Dans ces dossiers, la Cour canadienne de l'impôt et la Cour d'appel fédérale ont simplement rappelé le principe qu'il n'y a pas de contrepartie à un dividende.

Nous vous référons aux affaires *Neumann c. La Reine*⁸⁷ et *Larouche c. La Reine*⁸⁸, sans toutefois les résumer en détail.

Un point très intéressant qui a été soulevé dans la jurisprudence récente eu égard aux dividendes est la question de la « juste valeur marchande d'un dividende ».

Dans l'affaire *Gilbert c. La Reine*⁸⁹, les appelants faisaient valoir, devant la Cour canadienne de l'impôt, que la juste valeur marchande (« JVM ») du dividende qu'ils avaient reçu de leur compagnie devait être le montant du dividende moins l'impôt qu'ils avaient dû payer sur ledit dividende.

La juge Lamarre Proulx de la Cour canadienne de l'impôt a donné raison aux appelants et a accepté de réduire la cotisation pour tenir compte de l'impôt que les appelants avaient payé sur les dividendes qu'ils avaient reçus.

Il s'agissait, selon nous, d'une décision tout à fait logique et pleine de bon sens qui donnait ouverture à un moyen de défense intéressant pour les contribuables.

Malheureusement, quelques années plus tard, la décision de la Cour canadienne de l'impôt a été renversée par la Cour d'appel fédérale⁹⁰.

⁸⁶ *Neuman c. MRN*, [1998] 1 R.C.S. 770.

⁸⁷ 2009 CCI 81.

⁸⁸ 2010 CAF 32; décision antérieure 2008 CCI 448.

⁸⁹ 2005 CCI 672.

⁹⁰ 2007 CAF 136.

À notre avis, la position de la Cour d'appel fédérale est malheureuse étant donné qu'elle peut donner lieu à des situations inéquitables.

Prenons la situation d'un actionnaire qui a reçu un dividende 100 000 \$ sur lequel il a dû payer des impôts de 30 000 \$. Cet actionnaire n'aura reçu qu'une valeur de 70 000 \$ de sa compagnie, mais il pourra être cotisé en vertu de l'article 160 L.I.R. pour une somme de 100 000 \$.

Selon la position de la Cour d'appel fédérale, l'actionnaire peut donc être cotisé pour une somme plus élevée que la valeur de ce qu'il a véritablement reçu.

S'il est impossible de le faire par le biais de la question de la JVM du dividende, il faudrait selon nous un mécanisme qui permette de pallier cette situation inéquitable.

2.1.2. Situation de prête-nom

Dans les dernières années, les situations de prête-nom ont donné lieu à de la jurisprudence contradictoire.

En effet, certaines décisions ont conclu que l'article 160 L.I.R. ne s'appliquait pas dans des situations de prête-nom, alors que d'autres sont plutôt à l'effet contraire.

Par exemple, dans l'affaire *Armenti c. La Reine*⁹¹, des chèques payables à la compagnie Le Groupe Armenti inc. avaient été endossés et remis par l'administrateur de la compagnie, Enzo Armenti, à son fils Domenic Armenti.

Domenic Armenti a, à son tour, endossé et déposé les chèques dans son propre compte bancaire. Toutefois, la preuve a révélé qu'il avait immédiatement remis l'argent de ces chèques à son père à la suite des instructions de ce dernier. La compagnie a procédé de la sorte étant donné que son compte bancaire faisait l'objet de saisies.

La Cour a conclu, dans les termes suivants, que l'encaissement des chèques par Domenic Armenti ne constituait pas un transfert soumis à l'application de l'article 160 L.I.R. :

⁹¹ 2007 CCI 389 (« *Armenti* »).

« 17 [...] En l'espèce, la preuve a révélé que le père, peu importe que ce soit à titre personnel ou à titre de représentant autorisé par la société, n'a jamais voulu transférer la propriété de ces deux chèques à l'appelant, pas plus qu'il n'a voulu que la propriété de ces deux chèques soit dévolue à l'appelant. En aucun temps l'appelant n'a eu le droit d'utiliser, de jouir ou de disposer à sa guise de ces deux chèques. Ainsi, contrairement à la [position de l'Intimée] à l'effet qu'il ne pouvait s'agir en l'espèce d'un mandat, je suis d'avis que la transaction intervenue entre le père, que ce soit à titre personnel ou à titre de représentant autorisé par la société, et le fils était de la nature d'un mandat au sens du *Code civil du Québec*. En effet, la preuve a révélé très clairement en l'espèce que le père, que ce soit personnellement ou à titre de représentant autorisé de la société, a tout au plus donné à l'appelant le mandat d'encaisser ces deux chèques et de lui remettre les sommes ainsi encaissées, mandat qui a été exécuté à titre gratuit par l'appelant. Puisqu'il n'y a jamais eu, en l'espèce, de transfert de propriété de ces deux chèques à l'appelant, je suis d'avis que, en ce qui concerne les chèques en question, l'appelant ne peut être solidairement tenu responsable des dettes fiscales de la société, à l'égard de ces deux chèques⁹². »
(Notre soulignement)

Dans l'affaire *Livingston c. La Reine*⁹³, la Cour d'appel fédérale a déterminé qu'un transfert était soumis à l'application de l'article 160 L.I.R. même lorsqu'il n'y avait pas transfert de la propriété effective (*beneficial ownership*).

Les faits de cette affaire peuvent être résumés de la façon suivante :

- a) Jean Livingston et Michele Davis étaient amies depuis une dizaine d'années;
- b) M^{me} Davis devait près de 800 000 \$ aux autorités fiscales (personnellement et à titre d'administratrice de diverses compagnies);
- c) M^{me} Davis ouvrait sans cesse de nouveaux comptes bancaires de telle sorte que les tentatives de recouvrement de l'ARC échouaient toujours;
- d) M^{me} Livingston était parfaitement au courant des faits mentionnés ci-dessus;
- e) après de nombreuses discussions avec M^{me} Davis, M^{me} Livingston a ouvert un compte bancaire à son nom, dont elle était seule titulaire et signataire;

⁹² *Id.*, par. 17.

⁹³ 2008 CAF 89; décision antérieure 2007 CCI 303 (« *Livingston* »).

- f) toutefois, le compte n'était utilisé que par M^{me} Davis. Elle y déposait des chèques et y faisait verser les sommes qui lui étaient dues;
- g) M^{me} Livingston a remis à M^{me} Davis la seule carte bancaire du compte afin de lui permettre d'effectuer les retraits qu'elle voulait;
- h) M^{me} Livingston a également signé des chèques en blanc à l'usage de M^{me} Davis;
- i) les relevés bancaires étaient envoyés à M^{me} Davis et c'est elle qui pouvait décider de fermer le compte;
- j) l'ARC a émis une cotisation en vertu de l'article 160 L.I.R. au nom de M^{me} Livingston pour la totalité des sommes qui ont été déposées dans le compte depuis son ouverture.

La Cour canadienne de l'impôt a jugé que M^{me} Livingston avait donné une contrepartie à M^{me} Davis en lui remettant la carte bancaire et en lui signant des chèques en blanc et qu'elle n'avait bénéficié d'aucun avantage provenant du compte bancaire, de telle sorte que l'article 160 L.I.R. ne s'appliquait pas.

La Cour d'appel fédérale en a décidé autrement. Elle a décidé de s'en remettre à l'objet et à l'esprit de l'article 160 L.I.R., qui est d'empêcher qu'un contribuable puisse transférer des biens à une personne liée afin d'échapper à ses obligations fiscales.

La Cour est même allée jusqu'à dire, de façon plutôt surprenante, que l'intention de l'auteur et du bénéficiaire du transfert de frustrer l'ARC en tant que créancier pouvait être pertinente pour l'examen du critère de l'existence et de la suffisance d'une contrepartie.

La Cour d'appel fédérale a indiqué que le dépôt des sommes dans le compte bancaire ouvert au nom de M^{me} Livingston constituait un transfert, et ce, même s'il n'y avait pas eu transfert de la propriété effective de l'argent et que le fait que M^{me} Livingston n'avait bénéficié d'aucun avantage n'était aucunement pertinent pour déterminer s'il y avait eu transfert.

Quant à la question de la contrepartie, la Cour a jugé qu'il n'y en avait pas eu étant donné que rien d'équivalent à la JVM des biens transférés n'avait été donné à M^{me} Davis par M^{me} Livingston.

La Cour a également indiqué que le fait de ne pas se prévaloir du droit de retirer les sommes déposées par M^{me} Livingston ne constituait pas non plus une contrepartie.

Au moment où cette décision a été rendue, nous avons osé croire que les faits particuliers de l'affaire (intention de priver l'ARC de ses droits) avaient influencé la décision de la Cour d'appel fédérale et qu'elle n'aurait donc qu'une application limitée.

Les décisions qui ont suivi semblent nous avoir donné raison.

Dans l'affaire *Gambino c. La Reine*⁹⁴, les faits étaient semblables à ceux de l'affaire *Armenti*.

M^{me} Gambino, 78 ans, avait encaissé sept chèques de 1 500 \$ émis au nom de son fils. Son fils, alors âgé de 50 ans, avait une infection à la jambe qui l'empêchait de marcher. M^{me} Gambino se rendait donc à la banque pour encaisser les chèques et, dès son retour à la maison, elle remettait le montant des chèques à son fils en argent. À cette époque, le fils de M^{me} Gambino avait une dette fiscale de 85 000 \$ dont M^{me} Gambino ignorait l'existence.

M^{me} Gambino faisait valoir qu'elle n'avait jamais eu la propriété effective de l'argent encaissé et qu'elle n'agissait qu'en tant que mandataire pour son fils.

Le Ministère s'appuyait sur l'affaire *Livingston* pour prétendre que M^{me} Gambino aurait pu demander qu'on lui remette la totalité des fonds encaissés et que l'article 160 L.I.R. s'appliquait donc.

Dans son analyse, la Cour canadienne de l'impôt indique que les faits dans la cause *Livingston* étaient très différents de la présente affaire étant donné « l'absence de stratagème » pour cacher des actifs. Les propos suivants sont révélateurs :

« 24 Comme il a été mentionné précédemment, la Couronne s'appuie en très grande partie sur l'arrêt *Livingston* de la Cour d'appel fédérale. Cependant, il importe de signaler que les faits dans cette affaire sont bien différents de ceux présentés devant moi. Dans cet arrêt, on avait élaboré un stratagème visant à cacher des actifs pour échapper à des créanciers, et les parties avaient en réalité comploté en vue de léser l'ARC. Même si ce n'est pas une condition préalable à l'application de l'article 160, la Cour d'appel a précisé qu'il s'agissait d'un fait

⁹⁴ 2008 CCI 601.

« crucial » dans le cadre de l'appel dont elle était saisie. Or, cette connaissance et cette intention font défaut en l'espèce. Dans l'arrêt *Livingston*, la Cour affirme au paragraphe 19 que cette connaissance et cette intention peuvent se révéler pertinentes pour apprécier le caractère suffisant de la contrepartie donnée⁹⁵. » (Notre soulignement)

La Cour conclut à l'existence d'une contrepartie et annule la cotisation. Nous vous référons au passage suivant :

« 31 J'accepte le fait que M^{me} Gambino ait eu l'intention et se soit empressée de rapporter à son fils les espèces obtenues au titre des chèques encaissés. Je reconnais aussi qu'il était de l'intention de M^{me} Gambino que son fils lui rembourse le prêt de 500 \$ qu'elle lui avait consenti. J'accepte qu'elle n'ait pas pensé que son fils avait eu l'intention de lui faire un don de l'une quelconque de ces sommes. Je suis convaincu qu'une contrepartie, au sens où ce terme est employé à l'article 160, a été donnée pour chacune des sommes qui ont brièvement passé entre ses mains. Je suis également convaincu que son engagement à cet effet ou, quoi qu'il en soit, son intention d'effectivement agir ainsi, existait au moment où les chèques endossés lui ont été transférés.

32 Compte tenu des circonstances et pour les raisons susmentionnées, l'appel de M^{me} Gambino est accueilli à tous les égards et la cotisation est annulée⁹⁶. »

Dans l'affaire *Rose c. La Reine*⁹⁷, M. Rose avait transféré à son épouse sa moitié indivise de leur résidence afin d'éviter qu'un de ses créanciers (autre que l'ARC) puisse la saisir. La position des époux Rose indiquait que M. Rose n'avait réalisé qu'un transfert de nom de la propriété et qu'il avait conservé la propriété effective de sa moitié de la résidence.

La Cour canadienne de l'impôt avait donné raison à M^{me} Rose et annulé la cotisation émise en vertu de l'article 160 L.I.R. au motif qu'elle avait réussi à démontrer que M. Rose avait conservé la propriété effective de sa moitié indivise de la résidence.

La Cour d'appel fédérale a conclu que la Cour canadienne de l'impôt avait commis une erreur manifeste et dominante en déduisant des faits mis en preuve que M. Rose s'était déchargé de son fardeau de démontrer qu'il avait conservé la propriété de sa moitié indivise de la résidence.

⁹⁵ *Id.*, par. 24.

⁹⁶ *Id.*, par. 31-32.

⁹⁷ 2009 CAF 93; décision antérieure 2007 CCI 657 (« *Rose* »).

Cette décision laisse entendre, selon nous, que la Cour d'appel fédérale aurait pu conclure à la non-application de l'article 160 L.I.R. si la preuve avait démontré que M. Rose avait conservé la propriété effective de sa moitié indivise de la résidence.

Il nous appert donc que malgré la décision rendue dans l'arrêt *Livingston*, la Cour d'appel fédérale serait prête à envisager l'inapplication de l'article 160 L.I.R. dans un cas de prête-nom.

Dans l'affaire *Rose*, la Cour d'appel fédérale a d'ailleurs refusé de se prononcer sur un argument que le Ministère présentait, lequel était fondé sur la décision *Livingston*. Les propos suivants sont forts intéressants :

« 32 La Couronne a également affirmé que, compte tenu du libellé général du paragraphe 160(1), M^{mc} Rose était responsable de la dette fiscale de son mari, jusqu'à concurrence de sa part équivalant à la moitié de l'intérêt dans la maison (soit 15 000 \$), même si M. Rose avait transféré uniquement le titre en common law et conservé son intérêt bénéficiaire. L'avocat a déclaré que ce résultat découle de la décision de la Cour dans *Livingston v. R.*, 2008 FCA 89 (F.C.A.). Compte tenu de ma conclusion portant que M. Rose a transféré son intérêt bénéficiaire dans la maison à sa femme, il n'est pas nécessaire de trancher cette question. Il est préférable d'attendre une autre occasion pour examiner les répercussions de l'arrêt *Livingston*⁹⁸. »

À la lecture de ce passage, il semble clair, selon nous, que la Cour d'appel fédérale serait prête à revoir les conclusions qu'elle a tirées dans la décision *Livingston* dans une prochaine affaire.

2.2. CONTREPARTIE

2.2.1. « Au moment du transfert »

Pour éviter l'application de l'article 160 L.I.R. une contrepartie équivalant au bien transféré doit être donnée à l'auteur du transfert « au moment du transfert ».

Certaines décisions récentes précisent le sens de l'expression « au moment du transfert » :

⁹⁸ *Id.*, par. 32.

- Affaire *Madsen c. La Reine*⁹⁹ : « 5. [...] Une promesse vague [...] de verser une somme d'argent dans l'avenir lorsque l'appelante disposerait de fonds suffisants, ne constitue pas une contrepartie au moment du transfert¹⁰⁰. »
- Affaire *Allen c. La Reine*¹⁰¹ :

« 35. L'appelante a le fardeau de prouver qu'un accord valide avait été conclu au moment de la cession stipulant qu'une contrepartie appropriée serait versée à une date ultérieure. En l'espèce, il n'y a pas de contrat écrit, seulement les témoignages de l'appelante et de son mari voulant qu'il y ait eu entente verbale. Cependant, le témoignage comporte tout simplement trop d'incohérences pour que l'appelante puisse s'acquitter du fardeau d'établir qu'il existait un véritable accord stipulant le paiement d'une contrepartie suffisante après la cession¹⁰². »

Il faut donc être conscient que certaines conditions sont à respecter pour qu'un tribunal conclue qu'une contrepartie a été donnée « au moment du transfert ».

2.2.2. Obligations familiales

Au cours des années, plusieurs contribuables aux prises avec des cotisations 160 L.I.R. ont fait valoir comme argument que des paiements faits en exécution de l'obligation légale qu'ils avaient de soutenir leur famille constituaient une contrepartie valable à un transfert reçu de leur conjoint ou conjointe.

Par exemple, un époux versait de l'argent à son épouse, qui, elle, s'occupait de payer les dépenses du ménage. L'épouse cotisée en vertu de l'article 160 L.I.R. prétendait que l'argent reçu de son époux était reçu en contrepartie des obligations de ce dernier de soutenir sa famille et ne constituait donc pas un ou des transferts pouvant entraîner l'application de l'article 160 L.I.R.

La Cour canadienne de l'impôt était partagée quant à la validité de cet argument. Certaines décisions concluaient qu'il s'agissait d'un argument qui

⁹⁹ 2006 CAF 46.

¹⁰⁰ *Id.*, par. 5.

¹⁰¹ 2009 CCI 426.

¹⁰² *Id.*, par. 35.

permettait d'écarter l'application de l'article 160 L.I.R.¹⁰³, alors que d'autres prétendaient le contraire¹⁰⁴.

La Cour d'appel fédérale est venue clarifier la situation au détriment des contribuables dans l'affaire *Yates c. La Reine*¹⁰⁵.

Dans cette affaire, M. Yates avait cédé son intérêt conjoint dans deux comptes bancaires à son épouse et y avait également fait déposer ses chèques de paye. M^{me} Yates, qui a été cotisée à la suite de ces transferts d'argent, faisait valoir que les transferts étaient faits par M. Yates pour satisfaire à son obligation de subvenir aux besoins de sa famille et qu'ils n'étaient donc pas soumis à l'application de l'article 160 L.I.R.

La Cour canadienne de l'impôt a précisé que certaines dépenses « nécessaires » à un ménage pourraient être exclues de l'application de l'article 160 L.I.R., mais que, dans le cas de M^{me} Yates, les dépenses invoquées n'avaient pas le caractère de nécessité requis pour écarter l'application de l'article 160 L.I.R. et qu'elles étaient de plus déraisonnables et absurdes.

La Cour d'appel fédérale a elle aussi rejeté l'appel de M^{me} Yates, mais en allant encore plus loin que la Cour canadienne de l'impôt.

Selon la Cour d'appel fédérale, bien que l'article 160 L.I.R. soit une mesure draconienne, un tribunal ne peut conclure à l'existence implicite, dans une loi fiscale, de dispositions qui n'y sont pas prévues. Il est donc impossible d'interpréter l'article 160 L.I.R. de façon à y inclure une exception fondée sur le droit de la famille.

Nous ne pouvons qu'espérer que la décision de la Cour d'appel fédérale ait eu pour objet de répondre aux faits particuliers de l'affaire *Yates* (dépenses non nécessaires et déraisonnables) et qu'elle serait prête à revoir sa position dans un dossier où les dépenses invoquées à l'encontre de

¹⁰³ Voir, entre autres, les affaires *Michaud c. La Reine*, 99 D.T.C. 43 (C.C.I.); *Ferracuti c. La Reine*, 99 D.T.C. 194 (C.C.I.); *Ducharme c. La Reine*, 2005 CAF 137, et *Marchand c. La Reine*, 2008 CCI 399.

¹⁰⁴ Voir, entre autres, les affaires *Logiudice c. La Reine*, 94 D.T.C. 1462, et *Tétrault c. La Reine*, 2004 CCI 332.

¹⁰⁵ 2009 CAF 50.

l'application de l'article 160 L.I.R. seraient véritablement des dépenses nécessaires et raisonnables.

2.2.3. Situation de « fiducie par interprétation » (*constructive trust*)

La notion de fiducie par interprétation (*constructive trust* dans les autres provinces canadiennes) a permis aux tribunaux de conclure à l'existence d'une contrepartie dans des cas où un époux transférait la résidence familiale à sa conjointe, qui n'était pas propriétaire enregistrée de l'immeuble, mais qui avait contribué à l'achat ou à l'amélioration dudit immeuble.

Dans l'affaire *Darte c. La Reine*¹⁰⁶, M. MacAdam avait acheté un immeuble de cinq logements, dont il était le seul propriétaire légal. Un des cinq logements était occupé par M. MacAdam et l'appelante ainsi que leurs enfants. L'immeuble avait besoin de beaucoup de rénovations au moment de l'achat.

C'est l'appelante qui a elle-même effectué les rénovations et qui a payé les matériaux nécessaires sans aide de la part de son conjoint.

Neuf ans après l'achat, M. MacAdam a transféré l'immeuble à l'appelante, qui prétendait avoir un intérêt dans la propriété par la notion de fiducie par interprétation. Selon l'appelante, M. MacAdam s'est enrichi du fait des travaux qu'elle a effectués sur l'immeuble et elle s'est elle-même appauvrie.

La Cour canadienne de l'impôt fait d'abord la revue de décisions rendues par la Cour suprême sur la notion de fiducie par interprétation dans un contexte de droit matrimonial. Elle poursuit par une analyse des décisions de la Cour canadienne de l'impôt ayant porté sur cette notion pour conclure à l'application de la notion de fiducie par interprétation dans le cadre d'une analyse portant sur l'article 160 L.I.R.

La Cour juge qu'à cause de l'enrichissement sans cause dont a bénéficié M. MacAdam du fait des travaux que l'appelante a réalisés sur l'immeuble, l'appelante avait un droit dans l'immeuble ou un intérêt à pouvoir demander qu'un tel droit lui soit reconnu par une cour d'*equity*. Selon la Cour, l'appelante a renoncé à ce droit ou intérêt lorsque l'immeuble lui a été transféré, de telle sorte que cette renonciation constituait une contrepartie au transfert de l'immeuble.

¹⁰⁶ 2008 CCI 66.

La JVM de cette contrepartie est ensuite analysée par la Cour à la lumière des faits mis en preuve et la Cour ordonne la modification de la cotisation pour tenir compte de la contrepartie donnée par l'appelante.

Nous vous invitons également à consulter les affaires *Warren c. La Reine*¹⁰⁷ et *VidAmour c. La Reine*¹⁰⁸, où la notion de fiducie par interprétation a été utilisée par la Cour canadienne de l'impôt dans des contextes semblables.

La notion de fiducie par interprétation sera donc une autre notion à surveiller dans le contexte des cotisations de cessionnaires.

2.3. CONTESTATION DE LA DETTE DE L'AUTEUR DU TRANSFERT

La Cour d'appel fédérale a décidé dans l'affaire *Gaucher c. La Reine*¹⁰⁹ que le bénéficiaire d'un transfert avait le droit, comme moyen de défense à l'encontre de la cotisation émise en son nom, de contester la dette de l'auteur du transfert.

Cette conclusion de la Cour d'appel fédérale repose sur le principe de justice naturelle voulant qu'en l'absence de disposition législative à l'effet contraire, une personne qui n'est pas partie à une instance ne peut être liée par le jugement qui y est prononcé à l'égard d'autres parties.

Les propos suivants sont d'intérêt :

« 6 [...] It is a basic rule of natural justice that, barring a statutory provision to the contrary, a person who is not a party to litigation cannot be bound by a judgment between other parties. The appellant was not a party to the reassessment proceedings between the Minister and her former husband. Those proceedings did not purport to impose any liability on her. While she may have been a witness in those proceedings, she was not a party, and hence could not in those proceedings raise defences to her former husband's assessment.

7 When the Minister issues a derivative assessment under subsection 160(1), a special statutory provision is invoked entitling the Minister to seek payment from a second person for the tax assessed against the primary tax payer. That second person must have a full right of defence to challenge the assessment

¹⁰⁷ 2008 CCI 674.

¹⁰⁸ 2009 CCI 414.

¹⁰⁹ 2000 D.T.C. 6678 (C.A.F.) (« *Gaucher* »).

made against her, including an attack on the primary assessment on which the second person's assessment is based¹¹⁰. »

2.4. PRESCRIPTION

Au fédéral, il n'existe aucun délai de prescription applicable à l'émission d'une cotisation de cessionnaire, qui peut donc être émise en tout temps.

Dans l'affaire *Canada c. Addison & Leyen Ltd.*¹¹¹, les contribuables ont tenté de contourner cette absence de délai de prescription en présentant à la Cour fédérale une demande de révision judiciaire de cotisations de cessionnaires afin d'obtenir l'annulation desdites cotisations au motif, *inter alia*, que l'ARC avait mis beaucoup trop de temps pour émettre les cotisations de cessionnaires (lesquelles avaient été émises neuf ans après les cotisations émises au nom de l'auteur des transferts).

La Cour fédérale a conclu qu'elle n'avait pas compétence pour juger d'une telle demande étant donné la compétence de la Cour canadienne de l'impôt en matière de cotisations.

La Cour d'appel fédérale était d'avis contraire étant donné que la compétence de la Cour canadienne de l'impôt porte sur la justesse de la cotisation et non sur la conduite des autorités fiscales.

La Cour d'appel fédérale a jugé qu'il était possible de demander le contrôle judiciaire du pouvoir discrétionnaire du ministre d'émettre des cotisations de cessionnaires étant donné le caractère illimité de ce pouvoir, laissant entrevoir une nouvelle possibilité de contestation des cotisations de cessionnaires pour les contribuables.

¹¹⁰ *Id.*, par. 6-7. À notre connaissance, ce principe n'a jamais été remis en question par la suite à l'exception d'une décision rendue cette année par la juge Lamarre dans l'affaire *Shah c. La Reine*, C.C.I. n° 2000-1194 (IT) G, 10 octobre 2002, j. Beaubier. Dans cette affaire, M^{me} Shah était cotisée en vertu de l'article 323 L.T.A. à la suite d'un transfert reçu de son époux. M^{me} Shah invoquait l'invalidité de la cotisation émise au nom de son époux, mais la Cour a refusé de considérer cet argument étant donné que l'époux avait lui-même contesté sa cotisation devant la Cour canadienne de l'impôt et qu'il avait perdu. Il nous semble que cette décision est contraire au principe de justice naturelle énoncé dans l'affaire *Gaucher* et nous doutons qu'elle soit suivie à l'avenir.

¹¹¹ 2007 CSC 33; décisions antérieures 2006 CAF 107 et 2005 CF 411. Pour une discussion plus détaillée de cette affaire, voir J. STARNINO, « Responsabilité personnelle des tiers pour la TPS et la TVQ – Mise à jour », *loc. cit.*, note 3.

Cet espoir a toutefois été de courte durée étant donné que la Cour suprême du Canada a renversé la décision de la Cour d'appel fédérale.

Selon la Cour suprême, la Cour d'appel fédérale interprétait l'article 160 L.I.R. en y ajoutant un délai de prescription qui n'y figurait pas, ce qu'elle ne pouvait pas faire.

Il faut rappeler que l'article 160 L.I.R. confirme qu'une cotisation peut être émise « en tout temps ».

Selon la Cour suprême, le recours en révision ne doit pas servir à créer une nouvelle forme de procédure permettant de contourner le système de contestation des cotisations fiscales prévu par le Parlement.

En d'autres termes, il revient au pouvoir législatif et non aux tribunaux de modifier la règle en matière de prescription si tel est son souhait, ce qui ne risque pas d'arriver dans un futur rapproché selon nous!

Au provincial, un délai de prescription a été ajouté dans la *Loi sur le ministère du Revenu* quant à l'émission de cotisations de cessionnaires.

En effet, depuis 2002, le ministre du Revenu ne peut émettre une cotisation au nom du cessionnaire d'un transfert que dans les quatre ans suivant le jour où il a eu connaissance d'un tel transfert.

C'est l'article 14.5 L.M.R. qui établit ce nouveau délai, lequel se lit comme suit :

« 14.5 Cotisation par le ministre – Le ministre peut, dans les quatre ans suivant le jour où il a eu connaissance de la cession d'un bien, établir une cotisation ou une nouvelle cotisation à l'égard d'un cessionnaire relativement à un montant à payer en vertu de l'article 14.4.

Exception – Toutefois, le ministre peut, en tout temps, établir une telle cotisation dans l'un des cas suivants :

- a) le cessionnaire a fait une fausse représentation des faits par omission volontaire ou a commis une fraude;
- b) le cessionnaire a transmis au ministre une renonciation au moyen du formulaire prescrit.

Dispositions applicables – Les articles 25.2 et 25.3 s'appliquent à la cotisation prévue au deuxième alinéa, compte tenu des adaptations nécessaires. »

Comme la disposition est relativement nouvelle, il y a peu de jurisprudence sur la question et celle-ci porte évidemment sur ce qui constitue la « connaissance d'un transfert » pour le Ministère.

Selon les décisions rendues dans les affaires *Beaudet c. SMRQ*¹¹², *Lamontagne c. SMRQ*¹¹³ et *Pouliot c. SMRQ*¹¹⁴, il appert que la « connaissance » par le ministre serait la connaissance effective qu'il a d'un transfert par l'entremise, par exemple, d'un de ses employés.

Toutefois, l'affaire *Beaudet* semble laisser entendre, de façon toutefois implicite, que la connaissance du ministre pourrait être une connaissance présumée dans le cas, par exemple, de la publication au registre foncier d'un titre de transfert ou de la déclaration des conséquences d'un transfert dans une déclaration de revenus.

Il faudra continuer à suivre l'évolution de la jurisprudence sur la question qui devrait commencer à être plus importante étant donné que le délai de prescription existe depuis maintenant presque 10 ans.

2.5. INTENTION DE SE SOUSTRAIRE À SES OBLIGATIONS

Nous terminerons le présent texte en mentionnant que certaines décisions récentes ont fait état du principe bien reconnu selon lequel il n'est pas nécessaire d'avoir l'intention de se soustraire à ses obligations fiscales en effectuant un transfert de bien pour qu'un tel transfert soit soumis à l'application de l'article 160 L.I.R.

Nous vous référons à cet égard aux affaires *Gitelman c. La Reine*¹¹⁵ et *De Sanctis-Pedro c. La Reine*¹¹⁶, sans toutefois les résumer en détail.

¹¹² 2007 QCCQ 6861 (« *Beaudet* »).

¹¹³ 2008 QCCQ 10366.

¹¹⁴ C.Q. Québec, n° 200-80-002529-079, 25 juin 2008, j. Lavoie.

¹¹⁵ 2007 CCI 544.

¹¹⁶ 2010 CCI 118.

CONCLUSION

Nous vous avons présenté un aperçu de la jurisprudence récente la plus pertinente portant sur les cotisations de tiers.

Comme vous avez pu le voir, la position des tribunaux est en constante évolution, de telle sorte que nous vous invitons à consulter régulièrement la jurisprudence afin de mettre à jour les principes énoncés dans le présent texte.

Il sera intéressant, entre autres, de connaître l'issue des affaires *Buckingham*¹¹⁷ et *Barry*¹¹⁸, lesquelles sont actuellement en appel devant la Cour d'appel fédérale.

Il sera également intéressant de voir si les tribunaux continueront à privilégier une interprétation plutôt large du délai de prescription de deux ans applicable à l'émission de cotisations d'administrateurs.

Les autorités fiscales ont à leur disposition un arsenal impressionnant de dispositions leur permettant de percevoir les dettes fiscales.

Toutefois, la jurisprudence nous permet de constater que les « plaideurs » parviennent à développer des arguments permettant de limiter la portée de ces dispositions et de convaincre les tribunaux de leur bien-fondé.

¹¹⁷ Précité, note 16.

¹¹⁸ Précité, note 69.

LES COTISATIONS ÉTABLIES APRÈS L'EXPIRATION DE LA PÉRIODE NORMALE DE NOUVELLE COTISATION



Philip Nolan
Avocat, associé
Lavery

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	45:3
1. CADRE LÉGISLATIF DES POUVOIRS DE COTISATION ET DE NOUVELLE COTISATION DU MINISTRE	45:4
1.1. AVIS DE PREMIÈRE COTISATION	45:4
1.2. NOUVELLE COTISATION À L'INTÉRIEUR DE LA « PÉRIODE NORMALE DE NOUVELLE COTISATION »	45:7
1.3. NOUVELLE COTISATION APRÈS L'EXPIRATION DE LA PÉRIODE NORMALE DE NOUVELLE COTISATION	45:9
2. POUVOIR DE NOUVELLE COTISATION EN TOUT TEMPS EN CAS DE PRÉSENTATION ERRONÉE DES FAITS	45:15
2.1. CADRE D'INTERPRÉTATION DU SOUS-ALINÉA 152(4)A)(i) L.I.R.	45:15

2.2.	FARDEAU DE LA PREUVE DU SOUS-ALINÉA 152(4)A)(i) L.I.R.	45:18
2.3.	COMPARAISON AVEC LE FARDEAU DE PREUVE DU PARAGRAPHE 163(2) L.I.R.	45:23
2.4.	CONFUSION QUANT AUX FARDEAUX DE PREUVE EN PRÉSENCE D'UNE COTISATION FONDÉE SUR LA MÉTHODE DE L'« AVOIR NET ».....	45:28
2.5.	OBLIGATION DE CONSERVATION DES REGISTRES ET LIVRES DE COMPTES	45:36
CONCLUSION		45:40

INTRODUCTION*

La *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ du Canada régit les rapports entre le ministre du Revenu national et les contribuables en ce qui a trait à leurs droits et obligations en matière fiscale. Bien que la loi accorde de vastes pouvoirs au ministre afin d'assurer le fonctionnement adéquat du système d'imposition canadien, elle impose tout de même des limites qui circonscrivent l'exercice de ces pouvoirs vertigineux. À cet égard, l'interprétation par les magistrats se retrouve au cœur de l'analyse du cadre d'application des droits du ministre, puisqu'elle en clarifie les conditions d'ouverture tout en précisant les restrictions qui bornent ces prérogatives.

Dans cet ordre d'idées, le pouvoir de cotisation, de nouvelle cotisation ou de cotisation supplémentaire du ministre revêt un grand intérêt pour le contribuable pour qui un retour en arrière de plusieurs années d'imposition pourrait s'avérer fâcheux ou au contraire profitable. En fait, après l'établissement d'un avis de première cotisation, le ministre peut généralement, à l'intérieur d'un délai qui représente une période de trois ou quatre ans en fonction du contribuable visé, cotiser de nouveau un contribuable. Toutefois, dans certaines circonstances précisées par la loi, le ministre peut procéder à une nouvelle cotisation sans devoir s'encombrer d'un délai statutaire.

Le présent texte a pour objet de présenter le cadre légal qui encadre les pouvoirs de cotisation du ministre, de faire un survol de la jurisprudence en vue de cerner les circonstances qui permettent la réouverture des années d'imposition frappées de prescription et d'identifier le fardeau de preuve des autorités fiscales s'y rattachant. En d'autres mots, le droit des autorités fiscales de cotiser après l'expiration de la période normale de nouvelle cotisation est-il absolu? Si tel n'est pas le cas, quelles en sont les limites?

Bien que les dispositions à l'étude soient celles de la *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada, les commentaires compris dans le présent texte visent également les articles concordants de la *Loi sur les impôts*² du Québec. À moins d'avis contraire, les dispositions de la loi provinciale sont généralement équivalentes à celles de la loi fédérale. Par ailleurs, certaines

* L'auteur tient à remercier M^e Diana Darilus, LL.M. fisc., chez Lavery, de sa précieuse collaboration à l'égard de la préparation et de la rédaction du présent texte.

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

² L.R.Q., c. I-3 et mod. (« L.I. »).

divergences importantes entre les deux textes de loi seront mises en évidence lorsque cela sera nécessaire.

1. CADRE LÉGISLATIF DES POUVOIRS DE COTISATION ET DE NOUVELLE COTISATION DU MINISTRE

Le fondement des larges pouvoirs de cotisation dont jouit le ministre repose sur les caractéristiques de notre système fiscal, c'est-à-dire qu'il s'agit d'un système d'autocotisation, tel que l'a révélé l'arrêt *McKinlay Transport Ltd. c. La Reine*³ par la Cour suprême du Canada :

« [...] le ministre du Revenu national doit disposer, dans la surveillance de ce régime de réglementation, de larges pouvoirs de vérification des déclarations des contribuables et d'examen de tous les documents qui peuvent être utiles pour préparer ces déclarations. Le Ministre doit être capable d'exercer ces pouvoirs, qu'il ait ou non des motifs raisonnables de croire qu'un certain contribuable a violé la Loi. Il est souvent impossible de dire, à première vue, si une déclaration a été préparée de façon irrégulière. Les contrôles ponctuels ou un système de vérification au hasard peuvent constituer le seul moyen de préserver l'intégrité du régime fiscal⁴. »

La jurisprudence subséquente a suivi cette tendance, soit celle de considérer que le ministre doit bénéficier de vastes pouvoirs de vérification et d'inspection dans un système fiscal d'autocotisation, s'étendant même jusqu'à l'obtention d'informations visant des tiers⁵.

1.1. AVIS DE PREMIÈRE COTISATION

Le paragraphe 152(1) L.I.R.⁶ prévoit que le ministre doit, avec diligence, examiner la déclaration de revenus d'un contribuable afin de déterminer l'impôt, les intérêts et les pénalités applicables pour l'année d'imposition concernée. Cette étape constitue la première cotisation,

³ 90 D.T.C. 6243 (C.S.C.).

⁴ *Id.*, par. 35.

⁵ *MRN c. Chambre immobilière du Grand Montréal*, 2008 D.T.C. 6420 (C.A.F.); autorisation d'appel refusée, (2008) 386 N.R. 397 (note) (C.S.C.).

⁶ La disposition provinciale équivalente est l'article 1005 L.I.

couramment nommée « cotisation initiale » ou « cotisation originale », qui doit être effectuée dans un délai raisonnable⁷.

D'après un jugement de 1989 de la Cour canadienne de l'impôt, soit l'affaire *J. Stollar Construction Ltd. c. MRN*⁸, le défaut du ministre de remplir son obligation de cotiser initialement « avec diligence » s'avérait fatal à la cotisation. Dans cette affaire, une compagnie a produit, en 1977, une déclaration pour l'année d'imposition 1976, à l'intérieur de la période statutaire. Ce n'est cependant que le 5 juillet 1983, soit plus de six ans plus tard, que le ministre établit un avis de cotisation pour l'année d'imposition en question. Le contribuable en appelle de la cotisation et prétend que le ministre n'a pas agi avec diligence, tel que l'exige le paragraphe 152(1) L.I.R., rendant ainsi la cotisation invalide. La Cour conclut en l'espèce que l'obligation de cotiser une première fois avec diligence est impérative, et que le défaut du ministre d'avoir agi conformément à cette obligation rend la cotisation nulle⁹. La décision fut portée en appel, mais le contribuable a finalement renoncé au bénéfice du jugement de la Cour canadienne de l'impôt avant que l'appel ne soit entendu.

Néanmoins, cette position n'a pas été suivie par la jurisprudence subséquente. En effet, la Cour d'appel fédérale s'est penchée sur une situation où le ministre accusait un retard inexpliqué d'environ un an dans le traitement des déclarations fiscales d'un contribuable pour deux années d'imposition, et s'est interrogée sur le sort de la cotisation ainsi établie : la Cour a conclu que la cotisation ne devait pas être annulée pour cette raison¹⁰. Il s'avère donc que le défaut du ministre d'agir avec diligence lors de la

⁷ *Imperial Oil Ltd. c. La Reine*, 2003 D.T.C. 5485 (C.A.F.); *Jolicoeur c. MRN*, [1960] C.T.C. 346 (C. de l'É.); *MRN c. Appleby*, [1964] C.T.C. 323 (C. de l'É.) (« *Appleby* »).

⁸ 89 D.T.C. 134 (C.C.I.); voir également l'affaire *Rodmon Construction Inc. c. La Reine*, [1975] C.T.C. 73 (C.F. 1^{re} inst.).

⁹ Pour une analyse de la jurisprudence antérieure concernant l'obligation du ministre de cotiser avec diligence, voir le texte suivant : Paul RYAN, « La cotisation », dans *Colloque – Comment agir auprès des autorités fiscales*, 55, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1992, pp. 1-60.

¹⁰ *Ginsberg c. Canada*, [1996] 3 C.F. 334 (« *Ginsberg* »).

première cotisation ne risque pas de rendre la cotisation nulle¹¹, le recours approprié du contribuable étant plutôt le recours en *mandamus*¹².

Quant à l'Agence du revenu du Canada (« ARC »), elle est d'avis que le paragraphe 152(1) L.I.R. n'impose pas de délai strict au ministre à l'intérieur duquel il est tenu d'établir une cotisation initiale, lui offrant plutôt une certaine liberté quant à la période de temps disponible pour établir une cotisation originale¹³.

Quoi qu'il en soit, en vertu du paragraphe 152(2) L.I.R.¹⁴, le ministre envoie par la suite un avis de première cotisation au contribuable, le jour de mise à la poste de l'avis de cotisation initiale marquant le point de départ de la « période normale de nouvelle cotisation ». En vertu des paragraphes 244(14) et 244(15) L.I.R., la date de mise à la poste d'un avis de cotisation est présumée être la date apparaissant sur cet avis, et la cotisation est présumée avoir été établie à la date de mise à la poste de l'avis de cotisation¹⁵.

Toutefois, il faut bien noter que, selon le paragraphe 152(3) L.I.R.¹⁶, l'inexactitude ou l'insuffisance d'une cotisation à l'égard d'un contribuable pour une année d'imposition, voire son inexistence, n'affecte en rien la responsabilité de ce contribuable quant à l'impôt à payer.

¹¹ *Carter c. La Reine*, 2001 D.T.C. 5560 (C.A.F.); *Lassonde c. La Reine*, 2003 D.T.C. 1289 (C.C.I.), appel rejeté, 2006 D.T.C. 6039 (C.A.F.); *Mathieu c. La Reine*, 2002 D.T.C. 1904 (C.C.I.), appel rejeté, [2003] 1 C.T.C. 114 (C.A.F.).

¹² *Ginsberg*, précité, note 10; *Merlis Investments Ltd. c. MRN*, 2000 D.T.C. 6634 (C.F. 1^{re} inst.); *Gretillat c. La Reine*, [1998] 3 C.T.C. 2767 (C.C.I.) (procédure informelle).

¹³ *CRA Views*, dans *Taxnet pro* (en ligne : www.taxnetpro.com), document 2007-0243351C6, « Assessment with all due dispatch », 5 octobre 2007.

¹⁴ Disposition provinciale équivalente : art. 1008 L.I.

¹⁵ Aux fins de l'impôt du Québec, le jour du dépôt à la poste est présumé correspondre à la date indiquée sur l'avis de cotisation en vertu de la *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., c. M-31 et mod. (« L.M.R. »), art. 87.

¹⁶ Disposition provinciale équivalente : art. 1009 L.I.

1.2. NOUVELLE COTISATION À L'INTÉRIEUR DE LA « PÉRIODE NORMALE DE NOUVELLE COTISATION »

Jadis le ministre pouvait établir une nouvelle cotisation pour une année d'imposition en tout temps. En effet, la première période statutaire de nouvelle cotisation ne fut introduite qu'en 1944, plus précisément à l'article 55 de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*¹⁷, par l'article 15 de la *Loi modifiant la Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*¹⁸, fixant un délai d'une durée de six ans sous réserve d'une présentation erronée ou d'une fraude¹⁹. Aujourd'hui, la notion de « période normale de nouvelle cotisation » revêt une grande importance, puisqu'il s'agit du délai à l'intérieur duquel le ministre peut cotiser de nouveau après avoir établi une première cotisation sans être confronté à surmonter un fardeau de preuve qui, généralement, ne lui appartient pas.

D'ailleurs, pour un contribuable qui n'est pas une fiducie de fonds commun de placement ou une société autre qu'une société privée sous contrôle canadien (« SPCC »), par exemple un particulier ou une SPCC, la période normale de nouvelle cotisation est de trois ans en application de l'alinéa 152(3.1)b) L.I.R.²⁰ dont le délai se calcule à partir du premier en date des jours suivants :

- le jour de mise à la poste d'un avis de première cotisation le concernant pour l'année;
- le jour de mise à la poste d'une première notification portant qu'aucun impôt n'est payable par lui pour l'année.

Cependant, conformément à l'alinéa 152(3.1)a) L.I.R.²¹, la période normale de nouvelle cotisation d'un contribuable qui est une fiducie de fonds commun de placement ou une société autre qu'une SPCC est de quatre ans suivant l'arrivée du premier des événements mentionnés plus haut.

¹⁷ S.R.C. (1927), ch. 97.

¹⁸ S.C. 1944-45, ch. 43.

¹⁹ William I. INNES et R. Brendan BISSELL, « Basis for Assessment, Arguments, and Assumptions: An Examination of the Underlying Policy Considerations », (2004), vol. 52, n° 1 *Revue fiscale canadienne* 59-105, p. 63, note 6.

²⁰ Disposition provinciale équivalente : par. a) de l'article 1010 (2^e al.) L.I.

²¹ Disposition provinciale équivalente : par a.0.1) de l'article 1010 (2^e al.) L.I.

Aux fins de l'impôt du Québec, en vertu des sous-paragraphes 1010 2)a) et 1010 2)a.0.1) L.I., toujours en fonction du contribuable visé, le ministre peut cotiser à nouveau un contribuable dans les trois ou quatre ans qui suivent le plus tardif soit :

- du jour de l'envoi d'un avis de première cotisation ou d'une notification portant qu'aucun impôt n'est à payer pour une année d'imposition;
- du jour où une déclaration fiscale pour l'année d'imposition est produite.

Nous discuterons de certains autres pouvoirs de nouvelle cotisation du ministre provincial dans la prochaine section.

Conformément au préambule du paragraphe 152(4) L.I.R., le ministre peut cotiser plus d'une fois un contribuable qui a produit une déclaration de revenus à l'intérieur de la période normale de nouvelle cotisation applicable à ce contribuable pour l'année d'imposition en question. Plus exactement, le ministre peut, à l'intérieur de cette période statutaire, établir une cotisation, une nouvelle cotisation ou une cotisation supplémentaire concernant l'impôt, les intérêts ainsi que les pénalités afférents à une année d'imposition, ou donner avis par écrit au contribuable qui a produit une déclaration de revenus qu'aucun impôt n'est payable pour cette année d'imposition. Sous réserve de l'interprétation par les tribunaux de l'expression « diligence » lors de l'établissement de la cotisation initiale, si le ministre n'a pas établi de première cotisation à l'égard d'une année d'imposition, il peut en principe cotiser en tout temps le contribuable pour cette année, puisque le délai de la période normale de nouvelle cotisation n'a pas commencé à courir, la cotisation première n'ayant pas encore eu lieu.

En effet, dans l'affaire *Lavigne Estate c. MRN*²², la Cour canadienne de l'impôt rappelle que le délai pour effectuer une nouvelle cotisation ne commence pas à courir tant que la première cotisation n'a pas eu lieu. Par ailleurs, dans l'affaire *APL Oil & Gas Ltd. c. La Reine*²³, la Cour canadienne de l'impôt confirme ceci : dans la situation où un avis de première cotisation est mis à la poste pour une année d'imposition pour un contribuable et que par la suite, le ministre établit un nouvel avis de cotisation pour la même année d'imposition puisque le premier était erroné, il ne pourra être établi de troisième avis de cotisation pour la même année d'imposition qu'à l'intérieur

²² 90 D.T.C. 1229 (C.C.I.).

²³ [1996] 3 C.T.C. 2001 (C.C.I.).

de la période normale de nouvelle cotisation dont le point de départ correspond à l'envoi de l'avis de cotisation initial, que celui-ci soit erroné ou non et indépendamment des corrections apportées par le ministre ensuite. Selon la Cour, en conclure autrement permettrait au ministre de proroger la période de nouvelle cotisation indéfiniment grâce à l'établissement d'avis de nouvelle cotisation.

1.3. NOUVELLE COTISATION APRÈS L'EXPIRATION DE LA PÉRIODE NORMALE DE NOUVELLE COTISATION

Le ministre peut établir une nouvelle cotisation à l'extérieur de la période normale de nouvelle cotisation dans certaines circonstances, dont les principales sont les suivantes :

- En cas de présentation erronée des faits par négligence, inattention ou omission volontaire ou de fraude (s.-al. 152(4)a)(i) L.I.R.)²⁴;

Le ministre est autorisé à établir une nouvelle cotisation après l'expiration de la période statutaire en vertu du sous-alinéa 152(4)a)(i) L.I.R. dans l'une des situations suivantes :

- le contribuable ou la personne produisant la déclaration a fait une présentation erronée des faits par négligence, inattention ou omission volontaire;
- le contribuable ou la personne produisant la déclaration a commis quelque fraude en produisant la déclaration ou en fournissant quelque renseignement sous le régime de la présente.

Ce sujet sera discuté plus en détail dans la prochaine section du présent texte.

- En cas de renonciation de la part du contribuable au délai (s.-al. 152(4)a)(ii) L.I.R.)²⁵;

En vertu du sous-alinéa 152(4)a)(ii) L.I.R., le ministre peut établir une cotisation, une nouvelle cotisation ou une cotisation supplémentaire visant une année d'imposition après l'expiration de la période normale de nouvelle

²⁴ Disposition provinciale équivalente : s.-par. 1010 2)b)i L.I.

²⁵ Disposition provinciale équivalente : s.-par. 1010 2)b)ii L.I.

cotisation afférente à cette année d'imposition dans la mesure où le contribuable présente au ministre une renonciation, et qu'il le fait à l'intérieur de la période normale de nouvelle cotisation. Toutefois, en ce qui a trait à l'impôt du Québec, la loi provinciale n'exige pas que la renonciation soit effectuée avant l'expiration de la période statutaire en vertu du sous-paragraphe 1010 2)b)ii L.I.

En général, le contribuable devrait préciser de façon détaillée les éléments auxquels il renonce au bénéfice de la prescription, accordant ainsi au ministre le temps supplémentaire nécessaire pour discuter avec lui de la cotisation sur le point d'être établie ou encore pour fournir de plus amples renseignements à ce sujet. Faire autrement consisterait à accorder carte blanche au ministre pour « recotiser » et nous le déconseillons. Le ministre ne peut cependant établir ladite cotisation plus de six mois suivant la date de la production d'un avis de révocation de la renonciation selon le paragraphe 152(4.1) L.I.R.²⁶

- Dans les cas qui suivent, le ministre peut établir une cotisation, une nouvelle cotisation ou une cotisation supplémentaire, trois ans après la période normale de nouvelle cotisation, ce qui prolonge le délai à six ou sept ans, en fonction du type de contribuable visé (al. 152(4)b) L.I.R.)²⁷ :
 - 1) Une cotisation en relation avec le paragraphe 152(6) L.I.R. (s.-al. 152(4)b)(i) L.I.R.) : ce paragraphe traite de certaines déductions offertes au contribuable telles qu'un report de perte à une année antérieure.
 - 2) Une cotisation déterminée à la suite de l'établissement d'une cotisation ou d'une nouvelle cotisation concernant l'impôt payable par un autre contribuable, en vertu du paragraphe 152(4) ou du paragraphe 152(6) L.I.R. (s.-al. 152(4)b)(ii) L.I.R.);
 - 3) Une cotisation établie à la suite de la conclusion d'une opération entre le contribuable et une personne non résidente avec laquelle il avait un lien de dépendance (s.-al. 152(4)b)(iii) L.I.R.);
 - 4) Une cotisation visant un contribuable qui est un non-résident exploitant une entreprise au Canada établie à la suite d'une attribution

²⁶ Disposition provinciale équivalente : art. 1010.1 L.I.

²⁷ Disposition provinciale équivalente : s.-par. 1010 2)a.1)i à vii L.I.

de recettes ou de dépenses au titre de montants relatifs à l'entreprise canadienne (sous réserve d'exceptions), ou d'une opération théorique entre le contribuable et son entreprise canadienne, qui est reconnue aux fins du calcul d'un montant en vertu de la présente loi ou d'un traité fiscal applicable (s.-al. 152(4)b)(iii.1) L.I.R.);

- 5) Une cotisation déterminée à la suite d'un paiement supplémentaire ou d'un remboursement d'impôt sur le revenu ou sur les bénéfices effectué au gouvernement d'un pays étranger, ou d'un État, d'une province ou d'une autre subdivision politique d'un tel pays, ou par ce gouvernement (s.-al. 152(4)b)(iv) L.I.R.);
- 6) Une cotisation établie par suite d'une réduction, opérée en application du paragraphe 66(12.73) L.I.R., d'un montant auquel il a été censément renoncé en vertu de l'article 66 L.I.R. en ce qui a trait aux actions accréditives (s.-al. 152(4)b)(v) L.I.R.);
- 7) Une cotisation établie en vue de l'application des paragraphes 118.1(15) (décès du donateur d'un titre non admissible) ou 118.1(16) (auto-prêts) L.I.R., et des articles 94, 94.1 ou 94.2 L.I.R. (s.-al. 152(4)b)(vi) L.I.R. et s.-al. 152(4)b)(vii) L.I.R. proposé).

Bien entendu, une telle nouvelle cotisation est limitée aux sujets en question, la loi ne donnant pas carte blanche au ministre dans le cadre de l'établissement de sa nouvelle cotisation :

- si le contribuable ou la personne qui a produit la déclaration a présenté au ministre une renonciation à l'intérieur de la période additionnelle de trois ans mentionnée plus haut en vertu de l'alinéa 152(4)b) L.I.R. (al. 152(4)c) L.I.R.);
- sous réserve de certaines conditions, une cotisation, une nouvelle cotisation ou une cotisation supplémentaire qui est établie à l'égard de l'impôt à payer par une société pour une année d'imposition en vertu d'une loi provinciale à la suite d'un changement intervenu dans l'attribution du revenu imposable du contribuable gagné dans une province (al. 152(4)d) L.I.R.);

Dans ces circonstances, le ministre fédéral dispose d'un an à partir du dernier en date de ces jours pour établir la nouvelle cotisation : le jour où le ministre est avisé de la nouvelle cotisation provinciale ou le 90^e jour suivant la date de mise à la poste de l'avis de la nouvelle cotisation provinciale.

Par ailleurs, aux fins de l'impôt du Québec, le ministre peut cotiser de nouveau un contribuable à la suite d'une cotisation ou d'une nouvelle cotisation établie par une autre province, à l'intérieur d'un an à partir de la date de cette cotisation provinciale, pour prendre en considération les éléments s'y rapportant²⁸.

- En cas de remboursement ou réduction de l'impôt payable par le contribuable (par. 152(4.2) L.I.R.); en vertu du paragraphe 152(4.2) L.I.R., un contribuable peut faire une demande afin que le ministre lui accorde un remboursement auquel il a droit ou une réduction de l'impôt payable concernant une année frappée de prescription. Le contribuable dispose d'un délai de 10 ans après l'année d'imposition en question pour formuler une telle demande.
- En cas de cotisation corrélative (par. 152(4.3) et 152(4.4) L.I.R.)²⁹; sous réserve de plusieurs conditions à respecter, le ministre peut établir une nouvelle cotisation pour une année prescrite dans la mesure où un « solde applicable » au contribuable pour l'année en question doit être recalculé à la suite d'une modification au solde d'une autre année. Selon le paragraphe 152(4.4) L.I.R., le solde applicable dont il est question peut correspondre aux éléments suivants :
 - au revenu;
 - au revenu imposable;
 - au revenu imposable gagné au Canada;
 - à une perte du contribuable pour l'année;
 - à l'impôt ou à un autre montant payable par lui pour l'année;
 - à un montant qui lui est remboursable pour l'année;
 - à un montant réputé avoir été payé, ou payé en trop, par le contribuable pour l'année.

²⁸ En vertu de l'article 1010.0.3 L.I.

²⁹ Disposition provinciale équivalente : art. 1010.0.1 L.I.

Dans l'affaire *Hevey c. La Reine*³⁰, le juge Bowie devait déterminer si le ministre du Revenu national peut établir une nouvelle cotisation à l'égard d'un contribuable après l'expiration de la période statutaire de trois ans en vertu du paragraphe 152(4.3) L.I.R.

L'appelant a fait des emprunts auprès de sociétés dont il est l'administrateur, et certains sont remboursés. Puisque certains remboursements n'avaient pas été effectués dans l'année suivant la fin d'année d'imposition au cours de laquelle les emprunts avaient été contractés, des montants devaient être inclus dans le revenu du contribuable en vertu du paragraphe 15(2) L.I.R., et à certains moments il pouvait se prévaloir de la déduction en application de l'alinéa 20(1j) L.I.R. en raison des remboursements de ces mêmes dettes. En ce qui concerne les années 1991 à 1995, l'appelant a inclus certains montants dans son revenu en vertu du paragraphe 15(2) L.I.R. et il a pris des déductions en application de l'alinéa 20(1j) L.I.R. Le ministre a établi de nouvelles cotisations pour les années d'imposition 1991, 1992, 1993 et 1994, réduisant les montants déclarés en vertu du paragraphe 15(2) L.I.R. pour ces années d'imposition en répartissant ces montants autrement. Le ministre a également refusé toutes les déductions en application de l'alinéa 20(1j) L.I.R. pour ces quatre années. La cotisation et la nouvelle cotisation pour l'année d'imposition 1994 refusaient toutes les déductions en vertu de l'alinéa 20(1j) L.I.R. et n'incluaient aucun montant dans le revenu du contribuable en application du paragraphe 15(2) L.I.R.

Le contribuable s'oppose aux cotisations pour les années 1993 et 1994. Par ailleurs, une première cotisation est établie par le ministre en 1996 pour l'année d'imposition 1995 à la suite de la déclaration de revenus produite par le contribuable. Les oppositions pour les années 1993 et 1994 ont donné lieu à une négociation entre l'avocat de l'appelant et l'agent des appels du ministre : un règlement entre les parties a finalement vu le jour à la fin du mois de février 1999 prévoyant de nouvelles cotisations pour les années d'imposition 1993, 1994 et 1995. Le désaccord tirait sa source du fait que les déclarations de revenus de l'appelant avaient été préparées en se fondant sur l'exercice de la société (se terminant le 31 mars) plutôt que sur l'année civile pour déclarer les montants à inclure en vertu du paragraphe 15(2) L.I.R.

³⁰ 2005 CCI 76 (procédure générale) (« *Hevey* »). Pour d'autres exemples de l'interprétation du paragraphe 152(4.3) L.I.R. par les tribunaux, voir également l'arrêt *Sherway Centre Ltd. c. La Reine*, [2003] 1 C.T.C. 123 (C.A.F.) et l'affaire *Bulk Transfer Systems Inc. c. La Reine*, [2004] 2 C.T.C. 2995 (C.C.I.) (procédure générale). Aux fins de l'impôt du Québec, voir *Khan c. SMRQ*, [2005] CarswellQue 2901, n° EYB-2005-90438 (C.Q.).

En raison de l'entente signée entre les parties, l'appelant renonce au droit d'interjeter appel des nouvelles cotisations qui seraient établies à la suite de ce règlement. Le contribuable est surpris lorsqu'il examine la cotisation pour l'année 1995. Il s'oppose à cette nouvelle cotisation et le jugement constitue donc un appel pour cette année d'imposition 1995. Les parties sont d'accord sur le fait qu'il n'y a jamais eu d'entente au sujet des conditions du règlement pour l'année d'imposition 1995, bien qu'ils aient cru le contraire auparavant. Le seul argument de l'appelant est que l'année d'imposition 1995, qui a fait l'objet d'une nouvelle cotisation, était frappée de prescription. Quant à l'avocat de l'intimée, il prétend que la nouvelle cotisation pour l'année d'imposition 1995 découle de la nouvelle cotisation établie le même jour pour l'année d'imposition 1994. L'appel de la cotisation établie par le ministre pour l'année d'imposition 1995 est rejeté par la Cour pour les motifs suivants :

« À mon avis, l'application du paragraphe 152(4.3) ne pose guère de problème dans le contexte de la présente affaire. Il faut examiner les questions suivantes :

i) Y a-t-il eu cotisation ou décision d'appel?

ii) Dans l'affirmative, a-t-elle pour effet de modifier un solde donné au sens qu'a ce mot selon la définition figurant au paragraphe 152(4.4)?

iii) Dans l'affirmative, est-il raisonnable de considérer que la nouvelle cotisation se rapporte à la modification du solde donné pour l'année antérieure?

À mon avis, il faut clairement répondre par l'affirmative à chacune de ces questions. Une cotisation a été établie pour l'année d'imposition 1994, plus précisément la nouvelle cotisation du 28 mai 1999 par laquelle il était donné suite au règlement et qui n'a pas été portée en appel. Elle a pour effet de modifier plusieurs soldes selon la définition figurant au paragraphe 152(4.4) – le revenu du contribuable, son revenu imposable et son impôt payable pour l'année d'imposition 1994. Les modifications apportées à ces soldes étaient en partie attribuables à une augmentation du montant remboursé au titre des prêts à un actionnaire que l'appelant était autorisé à déduire en 1994. Selon la preuve soumise par M. Scott, il est certain que cette augmentation pouvait uniquement être effectuée au moyen du transfert, de l'année 1995 à l'année 1994, d'un montant quelconque remboursé au titre d'un prêt qui avait été admis, lors de l'établissement de la cotisation, à titre de déduction en application de l'alinéa 20(1)*j*), de sorte qu'il fallait établir une nouvelle cotisation corrélative pour l'année 1995 en vue de réduire d'un montant équivalent la déduction au titre du remboursement du prêt pour cette année-là. Par conséquent, la nouvelle cotisation concernant l'année 1995 ne se rapportait pas simplement aux modifications apportées aux soldes du revenu, du revenu imposable et de l'impôt payable de l'appelant pour l'année 1994, mais elle en résultait entièrement. Malgré les paragraphes 152(4), 152(4.1) et 152(5), le ministre

pouvait donc à bon droit établir la nouvelle cotisation qu'il a établie pour l'année 1995³¹. » (Notre soulignement)

Diverses autres situations : il existe une panoplie de situations où le ministre est autorisé par la loi à établir une nouvelle cotisation malgré l'expiration de la période normale de nouvelle cotisation³². À titre d'exemple, le ministre peut cotiser en tout temps un contribuable pour un montant dont il est redevable à la suite d'un transfert de bien effectué par une personne débitrice avec laquelle il a un lien de dépendance en application du paragraphe 160(2) L.I.R.

2. POUVOIR DE NOUVELLE COTISATION EN TOUT TEMPS EN CAS DE PRÉSENTATION ERRONÉE DES FAITS

Comme il a été mentionné précédemment, en vertu du sous-alinéa 152(4)a)(i) L.I.R., le ministre possède le pouvoir de procéder à une nouvelle cotisation après l'expiration de la période normale de nouvelle cotisation sans limites de temps. La présente section vise à analyser ce pouvoir, à en cerner les limites ainsi qu'à identifier le fardeau de preuve du ministre, tout en le comparant avec celui qui lui incombe en vertu du paragraphe 163(2) L.I.R.

2.1. CADRE D'INTERPRÉTATION DU SOUS-ALINÉA 152(4)A)(I) L.I.R.

La réouverture d'une année prescrite prévue par le sous-alinéa 152(4)a)(i) L.I.R. est possible dans l'une des deux situations suivantes :

- dans le cas où le contribuable ou la personne produisant la déclaration a fait une **présentation erronée des faits**, par négligence, inattention ou omission volontaire; ou
- dans le cas où le contribuable ou la personne produisant la déclaration a commis quelque **fraude** en produisant la déclaration ou en fournissant quelque renseignement sous le régime de la présente.

³¹ Hevey, précité, note 30, par. 14.

³² En effet, plusieurs autres dispositions permettent au ministre d'effectuer une cotisation malgré l'expiration de la période normale de nouvelle cotisation, telles que les suivantes : les paragraphes 12(2.2), 67.5(2), 69(12), 74.2(4), 80.04(9), 86.1(5), 118.1(11), 185.1(3), 152(6.1) et 152(6.2) L.I.R.

Aux fins de l'impôt du Québec, le sous-paragraphe 1010.2)b)i L.I. stipule que le ministre peut établir une nouvelle cotisation en tout temps lorsque le contribuable ou la personne qui produit la déclaration a fait une fausse représentation des faits par incurie ou par omission volontaire, ou a commis une fraude. Revenu Québec considère que l'expression « incurie » signifie « un manque de soin, d'organisation »³³, qui fait référence à « une carence ou à une nonchalance dans l'accomplissement des obligations fiscales »³⁴.

Par ailleurs, en vertu de l'article 1010.0.2 L.I., lorsqu'un contribuable est cotisé ou cotisé de nouveau sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le ministre provincial peut établir une nouvelle cotisation dans l'année qui suit la date de la cotisation fédérale, afin de prendre en considération les éléments se rapportant à cette cotisation ou nouvelle cotisation. Cependant, le délai additionnel prévu à l'article 1010.0.2 L.I. ne s'applique pas à une cotisation dont les délais prévus à l'article 1010 L.I. ont expiré avant le 7 novembre 1998³⁵. De plus, comme il a été mentionné précédemment, le ministre provincial peut cotiser de nouveau un contribuable à la suite d'une cotisation ou d'une nouvelle cotisation établie par une autre province, à l'intérieur d'un an à partir de la date de cette cotisation provinciale en vertu de l'article 1010.0.3 L.I., afin de tenir compte d'éléments se rattachant à cette cotisation ou nouvelle cotisation.

Le sous-alinéa 152(4)a)(i) L.I.R. constitue une disposition réparatrice, et c'est dans cette optique qu'il faut l'analyser. En effet, le juge Bowie explique dans l'affaire *College Park Motor Products Ltd. c. La Reine*³⁶ le cadre d'interprétation de ce sous-alinéa :

« In examining this question it is important to remember that the purpose of subparagraph 152(4)(a)(i) is simply to preserve the Minister's right to reassess a taxpayer in circumstances where the taxpayer has not divulged all that he should have, as accurately as he should have, and thereby has denied the Minister the opportunity to assess correctly all of the appellant's liability under the *Act* in the

³³ *Interprétations internes RevQué*, dans *Taxnet pro* (en ligne : www.taxnetpro.com), lettre d'interprétation 00-010119, « Cotisation par incurie – 1010.2)b)i de la *Loi sur les impôts* – Année d'imposition 1991 », 20 septembre 2000.

³⁴ *Id.*

³⁵ *Id.* Voir également *Interprétations internes RevQué*, dans *Taxnet pro* (en ligne : www.taxnetpro.com), lettre d'interprétation 99-010662, « Demande d'interprétation – Application du nouvel article 1010.0.2 de la *Loi sur les impôts* », 26 juillet 2000.

³⁶ 2009 CCI 409 (procédure générale).

first instance. It is not at all concerned with establishing culpability on the part of the taxpayer. [...]

At the risk of redundancy, I wish to reemphasize that the purpose of subparagraph 152(4)(a)(i) is not penal but remedial. It balances the need for taxpayers to have some finality in respect of their taxes for the year with the requirement of a self-reporting system that the taxing authority not be foreclosed from reassessing in those instances where a taxpayer's conduct, whether through lack of care or attention at one end of the scale, or willful fraud at the other end, has resulted in an assessment more favourable to the taxpayer than it should have been. This, quite rightly, is not a penalty case. It is simply a case where the fisc should not be deprived simply by reason of the passage of time between Mr. Ulmer's innocent mistake and his discovery of it, and resulting voluntary disclosure³⁷. »

Dans ce jugement, les contribuables qui sont deux sociétés membres d'un groupe d'une dizaine de compagnies en appellent des cotisations effectuées par le ministre après l'expiration de la période normale de nouvelle cotisation. Les contribuables n'ont pas payé l'impôt sur le capital des grandes sociétés de la partie I.3 L.I.R. auquel ils étaient assujettis, en plus de demander une déduction pour petites entreprises à laquelle ils n'avaient pas droit, et ce, compte tenu d'une erreur commise par leur comptable dans leurs déclarations de revenus au fil des années. Lorsque l'erreur fut découverte, les contribuables ont effectué une divulgation volontaire, acceptant les nouvelles cotisations du ministre pour les années non prescrites. Cependant, ils ont refusé d'être cotisés de nouveau pour les années frappées de prescription. La Cour conclut que les contribuables ont fait une présentation erronée des faits par négligence ou inattention et, par conséquent, le ministre est autorisé à tirer parti du sous-alinéa 152(4)a(i) L.I.R. pour rouvrir les années prescrites. La Cour déclare qu'elle ne doute pas que le comptable et le dirigeant des compagnies soient des personnes prudentes et consciencieuses, mais ajoute que cela n'élimine pas la possibilité que ces personnes puissent à un moment faire preuve d'un manque de soin. Il importe peu aux fins du sous-alinéa 152(4)a(i) L.I.R. que la négligence soit celle du comptable plutôt que celle du contribuable lui-même. De plus, le fait que ce soit un comptable qui ait rempli la déclaration au nom du contribuable, que ce dernier lui ait fourni toute l'information adéquate et exacte et qu'il ait ensuite révisé le contenu des déclarations n'a pas empêché la Cour de permettre la réouverture des années prescrites. Le contribuable, qui était au courant des faits, aurait dû dans la révision des déclarations de revenus poser des questions au comptable quant à l'impôt de la partie I.3 L.I.R., puisque des questions dans la déclaration de

³⁷ *Id.*, par. 20.

revenus se rapportaient à cet impôt. Selon la Cour, ne connaissant pas les implications légales des faits, le contribuable aurait dû s'enquérir de l'impôt de la partie I.3 L.I.R. avant de signer les déclarations qui contenaient des déclarations selon lesquelles les compagnies n'étaient pas assujetties à cet impôt, comme un contribuable prudent et diligent l'aurait fait lors de la révision des déclarations fiscales.

Bref, dans l'application de ce sous-alinéa, des considérations telles que la bonne foi du contribuable ou le fait qu'il ait engagé un comptable pour préparer ses déclarations de revenus ne lui sont pas d'une grande aide, puisque cette disposition vise à permettre au ministre de cotiser correctement et conformément à la loi le contribuable tel qu'il aurait pu le faire n'eût été une présentation inexacte des faits. Tel que le stipule expressément cette disposition, la réouverture des années prescrites est possible, que ce soit le contribuable ou la personne produisant sa déclaration qui ait effectué une présentation erronée des faits, par négligence, inattention ou omission volontaire.

2.2. FARDEAU DE LA PREUVE DU SOUS-ALINÉA 152(4)A)(I) L.I.R.

Tout d'abord, le fardeau de la preuve en vertu du sous-alinéa 152(4)a)(i) L.I.R. pour établir une nouvelle cotisation après la période normale de nouvelle cotisation repose sur les épaules du ministre, qui doit prouver une présentation erronée des faits par négligence, inattention ou omission volontaire ou une fraude de la part du contribuable³⁸.

En fait, la preuve par le ministre de la présentation erronée des faits s'effectue selon la prépondérance des probabilités³⁹. Cependant, alors que la norme de preuve constitue une norme civile pour ce qui est de la preuve de la présentation erronée des faits, elle est en théorie relativement plus stricte lorsqu'il s'agit de démontrer la fraude⁴⁰.

³⁸ *La Reine c. O'Neill Motors Ltd.*, 98 D.T.C. 6424 (C.A.F.), par. 6. Voir également les affaires suivantes : *Bigayan c. La Reine*, [2000] 1 C.T.C. 2229 (C.C.I.) (procédure générale) (« *Bigayan* »); *Biros c. La Reine*, 2007 CCI 248 (procédure générale), par. 24 (« *Biros* »); *Venne c. La Reine*, 84 D.T.C. 6247 (C.F. 1^{re} inst.) (« *Venne* »); *MRN c. Taylor*, [1961] C.T.C. 211 (C. de l'É.); *MRN c. Foot*, [1964] C.T.C. 317 (C. de l'É.); *Appleby*, précité, note 7; *Roselawn Investments Ltd. c. MRN*, [1980] C.T.C. 2316 (C.R.I.).

³⁹ *Dowling c. La Reine*, 96 D.T.C. 1250 (C.C.I.) (« *Dowling* »).

⁴⁰ *Biros*, précité, note 38, par. 24. La décision *Biros* fait référence à l'arrêt *Continental Insurance Co. c. Dalton Cartage Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 164 (C.S.C.), cité dans la note (à suivre...)

Par ailleurs, le principe selon lequel le contribuable a le fardeau de prouver le caractère erroné des constatations, des hypothèses de faits ou des cotisations, ne trouve application dans les circonstances d'un appel interjeté à l'encontre de nouvelles cotisations effectuées par le ministre concernant des années prescrites que dans la mesure où le ministre prouve d'abord les faits à l'appui de sa nouvelle cotisation après l'expiration de la période normale de nouvelle cotisation⁴¹. Lorsqu'il s'agit de la réouverture d'une année prescrite, le ministre ne bénéficie pas de la présomption de la validité de la cotisation selon le paragraphe 152(8) L.I.R.⁴² selon laquelle le contribuable a le fardeau initial de réfuter les faits présumés afin d'établir la cotisation. Cette présomption entrera en jeu seulement une fois que le ministre rencontrera son propre fardeau de preuve quant à l'ouverture des années prescrites⁴³.

En effet, la Cour d'appel fédérale a confirmé que dans un cas de réouverture d'une année prescrite en vertu du sous-alinéa 152(4)a(i) L.I.R., le ministre a le fardeau de la preuve de satisfaire les critères de ce sous-alinéa, et une fois qu'il s'en est acquitté, le fardeau est transféré sur les épaules du contribuable, qui doit réfuter les présomptions sur lesquelles reposent la nouvelle cotisation⁴⁴.

Plus exactement, une fois que la Couronne a prouvé qu'il y a eu une présentation erronée des faits à l'égard d'une catégorie ou d'une source de revenus en particulier, la preuve de la provenance de tout revenu tiré de cette source n'est pas nécessaire et le fardeau de la preuve est transféré sur les épaules du contribuable, qui doit prouver que le revenu tiré de cette source s'avère moindre que ce que les autorités fiscales ont déterminé⁴⁵.

(...suite)

de bas de page n° 3, p. 205, de la décision *Farm Business Consultants Inc. c. La Reine*, [1994] T.C.J. n° 760 (C.C.I.); confirmé par [1996] F.C.J. n° 82 (C.A.F.) (« *Farm Business Consultants* »).

⁴¹ *Jencik c. La Reine*, [2004] 3 C.T.C. 2115 (C.C.I.) (procédure informelle) (« *Jencik* »), par. 11.

⁴² Disposition provinciale équivalente : art. 1014 L.I.

⁴³ *Lacroix c. La Reine*, 2009 D.T.C. 5625 (C.A.F.) (« *Lacroix* »).

⁴⁴ *Angus c. La Reine*, [1996] 3 C.T.C. 2618 (C.C.I.), 98 D.T.C. 6661 (C.A.F.), par. 6 (« *Angus* »).

⁴⁵ *Biros*, précité, note 38, par. 26.

Ensuite, dans l'affaire *Ver c. La Reine*⁴⁶, le juge Bowman précise les trois éléments essentiels, repris par la suite dans la décision *Gardner c. La Reine*⁴⁷, qui doivent d'abord être allégués au soutien de la prétention du ministre lorsque ce dernier invoque une « présentation erronée » des faits :

- i) la présentation;
- ii) le fait qu'elle ait été faite;
- iii) le fait qu'elle soit erronée⁴⁸.

En fait, pour éviter que le ministre ne se livre à une « expédition de pêche », il doit expliciter la présentation erronée des faits allégués :

« Although the word “precise” does not appear in the text of this Court’s Rule 49, there does need to be a precise statement of an alleged misrepresentation, as Judge Bowman made clear in *Ver*. In my view, the Federal Court jurisprudence dealing with the requirement for particularity applies equally to appeals in this Court, at least in those cases where the Minister has reassessed outside the normal reassessment period on the basis of an alleged misrepresentation. The Respondent therefore must give particulars of the alleged misrepresentation to enable the Appellant to decide whether to deliver an Answer, and to define the issues for discovery in a way that will permit the Appellant to know the case she has to meet in respect of misrepresentation, and to prevent the Respondent from using vague allegations of misrepresentation to justify a fishing expedition on discovery⁴⁹. » (Notre soulignement)

Dans sa tentative de justifier les nouvelles cotisations établies pour les années prescrites, le ministre doit se limiter aux déclarations erronées à l'appui de ces nouvelles cotisations au moment où ces dernières ont été établies par lui et qu'elles lui étaient nécessairement connues à ce moment, n'étant donc pas autorisé à établir au préalable une nouvelle cotisation et à chercher par la suite des motifs pour la justifier⁵⁰.

Par ailleurs, dans l'affaire *Biros*⁵¹, la Cour canadienne de l'impôt se penche sur les restrictions qu'impose le paragraphe 152(4.01) L.I.R. au

⁴⁶ [1995] T.C.J. n° 593 (C.C.I.) (« *Ver* »).

⁴⁷ [2001] 4 C.T.C. 2868 (C.C.I.) (procédure générale), 2002 CAF 195 (« *Gardner* »).

⁴⁸ *Ver*, précité, note 46, par. 17 (traduction de l'affaire *Jencik*).

⁴⁹ *Gardner*, précité, note 47.

⁵⁰ *Hans c. La Reine*, [2004] 1 C.T.C. 2078 (C.C.I.).

⁵¹ *Biros*, précité, note 38.

ministre lorsqu'il se prévaut de son pouvoir d'établir une nouvelle cotisation après la période normale de nouvelle cotisation en vertu du sous-alinéa 152(4)a)(i) L.I.R. À ce sujet, le juge Bowman explique ceci :

« Cette disposition limite les pouvoirs que possède le ministre du Revenu national d'établir une nouvelle cotisation. D'une façon générale, et au risque de trop simplifier les choses, je dirai que, si un contribuable a effectué une présentation erronée des faits, par négligence, inattention ou omission volontaire ou attribuable à quelque fraude commise lors de la production de la déclaration, le ministre peut établir une nouvelle cotisation en dehors de la période normale de nouvelle cotisation, mais uniquement dans la mesure où il est raisonnable de considérer que la nouvelle cotisation se rapporte à une présentation erronée des faits du type décrit au sous-alinéa 152(4.01)a)(i)⁵². »
(Notre soulignement)

Bref, la nouvelle cotisation doit se rattacher à la présentation erronée des faits ou la fraude alléguée par le ministre pour la réouverture des années frappées de prescription. Malgré tout, le juge Bowman précise que les restrictions prévues au paragraphe 152(4.01) L.I.R. n'exigent pas que le ministre « établisse le montant précis en cause dans la présentation erronée des faits afin de justifier le montant de la nouvelle cotisation »⁵³.

En outre, dans l'arrêt *Boucher c. La Reine*⁵⁴, la Cour d'appel fédérale rappelle qu'aux fins du sous-alinéa 152(4)a)(i) L.I.R. il ne suffit pas de faire la preuve d'une présentation erronée des faits, il faut également établir que la « présentation erronée de l'information est attribuable à de la négligence, à de l'inattention ou à une omission volontaire »⁵⁵. Les notions de négligence et d'inattention pour l'application du sous-alinéa 152(4)a)(i) L.I.R. nécessitent la preuve par le ministre que le contribuable n'a pas fait preuve de diligence raisonnable⁵⁶. En effet, dans l'arrêt *Angus*⁵⁷, la Cour d'appel fédérale formule ainsi la question à se poser quant à la détermination de savoir si un contribuable a agi par négligence ou inattention : « la prudence

⁵² *Id.*, par. 3.

⁵³ *Id.*, par. 27.

⁵⁴ 2004 D.T.C. 6084 (C.A.F.), autorisation d'appel refusée (2004) 333 N.R. 397 (note) (C.S.C.).

⁵⁵ *Id.*, par. 5. À propos du fardeau de preuve additionnel du ministre de prouver ce à quoi la présentation erronée des faits est attribuable, voir l'affaire suivante : *Markakis c. MRN*, [1986] 1 C.T.C. 2318 (C.C.I.).

⁵⁶ *Gebhart Estate c. La Reine*, 2008 D.T.C. 6581 (C.A.F.), par. 19.

⁵⁷ Précité, note 44.

exercée par l'appelant lorsqu'il a produit ses déclarations de revenus était-elle celle d'une personne avisée? »⁵⁸. À titre d'exemple, la jurisprudence a déjà considéré que des erreurs de calcul mathématiques matérielles dans une déclaration de revenus produite par le comptable du contribuable constituaient une présentation erronée des faits par négligence ou inattention au sens de la loi⁵⁹.

De plus, dans l'affaire *Savard c. La Reine*⁶⁰, la Cour canadienne de l'impôt confirme que les expressions « négligence » et « inattention » au sens du sous-alinéa 152(4)a(i) L.I.R. doivent être interprétées comme ayant la même signification que leur sens usuel, et suppose que le contribuable n'a pas fait preuve de diligence raisonnable⁶¹. Ainsi, la Cour mentionne que le sous-alinéa 152(4)a(i) L.I.R. nécessite plus qu'une erreur découlant de la présence d'un élément inexact dans la déclaration de revenus d'un contribuable, c'est-à-dire que la preuve d'un manquement plus grave qu'une simple erreur est essentielle⁶². Dans cette décision, la détermination de l'inclusion du revenu était une question complexe et le contribuable a cru de bonne foi que les montants en question ne devaient pas être insérés dans son revenu, raison pour laquelle la Cour a conclu qu'il n'y avait pas lieu à la réouverture de l'année prescrite en vertu du sous-alinéa 152(4)a(i) L.I.R. Enfin, la Cour précise que la notion de négligence au sens du sous-alinéa 152(4)a(i) L.I.R. se compare au degré de négligence en matière de responsabilité civile⁶³. Dans cette affaire, le fait que la situation était loin d'être claire et que le point litigieux constituait une question ardue sont des éléments qui ont penché en faveur de la détermination par la Cour que le contribuable n'a pas fait preuve de négligence.

Enfin, l'analyse du facteur de négligence aux fins du sous-alinéa 152(4)a(i) L.I.R. comprend un élément subjectif : par exemple, la Cour a déjà pris en considération le fait que le contribuable soit un comptable qui devrait posséder des connaissances de base en fiscalité comme en

⁵⁸ *Id.*, par. 7.

⁵⁹ *Nesbitt c. Canada*, 96 D.T.C. 6588 (C.A.F.), autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada refusée.

⁶⁰ 2008 D.T.C. 5026 (C.C.I.) (« *Savard* »).

⁶¹ *Id.*, par. 52-53.

⁶² *Id.*, par. 58-59.

⁶³ *Id.*, par. 68.

posséderait un comptable de pratique générale compétent n'étant pas un expert en fiscalité⁶⁴.

2.3. COMPARAISON AVEC LE FARDEAU DE PREUVE DU PARAGRAPHE 163(2) L.I.R.

Le paragraphe 163(2) L.I.R. permet au ministre d'imposer une pénalité au contribuable dans certaines circonstances. Dans la plupart des cas, le ministre qui cotise en dehors de la période normale de nouvelle cotisation impose également une pénalité en vertu de ce paragraphe, raison pour laquelle il est intéressant de comparer les deux dispositions.

Contrairement au sous-alinéa 152(4)a(i) L.I.R., le paragraphe 163(2) L.I.R. représente une disposition pénale plutôt qu'une disposition réparatrice. En effet, le juge Strayer dans l'affaire *Venne* précise le cadre d'interprétation du paragraphe 163(2) L.I.R. :

« [...] Il faut se souvenir comme l'a dit le juge Cattnach dans l'affaire *Udell* (précitée) qu'il s'agit d'une disposition pénale et qu'elle doit être interprétée de façon restrictive. Le paragraphe ne vise évidemment pas à imposer de responsabilité stricte, mais il n'autorise les pénalités que si le contribuable a un degré élevé de faute, notamment la connaissance ou la mauvaise conduite insouciance⁶⁵ [...]. »

En vertu du paragraphe 163(2) L.I.R., c'est le ministre qui a le fardeau de preuve de démontrer la présence des faits qui permettent de satisfaire les critères pour l'imposition d'une pénalité⁶⁶. Plus précisément, le ministre doit prouver deux éléments afin de s'acquitter de son fardeau de preuve pour l'application du paragraphe 163(2) L.I.R.⁶⁷ :

- le ministre doit prouver que le contribuable a fait un **faux énoncé** ou une **omission** dans une déclaration;
- le ministre doit prouver que ce faux énoncé ou cette omission a été fait **sciemment** ou dans des circonstances équivalant à une **faute lourde** (*gross negligence*).

⁶⁴ *Fukushima c. La Reine*, 99 D.T.C. 553 (C.C.I.), par. 16.

⁶⁵ *Venne*, précité, note 38, par. 40.

⁶⁶ *Id.*, par. 35; *Bigayan*, précité, note 38, par. 23; *Lacroix*, précité, note 43, par. 26.

⁶⁷ *Corriveau c. La Reine*, [1998] T.C. n° 1122 (C.C.I.), par. 26.

Dans la décision de première instance *Angus*, la Cour canadienne de l'impôt précise que le paragraphe 163(2) L.I.R. se réfère à une fausse déclaration ou une omission dans une déclaration de revenus, plutôt qu'à une présentation erronée des faits⁶⁸. La Cour ajoute que le ministre doit établir selon la balance des probabilités que le contribuable savait, ou dans des circonstances constituant de la négligence lourde, a fait une fausse déclaration ou omission⁶⁹.

Pour éviter l'application des pénalités prévues au paragraphe 163(2) L.I.R., « l'attitude et le comportement général du contribuable [doivent être] tels qu'aucun doute quant à sa bonne foi et sa crédibilité ne puissent être sérieusement entretenus »⁷⁰. Au surplus, la « faute lourde » fait référence à une notion de « négligence plus grave qu'un simple défaut de prudence raisonnable », dont le degré de négligence se rattache à « une action délibérée, une indifférence au respect de la Loi »⁷¹.

Dans une affaire de 1994⁷² de la Cour canadienne de l'impôt, le juge Bowman s'est affairé à distinguer les conditions requises par le sous-alinéa 152(4)a)(i) et le paragraphe 163(2) L.I.R., bien qu'il ait conclu que les deux dispositions s'appliquaient dans le cas à l'étude. Il explique en outre que les termes « négligence » et « inattention » du sous-alinéa 152(4)a)(i) L.I.R. sont compris dans l'expression « faute lourde » du paragraphe 163(2) L.I.R., alors que l'expression « omission volontaire » au sous-alinéa 152(4)a)(i) L.I.R. est implicitement comprise dans l'expression « sciemment » au paragraphe 163(2) L.I.R. De plus, il précise qu'une norme de preuve différente⁷³ est requise pour ouvrir une année prescrite selon le sous-alinéa 152(4)a)(i) L.I.R., comparativement à l'imposition d'une pénalité en vertu du paragraphe 163(2) L.I.R. :

« [...] The issue under subparagraph 152(4)(a)(i) is not however unrelated to the third issue, that of penalties. If the misrepresentation is attributable to simple neglect or carelessness not amounting to gross negligence the penalties under

⁶⁸ *Angus*, précité, note 44, par. 39.

⁶⁹ *Id.*, par. 35.

⁷⁰ *Morin c. MRN*, 88 D.T.C. 1592, 92 D.T.C. 1238 (C.C.I.), par. 5.

⁷¹ *Venne*, précité, note 38, par. 37; voir également *Gélinas c. La Reine*, 2009 CCI 136 (procédure informelle).

⁷² *Farm Business Consultants*, précité, note 40.

⁷³ *Id.* Voir également l'affaire *Ng c. La Reine*, 99 D.T.C. 208 (C.C.I.) (procédure informelle).

subsection 163(2) cannot be supported. If, however, it is misrepresentation attributable to “wilful default” it is much more difficult to conclude that it is not equally a “false statement” which the appellant made “knowingly” within the meaning of subsection 163(2). On one view of the matter the action was wilful, in the sense that it was deliberate. From a different perspective it might be said that it was based upon a wholly erroneous view of the effect of the description or misdescription adopted by the parties. In one sense the misrepresentation can be seen as attributable to Mr. Ibbotson’s failure to recognize that such arrangements, however prevalent they may be, were ineffective. Had he taken the trouble to speak to a moderately competent tax lawyer or accountant he would unquestionably have been told that the scheme did not work.

The question then is whether the conduct on the part of the appellant justifying the Minister’s reopening of the statute-barred years under subparagraph 152(4)(a)(i) equally justifies the imposition of penalties under subsection 163(2). That the two provisions are not coterminous is obvious. “Neglect, carelessness, wilful default or ... fraud” (négligence, inattention, omission volontaire ou ... fraude) cover a wide range of non-feasance or misfeasance, innocent or intentional, to which a misrepresentation in a return may be attributable. There is no hiatus between the words in this series, which starts with ordinary neglect and proceeds by gradual degrees to fraud which would justify a penalty under subsection 163(2). The type of carelessness or neglect encompassed by subparagraph 152(4)(a)(i) may include, but is not as extensive as, that contemplated in the words “gross negligence” in subsection 163(2) (“faute lourde”) which implies conduct characterized by so high a degree of negligence that it borders on recklessness. It would be difficult to conclude that the state of mind required for “wilful default” (“omission volontaire”) is not the same as that implicit in the word “knowingly” (“sciemment”).

[...]

The type of conduct envisaged by subsection 163(2) may overlap portions of subparagraph 152(4)(a)(i) and I think that it does so in this case. I have made a great effort to put the appellant’s conduct in as benign a light as possible, and to attribute it to a naïve and foolish belief that schemes of the type involved here actually work rather than to a wilful misrepresentation of the true state of affairs. I have been unable to do so. The appellant either knew what it was doing or was reckless as to the legal efficacy of the arrangement. I am cognizant of the fact that subparagraph 152(4)(a)(i) has as its purpose the opening up of returns for statute-barred years where items of income, for a wide variety of reasons, are omitted or misstated, whereas subsection 163(2) is a penal provision and that in applying it if there is doubt as to the type of conduct to which the misrepresentation is attributable the benefit of that doubt should be given to the taxpayer. [...]

A Court must be extremely cautious in sanctioning the imposition of penalties under subsection 163(2). Conduct that warrants reopening a statute-barred year does not automatically justify a penalty and the routine imposition of penalties by the Minister is to be discouraged. Conduct of the type contemplated in paragraph 152(4)(a)(i) may in some circumstances also be used as the basis of a

penalty under subsection 163(2), which involves the penalizing of conduct that requires a higher degree of reprehensibility. In such a case a Court must, even in applying a civil standard of proof, scrutinize the evidence with great care and look for a higher degree of probability than would be expected where allegations of a less serious nature are sought to be established. Moreover, where a penalty is imposed under subsection 163(2) although a civil standard of proof is required, if a taxpayer's conduct is consistent with two viable and reasonable hypotheses, one justifying the penalty and one not, the benefit of the doubt must be given to the taxpayer and the penalty must be deleted.⁷⁴ I think that in this case the required degree of probability has been established by the respondent, and that no hypothesis that is inconsistent with that advanced by the respondent is sustainable on the basis of the evidence adduced⁷⁴. » (Note soulignement)

Dans une affaire plus récente, soit le jugement *Savard*⁷⁵, la Cour canadienne de l'impôt se réfère à l'échelle des divers niveaux de faute requis pour l'application du sous-alinéa 152(4)a)(i) L.I.R. et du paragraphe 163(2) L.I.R., développée par la Commission de révision de l'impôt dans la décision *Jet Metal Products Ltd. c. MRN*⁷⁶ qui est reproduit ci-dessous :

« Turning to subsection 163(2) for a moment and its relationship to subsection 152(4), it is noted that it contains no reference to “fraud”, requiring only that the person acted “knowingly” or that the circumstances amounted to “gross negligence”. In my view, misrepresentation is fundamentally a false statement made, or a true statement omitted, and to whatever degree a scale of offences can be seen in subsections 152(4) and 163(2), it might be shown as follows :

(a) Misrepresentation [Présentation erronée des faits]	
Carelessness [Inattention]	152(4)
Negligence [Négligence]	152(4)
Gross negligence [Faute lourde]	163(2)
Wilful Default [Omission volontaire]	152(4)
Knowingly [Sciemment]	163(2)
(b) Fraud [Fraude]	
	152(4)

Using this scale as a general guideline, it will be the basis of the conclusions reached in this decision that to reach a level of “gross negligence”, something greater than “carelessness” or “negligence” is required, and that “wilful default” may be equated with “knowingly”⁷⁷. »

⁷⁴ *Farm Business Consultants*, précité, note 40, par. 21, 22, 25 et 27.

⁷⁵ Précité, note 60.

⁷⁶ [1979] C.T.C. 2738 (C.R.I.) (« *Jet Metal Products* »).

⁷⁷ *Savard*, précité, note 60, par. 68, qui cite le paragraphe 34 de la décision *Jet Metal Products*, précité, note 76.

La Cour considère dans cette affaire que les conditions requises pour rouvrir une année prescrite en vertu du sous-alinéa 152(4)a)(i) L.I.R. sont moins sévères et moins rigides que celles du paragraphe 163(2) L.I.R. en ce qui a trait à l'imposition de pénalités au contribuable lorsque l'analyse repose sur la notion de négligence⁷⁸. Comme cela est expliqué plus haut, la jurisprudence a généralement considéré que la négligence aux fins du sous-alinéa 152(4)a)(i) L.I.R. implique que le contribuable n'a pas fait preuve de diligence raisonnable, et se réfère à un critère de faute semblable à celui de la responsabilité délictuelle⁷⁹.

L'affaire *Dowling*⁸⁰ est une décision intéressante en ce qu'elle illustre un cas où la Cour considère qu'il y a eu négligence de la part d'un contribuable qui permet l'ouverture d'une année prescrite en vertu du sous-alinéa 152(4)a)(i) L.I.R., sans toutefois être un cas de faute lourde (*gross negligence*) au sens du paragraphe 163(2) L.I.R. Il s'agit d'une décision qui traite d'une nouvelle cotisation fondée sur la méthode de l'avoir net effectuée par le ministre après la période normale de nouvelle cotisation et de l'imposition d'une pénalité en vertu du paragraphe 163(2) L.I.R. La Couronne allègue le fait que le contribuable n'a pas déclaré des revenus de son entreprise de joueur de golf professionnel pour les années d'imposition 1985 à 1988. Le contribuable prétend que l'écart peut être justifié par la prise en considération d'un solde d'ouverture en argent comptant en date du 31 décembre 1984, de prêts contractés auprès de personnes, du remboursement d'un prêt consenti et de revenus provenant de paris et de jeux de hasard.

La Cour conclut que le ministre était autorisé à établir une nouvelle cotisation hors délai en vertu du sous-alinéa 152(4)a)(i) L.I.R. pour les années 1985 et 1986 puisque le contribuable a fait une présentation erronée de son revenu en raison de sa négligence, son inattention ou son omission volontaire. La Cour considère que le défaut du contribuable de conserver des registres ou des reçus, et le fait que le contribuable a combiné ses finances personnelles à celles de son entreprise, constituent de la négligence. Cependant, le degré de négligence du contribuable selon la Cour n'est pas assez élevé pour lui imposer une pénalité selon le paragraphe 162(3) L.I.R. La Cour explique que le simple fait que la cotisation fondée sur la méthode de l'avoir net ne soit pas réfutée n'est pas assez pour satisfaire les critères du paragraphe 163(2) L.I.R., puisqu'une fois qu'il est établi qu'il y avait

⁷⁸ *Id.*, par. 84.

⁷⁹ *Venne*, précité, note 38.

⁸⁰ Précité, note 39.

omission ou fausse déclaration, il faut ensuite prouver que cela est causé par une faute lourde ou sciemment. Dans ce cas, la Cour a conclu que le ministre ne s'était pas acquitté de son fardeau de preuve, la Cour ayant pris en considération, entre autres, le fait que le contribuable ait été coopératif durant la vérification en fournissant les registres qu'il possédait et que l'écart établi entre le revenu disponible et le revenu reporté n'était pas à ce point élevé qu'il ne pouvait pas s'expliquer en partie par des gains de paris. Comme nous allons le voir plus loin, l'arrêt *Lacroix* semble avoir remis en question ce standard quant au fardeau de preuve prévu au paragraphe 163(2) L.I.R.

En résumé, les tribunaux devraient exiger du ministre, qui impose presque automatiquement une pénalité lorsqu'il cotise une année prescrite, une preuve plus convaincante pour l'application de la pénalité. Or, comme nous allons le voir plus loin, les cours semblent de moins en moins distinguer les fardeaux de preuve rattachés à ces deux dispositions, et la ligne qui sépare les normes de preuve de ces deux articles s'atténue de plus en plus, et ce, surtout en présence d'une cotisation fondée sur la méthode de l'avoir net.

2.4. CONFUSION QUANT AUX FARDEAUX DE PREUVE EN PRÉSENCE D'UNE COTISATION FONDÉE SUR LA MÉTHODE DE L'« AVOIR NET »

En vertu du paragraphe 152(7) L.I.R.⁸¹, le ministre peut établir une cotisation indépendamment de la déclaration ou des renseignements fournis par le contribuable, n'étant pas lié par ces derniers. D'ailleurs, considérée par les tribunaux comme un outil de dernier recours, étant donné qu'il s'agit d'une méthode insatisfaisante et imprécise⁸², voire arbitraire et inexacte⁸³, la cotisation fondée sur la méthode de l'avoir net s'inscrit dans le cadre de l'utilisation par le ministre des diverses méthodes estimatives du revenu, également appelées méthodes indirectes ou méthodes alternatives de cotisation⁸⁴.

⁸¹ Disposition provinciale équivalente : art. 95.1 L.M.R.

⁸² *Ramey c. La Reine*, 93 D.T.C. 791 (C.C.I.), par. 6; voir également l'affaire *Mensah c. La Reine*, 2008 CCI 378 (procédure générale).

⁸³ *Bigayan*, précité, note 38, par. 2.

⁸⁴ Christopher R. MOSTOVAC, « Les méthodes estimatives de vérification et de cotisation », dans *Congrès 2009*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, pp. 43:1-40. Dans ce texte, l'auteur explique que parmi ces méthodes (à suivre...)

Tout d'abord, la méthode de l'avoir net est décrite par le juge W.W. Webb J. de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Sarwari c. La Reine*⁸⁵ de la façon suivante :

« On utilise l'analyse de l'avoir net en vue de tenter de déterminer si une personne a un revenu non déclaré, compte tenu de son actif net (à savoir l'actif moins le passif) à la fin d'une année particulière comparativement à son actif net (l'actif moins le passif) à la fin de l'année précédente. Le revenu déclaré et les dépenses personnelles sont également déterminés (ou estimés) pour l'année en question. Si l'augmentation de l'avoir net plus le montant des dépenses personnelles sont supérieurs au revenu déclaré et aux sources non imposables d'argent (sauf les prêts qui auraient déjà été inclus dans la détermination de l'avoir net), l'excédent est considéré comme un revenu non déclaré, à moins que le contribuable ne puisse démontrer qu'il ne s'agit pas d'un revenu⁸⁶. »

Les limites de cette méthode estimative des revenus du contribuable n'ont jamais été clairement définies par la loi ou la jurisprudence, les tribunaux s'appuyant sur la crédibilité et le comportement des parties dans le cadre de son application⁸⁷.

L'interprétation par les tribunaux des dispositions du sous-alinéa 152(4)a(i) et du paragraphe 163(2) L.I.R. dans le cadre d'une situation où une cotisation effectuée par le ministre est fondée sur la méthode de l'avoir net est moins évidente que dans des situations de cotisations n'utilisant pas de méthodes estimatives. Plus particulièrement, la ligne tracée par la Commission de révision de l'impôt dans la décision *Jet Metal Products*⁸⁸ entre les fardeaux de preuve du sous-alinéa 152(4)a(i) et du paragraphe

(...suite)

estimatives, nous trouvons : la cotisation par avoir net, la cotisation par indices de richesse, la cotisation par la méthode de mouvement de trésorerie, la méthode d'échantillonnage et la méthode de cotisation fondée sur les dépôts bancaires non identifiables. Voir également à ce sujet le texte de Claudia LAVOIE, « Les méthodes alternatives de cotisation », (2005), vol. 26, n° 2 *Revue de planification fiscale et successorale* 233-312. L'auteur résume ainsi les méthodes alternatives de cotisation : méthode de cotisation fondée sur l'avoir net, méthode de cotisation fondée sur les prévisions (cotisation par sondages, par échantillonnages, ou cotisation émise sur la base d'indices), méthode de cotisation fondée sur les dépôts bancaires non identifiés, méthode de cotisation arbitraire.

⁸⁵ 2009 D.T.C. 1170 (C.C.I.).

⁸⁶ *Id.*, par. 7.

⁸⁷ C. R. MOSTOVAC, *loc. cit.*, note 84, 43:4-5.

⁸⁸ Précité, note 76.

163(2) L.I.R., dont il est également question dans le jugement *Savard*⁸⁹, s'estompe en présence d'une cotisation fondée sur la méthode de l'avoir net.

En effet, alors qu'auparavant les tribunaux appliquaient une norme plus sévère pour l'imposition de pénalités en vertu du paragraphe 163(2) L.I.R. comparativement à la réouverture d'une année prescrite conformément au sous-alinéa 152(4)a(i) L.I.R., et ce, même en présence de cotisations fondées sur la méthode de l'avoir net⁹⁰, une nouvelle tendance s'est dessinée parallèlement. En vérité, à propos de la technique de l'avoir net, dans l'arrêt *Molenaar c. La Reine*⁹¹, la Cour d'appel fédérale confirme dans un jugement rendu le 18 octobre 2004 ce que le ministre doit prouver pour s'acquitter de ce qui semble être son fardeau de preuve, à la fois en vertu du sous-alinéa 152(4)a(i) et du paragraphe 163(2) L.I.R. : « À partir du moment où le ministère établit selon des données fiables un écart, substantiel dans le cas présent, entre les actifs d'un contribuable et ses dépenses et où cet écart demeure inexpliqué et inexplicable, le ministère a assumé son fardeau de preuve [...] »⁹². La Cour d'appel fédérale confirme également dans cet arrêt qu'en présence d'une cotisation fondée sur la méthode de l'avoir net, il n'y a pas de présomption en faveur du contribuable que les entrées de fonds non déclarées et inexpliquées sont tirées de revenus non imposables⁹³.

Dans un arrêt récent rendu le 21 juillet 2008⁹⁴, la Cour d'appel fédérale se penche sur le fardeau de la preuve du ministre lorsque ce dernier effectue une nouvelle cotisation pour un contribuable hors de la période normale de nouvelle cotisation. Plus exactement, la Cour d'appel fédérale se demande comment le ministre s'acquitte du fardeau de la preuve dans une situation où la nouvelle cotisation découle de l'application de la méthode de l'avoir net. Le ministre procède par la méthode de l'avoir net, à la cotisation de M. Lacroix, et révèle un écart important entre le bilan d'ouverture et le bilan de fermeture de ce dernier. Le ministre présume que cet écart correspond à du revenu non déclaré (145 667 \$ pour l'année d'imposition 1997, 231 570 \$ pour l'année d'imposition 1998, 156 333 \$ pour l'année d'imposition 1999

⁸⁹ Précité, note 60.

⁹⁰ *Seto c. La Reine*, 2007 CCI 489; *Wajsfeld c. La Reine*, 2005 CCI 351 (procédure générale); *Boileau c. MRN*, 89 D.T.C. 247 (C.C.I.).

⁹¹ 2004 CAF 349.

⁹² *Id.*, par. 4.

⁹³ *Id.*, par. 2.

⁹⁴ *Lacroix*, précité, note 43.

et 26 103 \$ pour l'année d'imposition 2000). Le ministre établit de nouvelles cotisations pour ces années d'imposition, dont certaines sont établies après la période normale de nouvelle cotisation. Le ministre impose également des pénalités au contribuable en vertu du paragraphe 163(2) L.I.R. M. Lacroix justifie le montant de 500 000 \$ en liquidités qui figure dans son bilan de départ par un prêt que lui a consenti un ami, Gilles Pronovost, dont le fils fut secouru de la noyade par M. Lacroix, point de départ de leur relation d'amitié. Le prêt, aux dires de M. Lacroix, aurait été fait pour qu'il puisse se constituer un portefeuille immobilier. En première instance, le juge apprécie la crédibilité de M. Lacroix et M. Pronovost et accorde à leur témoignage peu de valeur probante.

Premièrement, toujours dans l'arrêt *Lacroix*, la Cour d'appel fédérale explique que le ministre n'est pas tenu de faire la preuve de la source du revenu constatée par l'application de la méthode de l'avoir net afin d'établir qu'il s'agit d'un revenu imposable, ce qui mit fin à une controverse jurisprudentielle⁹⁵. En effet, le ministre, qui présume que le revenu non déclaré établi par la méthode de l'avoir net est un revenu imposable, n'a pas à établir la source de ce revenu non déclaré⁹⁶. En fait, c'est le contribuable qui a le fardeau de réfuter par une preuve crédible la présomption selon laquelle le revenu non déclaré constitue un revenu imposable, le ministre devant par la suite prouver l'existence de ce revenu⁹⁷. En d'autres mots, si le contribuable démontre que le revenu que le ministre présume être imposable ne l'est pas⁹⁸, le fardeau passe sur les épaules du ministre, qui doit faire la preuve de l'existence du revenu.

Voici comment la Cour d'appel fédérale décrit le fardeau de preuve du ministre lorsque la nouvelle cotisation est fondée sur la méthode de l'avoir net :

« [...] Mais dans la grande majorité des cas, le ministre ne pourra que miner la crédibilité du contribuable, soit par des éléments de preuve qu'il apporte, soit en contre-interrogatoire du contribuable. Dans la mesure où la Cour canadienne de l'impôt est persuadée que le contribuable touche un revenu qu'il n'a pas déclaré et que l'explication offerte par le contribuable pour l'écart constaté entre son revenu déclaré et l'accroissement de son actif est non crédible, le ministre s'est

⁹⁵ En effet, le contraire était véhiculé dans plusieurs arrêts, dont la décision *Dowling* de la Cour canadienne de l'impôt, précité, note 39.

⁹⁶ *Lacroix*, précité, note 43, par. 18.

⁹⁷ *Id.*, par. 20 et 22.

⁹⁸ Pour un exemple, voir *Epel c. La Reine*, 2003 CCI 707 (procédure générale).

acquitté du fardeau de preuve qui lui incombe aux termes du sous-alinéa 152(4)(a)(i) et du paragraphe 162(3)⁹⁹. » (Notre soulignement)

Ainsi, dans la mesure où le ministre établit par des données fiables un écart entre l'actif d'un contribuable (et ses dépenses) et le revenu qu'il a déclaré dans sa déclaration de revenus, et que le contribuable ne fournit pas d'explications crédibles pour justifier cet écart, le ministre s'est acquitté de son fardeau de preuve pour établir une nouvelle cotisation hors délai ou pour imposer une pénalité¹⁰⁰. Il appert donc de cette citation que la Cour doit être persuadée qu'un revenu n'a pas été déclaré par le contribuable et que les explications de ce dernier ne sont pas suffisamment crédibles pour que le ministre puisse s'acquitter de son fardeau de preuve aux fins du sous-alinéa 152(4)a(i) L.I.R. De plus, en présence d'une nouvelle cotisation basée sur la technique de l'avoir net, la Cour nous indique que le fardeau de preuve du ministre aux fins du sous-alinéa 152(4)a(i) L.I.R. est le même que celui du paragraphe 163(2) L.I.R., même si le texte des deux dispositions semble imposer un fardeau différent. Plusieurs jugements subséquents ont suivi le principe établi par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Lacroix* selon lequel le même fardeau de preuve est applicable aux fins du sous-alinéa 152(4)a(i) et du paragraphe 163(2) L.I.R.¹⁰¹

Dans le même esprit, dans l'affaire *Sturzer c. La Reine*¹⁰², l'appelant interjette appel à la Cour canadienne de l'impôt des nouvelles cotisations établies par le ministre du Revenu national en ce qui a trait aux années d'imposition 2000, 2001 et 2002, fondées sur la méthode de l'avoir net. Le ministre a également imposé au contribuable une pénalité selon le paragraphe 163(2) L.I.R. Dans le cadre de l'établissement des nouvelles cotisations en question, le ministre a tenu plusieurs faits pour acquis. L'appelant attribue les revenus additionnels pour les années en litige à des dons effectués par son père et des prêts contractés auprès d'une banque autrichienne et d'une société dont le siège social est situé au Liechtenstein. En première instance, le juge Bédard explique qu'il serait dangereux d'accorder quelque valeur probante au témoignage du contribuable en

⁹⁹ *Lacroix*, précité, note 43, par. 32.

¹⁰⁰ *Id.*, par. 33.

¹⁰¹ *Corriveau c. La Reine*, 2009 CCI 33; *Deschênes c. La Reine*, 2009 D.T.C. 62 (C.C.I.) (procédure générale); *Ohayon c. La Reine*, 2010 CCI 25; *Choi c. La Reine*, 2010 CCI 348 (procédure informelle); *Mompérouse c. La Reine*, 2010 CCI 172; *Nichols c. La Reine*, 2009 D.T.C. 1203 (C.C.I.) (procédure générale).

¹⁰² 2009 D.T.C. 707 (C.C.I.) (procédure générale).

l'absence de preuve concordante et probante prenant la forme de documentation fiable ou de témoignage de témoins crédibles, ajoutant ensuite que les réponses et les explications du contribuable étaient généralement vagues, imprécises et incompréhensibles, alors que d'autres fois elles étaient contradictoires et contredites par une preuve documentaire. Le juge de première instance prend également en considération l'attitude du contribuable à l'égard du système d'imposition canadien fondé sur l'autocotisation, qui, entre autres, ne conservait aucune pièce justificative relativement aux dépenses et n'avait pas tenu de registres comptables, ce qui porte atteinte par conséquent à sa crédibilité. Le juge de première instance tranche de la façon suivante le litige :

« Il convient maintenant de répondre à la question suivante: le ministre s'est-il acquitté du fardeau qui repose sur lui en vertu du sous-alinéa 152(4)a)(i) et du paragraphe 163(2) avant, dans un premier temps, d'établir de nouvelles cotisations après la période légale et, dans un second temps, d'imposer une pénalité au contribuable? Puisque je suis persuadé que l'appelant a touché un revenu qu'il n'a pas déclaré et que l'explication offerte par celui-ci pour l'écart constaté et l'accroissement de son actif est non crédible, le ministre s'est acquitté du fardeau de la preuve qui repose sur lui aux termes du sous-alinéa 152(4)a)(i) et du paragraphe 163(2)¹⁰³. » (Notre soulignement)

Bref, le juge de première instance est persuadé que le contribuable a gagné un revenu non déclaré. Pour cette raison, et parce qu'il considère que l'explication offerte par le contribuable pour justifier l'écart constaté et l'accroissement de son actif n'est pas crédible, il conclut que le ministre s'est acquitté du fardeau qui repose sur ses épaules en vertu du sous-alinéa 152(4)a)(i) et du paragraphe 163(2) L.I.R. pour être autorisé à établir de nouvelles cotisations après la période statutaire, ainsi que pour imposer une pénalité au contribuable. Ce jugement est confirmé par la Cour d'appel fédérale¹⁰⁴ le 16 novembre 2009, qui détermine que le juge de première instance n'a commis aucune des erreurs alléguées concernant son appréciation de la preuve.

Le standard concernant le fardeau de preuve applicable aux fins du paragraphe 163(2) L.I.R. établi dans l'arrêt *Lacroix* a toutefois été nuancé dans quelques décisions qui suivirent. En effet, dans la décision *Szlavy c. La Reine*¹⁰⁵ rendue le 9 septembre 2009, la juge Campbell de la Cour canadienne de l'impôt se penche sur l'imposition d'une pénalité en vertu du

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ *Sturzer c. La Reine*, 2009 CAF 329.

¹⁰⁵ 2009 CCI 449.

paragraphe 163(2) L.I.R. à la suite d'une cotisation résultant d'une analyse de contrôle indirecte, soit une analyse des dépôts bancaires. La juge distingue la cause à l'étude de celle de l'arrêt *Lacroix*, portant sur la crédibilité d'un contribuable qui aurait fabriqué des éléments de preuve et omis de déclarer des montants importants de revenus. Selon elle, les principes développés dans l'arrêt *Lacroix* ne permettent pas de conclure que le simple fait que certains dépôts bancaires demeurent inexpliqués justifie l'imposition de pénalités par le ministre, en vertu du paragraphe 163(2) L.I.R. Elle ajoute ceci :

« Je ne crois pas que l'arrêt *Lacroix* change quoi que ce soit à l'état du droit en ce qui concerne les pénalités prévues au paragraphe 163(2). La disposition utilise l'expression "[...] sciemment ou dans des circonstances équivalant à faute lourde". Ce libellé exige l'existence d'une intention coupable ou d'une négligence. Le paragraphe 163(2), par son libellé même, exige que le contribuable ait eu une intention coupable ou ait fait preuve de négligence en établissant sa déclaration ou en y acquiesçant. Conclure le contraire pourrait entraîner l'imposition de pénalités pour faute lourde dans tous les appels sur l'avoir net rejetés et retourner le fardeau au contribuable. Ce n'est pas le but de cette disposition¹⁰⁶. »

Par ailleurs, dans l'affaire *Dao c. La Reine*¹⁰⁷ dont la décision a été rendue le 16 février 2010 et qui concerne de nouvelles cotisations fondées sur la méthode de l'avoir net au-delà de la période normale de nouvelles cotisations conformément au sous-alinéa 152(4)a(i) L.I.R. ainsi que l'imposition d'une pénalité en vertu du paragraphe 163(2) L.I.R., la juge Campbell émet les commentaires suivants quant au fardeau de preuve du paragraphe 163(2) L.I.R. :

« Il est clair que le genre de conduite d'un contribuable qui justifie la réouverture, par le ministre, du dossier concernant les années prescrites ne justifie peut-être pas nécessairement l'imposition de pénalités aux termes du paragraphe 163(2). C'est pourquoi l'expression faute "lourde" est employée au paragraphe 163(2), par opposition à la faute "ordinaire". Dans certains cas, il peut y avoir chevauchement ou confusion en ce qui concerne la conduite visée par le paragraphe 163(2) et celle qui est visée par le sous-alinéa 152(4)a(i), mais dans d'autres cas, la ligne de démarcation est claire. Étant donné que la conduite de l'appelante est selon moi davantage assimilable à une omission volontaire au sens du sous-alinéa 152(4)a(i), on peut constater un certain chevauchement des deux dispositions eu égard aux circonstances de l'espèce. Toutefois, bien que le paragraphe 163(2) soit une disposition pénale, le sous-alinéa 152(4)a(i) ne l'est pas. Le paragraphe 163(2) exige implicitement

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ 2010 CCI 84 (procédure générale) (« *Dao* »).

l'existence de l'intention de dissimuler une opération en matière fiscale. Je conclus que les faits, en l'espèce, justifient l'imposition de pénalités aux termes du paragraphe 163(2). Toutefois, cela ne veut nullement dire que des agissements permettant au ministre de rouvrir des années prescrites justifie nécessairement l'imposition de pénalités aux termes de ce texte. Étant donné que les dispositions du paragraphe 163(2) sont de nature pénale, elles appellent un degré de culpabilité plus élevé, et une pénalité ne doit être imposée que lorsque la preuve le justifie clairement. Si la preuve suscite un doute quant à la question de savoir si ces dispositions doivent s'appliquer eu égard aux circonstances de l'espèce, la seule conclusion équitable est qu'il faut accorder le bénéfice du doute au contribuable eu égard aux circonstances. [...]

L'intention coupable ou la négligence constitue un élément nécessaire de la conduite qui justifie l'imposition de pénalités, et le paragraphe 163(2) sanctionne ce genre de comportement.

Cela m'amène à la décision la plus récente de la Cour d'appel fédérale dans laquelle il est question du sous-alinéa 152(4)a)(i) et du paragraphe 163(2). Avec tout le respect qui lui est dû, les observations du juge Pelletier dans l'arrêt *Lacroix c. R.*, [2008] F.C.J. No. 1092 (F.C.A.), m'étonnent et me laissent quelque peu perplexe lorsque je compare l'analyse qu'il a effectuée aux décisions antérieures de la Cour de l'impôt et de la Cour d'appel fédérale. Aux paragraphes 30 à 32, ces deux dispositions sont essentiellement juxtaposées, et la même obligation est imposée au ministre à l'égard des deux dispositions. Or, cela aura pour effet de supprimer l'exigence concernant l'intention coupable et, par conséquent, d'établir des circonstances dans lesquelles des pénalités pourraient être imposées dans de nombreux appels rejetés. Lorsqu'un contribuable est accusé de s'être conduit d'une façon négligente et répréhensible, et que sa conduite est presque assimilable à un comportement criminel et peut donner lieu à l'imposition de pénalités pour faute lourde, le ministre est tenu, en vertu du paragraphe 163(2), de justifier sa décision: il ne suffit pas, comme l'enseigne l'arrêt *Lacroix*, de démontrer que le contribuable a un revenu non déclaré et qu'il n'a pu donner aucune explication crédible¹⁰⁸. » (Notre soulignement)

Une chose est certaine : nous pouvons observer un vrai chaos quant à l'interprétation par les tribunaux du fardeau de preuve en vertu du paragraphe 163(2) L.I.R. en matière de cotisations fondées sur la technique de l'avoir net. Au surplus, le fait que cette disposition semble être appliquée automatiquement par le ministre lorsqu'il rouvre une année prescrite ne devrait pas rassurer les contribuables. Certains auteurs sont également d'avis que l'analyse jurisprudentielle de l'application des pénalités en vertu du paragraphe 163(2) L.I.R. en présence d'une cotisation fondée sur la méthode de l'avoir net n'est pas effectuée de façon uniforme par les tribunaux¹⁰⁹,

¹⁰⁸ *Id.*, par. 39-43.

¹⁰⁹ C. R. MOSTOVAC, *loc. cit.*, note 84, 43:25-31.

analyse avec laquelle nous sommes en accord complet. Avec égards pour les avis contraires, nous croyons que l'opinion du juge Campbell dans l'affaire *Dao*¹¹⁰, qui s'appuie sur plusieurs décisions¹¹¹, reflète le raisonnement qui est conforme aux principes développés au fil des années par la jurisprudence concernant le fardeau de preuve du paragraphe 163(2) L.I.R., fardeau qui ne devrait pas être différent dans une situation où une cotisation fondée sur la technique de l'avoir net fait l'objet du litige.

2.5. OBLIGATION DE CONSERVATION DES REGISTRES ET LIVRES DE COMPTES

Pour terminer, tel que nous l'avons vu précédemment, le ministre possède en certaines circonstances le droit d'établir une nouvelle cotisation sans être restreint dans le temps. D'un autre côté, le contribuable a l'obligation de conserver des renseignements durant une période de temps déterminée par la loi.

En effet, en vertu du paragraphe 230(1) L.I.R., un contribuable doit tenir des registres et des livres de comptes. Selon l'alinéa 230(4)b) L.I.R., la durée de conservation est en principe de six ans à compter de la fin de la dernière année d'imposition où l'information peut être utile en vertu de la loi¹¹², bien que le ministre puisse autoriser un contribuable à se départir plus tôt de documents en vertu du paragraphe 230(8) L.I.R. Par ailleurs, en vertu de

¹¹⁰ Précité, note 107.

¹¹¹ *Farm Business Consultants*, précité, note 40; *Udell c. MRN*, 70 D.T.C. 6019 (C. de l'É.); *Can-Am Realty Ltd. c. La Reine*, 94 D.T.C. 6069 (C.F. 1^{re} inst.); *Venne*, précité, note 38; *Boyer c. La Reine*, 2008 D.T.C. 4891 (C.C.I.) (procédure générale); *Cayer c. La Reine*, 2007 D.T.C. 557 (C.C.I.) (procédure générale); *Findlay c. La Reine*, 2000 D.T.C. 6345 (C.A.F.); *Mark c. La Reine*, 2006 D.T.C. 2227 (C.C.I.) (procédure générale); *Richard c. La Reine*, 2006 D.T.C. 2568 (C.C.I.) (procédure générale); *Savard*, précité, note 60; *Sprio c. La Reine*, 2009 D.T.C. 1169 (C.C.I.) (procédure générale); *Vaillancourt c. La Reine*, 2008 D.T.C. 3844 (C.C.I.) (procédure générale); *Zsoldos c. La Reine*, 2004 D.T.C. 6672 (C.A.F.).

¹¹² Pour les cas particuliers, voir le paragraphe 230(5) L.I.R. en présence d'un défaut de production d'une déclaration, le paragraphe 230(6) en matière d'opposition, et le paragraphe 230(7) L.I.R. dans le cas d'un appel. Par ailleurs, la durée de conservation est prévue par l'article 5800 du *Règlement de l'impôt sur le revenu* pour certains registres en certaines circonstances, conformément à l'alinéa 230(4)a) L.I.R. (dissolution d'une société; entreprise non constituée en société cessant d'exister; dons d'un organisme de bienfaisance enregistré ou d'une association canadienne enregistrée de sport amateur; annulation de l'enregistrement d'un organisme de bienfaisance enregistré ou d'une association canadienne enregistrée de sport amateur en ce qui concerne les registres désignés; registres de contributions politiques).

l'alinéa 231.1(1)a) L.I.R., une personne autorisée a le droit d'inspecter, de vérifier ou d'examiner les livres et registres d'un contribuable.

Une situation où le contribuable, qui a l'obligation de conserver ses renseignements fiscaux durant une période de six ans, fait l'objet d'une nouvelle cotisation à l'extérieur de la période normale de nouvelle cotisation peut s'avérer un cas problématique. Comment celui-ci pourra-t-il se défendre s'il a disposé de tous les documents et pièces justificatives qui pourraient lui servir à prouver son revenu?

Notamment, dans des circonstances où une nouvelle cotisation du ministre est fondée sur une méthode estimative du revenu¹¹³ telle que la méthode de l'avoir net, comment le contribuable qui s'est départi de toutes les pièces justificatives pertinentes peut-il se défendre lorsque le ministre cotise des années prescrites? Heureusement, le ministre semble généralement se limiter à des cotisations pour les six dernières années, ce qui permettrait à un contribuable qui se conforme à ses obligations de conservation de documents de se défendre adéquatement. Toutefois, tel que nous l'avons vu dans des cas visés par le sous-alinéa 152(4)a)(i) L.I.R., il n'y a aucune limite de temps. Il serait intéressant de voir comment les tribunaux jongleraient avec une telle situation.

Dans l'affaire *Dowling*¹¹⁴ dont les faits sont relatés plus haut, la Cour explique qu'une fois que le ministre s'est acquitté de son fardeau de preuve pour rouvrir une année prescrite, le contribuable a le fardeau de prouver que la cotisation fondée sur l'avoir net est incorrecte, ce qu'il peut faire soit en présentant des éléments de preuve permettant à la Cour de déterminer son revenu net réel, soit en démontrant que la cotisation fondée sur l'avoir net est erronée. En effet, en général, le meilleur moyen d'attaquer une cotisation fondée sur la méthode de l'avoir net est de faire la preuve de ce dont le revenu du contribuable est constitué réellement, bien qu'un autre moyen serait toutefois de démontrer que la cotisation est erronée¹¹⁵. Ainsi, toujours en matière de cotisations fondées sur la technique de l'avoir net, la première

¹¹³ C. R. MOSTOVAC, *loc. cit.*, note 84, 43:8. Dans ce texte, à propos de la méthode de cotisation fondée sur les dépôts bancaires non identifiabiles, M^e Mostovac explique que le fardeau du contribuable qui consiste à expliquer la provenance de chaque montant déposé dans son compte bancaire s'alourdit en présence d'années prescrites ou d'incapacité de la banque à fournir pour ces années des documents bancaires constatant les dépôts pertinents.

¹¹⁴ Précité, note 39.

¹¹⁵ *Bigayan*, précité, note 38, par. 3.

option offerte au contribuable pour se défendre suppose qu'il possède toujours des éléments de preuve à présenter à la Cour pour exposer son revenu net réel, ce qui n'est pas toujours le cas lorsque le contribuable s'est départi de la documentation qu'il n'était tenu de conserver que durant une période de six ans. Par ailleurs, dans une situation où le contribuable s'est départi des pièces justificatives pertinentes relatives à une année prescrite, son obligation légale de conservation des renseignements pendant six ans s'étant éteinte, le contribuable est désavantagé dans sa tentative de fournir une explication crédible quant à l'écart détecté par le ministre, n'ayant aucune preuve documentaire à l'appui de ses prétentions. Cette problématique en matière de preuve devrait être prise en considération par les tribunaux lors de leur analyse.

Dans un texte écrit par M^{me} Claudia Lavoie, de l'ARC¹¹⁶, l'auteur considère qu'il convient de tenir compte de l'obligation du contribuable de conserver des livres et registres lorsqu'on s'interroge sur le nombre d'années que le ministre est autorisé à cotiser après la période normale de nouvelle cotisation, car la justification d'une cotisation établie après l'expiration de la période de conservation obligatoire des documents deviendrait ardue, bien que la jurisprudence ait déjà permis la cotisation d'années prescrites dans une situation où l'obligation du contribuable de conserver ses registres s'était éteinte (retour en arrière de huit années)¹¹⁷.

D'un autre côté, dans la table ronde sur la fiscalité provinciale au Congrès 2001 de l'Association de planification fiscale et financière, la question suivante a été posée aux autorités fiscales québécoises :

« L'article 1010 de la *Loi sur les impôts* 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 le MRQ peut procéder à une vérification et émettre un avis de nouvelle cotisation.

Cependant, lorsque le contribuable a fait une fausse présentation des faits par négligence ou omission volontaire ou a commis une fraude, aucun délai n'est prévu de telle sorte que, théoriquement, le MRQ pourrait cotiser plusieurs années, voir plusieurs dizaines d'années en arrière.

La pratique à cet égard révèle que les autorités fiscales fédérales "s'autocensurent" généralement et évitent de retourner plus de 4 ou 5 années en arrière à moins de circonstances particulières.

¹¹⁶ C. LAVOIE, *loc. cit.*, note 84, 257-260.

¹¹⁷ *Gentile c. La Reine*, 88 D.T.C. 6130 (C.F. 1^{re} inst.).

Par contre au Québec, Revenu Québec ne semble pas suivre la même pratique que les autorités fédérales.

Est-ce que Revenu Québec est prêt à adopter la même pratique que les autorités fiscales fédérales en la matière¹¹⁸? » (Notre soulignement)

À cette question, les autorités fiscales québécoises rappellent leur pouvoir de cotiser ou de cotiser de nouveau en tout temps un contribuable qui a fait une fausse représentation des faits par incurie ou par omission volontaire ou a commis une fraude, similairement à l'ARC. Toutefois, elles ajoutent que chaque cas constitue un cas d'espèce et la décision de Revenu Québec de cotiser un contribuable s'appuie sur les circonstances propres à chaque cas. Donc, lorsque Revenu Québec cotise de nouveau un contribuable après l'expiration de la période statutaire, le ministre ne ferme pas la porte à la possibilité de cotiser plusieurs années en arrière, bien au-delà de la période obligatoire de conservation des renseignements fiscaux par le contribuable.

Enfin, le ministre peut-il exiger des informations relatives à des années d'imposition prescrites, et si tel est le cas, dans quelles circonstances et dans quelles limites? Puisque ce sujet fait l'objet de la conférence qui suivra, nous ne nous éterniserons pas sur ce point dans le présent texte, mais nous désirons tout de même émettre quelques commentaires.

Dans l'affaire *Lussier c. La Reine*¹¹⁹, la Cour canadienne de l'impôt confirme que le ministre peut retourner au-delà de la période normale de cotisation pour réévaluer la valeur d'un bien afin de « recotiser » une année incluse dans la période normale de nouvelle cotisation (par exemple, un bien qui donne lieu à des dépenses d'amortissement), plutôt que pour cotiser de nouveau une année prescrite. À ce sujet, la Cour explique ceci :

« The assertions to the effect that the Department could not, as regards his building, go back beyond the prescription period are absurd and have no basis: the purpose of the concept of depreciation requires that periods well beyond the short prescription period be considered, especially where buildings are concerned.

[...]

¹¹⁸ « Partie B – Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 44:21-92, question 4.4., aux pages 44:67-68.

¹¹⁹ [1998] 2 C.T.C. 2794 (C.C.I.).

First, I am of the view that the cases cited and filed are entirely applicable; second, I believe that the Department can go back beyond the prescription period, not to reassess but to determine the actual value of property¹²⁰. » (Notre soulignement)

De plus, dans l'affaire *Bradley c. La Reine*¹²¹, la Cour d'appel fédérale rappelle que le ministre a une obligation légale de cotiser chaque année d'imposition conformément à la loi, sauf lorsque l'année est prescrite. Ainsi, même si le ministre ne peut refuser une portion d'une dépense prise non conformément à la loi dans une année d'imposition prescrite, il peut tout de même refuser le report de l'autre portion de la dépense dans une année subséquente non prescrite, puisqu'il doit cotiser les années d'imposition non prescrites conformément à la loi.

On peut s'interroger sur cette possibilité du ministre d'obtenir des renseignements concernant les années prescrites pour cotiser conformément à la loi les années non prescrites. Dans la mesure où le ministre peut justifier qu'il s'enquiert d'informations relatives aux années frappées de prescription dans le seul but de cotiser une année non prescrite dans le respect de la loi, jusqu'où exactement s'étend son pouvoir d'obtenir des informations concernant une année prescrite?

CONCLUSION

Comme nous l'avons vu, le ministre possède de larges pouvoirs de cotisation prévus par la loi, dont les limites semblent, à l'analyse, beaucoup plus souples que rigides. Par ailleurs, les tribunaux confondent parfois le fardeau de preuve pour rouvrir une année prescrite avec celui qui doit être satisfait pour imposer une pénalité. De plus, le pouvoir de cotiser au-delà de la période normale de cotisation occasionne certaines difficultés en matière de preuve pour le contribuable qui désire se défendre, plus particulièrement contre une cotisation fondée sur la méthode de l'avoir net. Comment celui qui ne dispose plus des preuves documentaires, conformément à son droit de s'en départir après l'expiration de la période statutaire de conservation des registres, peut-il correctement se défendre?

À la suite de notre analyse, plusieurs questions demeurent sans réponse. Comment les jugements éventuels définiront-ils le fardeau de preuve pour le paragraphe 163(2) L.I.R. en présence d'une cotisation fondée sur la

¹²⁰ *Id.*, par. 10 et 15.

¹²¹ [1998] 3 C.T.C. 393 (C.A.F.).

technique de l'avoir net? Si le ministre décide de cotiser de nouveau un contribuable en vertu du sous-alinéa 152(4)a)(i) L.I.R. au-delà des six dernières années, comment les tribunaux réagiront-ils devant l'absence de preuve documentaire d'un contribuable qui s'est départi des renseignements fiscaux à la suite de l'extinction de son obligation de conservation des registres? Nous espérons que les tribunaux auront bientôt l'opportunité de clarifier ces points demeurés nébuleux.

QUAND LA PRESCRIPTION EST PLUS TARDIVE QUE L'ON CROIT



Nicolas X. Cloutier

Avocat, associé

Davies Ward Phillips & Vineberg

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

TEXTE NON REMIS

**PARTICIPATION DE L'ONTARIO
ET DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE À LA TAXE
DE VENTE HARMONISÉE – TROIS MOIS PLUS TARD :
A-T-ON RÉUSSI UNE HARMONIE?**



Maryse Janelle
Avocate, M. Fisc.
Raymond Chabot Grant Thornton
s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 47:3

1. HISTORIQUE ET CONTEXTE..... 47:3

2. FONCTIONNEMENT GÉNÉRAL 47:5

2.1. REMBOURSEMENT AU POINT DE VENTE..... 47:6

 2.1.1. Remboursement au point de vente pour
 les journaux 47:7

 2.1.2. Remboursement au point de vente pour
 les livres..... 47:7

 2.1.3. Remboursement au point de vente pour
 les produits pour enfants..... 47:8

 2.1.4. Remboursement au point de vente pour
 les produits d'hygiène féminine 47:9

2.1.5.	Remboursement au point de vente pour les aliments et les boissons préparés.....	47:9
2.1.6.	Remboursement au point de vente pour les carburants.....	47:9
2.1.7.	Immunité fiscale.....	47:10
2.2.	MESURES TEMPORAIRES DE RÉCUPÉRATION DES CTI.....	47:11
2.2.1.	Un régime inspiré des RTI restreints aux fins de la TVQ.....	47:12
2.2.2.	Autres particularités.....	47:12
2.2.3.	La notion de « grande entreprise » aux fins de la restitution temporaire des composantes de l'Ontario et de la Colombie-Britannique.....	47:13
2.2.4.	Biens et services déterminés.....	47:14
2.2.5.	Moment de la restitution.....	47:21
2.2.6.	Déclarations électroniques.....	47:21
2.2.7.	Mécanique et aspect comptable.....	47:22
3.	RÈGLES SUR LE LIEU DE LA FOURNITURE.....	47:22
3.1.	ENTRÉE EN VIGUEUR.....	47:23
3.2.	ESSENCE DES RÈGLES.....	47:24
3.2.1.	Services.....	47:24
3.2.2.	Lieu de la fourniture de BMI.....	47:27
4.	CONTEXTE INTERPROVINCIAL.....	47:30
4.1.	AUTOCOTISATION DE LA COMPOSANTE PROVINCIALE DE LA TVH.....	47:31
4.2.	REMBOURSEMENT DE LA COMPOSANTE PROVINCIALE DE LA TVH.....	47:32
4.3.	MÉTHODE D'ATTRIBUTION SPÉCIALE DES INSTITUTIONS FINANCIÈRES DÉSIGNÉES PARTICULIÈRES.....	47:33
4.3.1.	Définition d'« institution financière désignée particulière ».....	47:34
4.3.2.	Méthode d'attribution spéciale.....	47:35
4.3.3.	Exigences en matière de production et de versement.....	47:36
4.3.4.	Exception pour les « petits régimes de placement ».....	47:37
	CONCLUSION.....	47:37

INTRODUCTION

La participation de l'Ontario et de la Colombie-Britannique au régime de la taxe de vente harmonisée (« TVH ») au 1^{er} juillet 2010¹ a des incidences pour la majorité des entreprises canadiennes. L'importance des marchés de l'Ontario et de la Colombie-Britannique a fait en sorte que des modifications majeures ont été apportées au régime de la *Loi sur la taxe d'accise*² tel qu'il avait été mis en œuvre en 1997 lors de la participation des provinces de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick et de Terre-Neuve-et-Labrador. Le régime a dû être remanié afin d'assurer une répartition équitable des revenus entre les différentes provinces. Dans ce contexte, les règles sur le lieu de la fourniture de biens intangibles et de services ont dû être modifiées ainsi que la plupart des règles concernant l'importation interprovinciale de biens ou de services. Les remboursements au point de vente ont été précisés dans le respect de l'autonomie fiscale provinciale.

Les entreprises québécoises sont souvent touchées par cette réforme, bien qu'elles n'en soient pas toujours conscientes. Le présent document vise à dresser sommairement les principaux éléments de cette réforme pour les entreprises, tant du point de vue des ventes que des achats, ainsi que dans un contexte d'équité interprovinciale.

Compte tenu de la mise en œuvre du régime au 1^{er} juillet 2010, nous n'aborderons pas, dans le présent document, les questions de règles transitoires, de règles propres aux immeubles d'habitation et de règles spéciales pour les organismes du secteur public.

1. HISTORIQUE ET CONTEXTE

Le 1^{er} avril 1997 entraient en vigueur les modifications au régime de la *Loi sur la taxe d'accise* mettant en œuvre la TVH dans les provinces participantes. À ce moment, la Nouvelle-Écosse, le Nouveau-Brunswick et Terre-Neuve-et-Labrador avaient accepté de participer à la TVH et avaient remplacé leurs taxes de vente provinciales par la composante provinciale de la TVH.

¹ Depuis le 1^{er} juillet 2010, les provinces participantes sont la Colombie-Britannique, l'Ontario, le Nouveau-Brunswick, la Nouvelle-Écosse et Terre-Neuve-et-Labrador. Nous nous y référons globalement ci-après sous l'expression « provinces participantes ».

² L.R.C. (1985), ch. E-15 et mod. (« L.T.A. »), partie IX.

Cette harmonisation a fait en sorte que chaque personne inscrite à la taxe sur les produits et services (« TPS ») en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise* devenait également responsable de percevoir et de remettre la TVH pour les fournitures effectuées dans les provinces participantes. En effet, la TVH fait partie intégrante de la *Loi sur la taxe d'accise*, la taxe étant composée de la TPS au taux général (maintenant 5 %) et d'une composante provinciale de 8 % (qui varie maintenant entre 7 % et 10 %). Également, les déclarations uniques étaient généralement faites aux autorités fiscales fédérales pour les composantes fédérale et provinciale de la TVH, cette dernière étant remise aux gouvernements provinciaux concernés par le gouvernement fédéral. Au Québec, en raison du *Décret concernant l'Entente relative à l'administration par le Québec de la Partie IX de la Loi sur la taxe d'accise* (L.R.C.), C. e-15) concernant la taxe sur les produits et services³, c'est le gouvernement québécois qui administre la TPS, y compris la composante provinciale de la TVH.

Depuis plusieurs années, des informations circulaient quant à une harmonisation potentielle de la taxe de vente de certaines autres provinces à la TPS fédérale ou d'un remplacement des anciens régimes de taxe de vente au détail (« TVD ») par une taxe sur la valeur ajoutée. Or, le ministère des Finances de l'Ontario a annoncé, lors de son budget du 26 mars 2009, que la taxe de vente au détail de l'Ontario serait abolie pour être combinée, plutôt, avec la TPS du gouvernement fédéral, afin de créer, à compter du 1^{er} juillet 2010, une taxe de vente unique administrée par le gouvernement fédéral dont le taux combiné serait de 13 %. Le 23 juillet 2009, le ministère des Finances de la Colombie-Britannique annonce également qu'il harmonisera son régime de la taxe de vente avec la TVH le 1^{er} juillet 2010, mais avec une composante provinciale limitée à 7 % pour un taux combiné de 12 %.

Le Manitoba et la Saskatchewan ont annoncé dans les mois qui ont suivi qu'elles ne comptaient pas remplacer leurs régimes de taxes de vente au détail provinciales par une participation à la TVH. Quoiqu'il soit généralement reconnu que le régime de la TVH ait un effet bénéfique pour les entreprises, ces provinces considèrent que le passage à la TVH augmenterait le fardeau fiscal des consommateurs de façon trop importante pour justifier le changement.

Les autres provinces ne se sont pas prononcées sur une éventuelle participation à la TVH, mais le ministère des Finances de la Nouvelle-Écosse a annoncé dans son budget du 6 avril 2010 que la province augmentait le

³ Décret 537-91 (1991) 123 G.O., II, 2403.

taux de la composante provinciale de la TVH à 10 % à compter du 1^{er} juillet 2010.

Nous vous rappelons que l'Alberta ne perçoit, présentement, aucune taxe de vente provinciale (« TVP ») et ne participe toujours pas à la TVH. À l'heure actuelle, seules les provinces de la Saskatchewan, du Manitoba et de l'Île-du-Prince-Édouard imposent toujours des taxes de vente au détail provinciales.

Voici le portrait de la situation canadienne au 1^{er} juillet 2010 en ce qui a trait aux régimes actuels de taxes indirectes.

Province	TPS	TVH	TVD
Colombie-Britannique		12 %	
Alberta	5 %		
Saskatchewan	5 %		5 %
Manitoba	5 %		7 %
Ontario		13 %	
Québec	5 %		7,5 % ⁴
Nouveau-Brunswick		13 %	
Nouvelle-Écosse		15 %	
Île-du-Prince-Édouard	5 %		10 %
Terre-Neuve-et-Labrador		13 %	
Yukon	5 %		
Territoires du Nord-Ouest	5 %		
Nunavut	5 %		

2. FONCTIONNEMENT GÉNÉRAL

Les personnes inscrites à la TPS sont tenues de percevoir et de remettre la TVH pour les fournitures effectuées dans les provinces participantes selon le taux applicable dans la province donnée. Aucune inscription n'est requise aux seules fins de la TVH, l'inscription à la TPS assujettissant le mandataire aux obligations en matière de TVH qui sont prévues à même la *Loi sur la taxe d'accise*.

L'assiette fiscale de la TVH est la même que celle de la TPS, sous réserve des remboursements au point de vente qui seront traités ci-après. En

⁴ Il convient de noter que deux hausses du taux de la taxe de vente du Québec (« TVQ ») ont été annoncées. Le taux passera donc à 8,5 % le 1^{er} janvier 2011 et à 9,5 % le 1^{er} janvier 2012.

conséquence, une transaction assujettie à la TPS sera aussi assujettie à la TVH si la fourniture est effectuée dans une province participante selon les règles sur le lieu de la fourniture.

Si les fournitures sont acquises par un inscrit dans le cadre de son activité commerciale, la composante provinciale de la TVH peut faire l'objet d'une demande de crédit de taxe sur les intrants (« CTI ») aux fins du régime de la TPS⁵. Les organismes de services publics peuvent obtenir certains remboursements partiels pour la composante provinciale de la TVH.

Les déclarations de TPS/TVH doivent être produites à l'Agence du revenu du Canada (« ARC »), sauf pour les résidents du Québec dont les déclarations de TPS/TVH doivent encore être produites à Revenu Québec qui administre la TPS/TVH pour le compte de l'ARC. Les vérifications seront effectuées par l'ARC, ou par Revenu Québec pour la portion québécoise.

2.1. REMBOURSEMENT AU POINT DE VENTE

Le principe des « remboursements au point de vente » existait déjà dans le régime de la TVH pour certains biens et services qui, politique fiscale oblige, faisaient l'objet d'un allègement pour la composante provinciale.

Le mécanisme s'applique à toutes les étapes de la chaîne de transactions, et pas seulement lors de la vente au détail. En général, les acquéreurs de produits admissibles obtiennent automatiquement du fournisseur inscrit un versement ou un crédit du montant de remboursement au point de vente égal à la composante provinciale de la TVH que l'acquéreur aurait payée. La taxe nette percevable à l'égard d'une fourniture visée par les remboursements au point de vente correspond donc uniquement à la composante fédérale de la TVH de 5 %. Si le fournisseur manque d'accorder le remboursement au point de vente sur un produit admissible, l'acquéreur pourra demander le remboursement de la composante provinciale de la TVH payée aux autorités fiscales.

Il n'y a aucune obligation pour le fournisseur d'indiquer la composante provinciale sur la facture, ni dans ses déclarations de TPS/TVH. Le fournisseur peut réclamer des CTI pour les dépenses liées à la fourniture.

⁵ Sous réserve des règles générales concernant les limites aux CTI. Une grande entreprise devra restituer la composante provinciale de la TVH récupérée à l'égard des biens et services déterminés (voir section 3.2.1.).

Les provinces participantes ont une certaine liberté relativement à la décision de mettre en place de telles exemptions au point de vente. Ces exemptions varient donc d'une province à l'autre en fonction de la politique fiscale des provinces concernées et, bien souvent, des régimes en vigueur avant la participation à la TVH⁶.

2.1.1. Remboursement au point de vente pour les journaux

Ce remboursement ne s'applique qu'en Ontario pour la partie provinciale de la TVH exigible sur les « journaux admissibles »⁷. Les journaux admissibles renferment des nouvelles, des éditoriaux, des articles ou d'autres renseignements qui intéressent le public et qui sont publiés à des intervalles réguliers, généralement tous les jours, semaines ou mois. Les publications électroniques ou numériques sont exclues, de même que les circulaires et encarts.

Les périodiques, les magazines et les documents d'information pour les consommateurs sont également exclus.

2.1.2. Remboursement au point de vente pour les livres

Ce remboursement s'applique en Ontario, en Colombie-Britannique, en Nouvelle-Écosse, au Nouveau-Brunswick et à Terre-Neuve-et-Labrador. Il s'applique pour la composante provinciale de la TVH qui serait autrement payable lors de l'acquisition de livres admissibles.

Les livres admissibles⁸ sont généralement des livres imprimés ou leur mise à jour, des enregistrements sonores dont 90 % consistent en une lecture orale d'un livre imprimé ou les versions imprimées ou non des écritures d'une religion. Les documents électroniques ou numériques ne sont généralement pas visés par les mesures de remboursement au point de vente.

⁶ *Règlement sur la déduction pour le remboursement provincial (TPS/TVH)*, DORS/2001-65, modifié par le *Règlement modifiant divers règlements relatifs à la TPS/TVH*, JUS-TCD-5281-30-29 (DORS/SOR).

⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Info TPS/TVH* GI-060, « Taxe de vente harmonisée de l'Ontario – Remboursement au point de vente pour les journaux », février 2010, p. 2.

⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Info TPS/TVH* GI-065, « Taxe de vente harmonisée de l'Ontario et de la Colombie-Britannique – Remboursement au point de vente pour les livres », mai 2010, p. 3.

Par contre, sont considérés comme des livres imprimés les produits accompagnés d'un support non inscriptible qui sont emballés, préparés et vendus comme un produit unitaire, dans la mesure où 90 % ou plus de la valeur des données contenues sur le support peuvent raisonnablement être attribués à la reproduction du livre ou dont les données renvoient expressément au livre et à son contenu, le complètent et y sont intégrées.

Sont également considérés comme des livres imprimés les produits accompagnés d'un support non inscriptible ou d'un droit d'accès à un site Web qui sont emballés, préparés et vendus comme un produit unitaire, lorsque le produit est particulièrement destiné aux étudiants inscrits à un cours admissible (généralement un cours qui serait exonéré en vertu des dispositions de la *Loi sur la taxe d'accise*) et que le support ou le site Web contient des données ayant trait au sujet du livre.

Plusieurs exclusions existent dont, notamment, les journaux et magazines, les documents publicitaires, les catalogues de produits et listes de prix, les agendas, les programmes et horaires, les livrets de garantie et d'instruction, les livres à écrire, à colorier ou à découper ou qui comportent des pièces à détacher, de même que les répertoires de plans et les cartes routières.

2.1.3. Remboursement au point de vente pour les produits pour enfants

Ce remboursement s'applique en Ontario et en Colombie-Britannique, en plus de la Nouvelle-Écosse. Il s'applique pour la composante provinciale de la TVH, qui serait autrement payable lors de l'acquisition de « produits admissibles pour enfants »⁹, lesquels incluent généralement les vêtements, les couches et les chaussures pour enfants.

En général, les articles pour adultes sont exclus, même s'ils sont destinés à des enfants. Les costumes et les articles qui servent exclusivement à la pratique d'activités sportives ou récréatives le sont également. Les services de couches pour enfants ne sont pas visés par le remboursement au point de vente.

⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Info TPS/TVH* GI-063, « Taxe de vente harmonisée de l'Ontario, de la Colombie-Britannique et de la Nouvelle-Écosse – Remboursement au point de vente pour les produits pour enfants », juillet 2010, p. 2.

Les gouvernements de l'Ontario et de la Colombie-Britannique prévoient également un remboursement au point de vente pour les sièges d'auto et les sièges d'appoint pour enfants conformes aux normes de sécurité de Transport Canada.

2.1.4. Remboursement au point de vente pour les produits d'hygiène féminine

Ce remboursement s'applique en Ontario et en Colombie-Britannique, en plus de la Nouvelle-Écosse. Il s'applique pour la composante provinciale de la TVH qui serait autrement payable lors de l'acquisition de « produits d'hygiène féminine admissibles »¹⁰, lesquels comprennent les serviettes hygiéniques, les tampons, les ceintures hygiéniques et autres produits vendus exclusivement à des fins semblables.

2.1.5. Remboursement au point de vente pour les aliments et les boissons préparés

Ce remboursement ne s'applique qu'en Ontario à la composante provinciale de la TVH qui serait autrement payable lors de l'acquisition d'« aliments et de boissons préparés admissibles »¹¹. En général, les aliments et produits admissibles sont destinés à la consommation immédiate et sont acquis en une seule opération dont le prix total, excluant la TVH, est inférieur à 4 \$. Le remboursement est accordé, que les aliments et boissons soient consommés sur place ou non. Sont généralement exclues les boissons alcoolisées.

2.1.6. Remboursement au point de vente pour les carburants

Ce remboursement ne s'applique qu'en Colombie-Britannique à la composante provinciale de la TVH qui serait autrement payable lors de

¹⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Info TPS/TVH* GI-062, « Taxe de vente harmonisée de l'Ontario, de la Colombie-Britannique et de la Nouvelle-Écosse – Remboursement au point de vente pour les produits d'hygiène féminine », mai 2010, p. 2.

¹¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Info TPS/TVH* GI-064, « Taxe de vente harmonisée de l'Ontario – Remboursement au point de vente pour les aliments et les boissons préparés », juillet 2010, p. 2.

l'acquisition de « carburant admissible »¹². Les produits donnant droit au remboursement consistent généralement en des carburants tels que l'essence, y compris les mélanges d'éthanol et de carburant utilisés dans les moteurs à combustion interne¹³.

Sont également considérés comme des carburants admissibles le diesel, le biodiesel et les mélanges de biodiesel utilisés dans les moteurs à combustion interne de type allumage par compression, et vendus comme carburants à cette fin, à l'exclusion de tout carburant commercialisé comme huile de chauffage.

Le carburant pour avion, y compris l'essence d'aviation et le carburéacteur utilisé dans un moteur ou dans une turbine servant à propulser un avion et qui est commercialisé ou vendu comme tel, est également visé par le remboursement au point de vente.

2.1.7. Immunité fiscale

Les gouvernements participant aux ententes sur l'harmonisation ont tous convenu de payer la TPS/TVH. Par contre, les gouvernements des autres provinces ne la paient pas.

Le gouvernement de l'Ontario a mis en place un allègement pour la composante provinciale de la TVH payable par des acquéreurs qui sont des Indiens inscrits pour des fournitures de biens et services admissibles¹⁴

¹² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Info TPS/TVH* GI-061, « Taxe de vente harmonisée de la Colombie-Britannique – Remboursement au point de vente pour les carburants », février 2010, p. 2.

¹³ Sont exclus l'huile de chauffage et le mazout domestique, le mazout lourd, l'hydrogène, le kérosène, le gaz naturel et ses liquides, ainsi que le propane et le gaz de pétrole liquéfié; *id.*, p. 2.

¹⁴ ONTARIO, ministère du Revenu (en ligne : www.rev.gov.on.ca/fr/taxchange/faq_firstnations.html) :

« En règle générale, les biens meubles corporels achetés en dehors d'une réserve à des fins d'usage personnel par un Indien inscrit, ou réservés à l'usage d'une bande indienne ou d'un conseil de bande donneront droit à l'exemption. Ainsi, les fournitures telles que les véhicules neufs et d'occasion achetés auprès d'un concessionnaire, de même que les repas à emporter seront également exemptés.

Divers services tels que la pose, le montage, le démontage, l'ajustement, la réparation ou l'entretien de biens meubles corporels, les contrats d'entretien et les garanties couvrant des biens meubles corporels, les services de
(à suivre...)

effectués hors réserve. Depuis le 1^{er} septembre 2010, les fournisseurs inscrits au régime de la TPS peuvent créditer la composante provinciale applicable au moment de la fourniture de biens et services admissibles effectuée hors réserve¹⁵. Contrairement aux remboursements au point de vente, le fournisseur doit indiquer la TVH payable lors de la facturation et créditer à l'acquéreur le montant de la composante provinciale. Le montant de la TVH percevable (incluant la composante provinciale) ne doit pas réduire le montant déclaré par le vendeur dans sa taxe nette, mais plutôt l'inscrire à titre de remboursement¹⁶.

2.2. MESURES TEMPORAIRES DE RÉCUPÉRATION DES CTI

Partie intégrante de la *Loi sur la taxe d'accise* et administrée par le gouvernement fédéral et par Revenu Québec, au Québec, la TVH présente toutefois des différences notables avec la TPS actuelle.

Les mesures temporaires qui exigent la récupération des CTI par les grandes entreprises sont nouvelles dans le régime fédéral, et sont directement inspirées des restrictions aux remboursements de taxe sur les intrants (« RTI ») applicables dans le régime de la TVQ. Il convient d'ailleurs de noter que l'entente entre le Canada et chaque province spécifie que ces mesures sont temporaires et qu'elles ne peuvent excéder les restrictions qui sont imposées selon le libellé de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*¹⁷ le 10 mars 2009.

(...suite)

télécommunications, tels que les services de câblodistribution, de téléphonie, de téléphonie cellulaire, ainsi que les services Internet donneront également droit à l'exemption au point de vente.

Les services qui n'étaient pas taxables en vertu de la taxe de vente au détail tels que le lave-auto, ou la gravure de bijoux, ne donneront pas droit à une exemption au point de vente. Par ailleurs, tous les autres services qui ne sont pas exemptés de la TPS/TVH pour les Indiens inscrits demeureront généralement taxables pour lesdits Indiens inscrits sous le régime de la TVH lorsqu'ils ne sont pas effectués sur une réserve. »

¹⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Info TPS/TVH* GI-106, « Exigences de déclaration à l'intention des fournisseurs inscrits aux fins de la TPS/TVH visant l'allègement de taxe accordé au point de vente aux Premières nations de l'Ontario », juillet 2010.

¹⁶ Le Formulaire GST189 (TPS189), « Demande générale de remboursement de la TPS/TVH » doit également être rempli par le fournisseur et produit en soutien de sa déclaration de TPS/TVQ pour la période concernée.

¹⁷ L.R.Q., c. T-0.1 et mod.

2.2.1. Un régime inspiré des RTI¹⁸ restreints aux fins de la TVQ

Les personnes qui se qualifient à titre de grande entreprise doivent restituer¹⁹ la composante de l'Ontario ou de la Colombie-Britannique de la TVH payable sur les biens et services déterminés.

Le statut est déterminé chaque année en fonction du chiffre d'affaires d'une personne et de ses associés. Alors que le statut déterminé aux fins de la TVQ est applicable pour l'exercice financier suivant, le statut déterminé aux fins de la récupération des CTI est applicable à une période de récupération donnée : du 1^{er} juillet au 30 juin de chaque année.

Contrairement aux RTI restreints dans le régime de la TVQ, une grande entreprise a droit à ses CTI relativement aux biens et services déterminés selon les règles habituelles. Elle est toutefois tenue de restituer la composante provinciale de l'Ontario ou de la Colombie-Britannique payable à l'égard de ces dépenses, peu importe qu'elle ait ou non réclamé un CTI.

Compte tenu de cette différence majeure, des mesures d'autocotisation sont prévues lorsqu'une grande entreprise apporte des biens et services déterminés en Ontario même si le bien ou service est utilisé exclusivement dans le cadre des activités commerciales de la personne.

2.2.2. Autres particularités

La restitution des CTI s'applique même si la contrepartie est réputée nulle aux termes d'un choix visant les transactions entre les membres déterminés d'un groupe étroitement lié. De plus, lors d'une transaction entre parties avec lien de dépendance, la transaction est réputée être effectuée à la juste valeur marchande aux fins de la récupération des CTI, et ce, même si la transaction est effectuée dans le cadre de l'activité commerciale de la grande entreprise.

¹⁸ Depuis 1995, les RTI font l'objet de restrictions dans le régime de la taxe de vente du Québec pour les inscrits qui se qualifient de « grande entreprise » aux fins de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*.

¹⁹ Le terme technique est « récupération de la composante provinciale des CTI ». Toutefois, par souci de clarté, l'auteur a choisi d'utiliser l'expression « restituer » dans le présent document, cette expression ayant déjà été utilisée dans certaines publications gouvernementales.

La mesure étant temporaire, les taux de restitution diminueront progressivement comme suit :

Période de récupération	Taux
1 ^{er} juillet 2010 au 30 juin 2015	100 %
1 ^{er} juillet 2015 au 30 juin 2016	75 %
1 ^{er} juillet 2016 au 30 juin 2017	50 %
1 ^{er} juillet 2017 au 30 juin 2018	25 %
À partir du 1 ^{er} juillet 2018	0 %

2.2.3. La notion de « grande entreprise » aux fins de la restitution temporaire des composantes de l'Ontario et de la Colombie-Britannique

Une grande entreprise est une personne dont les revenus taxables, y compris les revenus des personnes associées, dépassent le seuil de récupération des CTI de 10 M\$²⁰.

L'ensemble des contreparties payées ou payables pendant l'exercice ayant pris fin avant la période de récupération donnée doit être considéré. On doit tenir compte des fournitures effectuées au Canada ou à l'extérieur du Canada par l'entremise d'un établissement stable au Canada, et on doit considérer les biens et services reçus en échange et les contreparties des fournitures effectuées entre les membres déterminés d'un groupe étroitement lié.

Les montants de la TPS/TVH ou d'autres taxes prescrites, la vente d'un immeuble qui est une immobilisation, la prestation de services financiers et tout montant attribuable à la survalueur obtenue lors de la vente d'une entreprise devraient être exclus du calcul.

Les institutions financières suivantes²¹, ou les personnes qui y sont liées, sont considérées comme de grandes entreprises :

- banque;
- personne morale qui offre au public des services de fiduciaire;

²⁰ *Règlement n° 2 sur le nouveau régime de la taxe à valeur ajoutée harmonisée, GC-II/CG-II, 2010-06-07 (« Règlement n° 2 »), art. 27.*

²¹ Des règles spécifiques s'appliquent aux institutions financières désignées particulières.

- caisse de crédit;
- assureur ou personne dont l'entreprise principale consiste à fournir de l'assurance;
- fonds réservé d'un assureur;
- régime de placement.

Les organismes de services publics ne sont pas des grandes entreprises, de même qu'une personne dont la source principale de revenu est l'agriculture au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*²² dans la mesure où les biens et services déterminés sont acquis en vue d'être utilisés ou consommés dans le cadre de ces activités. Généralement, les entités du gouvernement ne sont pas non plus des grandes entreprises²³.

Le statut est généralement déterminé pour l'ensemble d'une « période de récupération »²⁴. Toutefois, certaines règles particulières sont prévues lorsque des réorganisations surviennent en cours d'année, pour les associés d'une société de personnes ou pour les coentreprises.

2.2.4. Biens et services déterminés

Les mesures temporaires de restitution de la composante provinciale en Colombie-Britannique et en Ontario ne s'appliquent qu'aux biens et services

²² L.R.C. (1985), 5^e supp., ch. 1 et mod.

²³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'information technique sur la TPS/TVH* B-104, « Taxe de vente harmonisée – Récupération temporaire des crédits de taxe sur les intrants en Ontario et en Colombie-Britannique », juin 2010, p. 3. Les entités suivantes ne sont pas des grandes entreprises :

- L'entité du gouvernement du Canada qui ne figure pas à l'annexe 1 de la *Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces*, L.R.C. (1985), ch. F-8;
- Un ministère au sens de l'article 2 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11; et
- Une entité du gouvernement d'une province qui peut demander, aux termes d'une disposition d'un accord d'harmonisation de la taxe de vente conclu avec cette province, un remboursement de la TPS/TVH.

²⁴ L'expression « période de récupération » est définie comme une période de un an qui commence après le 30 juin d'une année donnée et finit avant le 1^{er} juillet de l'année civile suivante.

déterminés²⁵ qu'une grande entreprise acquiert ou transfère dans ces provinces en vue de les y consommer ou de les y utiliser.

Les biens acquis pour être consommés ou utilisés hors de ces provinces ne seraient généralement pas assujettis à l'exigence de restitution. De plus, les biens et services déterminés excluent : les biens acquis dans le seul but d'être refournis par vente, location licence ou accord semblable; les biens acquis uniquement pour qu'ils deviennent partie constituante d'autres biens meubles corporels (« BMC ») que la grande entreprise prévoit fournir; ou un service déterminé acquis uniquement en vue d'être fourni.

2.2.4.1. Véhicules routiers visés et dépenses liées

Les véhicules à moteur conçus pour le transport de particuliers ou de biens meubles sont généralement visés, à l'exception des bicyclettes assistées, des motoneiges, des véhicules tout-terrains, des fauteuils roulants, des tramways, des véhicules pouvant circuler uniquement sur des rails, des tracteurs agricoles et autres machines agricoles acquis en vue d'être utilisés exclusivement dans le cadre de ces activités agricoles²⁶.

Les véhicules automobiles acquis par vente ou par location, qui pèsent moins de 3 000 kg et qui doivent être immatriculés pour circuler sur la voie publique²⁷ sont visés par les mesures de récupération de CTI. Des exceptions sont prévues pour les taxis, les remorques, les semi-remorques et les véhicules ayant un essieu détachable.

Les mesures de récupération des CTI s'appliquent aux pièces et aux services acquis dans les 12 mois suivant l'acquisition du véhicule et autrement que dans le cadre de l'entretien régulier de celui-ci, de même qu'au carburant, autre que le diesel, utilisé dans un véhicule déterminé.

Comme dans le régime de la TVQ, des règles sont prévues lorsqu'un véhicule acquis pour revente est utilisé par le vendeur. Dans un tel cas, la récupération de la composante provinciale de la TVH pour chaque mois ou partie de mois durant lequel le véhicule est utilisé est basée sur un montant égal à 2 % du coût du véhicule (2,5 % en TVQ).

²⁵ Art. 28 du Règlement n° 2.

²⁶ Art. 26 « véhicules automobiles » du Règlement n° 2.

²⁷ Art. 26 « véhicules automobiles admissibles » du Règlement n° 2.

En Ontario, le carburant acquis pour alimenter le moteur des véhicules visés (sauf le diesel) constitue un bien déterminé. Il convient toutefois de noter qu'en Colombie-Britannique, l'essence (incluant le mélange à éthanol), le diesel, le biodiesel et le mélange de biodiesel et d'autres carburants pour véhicules, avions, trains et bateaux ne constituent pas des biens déterminés puisqu'ils sont assujettis au remboursement au point de vente dans cette province.

2.2.4.2. Formes d'énergie utilisées autrement que pour la production

L'électricité, le gaz, la vapeur et le carburant (autre que le diesel utilisé dans le cadre de la propulsion) sont visés par les mesures de récupération des CTI, de même que toute chose, à l'exception du carburant destiné aux moteurs à propulsion, qui peut servir à produire de l'énergie, par combustion, par oxydation ou à la suite d'une réaction nucléaire²⁸.

Les exigences de restitution des CTI ne s'appliqueraient pas à une forme d'énergie utilisée comme suit :

- a) utilisation directe dans le cadre de la production de BMC destinés à la vente par l'acquéreur;
- b) utilisation dans le cadre de la production de matériel de production qui sera utilisé dans le cadre de la production de BMC pour revente;
- c) utilisation pour produire une autre forme d'énergie utilisée comme il est mentionné en a) ou b).

La production signifie généralement l'assemblage ou le traitement de BMC pour en fabriquer de nouveaux²⁹. Une activité de production comprend généralement le nettoyage, le tri, le criblage et l'emballage des biens, mais elle ne comprend pas l'entreposage de biens finis ni leur assemblage dans un établissement de détail. Comme pour la TVQ, l'éclairage, le chauffage, la climatisation ou la ventilation ne sont généralement pas considérés comme des activités de production.

Il convient de noter que le transport des déchets ou de résidus provenant de la production jusqu'au premier point de dépôt est considéré comme partie intégrante des activités de production, de même que les activités de

²⁸ Art. 26 « forme d'énergie déterminée » du Règlement n° 2.

²⁹ Art. 26 « production » du Règlement n° 2.

recherche scientifique et développement expérimental admissibles au sens de la loi sur les impôts de l'Ontario³⁰.

D'autres exclusions existent, notamment pour les dépenses liées à l'organisation d'un congrès ou à l'énergie fournie à un locataire et incluse dans le cadre d'une fourniture unique par bail d'un bien immobilier³¹.

Les institutions financières, les professions réglementées, les hôtels, les bars, les cafés et les restaurants, les ateliers de réparation d'automobiles et les commerçants de ferraille ne sont généralement pas considérés comme exerçant des activités de production.

Calcul par approximation : Afin de faciliter l'application des mesures de restitution, il sera possible, pour les entreprises dont l'activité la plus importante au cours de leur dernier exercice est visée par certains codes du Système de classification des industries de l'Amérique du Nord (SCIAN) désignés spécifiquement, de choisir d'utiliser des facteurs d'approximation de la production prescrits, soit l'un ou l'autre des facteurs suivants : 96 %, 87 % ou 70 %.

En Ontario, seules les entreprises dont les activités canadiennes de production de BMC destinés à la vente sont effectuées principalement en Ontario peuvent utiliser les facteurs d'approximation. Par ailleurs, en Colombie-Britannique, il est possible d'utiliser ces facteurs si l'entreprise a exercé au moins 10 % de ses activités de production canadienne en Colombie-Britannique au cours du dernier exercice³².

Si l'entreprise se qualifie, la production du choix permet d'utiliser le facteur aux fins de la restitution de la composante provinciale de l'Ontario ou de la Colombie-Britannique, le cas échéant. Ce facteur sera applicable à l'ensemble de la TVH payable dans la province, incluant, s'il y a lieu, la TVH qui pourrait être payable à l'égard des autres établissements dans la province même s'ils ne participent pas à la production, comme le siège social ou des entrepôts.

Le choix de calculer la production par estimation doit être signifié à l'ARC avant le début d'une période de récupération donnée et appliqué pour

³⁰ *Loi de 2007 sur les impôts*, L.O. 2007, chap. 11, annexe A.

³¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 23, p. 11.

³² *Id.*, p. 14.

l'ensemble de cette période en utilisant le Formulaire RC4530 intitulé « Choix ou révocation d'un choix de calculer la production par approximation en vue de déclarer la récupération des crédits de taxe sur les intrants ». Il y a donc lieu, pour les grandes entreprises ayant des activités de production en Ontario ou en Colombie-Britannique, d'effectuer des estimations afin d'évaluer l'avantage qui pourrait découler de l'utilisation de ces taux prescrits, le cas échéant, et en signifier le choix au plus tard à la date limite à laquelle la personne doit produire une déclaration de taxe pour la période de déclaration qui comprend la date d'entrée en vigueur du choix³³.

Les entreprises qui ne produisent pas de choix, ou qui n'y sont pas admissibles, devront calculer le pourcentage de l'énergie utilisée autrement qu'à des fins de production afin de pouvoir restituer la composante provinciale de la TVH en Ontario et en Colombie-Britannique, comme elles seraient tenues de le faire aux fins de la TVQ, le cas échéant.

Particularités : Comme pour la TVQ, la contrepartie payable pour l'énergie comprend les services de transport et autres frais liés à la fourniture de l'énergie. Des exceptions sont prévues pour les commanditaires ou organisateurs de congrès.

2.2.4.3. Télécommunication

Comme aux fins des RTI restreints dans le régime de la TVQ, les services d'Internet, l'hébergement de sites Web, les services téléphoniques sans frais (par exemple, les lignes 1-800, 1-888 ou 1-877) et les services qu'un promoteur ou organisateur de congrès acquiert en vue de les utiliser exclusivement lors du congrès sont exclus de la mesure temporaire de restitution. Les services rendus au moyen de la télécommunication ne sont pas visés par les mesures de restitution des CTI.

Des facteurs d'approximation sont prévus³⁴ lorsque la facture du fournisseur comprend à la fois des services de télécommunication visés et d'autres biens et services, et que l'acquéreur ne peut déterminer facilement quels biens et services sont touchés par les mesures de restitution.

³³ Par. 31(9) du Règlement n° 2.

³⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 23, p. 18.

En Ontario, la méthode estimative prévoit que la proportion suivante de la TVH est réputée se rapporter aux services autres que des services de télécommunication selon les biens et services acquis :

- a) Facture comportant à la fois des services de télécommunication et d'autres biens et services : 14 %;
- b) Facture ne comportant que des services de télécommunication et d'autres services : 4 %;
- c) Facture comportant des services de télécommunication et d'autres biens, mais aucun autre service : 11 %.

Aux fins de la Colombie-Britannique, si la facture vise la fourniture des services de télécommunication déterminés et d'autres services ou biens, alors la contrepartie réputée se rapporter autrement qu'aux services de télécommunication sera estimée dans une proportion de 5 %.

2.2.4.4. Frais de repas et représentation

Les frais de repas et de représentation, assujettis à la limite de déductibilité aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, sont visés par les mesures de récupération. Il convient de noter que les repas et breuvages visés par le remboursement au point de vente en Ontario ne constituent pas des biens déterminés au sens des mesures de restitution temporaire de la composante provinciale ontarienne³⁵.

2.2.4.5. Notes de frais et allocations versées aux employés

Il convient de porter une attention particulière aux notes de frais et aux allocations versées aux employés puisque certaines de ces dépenses sont également, de par leur nature, assujetties aux mesures temporaires de restitution. Ainsi, pour ces dépenses visées par les mesures de restitution, la composante provinciale de la Colombie-Britannique et de l'Ontario qui doivent être restituées peut généralement être établie en multipliant le CTI réclamé³⁶ par le taux de 8/13 en Ontario et de 7/12 en Colombie-Britannique.

³⁵ Voir la section 2.2.4. du présent document.

³⁶ Il convient de noter que les facteurs mathématiques applicables aux fins du calcul des CTI/RTI ont été modifiés le 1^{er} juillet 2010. De façon générale, et sous réserve d'autres règles spécifiques comme la limite de 50 % applicable aux frais de repas et de (à suivre...)

Par exemple, lorsqu'un inscrit qui est une grande entreprise paye une dépense de restaurant de 100 \$ en Ontario, celui-ci aura droit à un CTI de 6,50 \$ (soit 50 % des composantes fédérales et provinciales de la TVH) et devra restituer 4 \$ (soit 8/13 de 6,50 \$). La dépense réelle sera donc de 110,50 \$, soit le montant du repas, en plus de 50 % de la composante fédérale de la TVH (2,50 \$) et de la composante provinciale de l'Ontario (8 \$).

2.2.4.6. Avantages imposables

Des exceptions sont prévues afin de permettre à la grande entreprise qui a dû restituer tout ou une partie de la composante provinciale de la TVH payable à l'égard de certains biens et services déterminés de ne pas remettre à nouveau la composante provinciale calculée sur les biens et services déterminés qui ont fait l'objet d'avantages imposables aux salariés et aux associés³⁷.

(...suite)

représentation, les facteurs à utiliser aux fins de remboursement de dépenses des employés en TVH sont comme suit :

- 4/104 en TPS (provinces non participantes (Québec, Alb., Man., Sask. et Î.-P.-É.)), 12/112 en Ontario, au Nouveau-Brunswick, à Terre-Neuve-et-Labrador, 11/111 en Colombie-Britannique, 14/114 en Nouvelle-Écosse;
- Les taux de TPS et de TVH pour les remboursements de dépenses des employés dans les provinces de l'Ontario et de la Colombie-Britannique sont applicables aux dépenses réglées par les employés après le 30 juin 2010 (c'est-à-dire les dépenses de l'employé qui sont assujetties aux nouveaux taux).

Les taux applicables aux allocations de kilométrage et autres allocations sont différents. Ainsi, dans la mesure où l'allocation vise une dépense dont plus de 90 % est fait dans une province participante, le taux applicable est le taux de la province en question. Si 90 % des dépenses pour lesquelles l'allocation est versée sont effectuées dans plusieurs provinces participantes, le taux applicable est le taux de la province la plus bas. Les taux devraient être comme suit :

- 5/105 en TPS (provinces non participantes (Québec, Alb., Man., Sask. et Î.-P.-É.)), 12/112 en Colombie-Britannique, 13/113 en Ontario, au Nouveau-Brunswick, à Terre-Neuve-et-Labrador, 15/115 en Nouvelle-Écosse.
- Le tout sous réserve de la règle du 50 % pour les frais de repas et de représentation.
- Les nouveaux taux s'appliquent aux allocations versées après le 30 juin 2010.

³⁷ Art. 39 du Règlement n° 2.

2.2.5. Moment de la restitution

Une grande entreprise est tenue de restituer les CTI dans sa déclaration pour la période où elle aurait eu droit de les réclamer, et ce, même si elle ne les a pas effectivement réclamés. Exceptionnellement, la restitution des CTI à l'égard des frais de repas et de représentation visés par la limite de 50 % doit être faite au même moment que les CTI sont rajustés à l'égard de ces frais.

Lorsqu'une contrepartie est exigible ou payée après le 14 octobre 2009, mais avant mai 2010, pour des biens ou services fournis après le 30 juin 2010, la restitution devra être effectuée par l'acquéreur même si la taxe n'a pas été perçue par le fournisseur. Dans ce cas, la restitution des CTI doit être faite avec la déclaration pour la période comprenant le 1^{er} juillet 2010, ou au plus tard avant novembre 2010.

Une grande entreprise sera passible d'intérêts et de pénalités si elle omet de restituer les CTI dans la déclaration pour la période comprenant le moment où la taxe devient payable à l'égard de biens et services déterminés. La décision d'une entreprise de renoncer à réclamer des CTI à l'égard des dépenses déterminées ou de les limiter dans le but d'éviter l'administration de la composante provinciale entraîne donc un risque de cotisation.

2.2.6. Déclarations électroniques

Les personnes assujetties à la restitution des CTI et plusieurs autres personnes sont maintenant tenues de produire des déclarations électroniques. Les déclarations de TPS faites à l'ARC pourront être envoyées électroniquement au moyen d'IMPÔTNET TPS/TVH, un service Internet gratuit de l'ARC qui permet la production en ligne des déclarations de TPS/TVH. Les déclarations de TPS administrées par Revenu Québec peuvent être faites sur le site de Clic Revenu.

Dans une annexe à la déclaration figureront les champs suivants qui devront être remplis par le mandataire sujet à la restitution :

« CTI BRUT »

« CTI RÉCUPÉRÉS – ONTARIO »

« CTI RÉCUPÉRÉS – COLOMBIE-BRITANNIQUE »

Le montant net des CTI sera ensuite calculé et reporté dans la déclaration dans le champ :

« TOTAL DES CTI ET DES REDRESSEMENTS »

2.2.7. Mécanisme et aspect comptable

La TVH perçue et percevable sera remise sur la même ligne que la TPS et dans la déclaration de celle-ci. Lorsque la TPS est administrée par Revenu Québec, la déclaration de TPS/TVH est produite avec la déclaration de TVQ.

Bien que, techniquement, il n'y ait aucune obligation en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise* ou de ses règlements d'ouvrir des comptes distincts de TVH payables pour administrer la remise de la TVH perçue ou percevable, certains jugent qu'il est recommandé de le faire aux fins de contrôle interne. En effet, la participation de l'Ontario et de la Colombie-Britannique au régime de la TVH et l'augmentation du taux de la composante provinciale de la Nouvelle-Écosse font en sorte que, d'un point de vue canadien, la TPS/TVH a des taux variables de 5 %, 12 %, 13 % ou 15 %, selon la province dans laquelle la fourniture est effectuée. L'ouverture de comptes distincts, qui seront consolidés aux fins de la remise de TPS/TVH, permet de s'assurer que la perception des taxes est adéquate en fonction des ventes effectuées dans les différentes provinces et de conduire différents tests et analyses.

Quant aux comptes de TPS/TVH à recevoir, il pourrait également être utile, aux fins de contrôle interne, d'ouvrir des comptes de TPS/TVH recevables par province pour les raisons mentionnées ci-dessus. La plupart des entreprises ont choisi d'ouvrir des comptes de taxes à payer distincts où seront imputées les composantes provinciales de la Colombie-Britannique et de l'Ontario assujetties à la restitution. Par contre, compte tenu de la matérialité de certaines dépenses, d'autres choisiront d'imputer la composante provinciale directement dans le compte de dépenses approprié. Peu importe la solution choisie, les entreprises devront être en mesure, compte tenu des exigences de déclaration spécifique de la composante provinciale restituée à l'égard des dépenses déterminées, de retracer celle-ci et de l'isoler des CTI réguliers.

3. RÈGLES SUR LE LIEU DE LA FOURNITURE

La TVH s'applique de façon générale aux fournitures effectuées dans les provinces participantes et est calculée au taux applicable dans la province

participante donnée. Une fourniture effectuée dans une province non participante demeure assujettie à la TPS au taux de 5 %, et à la TVP le cas échéant.

3.1. ENTRÉE EN VIGUEUR

Compte tenu de la participation de l'Ontario et de la Colombie-Britannique au régime de la TVH, les règles concernant le lieu de fourniture des biens meubles incorporels (« BMI ») et des services ont été modifiées afin que la TVH s'applique comme il se doit lorsque les taux varient d'une province à l'autre. Ces modifications sont en œuvre depuis le 1^{er} mai 2010 ou le 25 février 2010 dans certaines conditions³⁸.

Il convient de souligner la décision de mettre en œuvre ces modifications au 1^{er} mai 2010, alors que l'Ontario et la Colombie-Britannique ne participent à la TVH que depuis le 1^{er} juillet 2010. En matière fédérale, l'impact au 1^{er} mai se limitait donc à déterminer si une fourniture est assujettie à la TVH des Maritimes à 13 %³⁹ ou à la TPS à 5 %. Cependant, pour les fournitures effectuées à compter du 1^{er} juillet, le lieu de la fourniture permettra au fournisseur de déterminer non seulement s'il doit percevoir la TVH, mais aussi à quel taux. En effet, le taux de la TVH est de 13 % pour les fournitures effectuées en Ontario, au Nouveau-Brunswick, au Labrador ou à Terre-Neuve, de 15 % si la fourniture est effectuée en Nouvelle-Écosse, ou de 12 % si la fourniture est effectuée en Colombie-Britannique.

Enfin, soucieux d'éviter l'application simultanée de la TVH et de la TVQ, le ministre des Finances du Québec a annoncé, lors du budget provincial du 30 mars 2010, que les règles sur le lieu de la fourniture seraient harmonisées dans le régime de la TVQ, et que leur mise en œuvre serait à la même date qu'au fédéral. Les modifications au lieu de la fourniture dans le régime de la TVQ ont eu un effet immédiat à compter du 25 février 2010. En conséquence, et sous réserve du nombre et de l'importance des transactions

³⁸ CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2010-037, « Le gouvernement publie un avant-projet de règlement concernant les règles sur le lieu de la fourniture », 30 avril 2010; *Avant-projet de règlement concernant le lieu de fourniture des biens et des services*, DORS/2001-170.

En vertu de l'article 34, les nouvelles règles sur le lieu de la fourniture s'appliquent aux fournitures effectuées après avril 2010, ou aux fournitures effectuées après le 25 février 2010 et avant le 1^{er} mai 2010 sauf si une partie de la contrepartie de la fourniture arrive à échéance ou est payée avant mai 2010.

³⁹ Excluant l'Île-du-Prince-Édouard qui ne participe pas à la TVH.

visées, les entreprises inscrites au régime de la TVQ devaient voir à l'application des nouvelles règles sur le lieu de la fourniture dans un contexte québécois avant même de considérer la mise en œuvre de la TVH en Ontario ou en Colombie-Britannique.

3.2. ESSENCE DES RÈGLES

Plusieurs des règles mises en place aux fins de la TVH en 1997 n'existent plus. Plus précisément, le critère du « lieu de négociation de la fourniture », soit l'emplacement du fournisseur où se rapporte l'employé qui est le principal négociateur de la convention portant sur la fourniture n'est plus pertinent pour déterminer le lieu de la fourniture d'un BMI ou d'un service⁴⁰.

Les modifications étaient nécessaires afin d'assurer une répartition adéquate du lieu de la fourniture entre les provinces canadiennes mais aussi de permettre et de rapprocher le lieu de fourniture réputé aux fins de la *Loi sur la taxe d'accise* avec l'endroit où est situé l'acquéreur de la fourniture. Le nombre et l'importance de sièges sociaux en Ontario et en Colombie-Britannique ont joué en faveur de l'abolition du critère du « lieu de négociation de la fourniture » afin d'éviter qu'un nombre injustifié de fournitures soient assujetties à la TVH de l'Ontario en raison du fait que le lieu de négociation y est situé et que 10 % du service y est effectué, et ce, même si 80 % du service était effectivement rendu dans une autre province.

Nous avons choisi de ne présenter que les modifications aux règles existantes et les nouveautés⁴¹.

3.2.1. Services

En règle générale, la fourniture d'un service est assujettie à la TVH dans les situations qui suivent.

⁴⁰ CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2010-014, « Le gouvernement du Canada propose des changements aux règles de la taxe de vente harmonisée (TVH) sur le lieu de fourniture », 25 février 2010 et document connexe : *Taxe de vente harmonisée (TVH) : règles concernant le lieu de fourniture, l'autocotisation et les remboursements*.

⁴¹ Pour plus de détails et pour consulter des arbres décisionnels concernant les nouvelles règles sur le lieu de la fourniture, voir Annette BESHWATY, Michel DUCHARME, Louis FOURNIER et Maryse JANELLE, « Taxe de vente harmonisée – Volet technique », dans *Symposium sur les taxes à la consommation*, 193, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, jour 1, pp. 1-112.

Si dans le cadre du cours normal des activités de son entreprise, le fournisseur obtient une seule adresse au Canada pour l'acquéreur, alors la fourniture est effectuée dans cette province participante⁴². Les adresses obtenues dans le cours normal de l'entreprise du fournisseur peuvent être des adresses obtenues dans le contexte de fournitures antérieures⁴³. Elles peuvent être liées à la négociation de la fourniture, à l'exécution du service, à la facturation ou à tout autre échange entre le fournisseur et son client dans le cadre de l'entreprise du fournisseur.

L'adresse obtenue doit être une adresse de l'acquéreur au sens de la *Loi sur la taxe d'accise*. Une adresse d'une tierce partie où serait effectué un service en sous-traitance ne constitue pas une adresse pertinente de l'acquéreur, au sens des règles sur le lieu de la fourniture.

L'ARC considère qu'une adresse utile aux fins de la détermination du lieu de la fourniture est une adresse qui représente un endroit physique précis. À cette fin, une adresse de courrier électronique ne sera pas considérée comme une adresse pertinente⁴⁴.

Dans le cas où le fournisseur obtient plusieurs adresses au Canada pour l'acquéreur, soit son adresse personnelle ou d'affaires, la fourniture est alors effectuée dans la province participante où est l'adresse « la plus étroitement liée à la fourniture »⁴⁵.

La notion d'« adresse la plus étroitement liée à la fourniture » est un concept nouveau dans le régime de la TPS/TVH. Cette notion a été interprétée par les autorités fiscales comme faisant référence à l'adresse contractuelle de l'acquéreur, soit généralement l'adresse d'où provient la commande. L'adresse contractuelle n'a aucun lien avec l'endroit où est effectivement rendu le service. Si elle n'était pas obtenue, l'adresse la plus étroitement liée à la fourniture serait l'adresse d'affaires de l'acquéreur avec laquelle le fournisseur a le plus de contacts, et qui est l'adresse la plus utilisée par le fournisseur relativement à la fourniture⁴⁶.

⁴² Art. 12 du Règlement n° 2.

⁴³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'information technique sur la TPS/TVH* B-103, « Taxe de vente harmonisée – Règles sur le lieu de fourniture pour déterminer si une fourniture est effectuée dans une province », juin 2010, p. 27.

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ Al. 12(1)c) du Règlement n° 2.

⁴⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 43, p. 27.

Dans le cas où le fournisseur n'obtient pas d'adresse au Canada pour l'acquéreur, mais les services sont exécutés principalement (plus de 50 %) dans les provinces participantes, la fourniture est alors effectuée dans la province participante où la plus grande proportion du service est exécutée parmi ces provinces. Si le service est exécuté en proportions égales dans plusieurs provinces participantes, le service est considéré comme effectué dans la province participante qui a le taux de la composante provinciale de la TVH le plus élevé. Si plusieurs de ces provinces participantes ont le même taux de TVH, le service est considéré comme effectué dans la province participante où se trouve l'adresse du fournisseur la plus étroitement liée à la fourniture, ou la province participante qui est la plus près de cette adresse. Si l'élément canadien du service n'est pas effectué principalement dans les provinces participantes, la fourniture est réputée effectuée dans une province non participante⁴⁷.

Cette règle générale souffre de plusieurs exceptions, dont : les services personnels; les services liés à des BMC, à des immeubles ou à des événements en un lieu déterminé; les services rendus à l'occasion d'une instance; les services de courtier en douane; les réparations; l'entretien; le nettoyage; les modifications; les ajustements et produits photographiques; les services de fiduciaire de régime enregistré d'épargne-retraite, fonds enregistré de revenu de retraite, régime enregistré d'épargne-études, compte d'épargne libre d'impôt ou régime enregistré d'épargne-invalidité; les services téléphoniques à revenus partagés; les services informatiques et d'accès Internet; les services de navigation aérienne, de transport de passagers ou de marchandises; la poste et la distribution postale; et les services de télécommunication. Des règles spécifiques sur le lieu de fourniture s'appliquent pour ces fournitures.

Service lié à un BMC : La fourniture d'un service lié à un BMC qui demeure dans une ou plusieurs provinces pendant l'exécution du service sera assujettie à la TVH d'une province donnée si⁴⁸ :

- a) le bien est situé dans une ou plusieurs provinces au moment de l'exécution de l'élément canadien du service et celui-ci est situé principalement (plus de 50 %) dans des provinces participantes; et
- b) la plus grande proportion de la fourniture est effectuée dans la province participante donnée.

⁴⁷ Art. 17 du Règlement n° 2.

⁴⁸ Art. 14 du Règlement n° 2.

Si le BMC est situé en parts égales dans plusieurs provinces participantes, le service est considéré comme effectué dans celle qui a le taux de la composante provinciale de la TVH le plus élevé. Si plusieurs de ces provinces participantes ont le même taux de la composante provinciale de la TVH, le service est considéré comme effectué dans celle où se trouve l'adresse du fournisseur qui est la plus étroitement liée à la fourniture ou celle qui est la plus près de cette adresse.

Si le BMC est déplacé dans une ou plusieurs provinces pendant l'exécution de l'élément canadien, et le service est exécuté principalement (plus de 50 %) dans les provinces participantes, alors les règles mentionnées au paragraphe précédent s'appliquent afin de déterminer dans quelle province participante la fourniture est effectuée. Si le service n'est pas effectué principalement dans les provinces participantes, alors le service est considéré comme effectué hors des provinces participantes.

Service lié à un immeuble : La fourniture d'un service lié à un immeuble sera assujettie à la TVH d'une province participante donnée si⁴⁹ :

- a) l'immeuble est situé au Canada et principalement (plus de 50 %) dans des provinces participantes; et
- b) la plus grande proportion de la fourniture est effectuée dans la province participante donnée.

Si l'immeuble est situé en parts égales dans plusieurs provinces participantes, le service est considéré comme effectué dans celle qui a le taux de la composante provinciale de la TVH le plus élevé. Si plusieurs de ces provinces participantes ont le même taux de la composante provinciale de la TVH, le service est considéré comme effectué dans la province participante où se trouve l'adresse du fournisseur qui est la plus étroitement liée à la fourniture, ou celle qui est la plus près de cette adresse.

3.2.2. Lieu de la fourniture de BMI

La fourniture d'un BMI faite au Canada sera généralement assujettie à la TVH sauf si les droits canadiens relatifs à ce bien peuvent être utilisés

⁴⁹ Art. 13 du Règlement n° 2.

seulement principalement (plus de 50 %) à l'extérieur des provinces participantes⁵⁰.

La fourniture d'un BMI sera réputée effectuée dans une province participante donnée dans les cas suivants :

- a) Si l'incorporel ne peut être utilisé que dans une seule province participante, il est réputé fourni dans cette province;
- b) Si l'incorporel peut être utilisé dans une plus grande proportion dans une province participante donnée, il est réputé fourni dans cette province donnée.

Une règle spécifique peut s'appliquer lorsque le BMC peut être utilisé en parts égales dans différentes provinces participantes, ou dans les provinces participantes et non participantes, ou si l'utilisation possible du BMI n'est pas déterminée. Cette règle particulière s'applique si la fourniture doit être effectuée en présence d'un particulier qui en est l'acquéreur ou qui agit en son nom, que la contrepartie est de 300 \$ ou moins et que la fourniture est effectuée par l'entremise d'un emplacement déterminé du fournisseur. La fourniture du BMI est alors réputée être effectuée dans la province participante où est situé cet emplacement déterminé du fournisseur.

Si la règle mentionnée précédemment ne s'applique pas, la fourniture est alors réputée être effectuée dans la province où est l'adresse de l'acquéreur que le fournisseur a obtenue⁵¹ et être dans une province participante où peut être utilisé l'incorporel.

D'autres règles propres à la fourniture de BMI s'appliquent dans certains cas :

BMI liés à des immeubles : Dans le cas de la fourniture d'un incorporel lié à un immeuble (par exemple, une option d'achat sur un immeuble), la fourniture sera considérée comme étant effectuée dans une province participante à condition que l'immeuble se situe principalement (plus de 50 %) dans les provinces participantes, et que la plus grande proportion de

⁵⁰ Art. 5 du Règlement n° 2.

⁵¹ Adresse de l'acquéreur obtenue par le fournisseur dans le cours normal de son entreprise et qui est la plus étroitement liée à la fourniture.

l'immeuble ayant son emplacement dans les provinces participantes soit située dans cette province participante⁵².

Si l'immeuble est situé en proportions égales dans plusieurs provinces participantes, la fourniture de BMI est effectuée dans celle qui a le taux de la composante provinciale de la TVH le plus élevé. Si plusieurs de ces provinces participantes ont le même taux de la composante provinciale de la TVH, le BMI est considéré comme fourni dans la province participante où se trouve l'adresse du fournisseur qui est la plus étroitement liée à la fourniture, ou la province participante qui est la plus près de cette adresse⁵³.

La fourniture d'un BMI lié à un immeuble est considérée comme effectuée dans une province non participante si l'immeuble qui est situé au Canada est situé autrement que principalement (50 % ou moins) dans des provinces participantes.

BMI liés à des BMC : Dans le cas de la fourniture d'un BMI lié à un BMC situé au Canada, la fourniture sera considérée comme effectuée dans une province participante si le ou les BMC sont habituellement situés principalement (plus de 50 %) dans les provinces participantes.

Dans ce cas, la fourniture est réputée effectuée dans la province participante où est située la plus grande proportion du ou des BMC⁵⁴. Si le ou les BMC sont situés en proportions égales dans plusieurs provinces participantes, la fourniture du BMI est effectuée dans la province participante, parmi ces provinces, qui a le taux de la composante provinciale de la TVH le plus élevé. Si plusieurs de ces provinces participantes ont le même taux de la composante provinciale de la TVH, la fourniture est réputée effectuée dans la province participante où se trouve l'adresse du fournisseur qui est la plus étroitement liée à la fourniture ou la province participante qui est la plus près de cette adresse⁵⁵.

La fourniture d'un BMI lié à un BMC est considérée comme effectuée dans une province non participante si le ou les BMC qui sont situés au Canada sont situés ailleurs que principalement (50 % ou moins) dans des provinces participantes.

⁵² Art. 8 du Règlement n° 2.

⁵³ Art. 10 du Règlement n° 2.

⁵⁴ Art. 9 du Règlement n° 2.

⁵⁵ Art. 10 du Règlement n° 2.

4. CONTEXTE INTERPROVINCIAL

La TVH ne s'applique pas à une fourniture effectuée dans une province non participante, et elle ne s'applique pas toujours au même taux dans les différentes provinces participantes. Différentes règles s'appliquent donc afin de s'assurer que la composante provinciale de la TVH payée ou payable reflète l'endroit où l'acquéreur utilise réellement les biens ou les services, et que les entreprises établies dans une province donnée ne soient pas désavantagées par rapport aux entreprises établies dans une autre province. À cet effet, des règles font en sorte qu'une personne soit tenue de s'autocotiser pour la composante provinciale si des biens ou des services sont transférés dans une province participante à partir d'une province non participante, d'une autre province participante ou de l'étranger pour y être utilisés ou fournis. Des mesures de remboursement de la composante provinciale sont aussi prévues relativement à la fourniture de biens ou de services effectués dans les provinces participantes, lorsque les biens sont utilisés par l'acquéreur ou fournis par lui en dehors de cette province. Les règles proposées concernant les fournitures taxables importées sont aussi modifiées.

Les règles mentionnées ci-après ne s'appliquent pas si la personne acquiert, apporte ou importe le bien ou le service dans une province en vue de l'utiliser exclusivement dans le cadre de ses activités commerciales, et s'il ne s'agit pas de biens et services visés par les mesures de restitution temporaire de la composante provinciale de l'Ontario et de la Colombie-Britannique. Cette exception a pour effet de limiter les transactions afin de comptabiliser la taxe lorsque la personne a droit, par ailleurs, à un CTI à 100 % sur les biens et services visés.

Finalement, les institutions financières désignées particulières étant généralement exclues des mesures d'autocotisation ou de remboursement mentionnées ci-dessus, la méthode d'attribution spéciale qui leur est applicable est également modifiée afin de tenir compte de la participation de l'Ontario et de la Colombie-Britannique à la TVH.

4.1. AUTOCOTISATION DE LA COMPOSANTE PROVINCIALE DE LA TVH⁵⁶

Lorsqu'une personne transfère un BMC dans une province participante à partir d'une province non participante ou d'une autre province participante ayant un taux de la composante provinciale inférieur à celui de la province de destination, ou qu'elle acquiert un bien d'un non-résident non inscrit dont elle reçoit livraison dans une province participante⁵⁷, la personne sera généralement tenue de s'autocotiser la composante provinciale de la TVH en fonction de la différence entre le taux de composante provinciale effectivement payé, le cas échéant, et le taux de la composante provinciale de la province où est transféré le bien⁵⁸.

Une personne qui réside dans une province participante est également tenue de s'autocotiser si elle acquiert des BMI ou des services dans une province donnée en vue de les utiliser, de les consommer ou de les fournir de façon appréciable (c'est-à-dire plus de 10 %) dans une province participante où le taux est plus élevé que la province d'acquisition. Le montant de la composante provinciale payable sera calculé en fonction de la somme des montants applicables dans chaque province donnée où le bien est utilisé à plus de 10 %, qui correspondent à la différence entre le pourcentage provincial applicable dans la province donnée et le pourcentage provincial de la province d'acquisition multipliée par le pourcentage d'utilisation dans cette province donnée⁵⁹.

Les exemptions à l'obligation d'autocotisation continuent de s'appliquer⁶⁰, en plus d'une dispense, lorsque le montant de taxes payable en vertu de la section IV de la partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise* au cours d'un mois civil est inférieur à 25 \$.

⁵⁶ Ces règles ne s'appliquent pas aux « articles déterminés » qui sont des articles inclus dans une annexe de *Règlement sur la déduction pour le remboursement provincial (TPS/TVH)*, DORS/2001-65 modifié par le *Règlement modifiant divers règlements relatifs à la TPS/TVH*, JUS-TCD-5281-30-29 (DORS/SOR) et à l'égard duquel un montant peut être payé ou crédité en vertu d'une loi de la province.

⁵⁷ Art. 220.06 L.T.A. et art. 11 du Règlement n° 2.

⁵⁸ Par. 220.05(1) L.T.A. et art. 8 et suiv. du Règlement n° 2.

⁵⁹ Art. 220.08 L.T.A. et art. 13 du Règlement n° 2.

⁶⁰ Notamment, dans certains cas, les biens en transit et les biens importés dans des circonstances prévues par règlement, ainsi que certains biens non taxables (annexes VII et X L.T.A.). Les institutions financières désignées particulières ne sont pas visées par ces mesures d'autocotisation.

Finalement, la personne qui réside dans une province participante et qui est l'acquéreur d'une « fourniture taxable importée »⁶¹ est également tenue de s'autocotiser si elle acquiert une telle fourniture à l'étranger en vue de l'utiliser, la consommer ou la fournir de façon appréciable (c'est-à-dire plus de 10 %⁶²) dans une province participante. Le montant de la composante provinciale payable sera calculé en fonction de la somme des montants applicables dans chaque province donnée où le bien est utilisé à plus de 10 %, qui correspondent au pourcentage provincial applicable dans la province donnée multiplié par le pourcentage d'utilisation dans cette province donnée⁶³.

4.2. REMBOURSEMENT DE LA COMPOSANTE PROVINCIALE DE LA TVH

En général, une personne pourrait avoir droit à un remboursement⁶⁴ de tout ou d'une partie de la composante provinciale payée si elle acquiert un BMC dans une province participante dans le but de le consommer, l'utiliser ou le fournir exclusivement à l'extérieur de cette province participante, et en vue de le transférer dans une province ayant un taux provincial moins élevé ou dans une province non participante dans les 30 jours suivant sa livraison. Le remboursement, le cas échéant⁶⁵, serait égal à la différence entre le taux applicable dans la province originale d'acquisition et le taux de la province où est transféré le bien.

Une personne qui réside dans une province participante pourrait avoir droit également à un remboursement de tout ou d'une partie de la composante provinciale payée si elle a acquis des BMI ou des services dans une province participante en vue de les utiliser, de les consommer ou de les

⁶¹ La notion de fourniture taxable importée est définie à l'article 217 L.T.A. et exclut notamment la fourniture des BMI ou de services acquis pour consommation, utilisation ou fourniture exclusive (c'est-à-dire plus de 90 %) dans le cadre d'une activité commerciale.

⁶² Art. 7 du Règlement n° 2.

⁶³ Art. 218.1 L.T.A.

⁶⁴ Art. 261.2 L.T.A. et art. 16 du Règlement n° 2.

⁶⁵ Soumis aux règles prévues à l'article 261.2 L.T.A. Le remboursement doit être demandé par une personne résidant au Canada dans l'année suivant le moment où le bien est retiré de la province d'acquisition. La personne doit prouver que la TVP a été payée dans la province où le bien est transféré, le cas échéant. Si la personne est consommatrice du BMC, elle doit résider dans la province où le bien est transféré pour avoir droit au remboursement. Des règles spécifiques s'appliquent pour les véhicules à moteur déterminés.

fournir de façon appréciable (c'est-à-dire plus de 10 %) dans une province non participante ou dans une autre province participante où le taux est moins élevé que la province d'acquisition⁶⁶. Le montant du remboursement de la composante provinciale sera calculé en fonction de la somme du montant applicable dans chaque province donnée où le bien est utilisé à plus de 10 %, qui correspond à la différence entre le pourcentage provincial applicable dans la province donnée et le pourcentage provincial de la province d'acquisition multipliée par le pourcentage d'utilisation dans cette province donnée.

Une personne résidant dans une province participante peut obtenir le remboursement de tout ou d'une partie de la composante provinciale de la TVH payée lors de l'importation d'un bien non commercial dans une province autre que la province de résidence de la personne dans le but qu'il soit consommé ou utilisé exclusivement dans une province où le taux de la composante provinciale est inférieur à celui de la province de résidence de la personne⁶⁷.

Un remboursement n'est accordé que si les conditions prévues par règlement existent, notamment que la demande est justifiée par des reçus de montants de taxe d'au moins 5 \$ et que le total des montants qui font l'objet de la demande est d'au moins 25 \$⁶⁸.

4.3. MÉTHODE D'ATTRIBUTION SPÉCIALE DES INSTITUTIONS FINANCIÈRES DÉSIGNÉES PARTICULIÈRES

Depuis la mise en œuvre de la TVH en 1997, des règles spécifiques s'appliquent afin de faire en sorte que les institutions financières désignées particulières (« IFDP ») qui ont des activités à la fois dans des provinces participantes et non participantes paient leur juste part de la composante provinciale attribuable aux provinces participantes où sont exercées les activités. En effet, il convient de noter que les règles sur le lieu de la fourniture peuvent faire en sorte que les fournitures acquises par une personne soient assujetties à une province participante donnée sans égard à la consommation réelle de ces biens et services. Des règles de répartition étaient particulièrement nécessaires dans le contexte des institutions financières étant donné que la prestation de services financiers constitue

⁶⁶ Art. 261.3 L.T.A. et art. 20 du Règlement n° 2.

⁶⁷ Art. 261.2 L.T.A.

⁶⁸ Art. 261.4 L.T.A. et art. 22 du Règlement n° 2.

généralement une activité exonérée aux fins de la *Loi sur la taxe d'accise* et, en conséquence, ne donne pas droit à des CTI.

Avec la participation de l'Ontario et de la Colombie-Britannique à la TVH, le ministère des Finances du Canada a effectué une mise à jour des règles concernant les IFDP et la méthode d'attribution spéciale que celles-ci doivent utiliser pour calculer et payer leur juste part de la composante provinciale applicable dans les provinces où elles ont des « établissements ». Des modifications majeures ont été apportées au régime et font en sorte que beaucoup plus d'institutions financières sont maintenant visées par la définition et assujetties aux obligations y afférentes.

Les commentaires qui suivent sont d'ordre général, dans un contexte visant à présenter sommairement les mesures les plus pertinentes du nouveau régime de la TVH. Les règles sont complexes et la présente ne doit pas être considérée comme une analyse exhaustive des dispositions.

4.3.1. Définition d'« institution financière désignée particulière »

Une IFDP est une institution financière désignée au sens de la *Loi sur la taxe d'accise*⁶⁹ qui a des « établissements stables » à la fois dans des provinces participantes et non participantes. Avant la modification des règles, la notion d'« établissement stable » dans une province faisait référence aux lieux fixes d'affaires, soit les établissements stables considérés aux fins d'impôt sur le revenu lorsqu'une partie du revenu imposable était attribuée à des provinces données. Depuis le 1^{er} juillet 2010, la notion d'établissement tient également compte d'autres facteurs qui varient selon la nature des activités de l'IFDP⁷⁰.

Ainsi, à titre d'exemple, une banque est réputée avoir des établissements dans chaque province où sont situés des terrains servant à garantir des prêts, et dans chaque province où résident le bénéficiaire d'un prêt, ou le titulaire d'un compte de dépôt ou d'un compte similaire de la banque. Une

⁶⁹ S.-al. 149(1a)(i) à 149(1a)(xi) L.T.A. Le test tient maintenant compte de l'ensemble des périodes comprises dans l'exercice comprenant la période de déclaration alors qu'auparavant, une personne devait répondre aux critères pour l'exercice en cours et au cours de l'année d'imposition précédente. Plusieurs personnes seront donc maintenant considérées comme des IFDP dès leur première année.

⁷⁰ CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2010-050, « Modifications proposées à l'application de la taxe de vente harmonisée aux institutions financières », 19 mai 2010, p. 4.

compagnie d'assurances est réputée avoir des établissements stables dans les provinces où elle offre une protection contre un risque relativement à des biens ou à des personnes s'y trouvant. Les sociétés de fiducie et de prêt ont des établissements stables là où sont situés des terrains servant à garantir des prêts, et là où résident les bénéficiaires de prêts. Les règles applicables aux régimes de placements et autres fonds réservés peuvent tenir compte de l'endroit où les contrats peuvent être vendus, de l'endroit où le régime est autorisé à vendre ou à distribuer ses unités ou ses actions, ou encore des provinces où résident les participants ou les bénéficiaires du régime.

4.3.2. Méthode d'attribution spéciale

La méthode d'attribution spéciale (« MAS ») doit être utilisée par une IFDP pour calculer la composante provinciale de la TVH qu'elle doit acquitter dans une province participante où elle a un ou des établissements. Une fois la composante provinciale payable établie avec la MAS, elle est comparée avec la composante provinciale effectivement payée aux fournisseurs pendant la période donnée et les rajustements sont faits.

Ainsi, si le montant de la composante provinciale d'une province donnée effectivement payé aux fournisseurs pendant une période de déclaration donnée est supérieur au montant de la composante provinciale calculée pour cette province donnée avec la MAS, alors un montant de la taxe nette de la personne sera réduit de la différence et elle en obtiendra le remboursement. Par contre, si le montant de la composante provinciale effectivement payé pour la période et dans la province donnée est inférieur au montant payable selon la MAS, alors la différence devra être ajoutée à la taxe nette et payée par la personne.

La formule de la MAS est la suivante⁷¹ :

$$[(A - B) \times C \times D/E] - F + G$$

En termes très généraux, les variables représentent ce qui suit :

$A - B =$ la TPS et la composante fédérale de la TVH qui ne sont pas recouvrables par la personne pour la période donnée (c'est-à-dire la taxe payée/payable moins des CTI);

⁷¹ Par. 225.1(2) L.T.A.

- C = le pourcentage d'attribution quant à la province participante donnée;
- D/E = le ratio du taux de la composante provinciale en vigueur dans la province donnée/taux de la TPS. Par exemple, pour l'Ontario, le facteur serait de 8/5 et pour la Nouvelle-Écosse, 10/5;
- F = la composante provinciale payée ou payable dans la province pour la période donnée;
- G = différents rajustements requis pour la période transitoire ou dans des circonstances particulières.

Il convient de noter que le pourcentage d'attribution d'une province donnée est déterminé selon des facteurs précis qui varient selon la nature des activités de l'IFPD. En général, on établira un facteur qui tient compte des éléments attribuables à la province donnée sur le total des éléments canadiens. À titre d'exemple, des facteurs, telles les recettes liées à des établissements dans une province donnée, la valeur des placements ou des droits liés à des personnes résidant dans la province donnée, les garanties dans une province donnée ou d'autres critères, peuvent être considérés selon la nature de l'institution financière⁷².

4.3.3. Exigences en matière de production et de versement

La période de déclaration d'une IFDP inscrite est un exercice, sauf si elle a fait le choix de déclarer sur une base trimestrielle ou mensuelle. La période de déclaration d'une personne qui n'est pas inscrite est mensuelle. Une IFDP doit produire une déclaration, et verser la taxe nette pour chaque période de déclaration⁷³.

⁷² CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 70; CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2010-062, « Modifications proposées à certaines règles d'application de la taxe de vente harmonisée visant les institutions financières, les méthodes de comptabilité abrégée et les droits d'inhumation », 30 juin 2010 ainsi que les documents connexes : *Document d'information : Règles d'application de la taxe de vente harmonisée aux institutions financières, aux droits d'inhumation et aux méthodes de comptabilité abrégée* et *Projet de règlement n° 2 modifiant divers règlements relatifs à la TPS/TVH*.

⁷³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Avis sur la TPS/TVH* N° 255, « Choix prévus en vertu du régime de la TVH pour certaines institutions financières désignées particulières », juillet 2010, p. 3.

Une IFDP doit aussi produire une déclaration finale, au moyen du Formulaire GST494 (TPS494), « Déclaration finale de taxe sur les produits et services/taxe de vente harmonisée pour les institutions financières désignées particulières » dans les six mois suivant la fin de son exercice qui commence après le 23 septembre 2009⁷⁴.

4.3.4. Exception pour les « petits régimes de placement »

Lorsqu'une personne a une TPS et que la composante provinciale de la TVH non recouvrable est inférieure à 10 000 \$ pour l'exercice précédent, elle pourrait être considérée comme un petit régime de placement et être exclue des règles applicables aux IFDP. Si tel est le cas, la personne pourrait quand même choisir de s'assujettir aux règles en produisant le choix prévu à cette fin, lequel devrait rester en vigueur au minimum trois années⁷⁵.

CONCLUSION

En guise de conclusion, il nous semble important de noter que les entreprises du Québec peuvent être visées par les modifications apportées aux régimes de la TPS et de la TVQ, dans le contexte de la participation de l'Ontario et de la Colombie-Britannique à la TVH au 1^{er} juillet.

Ces modifications peuvent avoir un impact sur la TVH percevable dans les provinces maritimes et sur la TVQ percevable sur les fournitures effectuées depuis le 16 février 2010, en vertu des nouvelles règles sur le lieu de la fourniture.

Les entreprises sont aussi tenues de percevoir la TVH pour les fournitures effectuées depuis le 1^{er} juillet 2010 en Ontario et en Colombie-Britannique. En plus d'avoir les taux de TVH variables selon la province où est effectuée la fourniture, il convient de garder à l'esprit que les remboursements au point de vente aux fins de la TVH ne sont pas identiques d'une province à l'autre et souffrent de nombreuses exceptions.

Quant aux achats, les grandes entreprises sont temporairement assujetties aux mesures de restitution de la composante provinciale de la Colombie-Britannique et de l'Ontario, alors que les provinces participantes des Maritimes n'ont pas retenu de telles mesures. Les entreprises du Québec

⁷⁴ Par. 238(2.1) L.T.A.

⁷⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 73, p. 4.

qui se qualifiaient de « grande entreprise » aux fins de la *Loi sur la taxe de vente du Québec* sont familiarisées avec les dépenses visées, mais la mécanique doit toutefois être analysée puisqu'elle diffère de celle appliquée dans ce régime.

Les institutions financières présentes à la fois dans les provinces participantes et non participantes ont de nouvelles obligations fiscales de paiements/déclarations depuis le 1^{er} juillet afin d'assurer à l'État qu'elles acquittent leur juste part de la composante provinciale de chaque province.

Le régime harmonisé recèle encore bien des surprises et des particularités provinciales.

OPTIONS DE RETRAIT DES CRI, FRV ET REÉR IMMOBILISÉS



Serge Lessard
 Avocat, Pl. Fin., FLMI
 Transamérica Vie Canada

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	48:3
1. MISE EN SITUATION.....	48:3
2. LA LOGIQUE ET L’OBJECTIF DERRIÈRE UN RÉGIME DE RETRAITE	48:4
3. MAIS CHAQUE CAS EST UN CAS D’ESPÈCE... ..	48:6
4. LA LOGIQUE JURIDIQUE ET FISCALE DERRIÈRE LE SYSTÈME DES CRI ET FRV	48:6
5. LES OPTIONS DE TRANSFERT DES SOMMES PROVENANT D’UN RR.....	48:7
5.1. RETRAIT UNIQUE À 65 ANS – ARTICLE 16.1 R.R.C.R.	48:9
5.2. REVENU TEMPORAIRE DE 55 À 65 ANS – ARTICLE 16.2 R.R.C.R.	48:10
5.3. FRV – ARTICLE 17 R.R.C.R.....	48:11

5.4.	CRI – ARTICLE 29 R.R.C.R.....	48:12
5.5.	RENTE VIAGÈRE – ARTICLE 30 R.R.C.R.....	48:12
6.	LES OPTIONS DE TRANSFERT DES SOMMES ENTRE LES DIFFÉRENTS INSTRUMENTS	48:13
7.	LES TRANSFERTS EN FRANCHISE D’IMPÔT	48:14
8.	LA DISTINCTION ENTRE RETRAIT ET RETRAIT IMPOSABLE	48:15
9.	LES POSSIBILITÉS DE RETRAIT.....	48:16
10.	LES POSSIBILITÉS DE RETRAIT D’UN CRI.....	48:16
11.	LES POSSIBILITÉS DE RETRAIT D’UN FRV	48:18
12.	LES POSSIBILITÉS DE RETRAIT D’UN REÉRI ET D’UN RÉGIME D’ÉPARGNE IMMOBILISÉ RESTREINT FÉDÉRAL	48:21
13.	LES POSSIBILITÉS DE RETRAIT D’UN FRV ET D’UN FRVR FÉDÉRAL	48:24
14.	L’OPTION DE RETRAIT DE 50 % SELON LE RÈGLEMENT DE 1985 SUR LES NORMES DE PRESTATION DE PENSION FÉDÉRAL.....	48:28

INTRODUCTION*

Le domaine des comptes de retraite immobilisé (« CRI ») et des fonds de revenu viager (« FRV ») est très complexe. En effet, il est difficile pour la personne qui examine un relevé de placement CRI ou FRV de déterminer exactement les droits et obligations qui s'y rattachent.

Le présent texte ne prétend pas refléter chacune des subtilités reliées à ce domaine. Vous constaterez que la littérature sur le sujet est quasi inexistante et les spécialistes sont rares.

Nous tenterons donc d'apporter un début d'explication sur les aspects légaux et fiscaux de ces outils de retraite tout en nous concentrant sur les éléments qui touchent le transfert et le retrait des sommes détenues dans ces types d'instruments.

1. MISE EN SITUATION

Les régimes de retraite privés, publics ou parapublics peuvent être de juridiction fédérale ou provinciale.

Lorsqu'ils sont soumis à la loi fédérale, les régimes de retraite privés sont généralement régis par la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*¹ et son règlement, le *Règlement de 1985 sur les normes de prestation de pension*².

Lorsqu'ils sont soumis à la loi provinciale du Québec, ils sont principalement régis par la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*³ et son règlement, le *Règlement sur les régimes complémentaires de retraite*⁴.

Cependant, un grand nombre d'employés du gouvernement et des organismes publics du Québec participent (ou ont participé) au régime de

* L'auteur est maintenant conseiller principal – Service de fiscalité et retraite chez Investissements Manuvie.

¹ L.R.C. (1985), 2^e supp., ch. 32 (« L.N.P.P. »).

² DORS/87-19 (« R.N.P.P. »).

³ L.R.Q., c. R-15.1 (« L.R.C.R. »).

⁴ R.R.Q., c. R-15.1, r.1 (« R.R.C.R. »).

retraite établi par la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics*⁵ et ses règlements.

Les cadres du gouvernement du Québec participent au régime de retraite du personnel d'encadrement (« RRPE ») en vertu de la *Loi sur le régime de retraite du personnel d'encadrement*⁶ et ses règlements.

Finalement, d'autres employés du gouvernement et des organismes publics du Québec sont régis par d'autres régimes de retraite.

Ces autres régimes de retraite, ainsi que le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics (RREGOP) et le RRPE, sont administrés par la Commission administrative des régimes de retraite et d'assurance.

Les informations qui suivent concernent **uniquement** les CRI et FRV sous l'empire de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* à moins qu'il n'en soit spécifié autrement. Vous constaterez aussi que nous avons ajouté des commentaires sur les normes de prestation de pension fédérales (selon la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension* et le *Règlement de 1985 sur les normes de prestation de pension*).

2. LA LOGIQUE ET L'OBJECTIF DERRIÈRE UN RÉGIME DE RETRAITE

Selon l'article 6 L.R.C.R., un régime de retraite (« RR ») est :

- un contrat
- en vertu duquel le participant
- bénéficie d'une prestation de retraite
- dans des conditions et à compter d'un âge donnés,
- dont le financement est assuré par des cotisations à la charge soit de l'employeur seul, soit de l'employeur et du participant.

⁵ L.R.Q., c. R-10 (« L.R.R.E.G.O.P. »).

⁶ L.R.Q., c. R-12-1 (« L.R.R.P.E. »).

Dans cette définition, on peut voir que l'objet de ce contrat est la fourniture d'une prestation de retraite aux employés. Quelle est la forme **principale** préconisée de cette prestation de retraite? L'article 58 L.R.C.R. dit ceci : « Toute rente servie en vertu d'un régime de retraite doit être viagère et ne peut être payée sous une autre forme du vivant du participant ou, dans le cas d'une rente au conjoint, du vivant du conjoint sauf : [...]. » (Notre soulignement)

L'idée générale est donc de fournir une rente de retraite **viagère** ou **viagère réversible au conjoint**. Bien sûr, beaucoup d'exceptions s'appliquent. Parmi elles, on rencontre les transferts de droits comme à l'article 98 L.R.C.R. :

« Tout participant a droit, dans les conditions et délais prévus au présent chapitre, de transférer dans le régime de retraite qu'il indique: [...] Pour l'application du présent article, l'expression "régime de retraite" comprend, outre les régimes régis par la présente loi, tout régime ou contrat de rente déterminé par règlement. » (Notre soulignement)

Cela ouvre la porte à des transferts de sommes détenues dans des régimes de retraite vers les CRI, FRV et autres instruments de transfert. D'ailleurs, le *Règlement sur les régimes complémentaires de retraite* utilise une expression assez évocatrice pour désigner les instruments de transfert : « les options de remplacement de la rente ». L'article 28 R.R.C.R. dit ceci :

« 28. Les régimes de retraite non régis par la Loi et dans lesquels des transferts peuvent être effectués en application de l'article 98 de la Loi, sont :

1° un régime complémentaire de retraite régi par une loi émanant d'une autorité législative autre que le Parlement du Québec et accordant droit à une rente différée;

2° un régime complémentaire de retraite établi par une loi émanant du Parlement du Québec ou d'une autre autorité législative;

3° pour les sommes qui peuvent être remboursées au participant ou lui être payées en un seul versement, avec les intérêts accumulés, un régime enregistré d'épargne-retraite;

3.1° un fonds de revenu viager visé à l'article 18;

4° un compte de retraite immobilisé visé à l'article 29;

5° un contrat de rente visé à l'article 30. »

Si l'on combine ces dispositions avec les articles 29 (le CRI) et 18 et suivants (le FRV) R.R.C.R., on comprend que ces outils sont construits de façon, finalement, à procurer une rente.

3. MAIS CHAQUE CAS EST UN CAS D'ESPÈCE...

Les Québécois, leurs besoins et leur situation financière n'étant pas tous pareils, le législateur a eu la sagesse de prévoir beaucoup d'exceptions aux principes selon lesquels une personne ne peut vider son RR d'un coup et doit acquérir finalement une rente.

L'objet de ce texte est d'analyser sommairement les diverses dispositions qui décrivent les possibilités de retirer les sommes provenant originellement d'un régime de retraite, que ce soit par le retrait pur et simple ou par des transferts successifs d'un instrument à l'autre.

Évidemment, les possibilités et les combinaisons de ces possibilités étant nombreuses, nous n'en décrivons que certaines.

4. LA LOGIQUE JURIDIQUE ET FISCALE DERRIÈRE LE SYSTÈME DES CRI ET FRV

Pourquoi les législateurs veulent-ils que l'on s'achète une rente ou que l'on transfère les sommes du RR dans un CRI ou un FRV? La logique qui semble poindre en arrière de cela est la suivante.

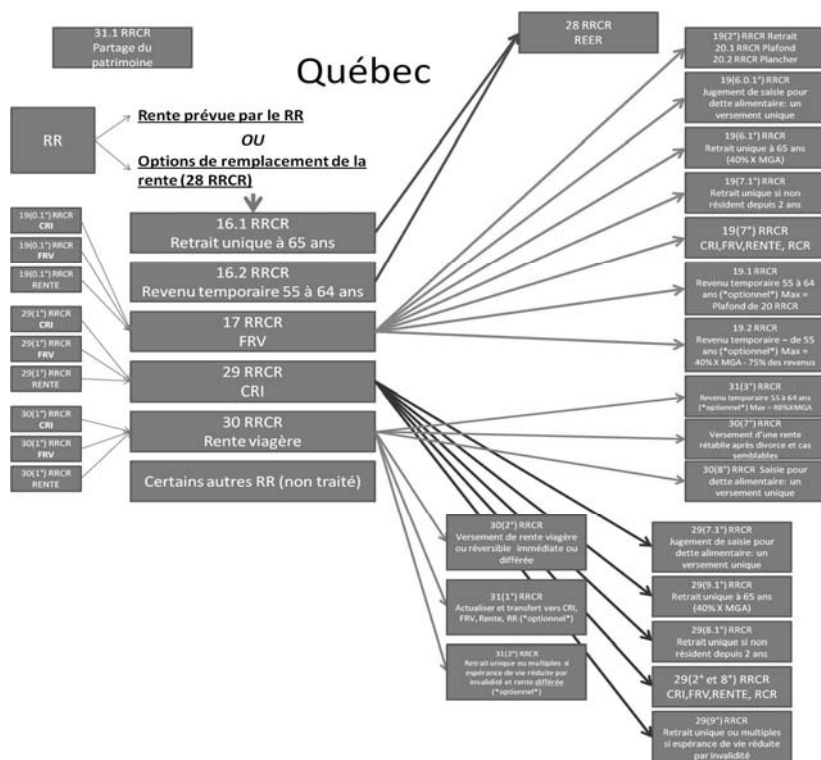
D'un point de vue juridique, on veut procurer une retraite à quelqu'un. Donc, le véhicule de la rente, qui prévoit une série de versements la vie durant, semble remplir parfaitement cet objectif. D'un point de vue fiscal, on ne veut tout de même pas que l'argent du RR demeure éternellement à l'abri de l'impôt. Les lois fiscales permettent donc (en franchise d'impôt) l'achat d'une rente (régime enregistré d'épargne-retraite (« REÉR ») échu) à même les sommes d'un régime de pension agréé (« RPA ») puisque cette option assurera le décaissement continu (et imposable!) des sommes du régime.

Pour ce qui est du transfert de sommes dans un CRI ou un FRV, d'un point de vue juridique, on permet le transfert dans cesdits véhicules afin, entre autres, d'en permettre une gestion plus personnalisée tout en limitant les retraits (l'immobilisation). L'objectif de procurer une retraite est atteint par le transfert probable dans un FRV (le CRI ne servant qu'à la phase d'accumulation), lequel est pourvu de clauses contractuelles établissant un plafond des retraits. Ce plafond assure que le retraité étale son revenu de retraite sur une certaine période afin d'imiter partiellement l'effet d'une

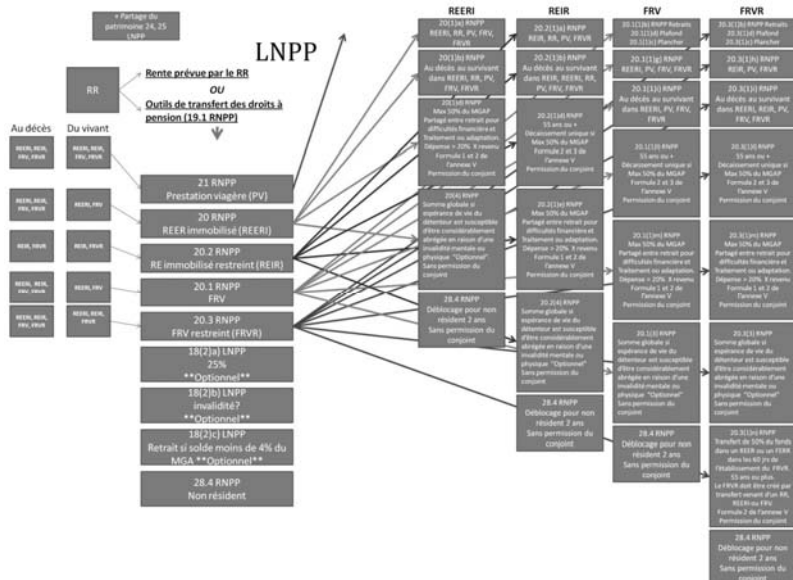
rente. D'un point de vue fiscal, on tente aussi de permettre au contribuable d'accumuler des sommes à l'abri de l'impôt, tout en prévoyant tout de même un décaissement imposable après un certain âge. Les lois fiscales permettent donc, en franchise d'impôt, le transfert des sommes d'un RPA dans un REÉR non échu (le CRI). Afin d'éviter que les contribuables qui n'ont pas converti leur REÉR non échu en REÉR échu à 71 ans (REÉR investi dans une rente admissible) soient imposés d'un seul coup, ces lois permettent aussi le transfert subséquent dans un fonds enregistré de revenu de retraite (« FERR »), le FRV, puisque cette option assurera le décaissement continu (et imposable) des sommes du régime par le biais du retrait minimum obligatoire du FERR. En effet, ce retrait minimum tente d'imiter partiellement le décaissement d'une rente.

5. LES OPTIONS DE TRANSFERT DES SOMMES PROVENANT D'UN RR

Les sommes provenant d'un RR peuvent être transférées dans un des véhicules suivants, en être retirées ou transférées à nouveau de la façon suivante :



Et pour le fédéral :



De quoi en perdre son latin!

Vous n'êtes pas capable de lire les petits caractères? N'ayez crainte : nous allons voir maintenant plus en détail chaque élément de ce tableau.

Les sections 5.1 à 5.5 qui suivent concernent des possibilités de transférer les sommes détenues **par le RR vers autre chose que la rente du RR**.

Les options de remplacement de la rente de retraite sont décrites à l'article 28 R.R.C.R. Il s'agit des options possibles lorsque les sommes proviennent directement du RR. En voici quelques-unes :

- Retrait unique à 65 ans – Article 16.1 R.R.C.R.;
- Revenu temporaire de 55 à 65 ans – Article 16.2 R.R.C.R.;
- FRV – Article 17 R.R.C.R.;
- CRI – Article 29 R.R.C.R.;

- Rente viagère (rente achetée par l'individu plutôt que par le régime de retraite) – Article 30 R.R.C.R.

5.1. RETRAIT UNIQUE À 65 ANS – ARTICLE 16.1 R.R.C.R.

Les conditions :

- a) Il faut avoir acquis le droit à une rente;
- b) Le régime doit contenir des clauses de cotisation déterminée (régime de retraite à cotisation déterminée (« RRCD »), régime de retraite à prestations déterminées (« RRPD ») ou mixtes RRCD/RRPD, en vertu de dispositions identiques à un RRCD);
- c) Avant que la rente ne soit servie;
- d) Être âgé de 65 ans au moins;
- e) Les sommes accumulées dans des instruments d'épargne-retraite n'excèdent pas 40 % du maximum des gains admissibles (« MGA ») ($47\,200 \times 40\% = 18\,880 \$$);
- f) Lesdits instruments d'épargne-retraite incluent, notamment :
 - le RRCD (fédéral ou provincial),
 - le RRPD ou mixtes RRCD/RRPD, en vertu de dispositions identiques à un RRCD,
 - le FRV,
 - le CRI,
 - les REÉR immobilisés (dont le solde doit être converti en rente viagère) (« REÉRI »);
- g) Remplir l'annexe 0.2 R.R.C.R.

Les conséquences :

- Peut remplacer la rente par un paiement en un seul versement (imposable bien sûr);

- Question : peut-on transférer cette somme dans un REÉR? Oui (art. 28 (3^o) R.R.C.R. et par. 147.3(1) et 147.3(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁷);
- Pas besoin de la signature du conjoint.

5.2. REVENU TEMPORAIRE DE 55 À 65 ANS – ARTICLE 16.2 R.R.C.R.

Les conditions :

- a) Avoir acquis droit à une rente;
- b) Avant que la rente ne soit servie;
- c) Avoir au moins 55 ans mais moins de 65 ans;
- d) Ne posséder aucun CRI, FRV ou REÉRI (REÉR dont le solde doit être converti en rente viagère);
- e) Remplir l'annexe 0.3 R.R.C.R.;
- f) Maximum d'une demande par année.

Les conséquences :

- Possibilité de remplacer partiellement la rente par un paiement en un seul versement (imposable bien sûr);
- Possibilité de faire une demande par année;
- La somme permise est calculée par la formule $G - W = Y$

$$G = 40 \% \times 47\,200 \$ (MGA) = 18\,880 \$$$

W = Rente temporaire d'un RR régi ou établi par une loi plus revenu d'une rente dont le capital provient d'un RR régi ou établi par une loi plus revenu d'une rente dont le capital provient d'un FRV (note : Québec ou autre);

⁷ L.R.C. (1985), 5^e supp., ch. 1 et mod. (« L.I.R. »).

- Question : peut-on transférer cette somme dans un REÉR? Oui (art. 28 (3^o) R.R.C.R. et par. 147.3(1) et 147.3(4) L.I.R.);
- Pas besoin de la signature du conjoint.

5.3. FRV – ARTICLE 17 R.R.C.R.

Les conditions :

- a) Avoir acquis droit à une rente;
- b) Délais pour transférer (art. 98 L.R.C.R.), à savoir :
 - pour les clauses de type cotisation déterminée (« CD ») : avant que la rente ne soit servie,
 - pour les clauses de type prestations déterminées (« PD ») : avant que la rente ne soit servie **et** l'âge du participant doit être inférieur à l'âge de la retraite d'au moins 10 ans (65 ans dans la plupart des régimes, donc $65 - 10 = 55$ ans);
- c) Seulement si la rente à remplacer peut, aux termes de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, du régime ou du *Règlement sur les régimes complémentaires de retraite*, faire l'objet d'un transfert partiel ou total dans un autre régime de retraite;
- d) Constituer un contrat FRV avec un émetteur dûment habilité ayant un contrat qui respecte le contrat type approuvé auprès de la Régie des rentes du Québec (« Régie »);
- e) Le contrat FRV doit respecter les critères pour être un FERR au sens fiscal;
- f) Le contrat doit comporter une série de mentions obligatoires (art. 19 R.R.C.R.).

Les conséquences :

- La valeur totale de la rente est transférée dans un FRV;
- En franchise d'impôt selon les paragraphes 147.3(1) et 147.3(4) L.I.R.;

- Pas besoin de la signature du conjoint.

5.4. CRI – ARTICLE 29 R.R.C.R.

Les conditions :

- a) Avoir acquis droit à une rente;
- b) Délais pour transférer (art. 98 L.R.C.R.), à savoir :
 - pour les clauses de type CD : avant que la rente ne soit servie,
 - pour les clauses de type PD : avant que la rente ne soit servie **et** l'âge du participant doit être inférieur à l'âge de la retraite d'au moins 10 ans (65 ans dans la plupart des régimes, donc $65 - 10 = 55$ ans);
- c) Seulement si la rente à remplacer peut, aux termes de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, du régime ou du *Règlement sur les régimes complémentaires de retraite*, faire l'objet d'un transfert partiel ou total dans un autre régime de retraite;
- d) Constituer un contrat CRI avec un émetteur dûment habilité ayant un contrat qui respecte le contrat type approuvé auprès de la Régie;
- e) Le contrat CRI doit respecter les critères pour être un REÉR au sens fiscal;
- f) Le contrat doit comporter une série de mentions obligatoires.

Les conséquences :

- La valeur totale de la rente est transférée dans un CRI;
- En franchise d'impôt selon les paragraphes 147.3 (1) et 147.3(4) L.I.R.;
- Pas besoin de la signature du conjoint.

5.5. RENTE VIAGÈRE – ARTICLE 30 R.R.C.R.

Les conditions :

- a) Avoir acquis droit à une rente;

- b) Délais pour transférer (art. 98 L.R.C.R.), à savoir :
- pour les clauses de type CD : avant que la rente ne soit servie,
 - pour les clauses de type PD : avant que la rente ne soit servie **et** l'âge du participant doit être inférieur à l'âge de la retraite d'au moins 10 ans (65 ans dans la plupart des régimes, donc $65 - 10 = 55$ ans);
- c) Seulement si la rente à remplacer peut, aux termes de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, du régime ou du *Règlement sur les régimes complémentaires de retraite*, faire l'objet d'un transfert partiel ou total dans un autre régime de retraite.

Les conséquences :

- La valeur totale de la rente est transférée dans une rente viagère ou réversible à 60 % au conjoint;
- Pas besoin de la signature du conjoint (mais la rente doit être réversible au conjoint si la signature de celui-ci n'y figure pas).

6. LES OPTIONS DE TRANSFERT DES SOMMES ENTRE LES DIFFÉRENTS INSTRUMENTS

Les transferts :

- de CRI à CRI
- de CRI à FRV
- de CRI à rente
- de FRV à CRI
- de FRV à FRV
- de FRV à rente
- de rente à rente
- de rente à CRI

- de rente à FRV

sont permis par :

- l'article 19 (0.1^o) R.R.C.R.
- l'article 19 (7^o) R.R.C.R.
- l'article 29 (1^o) R.R.C.R.
- l'article 29 (2^o) et 29(8^o) R.R.C.R.
- l'article 30 (1^o) R.R.C.R.
- l'article 31 (1^o) R.R.C.R.

7. LES TRANSFERTS EN FRANCHISE D'IMPÔT

La législation fiscale appuie les différents transferts de sommes provenant d'un RPA en permettant ces transferts en franchise d'impôt. L'article 147.3 L.I.R. prévoit une collection de transferts admissibles, soit :

- Paragraphe 147.3(1) L.I.R. – Transfert entre cotisations déterminées, ou à un REÉR ou un FERR;
- Paragraphe 147.3(2) L.I.R. – Transfert de cotisations déterminées à prestations déterminées;
- Paragraphe 147.3(3) L.I.R. – Transfert entre prestations déterminées;
- Paragraphe 147.3(4) L.I.R. – Transfert de prestations déterminées à cotisations déterminées, ou à un REÉR ou un FERR;
- Paragraphe 147.3(4.1) L.I.R. – Transfert de surplus – prestations déterminées à cotisations déterminées;
- Paragraphe 147.3(5) L.I.R. – Transfert à un RPA, à un REÉR ou à un FERR pour l'époux ou le conjoint de fait après l'échec du mariage ou de l'union de fait;
- Paragraphe 147.3(6) L.I.R. – Transfert : remboursement de cotisations antérieures à 1991;

- Paragraphe 147.3(7) L.I.R. – Transfert : prestations forfaitaires au décès;
- Paragraphe 147.3(7.1) L.I.R. – Transfert : remplacement d'un régime à cotisation déterminée;
- Paragraphe 147.3(8) L.I.R. – Transfert : remplacement d'un régime à prestations déterminées; etc.

Et bien sûr les lois fiscales permettent les transferts entre REÉR et FERR en franchise d'impôt.

8. LA DISTINCTION ENTRE RETRAIT ET RETRAIT IMPOSABLE

À plusieurs endroits dans le présent texte, on parle de retraits possibles de sommes du régime de retraite, de CRI, FRV, rente, etc. Il est important de noter que la possibilité de retrait existe soit en vertu de la législation sur les régimes de retraite, soit en vertu d'une clause contractuelle (d'un CRI, d'un FRV, etc.) obligatoire selon la législation sur les régimes de retraite, mais pas selon la fiscalité.

Cela signifie, par exemple, que lorsqu'une clause d'un FRV permet de retirer 100 % des sommes détenues dans ledit contrat FRV, le retrait peut être fait soit en encaissant la somme en argent comptant (retrait imposable), soit en transférant la somme directement dans un autre FERR (transfert en franchise d'impôt) qui, lui, n'est pas un FRV, ce qui a pour effet de mettre fin à toutes les caractéristiques du genre « régimes de retraite », entre autres :

- l'immobilisation des sommes;
- le bénéfice de l'insaisissabilité accordée aux CRI et FRV (ceux de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*). Mais la protection des REÉR et des FERR en cas de faillite (selon l'alinéa 67(1)b.3) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*⁸) demeure;
- la priorité de paiement au conjoint en cas de décès; etc.

Par contre, le retrait minimum du FRV demeure puisqu'en fait ce retrait minimum n'existe pas en raison des clauses contractuelles du FRV mais plutôt en fonction des obligations fiscales du FERR.

⁸ L.R.C. (1985), ch. B-3 et mod.

9. LES POSSIBILITÉS DE RETRAIT

Les sections suivantes contiennent la majorité des possibilités de retrait. Notons que nous n'avons pas traité des possibilités de retrait en vertu du partage du patrimoine familial ou d'une entente de séparation.

L'article 31.1 R.R.C.R. ainsi que les articles 24 et 25 L.N.P.P. s'appliquent principalement à ces types de transferts.

10. LES POSSIBILITÉS DE RETRAIT D'UN CRI

Voici les possibilités de retrait de sommes détenues dans un CRI :

- Article 29 (7.1°) R.R.C.R. – Jugement de saisie pour dette alimentaire :
 - en un versement unique.
- Article 29 (9.1°) R.R.C.R. – Retrait unique à 65 ans :
 - si le total des éléments mentionnés à l'annexe 0.2 n'excède pas $40 \% \times \text{MGA}$;
 - les éléments mentionnés sont : RRCD (*Loi sur les régimes complémentaires de retraite* seulement), les clauses semblables à un RRCD dans un RRPD (*Loi sur les régimes complémentaires de retraite* seulement), FRV (du *Règlement sur les régimes complémentaires de retraite*), CRI (du *Règlement sur les régimes complémentaires de retraite*) et REÉRI (attention : **pas les régimes fédéraux**. Seulement les anciens REÉRI provinciaux d'avant le 30 août 1990);
 - remplir l'annexe 0.2;
 - sans permission du conjoint.

- Article 29 (8.1°) R.R.C.R. – Retrait unique si non-résident depuis deux ans :
 - non-résident du Canada au sens de l'article 77 du *Code civil du Québec*⁹;
 - il suffit d'avoir quitté le Canada;
 - l'intention d'y revenir ou non n'a pas d'importance;
 - avoir conservé ou non des biens au Canada n'a pas d'importance;
 - l'émetteur devra demander des preuves de non-résidence, telle une déclaration;
 - retrait de 100 % de la valeur;
 - le fait que les placements ne soient pas échus peut limiter la possibilité de retrait;
 - ce droit n'empêche pas l'institution de réclamer des frais;
 - sans permission du conjoint.
- Article 29 (2° et 8°) R.R.C.R. – Transferts vers les régimes de retraite ou vers un autre instrument :
 - transfert vers un CRI, un FRV, une rente, un RCR;
 - pourrait aussi être transféré dans un RR fédéral ou un RR d'une autre province;
 - sans permission du conjoint.
- Article 29 (9°) R.R.C.R. – Retrait unique ou multiple si l'espérance de vie est réduite par une invalidité :
 - l'espérance de vie doit être réduite (on ne précise pas de combien);

⁹ L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »).

- à cause de l'invalidité (la loi ne définit pas l'invalidité);
- certificat médical;
- le terme des placements ne peut empêcher le retrait;
- sans permission du conjoint.

Il faut noter qu'au provincial, on utilise l'expression « rente temporaire » lorsque les versements temporaires viennent du régime. On utilise l'expression « revenu temporaire » lorsque les versements temporaires viennent d'un instrument de transfert (CRI, FRV, etc.).

11. LES POSSIBILITÉS DE RETRAIT D'UN FRV

Voici les possibilités de retrait de sommes détenues dans un FRV :

- Article 19 (2°) R.R.C.R. – Retrait :
 - article 20.1 R.R.C.R. – Plafond;
 - article 20.2 R.R.C.R. – Plancher;
 - sans permission du conjoint.
- Article 19 (6.0.1°) R.R.C.R. – Jugement de saisie pour dette alimentaire :
 - en un versement unique.
- Article 19 (6.1°) R.R.C.R. – Retrait unique à 65 ans ($40 \% \times \text{MGA}$) :
 - si le total des éléments mentionnés à l'annexe 0.2 n'excède pas $40 \% \times \text{MGA}$;
 - les éléments mentionnés sont : RR à cotisations déterminées RRCD (*Loi sur les régimes complémentaires de retraite* seulement), les clauses semblables à un RRCD dans un RRPD (*Loi sur les régimes complémentaires de retraite* seulement), FRV (du *Règlement sur les régimes complémentaires de retraite*), CRI (du *Règlement sur les régimes complémentaires de retraite*) et REÉRI (attention : **pas les régimes fédéraux**. Seulement les anciens REÉRI provinciaux d'avant le 30 août 1990);

- remplir l'annexe 0.2;
- sans permission du conjoint.
- Article 19 (7.1°) R.R.C.R. – Retrait unique si non-résident depuis deux ans :
 - non-résident du Canada au sens de l'article 77 C.c.Q.;
 - il suffit d'avoir quitté le Canada;
 - l'intention d'y revenir ou non n'a pas d'importance;
 - avoir conservé ou non des biens au Canada n'a pas d'importance;
 - l'émetteur devra demander des preuves de non-résidence, telle une déclaration;
 - retrait de 100 % de la valeur;
 - le fait que les placements ne soient pas échus peut limiter la possibilité de retrait;
 - ce droit n'empêche pas l'institution de réclamer des frais;
 - sans permission du conjoint.
- Article 19 (7°) R.R.C.R. – Transferts vers les régimes de retraite ou vers un autre instrument :
 - transfert vers un CRI, un FRV, une rente, un RCR;
 - aussi possibilité éventuelle d'être transféré dans un RR fédéral ou un RR d'une autre province;
 - sans permission du conjoint.

- Article 19.1 R.R.C.R. – Revenu temporaire 55 à 65 ans :
 - remplir l'annexe 0.4;
 - on doit soustraire les rentes temporaires provenant d'un RR du Québec, d'une autre province et du fédéral;
 - on doit soustraire les revenus temporaires provenant des rentes achetées par ces sommes ainsi que ceux provenant des FRV;
 - le montant est complexe à calculer, mais en aucun cas il ne dépassera 40 % du MGA;
 - il faut faire une demande par année;
 - on n'a pas à soustraire les revenus d'autres sources;
 - optionnel (cette possibilité peut être ou ne pas être incluse dans l'instrument);
 - sans permission du conjoint.
- Article 19.2 R.R.C.R. – Revenu temporaire – de 55 ans :
 - admissible si le revenu de l'année du paiement n'excède pas 40 % du MGA;
 - dans ce cas, on pourra retirer la différence entre 40 % du MGA et 75 % des revenus des 12 prochains mois;
 - optionnel (cette possibilité peut être ou ne pas être incluse dans l'instrument);
 - âgé de moins de 55 ans;
 - remplir l'annexe 0.5;
 - on soustrait les autres revenus temporaires;
 - sans permission du conjoint.

12. LES POSSIBILITÉS DE RETRAIT D'UN REÉRI ET D'UN RÉGIME D'ÉPARGNE IMMOBILISÉ RESTREINT FÉDÉRAL

Voici les possibilités de retrait de sommes détenues dans un REÉRI de juridiction fédérale :

- Alinéa 20(1)a) R.N.P.P. – Transferts vers des régimes de retraite ou vers un autre instrument :
 - du vivant;
 - transfert vers un REÉRI, un RR, un prêt viager (« PV »), un FRV, un FRV restreint (« FRVR »).
- Alinéa 20(1)b) R.N.P.P. – Transferts vers des régimes de retraite ou vers un autre instrument :
 - au décès au survivant;
 - transfert vers un REÉRI, un RR, PV, un FRV, un FRVR.
- Alinéa 20(1)d) R.N.P.P. – Retrait pour difficultés financières et traitement ou adaptation :
 - le retrait maximum combiné pour toutes ces raisons est de 50 % du maximum des gains annuels ouvrant droit à pension (« MGAP »);
 - difficulté financière : $50 \% \times \text{MGAP} - 2/3$ du revenu prévu pour l'année;
 - dépense de traitement ou technologie d'adaptation supérieure à $20 \% \times \text{revenu}$;
 - revenu de la ligne 236 de la Déclaration T1;
 - formules 1 et 2 de l'annexe V;
 - le client doit engager des dépenses médicales;
 - il n'est pas spécifié pour qui il doit les engager (pour lui, son conjoint, un dépendant ou autre?);

- le médecin doit certifier que le traitement ou la technologie d'adaptation est nécessaire;
- permission du conjoint.
- Paragraphe 20(4) R.N.P.P. – Réduction de l'espérance de vie :
 - somme globale si l'espérance de vie du détenteur est susceptible d'être considérablement abrégée en raison d'une invalidité mentale ou physique;
 - aucune définition d'invalidité;
 - retrait de 100 % de la valeur;
 - sans permission du conjoint;
 - optionnelle (cette possibilité peut être ou ne pas être incluse dans l'instrument).
- Article 28.4 R.N.P.P. – Déblocage pour non-résident deux ans :
 - retrait de 100 % de la valeur;
 - sans permission du conjoint.

Voici les possibilités de retrait de sommes détenues dans un régime d'épargne immobilisé restreint (« RÉIR ») de compétence fédérale :

- Alinéa 20.2(1)a) R.N.P.P. – Transferts vers des régimes de retraite ou vers un autre instrument :
 - du vivant;
 - transfert vers un RÉIR, un RR, PV, un FRVR.
- Alinéa 20.2(1)b) R.N.P.P. – Transferts vers des régimes de retraite ou vers un autre instrument :
 - au décès au survivant;

- transfert vers un RÉIR, un REÉRI, un RR, PV, un FRV, un FRVR.
- Alinéa 20.2(1)d) R.N.P.P. – Décaissement unique :
 - 55 ans ou plus;
 - si la valeur ne dépasse pas 50 % du MGAP;
 - formules 2 et 3 de l'annexe V;
 - permission du conjoint.
- Alinéa 20.2(1)e) R.N.P.P. – Retrait pour difficultés financières et traitement ou adaptation :
 - le retrait maximum combiné pour toutes ces raisons est de 50 % du MGAP;
 - difficulté financière : $50 \% \times \text{MGAP} - 2/3$ du revenu prévu pour l'année;
 - dépense de traitement ou technologie d'adaptation supérieure à $20 \% \times \text{revenu}$;
 - revenu de la ligne 236 de la Déclaration T1;
 - formules 1 et 2 de l'annexe V;
 - le client doit engager des dépenses médicales;
 - il n'est pas spécifié pour qui il doit les engager (pour lui, son conjoint, un dépendant ou autre?);
 - le médecin doit certifier que le traitement ou la technologie d'adaptation est nécessaire;
 - permission du conjoint.

- Paragraphe 20.2(4) R.N.P.P. – Réduction de l'espérance de vie :
 - somme globale si l'espérance de vie du détenteur est susceptible d'être considérablement abrégée en raison d'une invalidité mentale ou physique;
 - aucune définition d'invalidité;
 - sans permission du conjoint;
 - optionnelle (cette possibilité peut être ou ne pas être incluse dans l'instrument).
- Alinéa 28.4 R.N.P.P. – Déblocage pour non-résident deux ans :
 - sans permission du conjoint.

13. LES POSSIBILITÉS DE RETRAIT D'UN FRV ET D'UN FRVR FÉDÉRAL

Voici les possibilités de retrait de sommes détenues dans un FRV fédéral :

- Alinéa 20.1(1)b) R.N.P.P. – Retraits :
 - alinéa 20.1(1)d) R.N.P.P. – Plafond;
 - alinéa 20.1(1)c) R.N.P.P. – Plancher.
- Alinéa 20.1(1)g) R.N.P.P. – Transferts vers des régimes de retraite ou vers un autre instrument :
 - du vivant;
 - transfert vers un REÉRI, PV, un FRV, un FRVR.
- Alinéa 20.1(1)i) R.N.P.P. – Transferts vers des régimes de retraite ou vers un autre instrument :
 - au décès au survivant;
 - transfert vers un REÉRI, PV, un FRV, un FRVR.

- Alinéa 20.1(1)l) R.N.P.P. – Décaissement unique :
 - 55 ans ou plus;
 - si la valeur ne dépasse pas 50 % du MGAP;
 - formules 2 et 3 de l'annexe V;
 - permission du conjoint.
- Alinéa 20.1(1)m) R.N.P.P. – Retrait pour difficultés financières et traitement ou adaptation :
 - le retrait maximum combiné pour toutes ces raisons est de 50 % du MGAP;
 - difficulté financière : $50 \% \times \text{MGAP} - 2/3$ du revenu prévu pour l'année;
 - dépense de traitement ou technologie d'adaptation supérieure à $20 \% \times \text{revenu}$;
 - revenu de la ligne 236 de la Déclaration T1;
 - formules 1 et 2 de l'annexe V;
 - le client doit engager des dépenses médicales;
 - il n'est pas spécifié pour qui il doit les engager (pour lui, son conjoint, un dépendant ou autre?);
 - le médecin doit certifier que le traitement ou la technologie d'adaptation est nécessaire;
 - permission du conjoint.
- Paragraphe 20.1(3) R.N.P.P. – Réduction de l'espérance de vie :
 - somme globale si l'espérance de vie du détenteur est susceptible d'être considérablement abrégée en raison d'une invalidité mentale ou physique;

- sans permission du conjoint;
 - aucune définition d'invalidité;
 - optionnelle (cette possibilité peut être ou ne pas être incluse dans l'instrument).
- Article 28.4 R.N.P.P. – Déblocage pour non-résident deux ans :
 - sans permission du conjoint.

Voici les possibilités de retrait de sommes détenues dans un FRVR fédéral :

- Alinéa 20.3(1)b) R.N.P.P. – Retraits :
 - alinéa 20.3(1)d) R.N.P.P. – Plafond;
 - alinéa 20.3(1)c) R.N.P.P. – Plancher.
- Alinéa 20.3(1)h) R.N.P.P. – Transferts vers des régimes de retraite ou vers un autre instrument :
 - du vivant;
 - transfert vers un RÉIR, PV, un FRVR.
- Alinéa 20.3(1)i) R.N.P.P. – Transferts vers des régimes de retraite ou vers un autre instrument :
 - au décès au survivant;
 - transfert vers un REÉRI, un RÉIR, PV, un FRV, un FRVR.
- Alinéa 20.3(1)l) R.N.P.P. – Décaissement unique :
 - 55 ans ou plus;
 - si la valeur ne dépasse pas 50 % du MGAP;
 - formules 2 et 3 de l'annexe V;

- permission du conjoint.
- Alinéa 20.3(1)m) R.N.P.P. – Retrait pour difficultés financières et traitement ou adaptation :
 - le retrait maximum combiné pour toutes ces raisons est de 50 % du MGAP;
 - difficulté financière : $50 \% \times \text{MGAP} - 2/3$ du revenu prévu pour l'année;
 - dépense de traitement ou technologie d'adaptation supérieure à $20 \% \times \text{revenu}$;
 - revenu de la ligne 236 de la Déclaration T1;
 - formules 1 et 2 de l'annexe V;
 - le client doit engager des dépenses médicales;
 - il n'est pas spécifié pour qui il doit les engager (pour lui, son conjoint, un dépendant ou autre?);
 - le médecin doit certifier que le traitement ou la technologie d'adaptation est nécessaire;
 - permission du conjoint.
- Paragraphe 20.3(3) R.N.P.P. – Réduction de l'espérance de vie :
 - somme globale si l'espérance de vie du détenteur est susceptible d'être considérablement abrégée en raison d'une invalidité mentale ou physique;
 - aucune définition d'invalidité;
 - sans permission du conjoint;
 - optionnelle (cette possibilité peut être ou ne pas être incluse dans l'instrument).

- Alinéa 20.3(1)n) R.N.P.P. – Transfert de 50 % du fonds dans les 60 jours :
 - dans un REÉR ou un FERR;
 - dans les 60 jours de l'établissement du FRVR (du dépôt des fonds);
 - 55 ans ou plus;
 - le FRVR doit être créé par transfert venant d'un RR, d'un REÉRI ou d'un FRV, pas d'un RÉIR;
 - possibilité de retirer un maximum de 50 %;
 - si le retrait est inférieur à 50 %, il ne pourra pas retirer la différence plus tard;
 - cette option s'applique par compte FRVR;
 - formule 2 de l'annexe V;
 - permission du conjoint.
- Article 28.4 R.N.P.P. – Déblocage pour non-résident deux ans :
 - sans permission du conjoint.

14. L'OPTION DE RETRAIT DE 50 % SELON LE RÈGLEMENT DE 1985 SUR LES NORMES DE PRESTATION DE PENSION FÉDÉRAL

Il faut noter qu'au fédéral le décès de l'ex-participant au régime qui détient un REÉRI, un RÉIR, un FRV ou un FRVR ne met pas fin à l'immobilisation si les droits sont transférés au conjoint survivant. En effet, les sommes détenues dans un de ces instruments de transfert devront être transférées dans un autre instrument de transfert détenu par le conjoint survivant et seront, de ce fait, encore immobilisées.

Une certaine planification peut être utilisée. Le titulaire d'origine de l'instrument de transfert a déjà profité ou non de son droit au retrait de 50 % avec la permission de son conjoint. Nous savons que ce droit est limité à une seule fois. Fait à noter, lorsque le conjoint survivant acquiert un FRVR par suite du décès de l'ex-participant au régime, il a lui aussi le droit de retirer

50 % du solde du régime, **que le défunt ait ou non exercé ce droit**. Le conjoint survivant devra cependant lui aussi demander la permission de son nouveau conjoint. Mais rappelons-nous qu'il est maintenant veuf. Devra-t-il donc effectuer ce retrait avant qu'un nouveau conjoint de fait (un an de cohabitation) ou conjoint marié se qualifie? Lors du décès futur du conjoint survivant, il n'y aura pas de priorité de paiement au décès au nouveau conjoint, dans ce cas, puisque le conjoint survivant n'est pas un ex-participant au régime. Il n'est donc pas logique d'exiger la signature du nouveau conjoint pour permettre le second retrait de 50 %. Cependant, la loi exige quand même la signature du conjoint. Le conjoint survivant devrait donc penser à faire son retrait (s'il le désire) avant qu'un nouveau conjoint se qualifie. Il devra faire ce retrait dans les 60 jours de l'établissement d'un FRVR, et non de l'acquisition des sommes à la suite du décès de son ex-conjoint participant au régime¹⁰.

¹⁰ Pour plus d'informations concernant les possibilités de retrait au fédéral (en ligne : http://www.osfi-bsif.gc.ca/osfi/index_f.aspx?ArticleID=2660#4) ou au provincial (en ligne : http://www.rrq.gouv.qc.ca/fr/retraite/cri_frv/Pages/cri_frv.aspx).

LA FISCALITÉ DES PRODUITS DE PLACEMENTS

**Robert Laniel**

Notaire, Pl. Fin.,
DESS comm., conseiller principal
Service de fiscalité et retraite
Investissements Manuvie

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	49:5
1. TYPES DE REVENUS DE PLACEMENT	49:5
1.1. REVENUS D'INTÉRÊTS (AL. 12(1)C) L.I.R.)	49:6
1.2. DIVIDENDE REÇU (AL. 12(1)J), PAR. 82(1) L.I.R.)	49:7
1.3. GAIN (PERTE) EN CAPITAL	49:9
1.3.1. Choix au 22 février 1994	49:9
2. IMPOSITION DES PRINCIPAUX TYPES DE PRODUITS FINANCIERS	49:10
2.1. TITRES À REVENU FIXE	49:10
2.1.1. Obligations à coupons détachés (par. 12(9) L.I.R., al. 7000(1)b) R.I.R.)	49:12

2.1.2.	Revenu et capital réunis (par. 16(1) L.I.R.).....	49:13
2.1.3.	Achat à escompte ou à prime d'obligations.....	49:13
2.2.	ACTIONS ET INSTRUMENTS CONNEXES.....	49:14
2.2.1.	Actions ordinaires et privilégiées	49:14
2.2.2.	Unités de participation indiciaries	49:15
2.3.	PRODUITS DE PLACEMENT HYBRIDES.....	49:15
2.3.1.	Fiducies de fonds communs de placement	49:16
2.3.2.	Fonds corporatifs.....	49:17
2.3.3.	Fonds de titres à revenu fixe et fonds de placement immobilier	49:20
2.3.4.	Fonds distincts.....	49:21
2.3.5.	Différences entre les fonds communs de placement et les fonds distincts	49:22
2.3.6.	Titres convertibles	49:24
2.4.	PRODUITS DÉRIVÉS	49:25
2.4.1.	Définition	49:25
2.4.2.	Options (art. 49 L.I.R.).....	49:25
2.4.3.	Billets liés au rendement d'un indice	49:27
2.4.4.	Entente de crédit croisée.....	49:29
3.	RENTES.....	49:30
3.1.	RENTE À TERME.....	49:30
3.2.	RENTE VIAGÈRE.....	49:31
3.2.1.	Rente prescrite.....	49:31
3.2.2.	Rente non prescrite.....	49:33
4.	RÉGIMES D'ÉPARGNE À IMPOSITION DIFFÉRÉE	49:34
4.1.	RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-INVALIDITÉ	49:35
4.2.	REÉR	49:36
4.3.	COMPTE D'ÉPARGNE LIBRE D'IMPÔT.....	49:36
4.3.1.	CÉLI ou REÉR.....	49:37
4.3.2.	Cotisations	49:37
4.3.3.	Décès du cotisant.....	49:39
4.3.4.	Désignation d'un bénéficiaire.....	49:39
4.3.5.	Protection contre les créanciers et faillite.....	49:40
4.3.6.	Divorce.....	49:40
4.3.7.	Non-résident.....	49:40
5.	FRAIS FINANCIERS.....	49:40
5.1.	INTÉRÊTS (AL. 20(1)C) L.I.R.)	49:41
5.1.1.	Règle	49:41
5.1.2.	Conditions générales	49:42
5.1.3.	Application spécifique.....	49:42

5.1.4.	Divers	49:46
5.2.	DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS À LA SUITE DE LA PERTE D'UNE SOURCE DE REVENU	49:47
5.2.1.	Revenu de biens (par. 20.1(1) L.I.R.)	49:47
5.3.	RESTRICTION RELATIVEMENT À LA DÉDUCTION DE CERTAINS FRAIS D'INTÉRÊTS (PAR. 18(11) L.I.R.)	49:47
5.4.	APPROCHE QUÉBÉCOISE À LA DÉDUCTIBILITÉ DES FRAIS DE PLACEMENT	49:48
6.	FRACTIONNEMENT DU REVENU DE RETRAITE	49:49
	CONCLUSION	49:50

INTRODUCTION

Les décisions d'investissement comportent plusieurs aspects. Sécurité, liquidité, revenu disponible, fiscalité et rendement sont tous des éléments qui, pris en compte, influenceront les décisions de l'investisseur.

Étant donné que nous traiterons plus en profondeur de la **fiscalité** des produits d'investissement dans notre analyse, le traitement fiscal d'un placement donné fera souvent la différence dans le choix de l'investisseur.

Dans la mesure du possible, les articles qui correspondent au sujet traité sont mentionnés avec référence aux bulletins d'interprétation publiés sur le sujet.

1. TYPES DE REVENUS DE PLACEMENT

Les trois formes les plus connues de revenus de placement sont les intérêts, les dividendes (admissibles et non admissibles), et les gains en capital qui, techniquement, ne sont pas des revenus, mais qui le deviennent dans l'esprit de l'investisseur.

Le mot « intérêt », bien que non défini dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹, est décrit en termes généraux par les tribunaux comme étant « le rendement, la contrepartie ou l'indemnité valant pour l'utilisation ou la détention, par une personne, d'une somme d'argent qui appartient, au sens familial, à une autre personne ou qui est due »².

En ce qui a trait au dividende, la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne définit pas précisément ce terme, il faut ainsi se reporter au sens usuel et aux lois relatives aux sociétés. Toute distribution proportionnelle des profits ou des gains en capital d'une société à ses actionnaires peut être considérée comme un versement de dividendes, à moins que la société ne puisse démontrer qu'il s'agit d'un autre genre de paiement³.

Par ailleurs dans notre contexte, le gain (ou la perte) en capital est défini aux articles 39 et 40 L.I.R. et représente le bénéfice (ou la perte) réalisé lors

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

² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-396R, « Revenu en intérêts », 29 mai 1984.

³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-67R3, « Dividendes imposables reçus de corporations résidant au Canada », 15 mai 1992.

de la disposition de biens en immobilisations que sont notamment les titres et les unités de fonds communs de placement ou de fonds distincts, à moins que ces biens n'aient été détenus à des fins commerciales ou d'entreprises⁴.

Voici un tableau des taux marginaux applicables aux différents types de revenus et gains en capital. Les taux représentés sont combinés (fédéral et Québec). Ainsi, pour un résident du Québec, un revenu de placement de 10 000 \$ serait imposé au taux marginal de la manière suivante :

Type	Montant	Taux d'imposition	Net
Intérêts	10 000 \$	48,22 %	5 178 \$
Dividendes admissibles	10 000 \$	30,69 %	6 931 \$
Dividendes non admissibles	10 000 \$	36,35 %	6 365 \$
Gains en capital	10 000 \$	24,11 %	6 589 \$

1.1. REVENUS D'INTÉRÊTS (AL. 12(1)c) L.I.R.)

Les particuliers doivent rapporter leurs revenus d'intérêts selon l'année civile et sur une base annuelle.

Ils doivent inclure, au moins une fois l'an, le revenu d'intérêts accumulés sur les contrats de placement, les contrats de rente et les polices d'assurance vie. Ils doivent inclure dans leurs revenus de l'année les intérêts courus à la « date anniversaire » du placement, si ces intérêts n'ont pas encore été inclus dans le revenu du contribuable.

Un « contrat de placement » s'entend de toute créance, sauf celle dont le revenu de placement est inclus dans le revenu au moins annuellement (par. 12(11) L.I.R.), sauf les suivantes :

- les ententes d'échelonnement de traitement;
- les obligations et débentures à intérêt conditionnel;
- un compte de stabilisation du revenu net;

⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-479R, « Transactions de valeurs mobilières », 29 février 1984.

- les obligations pour la petite entreprise et le développement de la petite entreprise;
- les titres de créance indexés;
- les contrats prescrits (par. 7000(6) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*⁵ : régime enregistré d'épargne-retraite (« REÉR »)).

Lorsque le contribuable reçoit du gouvernement du Canada ou du gouvernement du Québec, sur une obligation d'épargne, une prime en argent comptant que ce gouvernement s'est engagé à lui payer à une date autre que celle de l'émission, il doit considérer 50 % des montants à titre d'intérêts et les inclure dans le calcul de son revenu pour l'année (art. 12.1 L.I.R.).

Enfin, lorsque des obligations sont achetées à prime ou à rabais par rapport au montant du principal payable à échéance, le montant de la prime payée constitue généralement une perte en capital tandis que celui du rabais représente un gain en capital pour le contribuable⁶.

1.2. DIVIDENDE REÇU (AL. 12(1)J), PAR. 82(1) L.I.R.)

Un contribuable doit inclure dans son revenu toute somme reçue (en argent canadien ou en toute autre devise) d'une société résidant au Canada et qui est un dividende imposable.

Depuis le Budget fédéral de 2006, et rétroactivement au 1^{er} janvier 2006, les dividendes de sources canadiennes se divisent en deux catégories : les dividendes admissibles et les dividendes non admissibles. Les dividendes déterminés correspondent à ceux qui sont versés par des sociétés publiques, de même que ceux provenant de revenus de sociétés privées qui auraient été imposés au taux général. Tels dividendes seront, dans la déclaration de revenus du particulier, majorés maintenant de 44 % (à l'origine 45 %), et le crédit d'impôt applicable aux dividendes de source canadienne s'appliquera à ce montant majoré, qui nous donne finalement le résultat cité dans le tableau ci-dessus. Les dividendes non admissibles sont ceux qui sont versés par des sociétés privées à même leur revenu d'investissement (autre que celui provenant de dividendes admissibles versés par des sociétés ouvertes)

⁵ C.R.C., 1978, ch. 945 et mod. (« R.I.R. »).

⁶ *Infra*, section 2.1.4.

ainsi que les revenus admissibles à la déduction pour petites entreprises. Ces derniers seront majorés de 25 %, comme auparavant.

Pour les dividendes **déterminés**, le crédit d'impôt fédéral pour dividendes est de 18,9655 % du montant imposable de dividendes déterminés inclus à la ligne 120 et pour les dividendes (**autres que des dividendes déterminés**) le crédit d'impôt fédéral pour dividendes est de 13,33 % du montant imposable de dividendes déclaré à la ligne 180.

Un contribuable a l'obligation d'inclure dans son revenu d'une année donnée les dividendes de sociétés étrangères. Le dividende reçu doit être ajouté à son revenu et est imposé comme tel. Il n'y a aucune majoration pour un particulier lorsque le dividende est reçu d'une société non résidente, ni aucun crédit d'impôt pour dividendes qui demeure réservé aux sociétés résidentes canadiennes.

Depuis 1971, les **dividendes en actions** sont imposés au même titre que les dividendes en espèces. Le prix de base rajusté (« PBR ») de ces actions correspond à un coût égal aux montants suivants : si le dividende en actions est un dividende, le montant de ce dividende; si le dividende en actions n'est pas un dividende, zéro; et, lorsque le montant est inclus, en vertu du paragraphe 15(1.1) L.I.R., dans le revenu de l'actionnaire au titre du dividende en actions, ce montant (par. 52(3) L.I.R.). Le terme « montant » signifie généralement le montant de l'augmentation du capital versé de la société découlant du paiement du dividende.

L'émission de ces actions pourrait avoir pour effet de faire varier le PBR (moyen) des actions détenues par un actionnaire donné. Il faudra bien comptabiliser le tout dans l'éventualité d'une cristallisation et de l'utilisation de l'exonération pour gains en capital à la disposition d'un titre (autre qu'une action admissible de petite entreprise (« AAPE ») et un bien agricole admissible).

Les **dividendes en capital** versés par une société privée à un actionnaire ne sont pas imposables. Ce type de dividendes résulte notamment de la distribution de la fraction non imposable de gains en capital réalisés par une telle société, ou encore de l'excédent des prestations d'assurance vie reçues sur le coût de base rajusté de la police.

Pour un contribuable dont le conjoint a reçu des dividendes dans une année, il peut être avantageux d'inclure tous les dividendes reçus par son conjoint dans sa propre déclaration et de demander le crédit pour dividendes y afférent. Cette planification doit être envisagée lorsque le revenu peu élevé

du conjoint ne lui permet pas de bénéficier entièrement du crédit pour dividendes⁷. Il faut se rappeler que le crédit pour dividendes est perdu s'il n'est pas utilisé dans l'année civile où il est reçu.

En 2003, le Québec a introduit un nouveau mécanisme de transfert entre conjoints de la partie inutilisée des crédits d'impôt non remboursables. Étant donné que le particulier dont le conjoint a reçu de tels dividendes pourra bénéficier de la partie inutilisée des crédits d'impôt accordés à ce dernier, la possibilité de faire le choix⁸ d'inclure les dividendes reçus par son conjoint dans sa propre déclaration est retirée.

1.3. GAIN (PERTE) EN CAPITAL

Il faut se référer aux articles 38 à 55 L.I.R. lorsqu'il s'agit de gain (ou de perte) en capital. Le gain en capital représente l'écart entre le produit de disposition d'un bien (« PD ») et son PBR. Lorsque cet écart est négatif, il y a perte en capital. Le PBR représente généralement le coût d'acquisition d'un bien ou son coût moyen si le bien fut acheté en plusieurs occasions, et inclut généralement des frais inhérents à la vente.

Le gain en capital imposable est déclaré dans l'année où il est réalisé. Il pourra être déduit à l'encontre des pertes en capital réalisées la même année ou de celles reportées des années antérieures.

Les pertes en capital devront être portées prioritairement à l'encontre de gains en capital de l'année en cours. Une fois ces gains utilisés, toute perte en capital résiduelle peut être utilisée à l'encontre de gains en capital réalisés au cours des trois années précédentes, ou elles peuvent être reportées indéfiniment dans l'avenir contre des gains en capital qui seront éventuellement réalisés.

Depuis le 18 octobre 2000, le gain en capital est imposable à 50 %.

1.3.1. Choix au 22 février 1994

À la suite de l'abolition de la déduction pour gains en capital le 22 février 1994, les gains réalisés après cette date ne donnent plus droit de

⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-295R4, « Dividendes imposables reçus après 1987 par un conjoint », 27 avril 1990.

⁸ *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (« L.I. »), art. 776.41.6 et suiv.

demander l'exonération pour les titres autres qu'une AAPE. Toutefois, des dispositions particulières ont été mises en place afin de permettre de se prévaloir de la déduction sur la plus-value accumulée sur certains biens en date du 22 février 1994 jusqu'à concurrence de 100 000 \$. Dans le cas de portefeuilles comportant notamment des titres acquis avant 1994, il serait bon de vérifier si le client a exercé un tel choix dans sa déclaration de revenus de 1994.

2. IMPOSITION DES PRINCIPAUX TYPES DE PRODUITS FINANCIERS

Avant d'aborder comme telles les règles fiscales relatives aux différentes formes d'investissement, voici un bref aperçu de certains produits financiers couramment rencontrés sur le marché.

2.1. TITRES À REVENU FIXE

Ces titres résultent d'une obligation légale, de la part de l'émetteur, de payer un intérêt pour la durée du titre et de remettre la totalité du capital emprunté à une date prédéterminée. Ils offrent des taux d'intérêt variés et un degré de risque différent.

La solvabilité de l'émetteur fera foi de la sécurité du rendement, de l'accomplissement des obligations généralement exigibles à une date prédéterminée et de la remise du capital à l'échéance. L'intérêt sur un titre à revenu fixe est versé tant que le placement est détenu, ce qui implique pour l'investisseur des rentrées de fonds connues à l'avance.

Voici des exemples de produits offerts dans cette catégorie :

- a) **Les obligations gouvernementales** : les titres gouvernementaux peuvent être émis au fédéral, au provincial ou au municipal (au Canada). Ces obligations sont garanties par les autorités de crédit et d'imposition du gouvernement émetteur. Le capital et l'intérêt sont garantis par le gouvernement émetteur.
- b) **Les obligations de sociétés** : les obligations de sociétés sont des titres d'emprunt. Elles sont émises par des sociétés, garanties par des actifs spécifiques de la société et garanties ou non (dans le cas des débentures) par un droit sur des actifs de la société. En général, les obligations de sociétés offrent aux investisseurs un rendement supérieur aux obligations gouvernementales. La solvabilité de la société émettrice est très importante. Les agences internationales de crédit donnent souvent une cote aux sociétés émettrices de telles obligations.

- c) **Les bons du Trésor** : les bons du Trésor sont des titres d'emprunt à court terme émis pour une période maximale d'un an par le gouvernement fédéral et certaines provinces au Canada. Les bons du Trésor ne portent pas réellement d'intérêt, mais ils sont vendus au-dessous du pair et remboursés au pair. La différence entre le prix d'émission et la valeur au pair représente l'intérêt gagné. Le rendement est en réalité la différence entre le prix auquel le bon est vendu et sa valeur à l'échéance.
- d) **Les acceptations bancaires** : émises par de grandes sociétés, les acceptations bancaires sont des billets à court terme garantis par les grandes banques canadiennes et remboursables à une date prédéterminée. Elles sont semblables aux bons du Trésor du fait qu'elles sont vendues au-dessous de leur valeur au pair et qu'elles sont remboursées au pair, mais elles offrent un rendement plus élevé.
- e) **Les certificats de placement garanti (CPG)** : les certificats de placement garanti sont en réalité des instruments de dépôt et non des obligations. Ils sont en général émis par une société financière, telle une société de fiducie ou une banque. La plupart de ces certificats sont couverts en vertu de la Société d'assurance dépôt du Canada (SADC) avec une limite de 100 000 \$. Les compagnies d'assurances offrent ce type de couverture par le biais d'Assuris. Le rendement du placement est déterminé à l'avance.
- f) **Les titres hypothécaires** : un titre hypothécaire ressemble à une obligation et est garanti par un bloc d'hypothèques résidentielles. Ces titres sont émis par des banques, des sociétés de fiducie et d'autres établissements semblables et ils sont vendus par les courtiers en valeurs mobilières. Les investisseurs achètent des parts de 5 000 \$ pour un terme de cinq ans (d'autres échéances pour des périodes inférieures sont disponibles) et reçoivent un paiement mensuel qui se compose de l'intérêt et d'une partie du capital. Au cours de la durée du placement, le remboursement des prêts faisant partie du bloc se reflète par un rajustement du capital sur le placement. Ce sont des titres de très bonne qualité parce qu'ils sont garantis par la Société canadienne d'hypothèques et de logement, un organisme fédéral, qui assure les hypothèques.

2.1.1. Obligations à coupons détachés (par. 12(9) L.I.R., al. 7000(1)b) R.I.R.)

Les « obligations à coupons détachés » correspondent à une participation, soit : i) dans le montant à payer au titre du capital; ii) dans le montant à payer au titre des intérêts à l'égard d'une ou de plusieurs « obligations sous-jacentes ». L'obligation sous-jacente désigne un titre d'emprunt émis ou garanti par le gouvernement du Canada, d'une province ou d'un territoire du Canada, d'un pays étranger ou d'une subdivision politique de celui-ci, qui rapporte des intérêts à un taux fixe et à intervalles réguliers.

Le porteur d'obligations à coupons détachés a droit au paiement futur d'un montant fixe sans intérêt entre-temps. Ce type d'obligation diffère de l'obligation classique dont les intérêts sont versés annuellement ou semestriellement.

Ce titre d'emprunt peut être très volatil selon les taux d'intérêt du marché, étant donné qu'aucun intérêt n'est payé à l'égard de cette obligation (ou des coupons), et le montant à recevoir à l'échéance est considéré comme de l'intérêt. Le prix d'achat d'une obligation à coupons détachés est établi en actualisant le montant du paiement à recevoir à la date du paiement au moyen du taux d'intérêt approprié.

Les acheteurs d'obligations à coupons détachés sont considérés comme ayant acheté une « créance prescrite ». Par conséquent, ils doivent inclure annuellement dans leurs revenus un montant théorique d'intérêt, bien qu'aucun intérêt n'ait été versé ou reçu. En général, si une obligation à coupons détachés est détenue jusqu'à échéance, le montant total d'intérêt théorique sera égal à la différence entre la valeur nominale de l'obligation à coupons détachés et le prix auquel elle a été achetée.

Lors de l'aliénation d'une obligation à coupons détachés avant l'échéance, les acheteurs doivent inclure dans leur revenu pour l'année de l'aliénation le montant de l'intérêt théorique couru à ce jour qui n'a pas été inclus antérieurement dans leur revenu (par. 12(9.1) L.I.R.). Si le montant reçu à l'aliénation excède le prix d'achat total et le montant de l'intérêt couru inclus dans son revenu, l'excédent doit être traité comme gain en capital. Si le montant reçu à l'aliénation est inférieur au total du coût et du revenu couru inclus dans le revenu, la différence doit être traitée comme perte en capital.

2.1.2. Revenu et capital réunis (par. 16(1) L.I.R.)

Un contribuable qui reçoit un paiement mixte, soit un paiement comprenant à la fois une portion intérêt et capital, doit inclure dans son revenu la partie intérêt comme s'il s'agissait d'un intérêt sur un titre de créance. Si une somme est à inclure au revenu de celui qui reçoit le montant, le payeur peut avoir droit de déduire un montant identique dans le calcul de son revenu⁹.

Cette disposition empêche un contribuable de transformer des intérêts en gain en capital. De plus, si le montant n'est payable que dans une année ultérieure, alors les règles des intérêts courus s'appliqueront (par. 12(4) L.I.R.).

2.1.3. Achat à escompte ou à prime d'obligations

La *Loi de l'impôt sur le revenu* contient peu de dispositions concernant le traitement fiscal des escomptes et des primes sur les titres de créance.

En règle générale, la détermination du traitement fiscal d'un escompte ou d'une prime doit d'abord établir si le paiement est à titre de capital ou à titre d'intérêt. Dans le cas où il est à titre de capital, il constituera soit un revenu d'entreprise, soit un gain en capital, selon la qualité de son détenteur qui peut être un simple investisseur ou en être détenteur dans le cadre d'une entreprise. Si le paiement est à titre d'intérêt, il devra être inclus ainsi dans le calcul du revenu du contribuable.

Plus précisément, malgré l'option retenue par le contribuable, la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit des situations spécifiques qui réputent l'escompte comme étant de l'intérêt à inclure dans le calcul du revenu du contribuable ayant acquis le titre de créance à escompte. Dans les situations décrites ci-après, la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit que toute société – société de personnes, fiducie d'investissement à participation unitaire, ou fiducie dont une société ou une société de personnes est un bénéficiaire – doit inclure dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition les intérêts courus en sa faveur sur une créance, et ce, jusqu'à la fin de l'année, ou les intérêts à recevoir ou reçus dans le calcul de son revenu pour une année antérieure (al. 12(1)c) et par. 12(3) L.I.R.).

⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-265R3, « Paiement de revenu et capital réunis », 7 octobre 1991.

Elle prévoit également qu'un particulier qui, au cours d'une année d'imposition, détient un intérêt dans un contrat de placement le jour anniversaire du contrat doit inclure dans le calcul de son **revenu** pour l'année les intérêts courus en sa faveur sur le contrat jusqu'à la fin de ce jour, dans la mesure où ils n'ont pas été inclus par ailleurs dans son revenu (par. 12(4) L.I.R.).

La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit également une situation où l'escompte se doit d'être inclus dans le calcul du revenu du contribuable. Ainsi, lorsque des titres de créance sont émis à rabais par des personnes exonérées d'impôt (art. 149 L.I.R.), des personnes ne résidant pas au Canada et n'y exploitant pas d'entreprises ou un gouvernement, une municipalité ou un organisme public canadien et que ces titres sont acquis par des personnes résidant au Canada qui ne sont pas exemptes d'impôt en vertu de l'article 149 L.I.R., il peut y avoir un avantage imposable pour les personnes qui ont ainsi acquis ces titres.

L'escompte sur une obligation émise sur le marché secondaire ne sera donc pas régi par cette exception législative. Il pourra en être également ainsi de l'escompte sur une obligation reconstituée ou obligation synthétique qui est réputée, selon les autorités fiscales, émise sur le marché primaire. Il y a donc lieu de vérifier si une obligation reconstituée est réputée émise par une entité décrite ci-dessus.

2.2. ACTIONS ET INSTRUMENTS CONNEXES

2.2.1. Actions ordinaires et privilégiées

Le capital des sociétés est composé notamment d'actions ordinaires et privilégiées. Les actions émises par des sociétés canadiennes donnent droit à un traitement fiscal favorable lorsque celles-ci versent un dividende.

Les actions privilégiées sont souvent utilisées à titre d'instrument à revenu fixe; leur valeur nominale ne variera que lorsque leur taux de dividende excédera celui du marché pour des sociétés semblables.

Les actions ordinaires, lorsqu'elles sont détenues sans interruption, demeurent un moyen de reporter l'impôt et de conserver la fraction non imposable du gain en capital. Cet attrait demeure encore plus valable avec les sociétés en croissance. En contrepartie, les sociétés qui ont atteint un seuil de maturité auront tendance à procéder au rachat de leurs actions sur une base périodique. Ces opérations auront pour effet d'accroître la valeur marchande du titre et de transformer en quelque sorte une distribution qui aurait été sous la forme de dividende en gain en capital éventuel.

2.2.2. Unités de participation indiciaires

Il s'agit de produits semblables à des fonds communs de placement puisqu'ils sont des paniers de titres détenus en fiducie. Cependant, au lieu d'être choisis par un gestionnaire de portefeuille, les titres sont les mêmes que ceux composant les principaux indices boursiers et sont acquis dans les mêmes proportions. Ils reflètent exactement la performance de l'indice et permettent de détenir un portefeuille diversifié à un coût faible, sans investir des sommes importantes. Ils peuvent également être utilisés à des fins de couverture.

Plusieurs de ces « paniers » ont un nom formé d'un acronyme du nom de l'indice dont ils découlent. Les principaux sont les TIPS (Toronto 35 ou 100), SPYDERS (S&P 500), DIAMONDS (Dow Jones Industrielles) et WEBS (17 indices internationaux; un WEB pour chacun des pays). Ces unités se négocient comme des actions et sont offertes sur les principales places boursières.

Les unités de participation indiciaires sont également admissibles pour investissement dans les REÉR, les fonds enregistrés de revenu de retraite (« FERR ») et les régimes enregistrés d'épargne-étude (« REÉÉ ») et selon les mêmes règles pour les unités associées à des marchés étrangers. Chacune de ces unités paie un dividende trimestriel (de la même valeur que les titres inclus dans l'indice qui ont versé un dividende). Les unités reliées au marché canadien sont admissibles au crédit d'impôt pour dividendes.

Au cours de l'année 2000, l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») a considéré la possibilité d'imposer, une fois l'an, l'accroissement de la valeur d'un placement dans des unités de participation indiciaires. La vive opposition à ce projet a incité le gouvernement à ne pas y donner suite.

De l'avis de ce dernier, la popularité de ces produits prive l'État de revenus que procurent les fonds de placement gérés activement et qui distribuent des gains en capital à leurs détenteurs. Bien entendu, ces changements visaient les placements effectués à l'extérieur des régimes enregistrés.

2.3. PRODUITS DE PLACEMENT HYBRIDES

Cette section regroupe les placements possédant des caractéristiques à la fois des titres à revenu fixe et des actions.

2.3.1. Fiducies de fonds communs de placement

Une fiducie de fonds communs de placement est une entité qui a pour mission de gérer des placements pour le compte de tiers. Son capital est constitué des montants versés par les investisseurs contre lesquels celle-ci émet des unités pour un prix correspondant à une quote-part de la valeur totale des placements détenus. Ceux-ci génèrent au sein de la fiducie des revenus d'intérêts, de dividendes et des gains en capital. Cette fiducie déduira ses frais d'exploitation d'abord du revenu d'intérêts, ensuite des dividendes et enfin des gains en capital. Les revenus et les gains en capital non absorbés par les frais d'exploitation doivent être rapportés sous forme de distribution aux détenteurs d'unités au prorata de leur détention. Cette distribution est constatée dans un Feuillet T3.

Les transactions du gestionnaire pourront lui faire réaliser autant des gains que des pertes en capital. Si plus de pertes en capital que de gains sont générées, aucun gain en capital ne sera rapporté dans le Feuillet T3. Toutefois, cette perte nette non rapportée sera applicable dans l'avenir lorsque des gains en capital seront réalisés, venant ainsi réduire le montant devant normalement apparaître au Feuillet T3.

Le client-investisseur sera également imposé sur les transactions qu'il effectuera de son propre chef. C'est ainsi que les retraits totaux ou partiels pourront générer un gain en capital. En effet, la vente d'unités de ces fonds constitue une disposition de biens en immobilisations qui générera un gain ou une perte en capital résultant de la différence entre le PD et le produit de base rajusté. À cet effet, il y a lieu de comprendre comment est calculé ce produit de base rajusté et quel sera l'impact des distributions.

2.3.1.1. Calcul du PBR pour des unités de fonds communs de placement¹⁰

Nous utiliserons un exemple pour illustrer l'impact des distributions sur le calcul du PBR.

Exemple :

- 1) Achat de 100 unités à un coût de 50 \$ l'unité pour un total de 5 000 \$.

¹⁰ Aux termes de l'alinéa 53(1)d.2) L.I.R.

- 2) Une distribution est faite le 31 décembre de l'an 1, distribution de 5 \$ par unité (soit 500 \$) réinvestie à l'achat de parts supplémentaires. Résultat après distribution : il y aura 111,1111 unités d'une valeur de 45 \$¹¹ chacune.
- 3) Calcul du PBR : investissement initial + distribution = 5 000 \$ + 500 \$ = 5 500 \$.
- 4) En effectuant le rachat en début de l'an 2, en admettant qu'au moment de la vente de toutes les unités la valeur marchande de l'unité est passée à 55 \$, l'écart entre le PD et le PBR = $[(55 \$ \times 111,1111) - (45 \$ \times 111,1111)]$ entraînera un gain en capital de 1 111,11 \$.

2.3.2. Fonds corporatifs

Généralement, ils sont formés en société. Contrairement au fonds structuré en fiducie, les sociétés de fonds communs de placement (« SFCP ») comportant plusieurs catégories sont régies par un conseil d'administration et sont généralement assujetties à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*¹² ou, le cas échéant, par une loi relative aux sociétés provinciale. Différentes catégories représentent des fonds détenus au sein d'une SFCP. Le rendement des différentes options de placement offertes est arrimé à une catégorie d'actions données. Le régime fiscal dont bénéficient les SFCP est avantageux et, pour cette raison, elles gagnent de plus en plus en popularité.

Les SFCP permettent d'échanger des actions d'une catégorie contre une autre, sans réaliser un gain en capital imposable au moment de l'échange¹³. Les investisseurs peuvent ainsi modifier ou rajuster la répartition de leurs investissements à l'intérieur d'une même SFCP sans déclencher une disposition imposable. Légalement, l'investisseur procède à un échange d'actions et utilise les dispositions de roulement propres à cette transaction. À la suite d'un tel transfert de catégorie, le produit de base rajusté du placement n'est pas modifié. Une disposition imposable sera réalisée par l'investisseur lorsque celui-ci disposera de ses actions de ladite société.

¹¹ Le montant de distribution par unité a pour effet de réduire la valeur de cette unité d'un montant équivalent. De nouvelles unités sont alors émises à un prix égal au prix avant distribution moins le montant de ladite distribution par unité.

¹² L.R.C. (1985), ch. C-44 et mod.

¹³ Par. 85.1(1) L.I.R.

Avec d'autres types de placements, il peut être compliqué de maintenir la composition désirée de l'actif d'un portefeuille. Les virements entre catégories d'actif et les opérations de rééquilibrage sont impossibles. Pour cette raison, de nombreux épargnants tardent plus qu'ils ne le devraient à rééquilibrer leur portefeuille, ou décident de ne pas le rééquilibrer du tout.

Par exemple, supposons un portefeuille de 100 000 \$. On désire maintenir une composition de 50 % d'actions canadiennes, 30 % d'actions étrangères et 20 % de titres à revenu fixe. Par suite d'une croissance de 20 %, la composition de l'actif du portefeuille s'établit à 65 %, 18 % et 17 % respectivement. Pour revenir à la composition de départ, on doit disposer en partie du fonds qui a accumulé des gains. Il n'y a pas d'autre option.

En d'autres mots, il faudrait transférer 18 000 \$ du fonds d'actions canadiennes et payer des impôts de 1 148 \$ au taux marginal. Au lieu de reporter le paiement de ces impôts à la fin de la période de placement, on doit les payer tout de suite. Ainsi, près de 1 % du rendement déagagé par le nouveau portefeuille se retrouve déjà dans les mains du fisc.

Tout comme les fiducies de fonds communs de placement, les SFCP distribuent généralement, à leur client investisseur, leur revenu imposable pour éviter d'être elles-mêmes imposées à un taux possiblement plus élevé.

Les revenus de source étrangère et les intérêts sont d'abord diminués des frais, des crédits pour impôt étranger et des pertes autres que les pertes en capital reportées d'années antérieures.

Ces frais comprennent notamment : les frais bancaires, les frais de garde et les honoraires de l'agent des transferts; les frais de vérification et les frais juridiques; les honoraires et assurances des administrateurs; les frais de courtage; le coût des instruments dérivés; les frais liés à l'établissement d'états financiers, de prospectus et d'autres rapports et dépôts; les frais réglementaires.

Le reste, le cas échéant, est alors imposé au sein de la société et les impôts sont de nouveau réduits de tout crédit pour impôt étranger applicable; en général, ceux-ci suffisent à ramener les revenus d'intérêts et étrangers à zéro ou à un montant négligeable et à réduire au minimum l'impôt de la société.

Une fois tous les impôts payés, la société peut décider de distribuer ces gains après impôts sous forme de dividendes ordinaires, mais il est rare qu'une SFCP choisisse cette option en raison de la double imposition. Le

plus souvent, cette option intéressera la société qui désire déclarer des dividendes. Lorsqu'une SFCP compte une grande proportion de titres à revenu fixe, elle a recours aux instruments dérivés ou aux contrats à terme pour convertir ses revenus d'intérêts en gains en capital.

En général, la société ne paiera pas d'impôt sur les dividendes provenant de sociétés canadiennes imposables parce que ces dividendes sont versés directement aux épargnants, qui bénéficient du traitement fiscal avantageux qui s'y rattache. Ces dividendes sont soumis aux règles de majoration et de crédit d'impôt habituelles.

Par exemple, le taux d'imposition individuel combiné applicable au revenu de dividendes au Québec est de 30,69 %. Cependant, si le revenu était payé au sein de la SFCP, son taux d'imposition serait de presque 50 % (48,67 % en Ontario où est domiciliée notre société).

Des gains en capital sont produits lorsque la SFCP vend une partie de son actif sous-jacent. Le montant des dividendes sur gains en capital à payer par un fonds dépendra de l'ampleur des rachats effectués sur l'ensemble des fonds, ainsi que des gains et pertes accumulés de la société entière. Autrement dit, les gains en capital réalisés au sein de la société sont généralement pris en compte pour l'ensemble des fonds (mis en commun, si l'on préfère) et réduits des pertes de l'ensemble des fonds. Les gains en capital peuvent également être réduits par le mécanisme du remboursement au titre des gains en capital. Le rachat au titre des gains en capital tient compte des gains en capital payés par les épargnants qui quittent la société. Tout gain en capital restant est versé aux épargnants restants sous forme de dividendes sur gains en capital, en vertu du paragraphe 131(1) L.I.R. Ce choix est proposé au Formulaire T2055. Pour l'épargnant, ces dividendes sont traités comme des gains en capital et imposés selon un taux d'inclusion de 50 %.

En raison des récentes perturbations des marchés, la plupart, si ce n'est la totalité, des sociétés auront accumulé suffisamment de pertes en capital pour contrebalancer les gains en capital pendant un certain temps.

Pour qui cherche à investir dans des titres à revenu fixe et des titres mondiaux, le placement d'actifs non enregistrés dans une catégorie de sociétés est avantageux parce qu'une société ne peut distribuer que des gains en capital et des dividendes canadiens. Si le placement produit un revenu (incluant des dividendes mondiaux), la société doit soit utiliser ses dépenses pour éliminer ce revenu aux fins de l'impôt, soit convertir le revenu en gains

en capital pour éviter qu'il ne soit imposé au sein de la société. Ainsi, le placement à revenu fixe ne produira aucun revenu d'intérêts imposable.

Dans le meilleur des cas, il n'y aura aucun revenu imposable et, dans le pire des cas, les revenus imposables se limiteront à la moitié des gains en capital. Le désavantage de cette solution est la réduction de 60 à 75 points de base du taux de rendement qui découle de l'impôt payé par ladite société ou du coût de conversion des revenus en gains en capital. Par contre, l'économie d'impôts ainsi obtenue contrebalance amplement les coûts. C'est pourquoi ce type de fonds est prisé dans le cadre d'actifs non enregistrés.

2.3.3. Fonds de titres à revenu fixe et fonds de placement immobilier

Mieux connu sous l'appellation de *Trust units*, ce type de placement a connu une grande popularité en affichant un taux de rendement relativement élevé. Pour l'essentiel, les unités vendues constituent des parts d'une fiducie qui investit dans des projets d'exploitation énergétique (pétrole, gaz et mines) et des portefeuilles immobiliers (résidentiel, commercial et industriel).

Leur principale caractéristique consiste à verser la quasi-totalité des surplus (nets de certaines provisions) aux détenteurs de parts et de différer dans une grande proportion l'imposition des revenus. L'investisseur reçoit ainsi un remboursement du capital investi. Le PBR des unités est réduit de la portion à imposition différée du montant versé. Une disposition ultérieure des unités entraînera, par conséquent, un gain en capital.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* est avare de commentaires quant au traitement fiscal accordé expressément à ce type de produit. Soulignons que le législateur, afin de juguler la popularité de ces structures, a choisi de créer une catégorie de « dividende admissible », bénéficiant d'un taux d'imposition avantageux, tel qu'il est mentionné ci-dessus.

Un solde des gains en capital exonérés distinct existe pour chaque entité intermédiaire. Lorsque l'investisseur ne détient plus de participation dans une société intermédiaire, le solde des gains en capital exonérés devient nul. Et il le sera aussi pour chaque entité intermédiaire pour les exercices se terminant après 2004.

Le 31 octobre 2006, le ministère des Finances a décidé de bloquer la mise en place de telles structures afin d'enrayer cette tendance alors que d'importantes sociétés canadiennes, exploitées conformément aux règles en vigueur, avaient annoncé leur intention de se convertir en fiducies de revenu.

Bien que ces décisions puissent procurer aux sociétés des avantages fiscaux à court terme, elles donnent lieu à une distorsion économique qui menace la croissance économique à long terme du Canada et qui déplace tout fardeau fiscal futur sur les travailleurs et les familles. À défaut de mesures appropriées, elles se solderaient par des milliards de dollars de pertes de revenus, sommes que le gouvernement fédéral ne pourra pas investir dans les priorités des Canadiens, notamment l'allègement de l'impôt des particuliers.

Le Plan d'équité fiscale alors annoncé comportait une mesure entraînant l'application d'un impôt sur les distributions touchant les sommes distribuées par les fiducies de revenu et sociétés en commandite cotées en Bourse.

2.3.4. Fonds distincts

Les fonds distincts disponibles dans les compagnies d'assurance vie offrent deux types de protections aux investisseurs : une première protection contre les créanciers et des garanties à l'échéance, au décès, ou dans certains cas une garantie de retrait minimum ou garantie de décaissement¹⁴.

La garantie de retrait minimum assure à un âge déterminable par le titulaire, suivant des options qui lui sont offertes au contrat, un revenu minimum viager qui ne pourra jamais être inférieur au montant garanti, mais qui pourra augmenter au gré des marchés par un mécanisme de réinitialisation. Fiscalement toutefois, chaque retrait déclenchera la même conséquence qu'un retrait, par exemple, d'un fonds commun de placement ou lors de l'aliénation de tout autre bien en immobilisations. La transaction au gré des marchés déclenchera ainsi un gain ou une perte en capital.

Pour l'investisseur craintif, ce produit offre un revenu minimum garanti. Cependant, puisque les sommes déposées sont investies sur le marché financier, celui-ci pourra profiter des performances de ces marchés, tout en ayant un filet de sécurité.

En ce qui concerne la protection contre les créanciers du vivant du titulaire, les droits inhérents aux fonds distincts, pour les contrats qui se

¹⁴ Robert LANIEL, « Pièges à éviter avec les fonds distincts – Comment maximiser votre investissement », dans *Congrès 2009*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, pp. 34:1-16, aux pages 34:10-13.

qualifient de contrats de rente¹⁵, seront insaisissables dans la mesure où le titulaire a nommé un bénéficiaire conforme aux articles 2457 (conjoint marié ou uni civilement, ascendant ou descendant) et 2458 (bénéficiaire irrévocable) C.c.Q.

Généralement, en cas de décès, le plus élevé de la garantie décès ou de la valeur marchande est remise au bénéficiaire ou aux ayants droit du titulaire.

Dans l'éventualité où le titulaire désirerait mettre fin à son contrat avant échéance, l'assureur lui remettra une valeur de rachat égale à la valeur marchande de ses investissements, moins les frais de rachat applicables.

Un placement non enregistré composé de fonds distincts offre un avantage : les attributions peuvent être réparties au prorata du nombre de jours de détention dudit fonds, contrairement au fonds commun de placement qui verse souvent une seule distribution complète pour toute l'année. Toutefois, cette pratique semble de plus en plus délaissée par un grand nombre d'assureurs.

Pour ce qui est du traitement fiscal des garanties de décès et à l'échéance offertes par les assureurs, celles-ci seront considérées, d'une part, comme un revenu dans le cas de placements enregistrés et, d'autre part, comme un gain en capital dans le cas de placements non enregistrés¹⁶. Soulignons que dans la mesure où les fonds seraient roulés au conjoint, il n'y aurait aucun impact fiscal. D'autre part, le gain en capital net réalisé par le paiement de la garantie serait diminué potentiellement par la perte en capital subie par l'investisseur, par suite de la baisse du marché.

2.3.5. Différences entre les fonds communs de placement et les fonds distincts

Tant les fiducies de fonds communs de placement que les fonds distincts sont bâtis sur un modèle fiduciaire. À cet effet, le gestionnaire se doit de redistribuer au prorata les revenus et les gains que ses transactions et détentions ont générés à ses détenteurs d'unités. C'est ainsi que les clients

¹⁵ Au sens du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. ») et de la *Loi modifiant la Loi sur les assurances et la Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, Projet de loi 136, 6 décembre 2005, sanctionné le 16 décembre 2005 (2005, c. 51).

¹⁶ *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétations techniques 9817165, 18 février 1999, 2001-0071577 et 2001-0116345.

reçoivent en début d'année un Feuillelet T3 indiquant la quote-part qui leur revient des intérêts sur les revenus de placement, des dividendes reçus sur les actions détenues dans l'année précédente et les gains en capital réalisés au cours des transactions qui y ont eu lieu. Cependant, bien qu'il existe des similitudes, les fonds communs diffèrent des fonds distincts.

Parmi les similitudes, mentionnons que, dans les deux cas, les gestionnaires de fonds achètent et vendent des titres. La valeur unitaire varie en fonction des titres sous-jacents. Finalement les intérêts, dividendes et gains en capital sont transférés aux porteurs de parts/d'unités.

Parmi les différences, il faut noter le traitement fiscal des pertes en capital réalisées par le fonds. Par exemple, prenons le cas où un gestionnaire de fonds communs de placement a généré des gains en capital de 20 M\$ et des pertes de 30 M\$. Celui-ci ne déclarera aucun gain dans ses Feuillet T3. Il prendra note de la perte nette de 10 M\$ pour l'appliquer contre un gain net dans les années ultérieures. Ainsi, le client qui détiendrait 1/10 000 des unités recevrait un Feuillelet T3 n'indiquant aucun gain. La situation est différente pour les fonds distincts, car ils peuvent déclarer une perte nette réalisée. C'est ainsi que leurs Feuillet T3 incluent une case distincte pour les gains ou les pertes en capital. Ainsi, dans l'exemple précédent, le même client en fonds distincts aurait sur son Feuillelet T3 un gain de 2 000 \$ et une perte de 3 000 \$. Cette perte nette de 1 000 \$ pourrait donc être appliquée immédiatement à l'encontre de gains réalisés au cours des trois dernières années ou de l'année courante, ou être reportée dans l'avenir.

Alors que pour les fonds communs de placement, la seule information figurant au Feuillelet T3 ne concerne que les gestes faits par le gestionnaire, les Feuillet T3 des fonds distincts incluront également les conséquences fiscales des gestes faits par le client titulaire. En effet, les gains ou pertes en capital réalisés par les ventes d'unités seront reflétés dans ces feuillets. Cette différence est appréciée lors de la préparation des déclarations de revenus.

Une autre différence est dans la méthode utilisée pour transférer le fardeau fiscal au détenteur d'unités. Les fonds communs de placement procèdent par distribution, alors que les fonds distincts fonctionnent par attribution.

Ci-dessous, un exemple illustre la variation de la valeur unitaire après une distribution existant dans les fonds communs de placement et qui n'a pas d'équivalent dans les fonds distincts. Dans cet exemple, nous gelons la valeur marchande afin de bien saisir la différence entre ces mécanismes.

Comme on le constate dans le tableau ci-dessous, la valeur des unités de fonds communs de placement diminue d'un montant équivalant à la distribution par unité, et de nouvelles unités sont émises. En fin de compte, dans notre exemple, le client possède 111,1111 unités à 45 \$ chacune, pour une valeur marchande toujours de 5 000 \$. Du côté des fonds distincts, le client a toujours 100 unités à 50 \$, pour une valeur marchande de 5 000 \$.

	Fonds communs	Fonds distincts
Date de distribution/attribution	31 décembre	31 décembre
Placement	5 000 \$	5 000 \$
Valeur par part	50 \$	50 \$
Nombre de parts	100	100
Distr./attr. 31 décembre	5 \$/part	5 \$/unité
Valeur unitaire au 31 décembre	45 \$	50 \$
Nouvelles parts/unités	11,1111	0
Valeur marchande	5 000 \$	5 000 \$
Montant figurant sur le Feuillet T3	500 \$	500 \$

Les fonds communs de placement offrent au client la possibilité d'encaisser sa distribution ou de la réinvestir. Si elle est encaissée, le client restera avec 100 unités à 45 \$ donnant une valeur marchande de 4 500 \$. Du côté des fonds distincts, le client devra vendre 5 unités s'il veut retirer la somme de 500 \$.

2.3.6. Titres convertibles

Afin de les rendre plus attrayants pour les investisseurs, certains titres de dette (incluant les actions privilégiées) comporteront certains avantages, notamment celui de conversion. La conversion permet de convertir le titre de dette en un nombre d'actions donné à une date fixée à l'avance. Il s'agit en quelque sorte d'une participation à la croissance de l'entreprise compte tenu du risque encouru en achetant le titre de dette.

L'article 51 L.I.R. permet, de façon générale, qu'un bien soit transféré avec report d'impôts dans le cas où un contribuable échange une immobilisation (obligation ou billet convertibles ou action d'une société) contre une immobilisation qui est une autre action du capital-actions de la même société. Ainsi, l'échange est réputé ne pas constituer une disposition de bien.

2.4. PRODUITS DÉRIVÉS

2.4.1. Définition

Un produit dérivé est un instrument financier que créent les participants au marché pour améliorer la négociation ou la gestion de l'élément qui en fait l'objet (élément sous-jacent). Les produits dérivés ne représentent pas un bien comme tel. Leur valeur découle uniquement de l'élément qui en fait l'objet; il peut s'agir d'une marchandise, comme le blé, ou d'un produit financier tel qu'une obligation, une action, une devise ou un indice boursier ou économique. Récemment, avec la crise économique dont nous avons évité de justesse les effets les plus dévastateurs en 2008 avec ce que l'on a appelé les « subprimes », nous avons vu l'importance d'être bien informé sur la valeur des titres sous-jacents.

Les produits dérivés seront utilisés à des fins de couverture, de spéculation ou de placement. Il existe deux types de produits dérivés : les produits dérivés à terme et les options.

Le traitement fiscal des produits dérivés est peu documenté sur le plan de la loi et des publications connexes (bulletins, circulaires, etc.). Dans le cas des produits dérivés les plus complexes, il existe peu de directives claires sur le mode d'imposition des gains et des pertes. Assez souvent, on est tenu de s'en remettre à des précédents et de s'adresser, pour clarification, aux autorités fiscales.

En effet, le *Bulletin d'interprétation* IT-114, qui traitait de cette question, a été abrogé il y a quelques années déjà.

2.4.2. Options (art. 49 L.I.R.)

Les options donnent à leur détenteur le droit d'acheter (*call*) ou de vendre (*put*) un titre donné à un prix déterminé pour une quantité donnée et à une date établie à l'avance. En plus de ces privilèges, les options sont négociables et transférables à un autre détenteur avant leur expiration.

Les options représentent des obligations, et non des droits, pour celui qui les émet (écrit). Ce type de transaction entraîne un revenu immédiat. Contrairement à l'achat d'options où le risque pour l'acquéreur est de perdre le prix payé s'il n'exerce pas l'option, la vente d'options peut avoir des conséquences beaucoup plus sérieuses pour l'investisseur, puisqu'il sera obligé d'acheter ou de vendre les titres sous-jacents, peu importe leur prix au moment où l'option sera exercée.

Voici un sommaire des impacts fiscaux reliés à certaines opérations qui, dans certains cas, chevauchent deux années.

Opérations d'achat d'options	Options d'achat (<i>call</i>)	Options de vente (<i>put</i>)
Achat l'an 1 et détention à la fin de l'an 1	Aucun impact	Aucun impact
Achat et vente au cours de la même année	Perte ou gain en capital au cours de l'an 1	Perte ou gain en capital au cours de l'an 1
Achat et exercice au cours de l'an 1	Prime payée + commission s'ajoutent au prix d'exercice pour constituer le PBR. Aucun impact avant la disposition	Gain/perte en capital = prix d'exercice (disposition) – prime payée – commission – PBR
Achat et expiration au cours de l'an 1	Perte en capital au cours de l'an 1	Perte en capital au cours de l'an 1
Achat l'an 1 et vente l'an 2	Perte ou gain en capital au cours de l'an 2	An 1 : aucun impact An 2 : gain/perte en capital
Achat l'an 1 et exercice au cours de l'an 2	An 1 : aucun impact An 2 : prime payée + commission s'ajoutent au prix d'exercice pour constituer le PBR. Aucun impact avant la disposition	An 1 : aucun impact An 2 : gain/perte en capital
Achat l'an 1 et expiration au cours de l'an 2	Perte en capital au cours de l'an 2	An 1 : aucun impact An 2 : perte en capital

Opérations de vente d'options	Options d'achat (<i>call</i>)	Options de vente (<i>put</i>)
Vente l'an 1 et détention à la fin de l'an 1	Gain en capital au cours de l'an 1	Gain en capital au cours de l'an 1
Vente et rachat au cours de l'an 1	Gain ou perte en capital = prime reçue – prime payée – commission	Gain ou perte en capital = prime reçue – prime payée – commission
Vente et levée de l'option par l'acheteur au cours de l'an 1	Produit net = ajouter prime reçue – commission payée au produit reçu de l'exercice de l'option Gain/Perte en capital = produit net – PBR initial	Déduire la prime reçue – commission payée du coût d'achat de l'investissement sous-jacent
Vente et expiration au cours de l'an 1	Gain en capital au cours de l'an 1	Gain en capital au cours de l'an 1
Vente et rachat au cours de l'an 2	An 1 : gain en capital = prime reçue – commission An 2 : perte en capital = prime payée + commission	An 1 : gain en capital = prime reçue An 2 : perte en capital = prime payée
Vente et levée de l'option par l'acheteur au cours de l'an 2	Gain en capital au cours de l'an 1. Nécessite un amendement de l'an 1 pour annuler le montant déclaré; Perte/gain en capital = Ajouter la prime de l'an 1 au produit (prix d'exercice) – PBR initial	An 1 : gain en capital An 2 : amender la déclaration de l'an 1 pour annuler le montant déclaré. Déduire le montant dans le calcul du PBR de l'investissement sous-jacent
Vente et expiration au cours de l'an 2	An 1 : gain en capital An 2 : rien	An 1 : gain en capital An 2 : rien

Ce tableau récapitulatif retient pour hypothèse que les options sont détenues à titre d'immobilisations, donc de nature capital. Lorsque les options détenues ne sont pas des immobilisations, le gain (ou la perte) qui résulte de leur disposition représente un revenu (ou une perte) d'entreprise.

2.4.3. Billets liés au rendement d'un indice

Il s'agit d'un produit financier qui a pris de l'essor au cours des dernières années à la lumière des rendements incertains et des bas taux

d'intérêt consentis aux placements garantis. Ici, l'investisseur acquiert un titre dont il ne connaît pas le rendement au départ. Cependant, il sait que le rendement sera calculé en fonction de l'évolution d'un indice en particulier, par exemple le TSX ou encore le S&P500. Le rendement à l'échéance sera établi selon diverses règles. À l'échéance, l'investisseur reçoit le capital investi, ce dernier étant garanti ou non. Il est donc possible que l'investisseur ne reçoive rien si la valeur de l'indice sous-jacent est inférieure à sa valeur initiale. Il sera judicieux de les contracter auprès d'une institution émettrice qui garantira au moins le capital à échéance. Rien ne garantit qu'il y aura un marché secondaire qui permettra de négocier les billets avant leur échéance. De plus, les frais de gestion de ce genre de produit financier sont très élevés, ce qui peut avoir des répercussions sur le rendement de l'investisseur.

Il n'y a pas de disposition spécifique quant au traitement fiscal à accorder à ce type d'instrument. Il faut donc s'en remettre à la pratique pour des produits semblables.

Les porteurs de billets doivent déterminer s'ils détiendront les billets à titre d'immobilisations aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, cette détermination devant notamment tenir compte du fait que les billets sont ou non acquis dans l'intention principale ou secondaire de les vendre avant la date d'échéance, et du fait que le porteur de billets a ou non le droit de faire un choix et devrait ou non produire un tel choix en vertu du paragraphe 39(4) L.I.R. pour que chaque « titre canadien » lui appartenant, y compris les billets, soit considéré comme une immobilisation.

En général, le montant intégral du rendement variable, s'il en est, sera inclus dans le revenu du porteur de billets au cours de l'année d'imposition de ce dernier durant laquelle tombe la date d'échéance, sauf dans la mesure où ce rendement variable a déjà été inclus dans le revenu du porteur de billets pour cette année d'imposition ou une année d'imposition antérieure.

Les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* peuvent prévoir que des intérêts sont réputés courir sur une « créance prescrite ». De toute évidence, aucun intérêt ne sera réputé courir sur ces billets avant la première date finale aux fins de l'établissement de la moyenne, soit le calcul de la variation de l'indice. On fait ici référence à l'expression moyenne, car, dans certains cas, l'émetteur effectue le calcul en utilisant comme valeur finale la moyenne de l'indice sous-jacent au cours d'une période donnée au lieu d'une valeur ponctuelle, et ce, dans le but d'éliminer les variations subites (à la hausse ou à la baisse) de l'indice. À partir de cette date, il est possible que le porteur de billets doive inclure certains intérêts courus dans son revenu. Ce

serait le cas si on avait la certitude qu'un montant minimum serait payable à l'échéance quel que soit le cas.

Lorsque le porteur de billets cède ou transfère autrement un billet, le montant des intérêts courus sur le billet jusqu'au moment de la cession ou du transfert sera exclu du produit de disposition du billet et devra être inclus dans son revenu pour l'année où cette aliénation a eu lieu, et ce, pourvu qu'un montant d'intérêts courus ait pu être établi.

Si la disposition a lieu avant que le rendement variable payable à l'échéance ne soit calculé, et cette question n'est pas établie hors de tout doute, le porteur de billets devrait réaliser un gain (ou une perte) en capital.

2.4.4. Entente de crédit croisée

Une entente de crédit croisée (« SWAP ») constitue un engagement par un contribuable à payer un rendement, par exemple de 3 %, à une institution financière en échange d'un rendement basé sur un indice boursier.

Aucune disposition légale particulière ne régit le traitement fiscal du gain réalisé à la fin d'une SWAP ainsi que des dépenses engagées envers l'autre participant à l'entente.

Cependant, à maintes reprises, les autorités fiscales se sont prononcées sur le traitement fiscal accordé aux sommes gagnées et déboursées liées à ce type d'entente.

Ainsi, la plupart des interprétations qui concernaient les gains sur les échanges croisés de taux d'intérêt montrent que toutes les sommes à payer ou à recevoir, conformément à ce genre de contrat, sont considérées comme étant des gains ou des pertes à titre de revenus et sont incluses dans le revenu du contribuable ou en sont déduites, selon le cas, en conformité avec l'article 9 L.I.R.

L'utilisation des fonds sous-jacents ne s'appliquerait pas pour la détermination du traitement à donner, aux fins de l'impôt sur le revenu, aux sommes à payer ou à recevoir en vertu du contrat d'échange croisé.

Dans le cadre d'un même type d'entente, l'ARC a soutenu que les paiements effectués à l'institution financière, tout comme ceux reçus à la fin de l'entente, devaient, à des fins fiscales, être inclus dans le calcul du revenu et en être déduits. Seraient également déductibles du revenu tous autres

honoraires payés à l'autre participant ou à un intermédiaire, pour autant qu'ils soient raisonnables.

Enfin, les autorités fiscales soutiennent que tout type de SWAP doit être considéré comme une transaction spéculative avec expectative de profit. Ainsi, telle transaction doit être traitée comme une aventure de nature commerciale entraînant un gain ou une perte de la nature de revenu.

3. RENTES

Bien qu'une rente puisse être contractée entre particuliers, dans le monde de la planification financière, les rentes sont des produits financiers généralement émis par des compagnies d'assurances¹⁷. Elles garantissent le versement d'arrérages à étape fixe. Une rente est viagère lorsque la durée de son service est limitée au temps de la vie d'une ou de plusieurs personnes¹⁸. Elle est non viagère, ou à terme, lorsque la durée de son service est autrement déterminée¹⁹. Le *Code civil du Québec* fait référence au débirentier et au crédirentier²⁰. Dans les produits mis en marché, le débirentier est l'institution financière émettrice et le crédirentier voit son rôle scindé en deux, celui de titulaire et celui de rentier. Le titulaire est la personne qui recevra les arrérages et en subira les impacts fiscaux. Le rentier est la personne assurée sur laquelle reposent les garanties et qui maintient le contrat en vigueur. En effet, au décès du dernier rentier nommé au contrat, celui-ci prend fin et l'on doit disposer des placements pouvant ainsi entraîner des conséquences fiscales pour le titulaire ou ses ayants droit. Au décès du rentier (du dernier rentier) le contrat prend fin et tout solde de garantie exigible sera versé au bénéficiaire nommé ou à la succession du titulaire.

3.1. RENTE À TERME

La rente à terme est un contrat par lequel l'institution financière s'engage à payer au titulaire des arrérages prédéterminés pendant une période de temps donnée. Une portion des arrérages est considérée comme un revenu d'intérêts, et la portion la plus importante est un remboursement de capital. Les arrérages reçus seront toujours composés d'une portion d'intérêts et de remboursement de capital. Alors que le rendement consenti

¹⁷ Au Québec, les sociétés de fiducie ne peuvent émettre que des rentes à terme.

¹⁸ Art. 2371, al. 2 C.c.Q.

¹⁹ Art. 2371, al. 3 C.c.Q.

²⁰ Art. 2367 C.c.Q.

sur les rentes viagères est basé généralement sur des rendements à long terme, les rentes à terme, vu leur courte durée, risquent d’avoir par les temps qui courent un rendement intégré qui se rapproche de celui des comptes à intérêt garanti (« CIG »).

Elles viennent en versions prescrite²¹ et non prescrite.

3.2. RENTE VIAGÈRE

La rente viagère vient également en deux versions : prescrite et non prescrite. La rente prescrite n’est disponible que lorsque le titulaire et le rentier sont la même personne. Dans ce cas, le titulaire peut choisir d’avoir une rente prescrite ou non prescrite. Dans tous les autres cas où le titulaire est différent du rentier, la rente sera obligatoirement non prescrite. Soulignons que la rente viagère peut être également réversible, généralement au conjoint. Cela signifie que la totalité ou un pourcentage des arrérages sera payable au conjoint du rentier advenant le décès de ce dernier.

3.2.1. Rente prescrite

Fiscalement, la rente prescrite bénéficie d’un statut particulier. En effet, la portion taxable des arrérages reste la même tant qu’elle demeure en service.

Le tableau²² ci-dessous illustre comment le montant des arrérages augmente avec l’âge et la portion imposable associée, quant à elle, diminue.

Âge du participant	Revenu annuel brut (\$)	Fraction imposable annuellement (\$)	Impôt à payer (\$) (taux de 45 %)	Revenu annuel net (\$)
65	8 118	2 338 (29 %)	1 502	7 066
70	9 073	1 879 (21 %)	846	8 228
75	10 649	1 475 (14 %)	664	9 985
80	12 901	852 (7 %)	338	12 517

²¹ Pour plus de détails, voir la section 3.2.1 ci-dessous.

²² Pour un homme : rente prescrite non enregistrée de 100 000 \$ sur une tête, assortie d’une garantie de versement de trois ans au 16 juin 2009. À titre indicatif uniquement.

Les rentes sont également assorties d'une période garantie. Cette période garantie a une influence tant sur le montant brut des arrérages que sur leur portion imposable. Le tableau²³ suivant présente cette réalité.

Période garantie	Revenu annuel brut (\$)	Fraction imposable annuellement (\$)	Impôt à payer (\$) (taux de 45 %)	Revenu annuel net (\$)
3 ans	10 649	1 475 (14 %)	664	9 985
10 ans	9 351	1 659 (18 %)	746	8 605
Capital réservé ²⁴	8 732	0 (0 %)	0	8 732

La loi veut que les rentes prescrites soient incluses dans le revenu du contribuable en vertu de l'alinéa 56(1)d) L.I.R., et la portion de remboursement de capital est déduite aux termes du paragraphe 60(1) L.I.R. Cette portion de capital est déterminée aux termes de l'article 300 R.I.R.

Celui-ci stipule que la partie des arrérages étant un remboursement de capital est égale à la fraction de la participation du contribuable dans le versement de rente que représente le prix d'achat rajusté basé par rapport à sa participation, immédiatement avant le début des versements prévus en vertu du contrat et auxquels l'alinéa 56(1)d) L.I.R. s'applique, dans le total des versements sur le pourcentage des arrérages totaux anticipés, multiplié par les paiements effectivement reçus. En d'autres termes, la garantie assortie au contrat aura une influence sur le niveau de remboursement de capital dans l'éventualité où la période garantie excéderait les tables de mortalité en vigueur qui datent de 1971.

Comment peut-on expliquer le résultat obtenu avec la garantie capital réservé ci-dessus? Il semble qu'en vertu dudit règlement²⁵, la continuation des versements dépende en tout ou en partie de la survie de l'individu. Or, lorsqu'un client choisit une garantie de 10 ans, l'agence assume qu'il vivra

²³ Rente prescrite non enregistrée pour un homme de 75 ans de 100 000 \$ sur une tête, au 16 juin 2009. À titre indicatif seulement.

²⁴ L'option « capital réservé » est une option qui prévoit qu'en cas de décès du rentier, le bénéficiaire recevra la différence entre le total des arrérages versés et le placement initial, mais sous la forme d'une somme unique (cette option n'est offerte qu'avec les contrats non enregistrés).

²⁵ Al. 300(1b) R.I.R.

10 ans. Cela entraîne une espérance de vie rallongée pour correspondre à ladite période de garantie et non aux tables de mortalité en vigueur. Avec la garantie « capital réservé », cela ne touche pas le calcul de l'espérance de vie, ce qui a pour effet de réduire la portion imposable des versements exigibles.

Le paragraphe 300(2) R.I.R. détermine le total des versements anticipés, et le sous-alinéa 300(2)a)(i) R.I.R. s'applique aux contrats de rente avec paiements égaux qui ne contiennent pas de période de garantie. L'option « capital réservé » ne constituerait pas une période de garantie au sens dudit sous-alinéa, et par conséquent tombe sous son application qui nous oriente vers les tables de mortalité de 1971 afin de déterminer l'espérance de vie qui est ensuite multipliée par les versements annuels afin de déterminer le total des versements censés être reçus.

Apparemment, nous avons des tables de mortalité qui prennent déjà en compte l'impact d'une garantie de 10 ans, par exemple, sur son espérance de vie. Ainsi, un homme de 76 ans qui achèterait une rente avec garantie de 10 ans aurait, selon les tables de mortalité, une espérance de vie de 10,1 ans. Cependant, lorsque l'on considère l'alinéa 300(2)d) R.I.R. et la garantie de 10 ans, son espérance de vie est augmentée à 12,6. Ce nombre est ensuite multiplié par les montants d'arrérages annuels afin de déterminer le montant total des versements censés être reçus.

3.2.2. Rente non prescrite

Alors que la portion imposable des arrérages dans les rentes prescrites est nivelée, la portion imposable des rentes non prescrites est dégressive, un peu comme la table d'amortissement d'une hypothèque. Par exemple, une rente dont le titulaire est une société sera toujours une rente non prescrite, car le titulaire sera la société et le rentier doit être une personne physique.

Voici une illustration, en date du 5 octobre 2010, d'une rente viagère non prescrite de 100 000 \$ sur la vie d'un homme de 65 ans avec garantie de 10 ans, et qui entrerait en service le mois suivant. Pour donner un ordre de grandeur, la même rente en version prescrite bénéficierait d'une imposition nivelée annuelle s'élevant à 1 926,43 \$.

Relevé détaillé des versements

Aux fins du projet, ce tableau illustre le détail des versements pour une période de 25 ans, en fonction du type de rente choisi. Dans le cas d'une rente viagère, la rente est versée la vie durant et peut se poursuivre après la dernière année indiquée dans le tableau.

Année	Âge du premier rentier	Revenu mensuel brut	Rente pour l'année civile	Rente accumulée au cours de l'année civile	Non prescrites Fraction imposable annuellement
2010	65	618,41 \$	1 236,82 \$	1 236,82 \$	0,00 \$
2011	66	618,41	7 420,92	8 657,74	0,00
2012	67	618,41	7 420,92	16 078,66	2 388,40
2013	68	618,41	7 420,92	23 499,58	3 460,79
2014	69	618,41	7 420,92	30 920,50	3 328,36
2015	70	618,41	7 420,92	38 341,42	3 195,41
2016	71	618,41	7 420,92	45 762,34	3 062,72
2017	72	618,41	7 420,92	53 183,26	2 931,51
2018	73	618,41	7 420,92	60 604,18	2 803,11
2019	74	618,41	7 420,92	68 025,10	2 679,19
2020	75	618,41	7 420,92	75 446,02	2 561,95
2021	76	618,41	7 420,92	82 866,94	2 452,95
2022	77	618,41	7 420,92	90 287,86	2 346,92
2023	78	618,41	7 420,92	97 708,78	2 242,55
2024	79	618,41	7 420,92	105 129,70	2 140,18
2025	80	618,41	7 420,92	112 550,62	2 040,21
2026	81	618,41	7 420,92	119 971,54	1 943,04
2027	82	618,41	7 420,92	127 392,46	1 849,11
2028	83	618,41	7 420,92	134 813,38	1 758,66
2029	84	618,41	7 420,92	142 234,30	1 671,59
2030	85	618,41	7 420,92	149 655,22	1 588,53
2031	86	618,41	7 420,92	157 076,14	1 508,74
2032	87	618,41	7 420,92	164 497,06	1 432,19
2033	88	618,41	7 420,92	171 917,98	1 359,46
2034	89	618,41	7 420,92	179 338,90	1 290,01
2035	90	618,41	7 420,92	186 759,82	1 222,91

4. RÉGIMES D'ÉPARGNE À IMPOSITION DIFFÉRÉE

Toutefois, dans le cadre du présent texte, il est pertinent d'examiner le choix du type de placement à la lumière de son inclusion dans un REÉR ou autre régime semblable. En effet, si un placement apporte un gain en capital, ce dernier sera traité comme de l'intérêt s'il est réalisé à l'intérieur d'un régime d'épargne à imposition différée, et il en va ainsi pour un revenu de dividendes. De plus, comme nous l'avons vu précédemment, les intérêts

même non encaissés sont réputés avoir été gagnés chaque année, et sont par conséquent imposables. À l'opposé, si un placement en actions ou en fonds d'actions ne faisant pas l'objet de distributions est conservé durant une période prolongée, il n'y a aucune obligation de déclarer l'accroissement de valeur affichée par le placement.

Il y a donc certains éléments à prendre en considération dans le cas de la répartition d'un portefeuille entre les placements à inclure ou non dans un REÉR. Le rendement net d'impôt en sera modifié.

4.1. RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-INVALIDITÉ

Le Budget fédéral de 2007 a mis de l'avant un nouveau régime enregistré d'épargne-invalidité (« REÉI ») mis en place afin d'aider les parents et d'autres personnes à épargner pour assurer la sécurité financière à long terme de personnes gravement handicapées. Offert depuis 2008, ce régime est fondé en gros sur le modèle du régime enregistré d'épargne-études (« REÉÉ »).

Un REÉI peut donc être constitué par le particulier admissible au crédit d'impôt pour personnes handicapées (« CIPH »), l'un de ses parents ou son ayant cause. Les cotisations à un REÉI donnent droit à la Subvention canadienne pour l'épargne-invalidité (« SCÉI ») et au Bon canadien pour l'épargne-invalidité (« BCÉI »). L'admissibilité est fonction du seuil de revenu familial. Les cotisations à un REÉI ne sont pas déductibles. On peut cotiser jusqu'à 200 000 \$ à un REÉI au profit du bénéficiaire, et le montant annuel des cotisations à un REÉI n'est pas limité. Le revenu de placement des cotisations, la SCÉI et le BCÉI s'accumulent en franchise d'impôt. Les SCÉI, BCÉI et revenu de placement gagné au sein du régime sont inclus dans le revenu du bénéficiaire aux fins de l'impôt lorsqu'ils sont retirés du REÉI. Les paiements doivent avoir débuté avant l'âge de 61 ans.

Il est exigé qu'un REÉI rembourse au gouvernement tous les SCÉI et BCÉI (ainsi que le revenu de placement associé) versés dans le régime, advenant la cessation de l'admissibilité du bénéficiaire au CIPH ou le décès du bénéficiaire. Seuls le bénéficiaire ou son ayant cause sont autorisés à recevoir des paiements d'un REÉI. Les versements faits à même un REÉI n'ont aucune incidence sur les prestations fédérales fondées sur le revenu, par exemple la Prestation fiscale canadienne pour enfants (« PFCE ») et le crédit pour la taxe sur les produits et services. De même, les montants versés à même un REÉI n'ont pas pour effet de réduire les prestations de la Sécurité de la vieillesse ni les prestations d'assurance-emploi.

4.2. REÉR

Nous ne nous étendrons pas sur ce sujet qui a été amplement traité et qui ne fait pas comme tel l'objet de la présente étude. Soulignons toutefois que ce régime est l'un des outils de planification les plus populaires, et qu'il fait partie de la très grande majorité des portefeuilles. Nous concentrerons notre étude dans le cadre de son interaction avec le nouveau venu qu'est le compte d'épargne libre d'impôt (« CÉLI »).

4.3. COMPTE D'ÉPARGNE LIBRE D'IMPÔT

Le CÉLI est un outil d'épargne souple et polyvalent dans lequel on peut verser des cotisations chaque année et qui permet des retraits en tout temps, un peu comme un compte bancaire. Contrairement à un simple compte d'épargne, cependant, le CÉLI est un puissant incitatif à l'épargne puisque les revenus de placement s'y accumulent et peuvent être retirés en franchise d'impôt. Toutefois, contrairement aux REÉR, les cotisations à un CÉLI ne donnent pas droit à des déductions fiscales et les sommes retirées s'ajoutent aux droits de cotisation pour l'année suivante. On peut ouvrir un CÉLI dans la plupart des institutions financières dont les banques, les sociétés de fiducie, les coopératives de crédit, les sociétés d'assurance vie, les caisses populaires, les SFCP et les maisons de courtage. On peut inclure dans un CÉLI une vaste gamme de placements admissibles dont des actions, des obligations et d'autres produits prisés comme des fonds communs, des fonds distincts et des CIG.

Les gains et revenus produits par les placements au sein d'un CÉLI ne sont pas imposés et n'entrent pas dans le calcul de l'admissibilité aux prestations et crédits établis en fonction du revenu comme la Sécurité de la vieillesse, le Supplément de revenu garanti (SRG), la PFCE, les prestations d'assurance-emploi, le crédit pour taxe sur les produits et services et le crédit en raison de l'âge. Les sommes retirées peuvent être utilisées comme la personne désire, que ce soit pour des motifs personnels, faire des placements, financer des études ou autre.

Comparons trois scénarios. Dans le premier, un investisseur cotise à un CÉLI 3 000 \$ nets d'impôt au début de chaque année; son rendement annuel est de 7 % et son taux d'imposition réel est de 40 %. Son CÉLI vaudra 44 350 \$ au bout de 10 ans. Dans le deuxième scénario, il place chaque année 3 000 \$ nets d'impôt ailleurs que dans un CÉLI, dans un compte non enregistré dont les rendements sont imposés année après année à titre d'intérêts, de dividendes et de gains en capital. Comme le produit de ce placement n'est pas à l'abri de l'impôt, pas plus que les retraits, il

accumulera 41 020 \$. Selon le troisième scénario, il verse 5 000 \$ (pourvu que son revenu gagné soit suffisant) dans un REÉR et sa cotisation est déductible de son revenu imposable. Au bout de 10 ans, il aura accumulé 73 920 \$, mais s'il retire alors la totalité de cette somme, il ne lui restera que 44 350 \$ après avoir acquitté l'impôt, soit le même montant que dans le premier scénario. En conclusion, les REÉR seront plus rentables dans la mesure où le taux d'imposition à la retraite sera inférieur à celui qui s'applique durant la vie active du contribuable, au moment où il fait ses contributions.

4.3.1. CÉLI ou REÉR

En règle générale, le taux de rendement net d'un REÉR sera plus élevé que celui d'un CÉLI si le taux d'imposition réel au moment du retrait est inférieur à celui applicable au moment de la cotisation. Dans le cas contraire, le CÉLI procurera un rendement plus élevé.

La décision d'opter pour le CÉLI, le REÉR ou les deux instruments dépendra des besoins en matière d'épargne, de la situation financière et du revenu ainsi que des attentes quant à leur évolution. En outre, il faudra tenir compte de l'incidence des avantages et crédits établis en fonction du revenu ainsi que de la possibilité de réinvestir dans le CÉLI les sommes décaissées.

En général, le REÉR sert à l'épargne-retraite, tandis que le CÉLI peut servir à effectuer des achats à court terme, en plus de l'épargne-retraite. Comme les sommes retirées du CÉLI s'ajoutent aux droits de cotisation pour l'année suivante, il y a peu d'inconvénients à se servir de son actif pour effectuer des achats plus ou moins importants. Si la fourchette d'imposition est peu élevée, on aura sans doute intérêt à utiliser le CÉLI, puisque les retraits n'ont aucune incidence sur les prestations établies selon le revenu comme les prestations fiscales pour enfants, la Sécurité de la vieillesse ou le Supplément de revenu garanti. Par contre, si le taux d'imposition marginal est élevé, on voudra sans doute profiter des deux types de régimes : le REÉR pour planifier la retraite et profiter des déductions fiscales, et le CÉLI pour accroître l'épargne.

4.3.2. Cotisations

Depuis 2009, tous les résidents canadiens âgés d'au moins 18 ans pourront verser dans un CÉLI 5 000 \$ par année. Si l'on n'utilise pas les droits ou si l'on n'en utilise qu'une partie, les droits non utilisés seront indéfiniment reportés aux années ultérieures.

Par exemple, si l'on cotise seulement 3 000 \$ en 2009, on aura le droit de cotiser 7 000 \$ en 2010. De plus, si l'on retire des sommes du compte, les droits de cotisation au CÉLI pour l'année suivante augmenteront d'autant. Supposons que l'on cotise 5 000 \$ en 2009 et 2010, que la valeur du compte atteigne 11 000 \$ et qu'on retire cette somme en entier en 2010. En 2011, les droits de cotisation correspondront à la cotisation normale de 5 000 \$ (en supposant qu'elle ne soit pas indexée) plus les 11 000 \$ retirés l'année précédente, pour un total de 16 000 \$. Selon les renseignements communiqués par les diverses institutions financières émettant des CÉLI, l'ARC devrait indiquer les droits de cotisation à un CÉLI sur l'avis de cotisation annuel, comme elle le fait déjà pour les droits de cotisation à un REÉR. Elle pourrait aussi rendre cette information accessible sur son site Web.

Après 2009, les droits de cotisation seront indexés annuellement, suivant l'indice des prix à la consommation, et la hausse sera arrondie au multiple de 500 \$ le plus proche.

Si le conjoint est un résident canadien, a au moins 18 ans et possède des droits de cotisation à un CÉLI non utilisés, on peut lui céder des biens ou des fonds pour qu'il les verse dans un CÉLI à son nom, sans incidence fiscale ni attribution du revenu. Contrairement au REÉR de conjoint, le montant des cotisations dépend des droits de cotisation du conjoint et seul ce dernier, titulaire du compte, peut y verser des cotisations. Les CÉLI en propriété conjointe ne sont pas admis. Chaque CÉLI ne peut avoir qu'un seul titulaire.

Tout comme pour le CÉLI du conjoint, on pourrait céder des biens ou des fonds à un enfant adulte pour qu'il les verse dans un CÉLI à son nom, si ses droits de cotisation à un CÉLI sont suffisants. Ce sera donc l'enfant qui cotisera lui-même à son propre CÉLI.

En ce qui a trait aux cotisations excédentaires, la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit une pénalité de 1 % par mois sur l'excédent le plus élevé à n'importe quel moment au cours du mois. Il y a là une différence par rapport au REÉR, dont les cotisations excédentaires constatées à la fin du mois donnent lieu à une pénalité. En général, si les cotisations dépassent les droits non utilisés, ou si l'on retire des sommes du CÉLI pour les y reverser avant la fin de l'année alors que les droits non utilisés ne le permettent pas, on pourrait devoir acquitter une pénalité de 1 % par mois sur l'excédent le plus élevé tous les mois où l'on excéderait les droits de cotisation. Pour ne pas payer de pénalité le mois suivant, il suffira de retirer l'excédent. Le ministre des Finances, afin de bloquer l'impact positif que pourraient avoir pour un contribuable donné des contributions excédentaires, a proposé de modifier la

loi pour que tout revenu attribuable à des cotisations excédentaires versées délibérément soit imposable à 100 %.

Il est possible d'emprunter pour cotiser à un CÉLI et ce dernier pourra être cédé en garantie d'un tel prêt, contrairement au REÉR. Par contre, les intérêts sur le prêt ne sont pas déductibles du revenu imposable, puisqu'il n'y a aucun espoir de générer un revenu imposable. On ne peut pas détenir un CÉLI conjointement avec son conjoint. Chaque CÉLI ne peut avoir qu'un seul titulaire.

4.3.3. Décès du cotisant

En règle générale, la valeur du CÉLI à la date du décès peut être versée en franchise d'impôt. Le versement sera fait au bénéficiaire désigné, le cas échéant, sinon à la succession. Les revenus de placement produits après la date du décès au sein d'un CÉLI autre qu'en fiducie constitueront un revenu imposable pour le bénéficiaire ou la succession, selon le cas, au même titre que le revenu de placement tiré de tout autre contrat de placement non enregistré. Dans le cas d'un CÉLI en fiducie, les revenus de placement réalisés entre la date du décès et la fin de l'année suivant celle du décès seront traités comme un « autre revenu » s'ils sont versés durant cette période. Si le CÉLI en fiducie existe encore après cette période, il deviendra une fiducie imposable.

Si le titulaire a un conjoint ou un conjoint de fait à la date de son décès, le CÉLI peut demeurer en franchise d'impôt si le conjoint devient le titulaire subsidiaire ou si la valeur de l'actif à la date du décès est transférée dans le CÉLI du conjoint. Le transfert doit avoir lieu avant la fin de l'année suivant celle du décès, et le conjoint survivant doit désigner la somme transférée comme une cotisation exclue pour qu'elle n'ait aucune incidence sur ses droits de cotisation.

4.3.4. Désignation d'un bénéficiaire

Au Québec, il n'est pas possible de désigner un bénéficiaire dans le cadre d'un CÉLI.

Toutefois, les contrats établis par les sociétés d'assurance permettent de faire des désignations. Ainsi, au décès du cotisant, le produit du contrat sera versé directement au bénéficiaire désigné ou transféré au titulaire subsidiaire, selon le cas. Dans tous les autres cas, le produit sera versé à la succession.

4.3.5. Protection contre les créanciers et faillite

Au moment de la rédaction du présent document, la loi fédérale qui protège les régimes enregistrés en cas de faillite n'incluait pas les CÉLI. Par ailleurs, les CÉLI offerts par les sociétés d'assurances peuvent être insaisissables dans la mesure où la désignation est conforme aux articles 2457²⁶ et 2458²⁷ C.c.Q.

4.3.6. Divorce

Dans le cadre des procédures menant à un divorce, il sera possible de transférer les CÉLI entre les deux conjoints après la rupture du mariage, sans que ces transferts touchent aux droits de cotisation du conjoint qui reçoit des sommes. Par contre, les droits de cotisation du titulaire qui transfère des sommes à son conjoint ne sont pas rétablis.

À ce stade-ci, le CÉLI ne fait pas partie du patrimoine familial, la liste des biens en faisant partie devant être interprétée restrictivement.

4.3.7. Non-résident

Le contribuable pourra conserver son CÉLI et continuer de profiter de sa croissance en franchise d'impôt. Par contre, il n'aura pas le droit d'y verser d'autres cotisations. De plus, l'acquisition de nouveaux droits de cotisation sera interrompue tant qu'il demeurera un non-résident. Cependant, selon la loi en vigueur, les retraits effectués tandis qu'il est un non-résident donnent droit à des droits de cotisation supplémentaires, les années subséquentes, et il pourra s'en prévaloir s'il redevient un résident.

C'est ainsi que le contribuable visé devra s'enquérir de la fiscalité possible dans son nouveau pays d'accueil. Ce dernier pourrait vouloir imposer les revenus de ces placements.

5. FRAIS FINANCIERS

Les frais financiers sont constitués principalement des frais d'intérêts et des frais rattachés à la détention des placements. Parmi ces derniers, on

²⁶ Soit le conjoint marié ou uni civilement, un ascendant ou un descendant du titulaire du contrat, nommé à titre révocable.

²⁷ Tout bénéficiaire nommé à titre irrévocable.

compte les frais de garde, les honoraires ou les dépenses de perception de revenu, et d'autres comme les honoraires comptables.

Les frais d'intérêts devraient être le plus possible reliés à des emprunts effectués pour des placements.

Comme nous le verrons, les placements faits dans le cadre des régimes enregistrés limitent ces déductions. Par conséquent, il y a lieu de planifier la façon de gérer les emprunts effectués.

5.1. INTÉRÊTS (AL. 20(1)c) L.I.R.)

Le prêt levier est une stratégie très utilisée lorsque l'on cherche à accélérer l'accumulation d'actif. Elle consiste pour l'investisseur à emprunter un montant d'argent qui sera investi au jour 1 ayant le potentiel de produire une croissance immédiate. La façon dont on peut illustrer cette stratégie consiste à déterminer le montant d'épargne que le client pourrait mettre de côté durant une année donnée, et appliquer le même montant à ce qui deviendrait un paiement d'intérêt dans le cadre du prêt précité.

Cette stratégie peut donner des résultats prodigieux lorsque les marchés sont haussiers, par contre en période de marché baissier l'effet multiplicateur joue contre l'investisseur. Cette planification ne convient pas à tous et s'adresse à l'investisseur averti qui dispose d'un revenu discrétionnaire.

Évidemment, la rentabilité de cet exercice repose en partie sur la déductibilité des intérêts. C'est ainsi que nous proposons d'en réviser succinctement les règles.

5.1.1. Règle

Un contribuable peut déduire les intérêts raisonnables payés ou payables suivant la méthode habituellement utilisée par lui en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur :

- de l'argent emprunté en vue de gagner des revenus de bien ou d'entreprise (par position administrative, on accepte la déductibilité des intérêts sur l'argent emprunté utilisé pour verser des dividendes, racheter des actions ou diminuer le capital versé);
- de l'argent emprunté pour acquérir un bien productif de revenus;

- des sommes payées à un contribuable en vertu d'une loi de crédits et en vue de relever ou de maintenir le niveau de compétence technologique des industries manufacturières canadiennes ou d'autres industries canadiennes;
- certaines sommes payées à un contribuable relativement au Programme de subventions visant les minéraux dans le Nord;
- de l'argent emprunté et utilisé pour acquérir un intérêt dans certains contrats de rente auxquels s'applique l'article 12.2 L.I.R.

Il est établi depuis longtemps que, en l'absence d'un passage explicite dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les frais financiers sont des paiements au titre du capital et qu'ils ne sont pas déductibles en raison de l'interdiction que contient l'alinéa 18(1)b) L.I.R. L'exception notoire à ce précepte concerne le contribuable dont le commerce consiste à prêter de l'argent et cet argent prêté fait partie de ses inventaires.

5.1.2. Conditions générales

Donc, comme il s'agit d'une exception au principe général, le droit de déduire une dépense d'intérêt sera refusé à moins de respecter précisément les conditions d'application de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. Celles d'ordre général sont les suivantes :

- le paiement doit constituer un paiement d'intérêt au sens légal du terme;
- l'intérêt doit être payé dans l'année ou payable pour l'année;
- il doit y avoir obligation légale de verser l'intérêt;
- et le montant déduit doit être raisonnable.

5.1.3. Application spécifique

Le sous-alinéa 20(1)c)(i) L.I.R. concerne les intérêts sur de l'argent emprunté, tandis que le sous-alinéa 20(1)c)(ii) L.I.R. concerne les intérêts sur une somme payable pour un bien acquis. Chacun de ces sous-alinéas comporte donc des conditions et critères qui lui sont propres. Néanmoins, ils renferment une condition commune, soit l'utilisation en vue de tirer un revenu d'entreprise ou de bien.

a) Sous-alinéa 20(1)c)(i) L.I.R.

Le terme « argent emprunté », utilisé par le législateur au sous-alinéa 20(1)c)(i) L.I.R., implique une relation « prêteur/emprunteur », ce qui présuppose qu'il doit y avoir délivrance de fonds par une personne et réception de ces fonds par une autre personne. Cette dernière relation est beaucoup plus étroite que celle de « débiteur/créancier ». En effet, une personne peut être endettée envers une autre personne sans que cette dernière lui ait prêté de fonds. Toutefois, de tels intérêts ne pourraient être déduits en vertu du sous-alinéa 20(1)c)(i) L.I.R. puisque celui-ci fait référence à de l'argent emprunté.

Conformément à ce sous-alinéa, les frais d'intérêts déductibles doivent se rapporter à « de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien ». La détermination de la fin visée par l'utilisation de l'argent emprunté est une question de fait.

Dans un même ordre d'idées, il semble clairement établi que l'intérêt payable par un garant sur un montant emprunté par une tierce partie ne soit pas déductible par le garant en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R., car il ne s'agit pas d'intérêt payé sur une somme que le garant a lui-même empruntée. Il n'y a donc pas de relation « prêteur/emprunteur » entre le contribuable et le prêteur. Le contribuable qui désire déduire de l'intérêt doit donc être celui à qui les fonds ont été octroyés. Si le contribuable emprunte lui-même des fonds pour honorer une garantie, les intérêts débiteurs sur cet emprunt ne seront pas déductibles puisque, bien qu'il existe maintenant une relation de prêteur/emprunteur, cet emprunt n'est pas utilisé pour gagner directement un revenu d'entreprise ou de bien.

Il existe cependant certaines exceptions d'ordre administratif exposées dans le *Bulletin d'interprétation* IT-533²⁸.

b) Sous-alinéa 20(1)c)(ii) L.I.R.

Les intérêts sur une somme payable relativement à l'acquisition d'un bien utilisé pour en tirer un revenu ou pour gagner un revenu d'entreprise sont déductibles en vertu du sous-alinéa 20(1)c)(ii) L.I.R. Il serait utile de mentionner ici qu'en l'absence de cette disposition, de tels intérêts ne pourraient faire l'objet d'une déduction puisqu'il n'existe pas, entre le

²⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-533, « Déductibilité des intérêts et questions connexes », 30 octobre 2003.

débiteur et le créancier, de relation « prêteur/emprunteur ». On remarquera que cette disposition concerne les sommes payables qui se rapportent à des biens acquis par le contribuable.

Il arrive fréquemment que l'acquéreur d'un bien ne paye à l'acheteur que l'excédent du prix de vente sur le solde de la dette relative à ce bien, et assume ladite dette comme compensation du solde de prix de vente. Dans une telle situation, les tribunaux n'accordent généralement pas la déduction des intérêts en vertu du sous-alinéa 20(1)c)(i) L.I.R. puisqu'il n'y a pas existence d'une relation « prêteur/emprunteur ». En effet, les fonds empruntés ont été octroyés au vendeur et non à l'acquéreur. Également, il n'est pas certain que les intérêts pourraient être déduits en vertu du sous-alinéa 20(1)c)(ii) L.I.R. Ce dernier stipule « une somme payable pour » l'acquisition d'un bien. Il n'est pas certain que cette expression soit assez large pour comprendre une dette assumée sur un bien acquis.

Quoi qu'il en soit, les autorités fiscales acceptent la déduction des intérêts versés sur une dette assumée, pourvu que toutes les conditions relatives à la qualité d'intérêt soient respectées.

c) Utilisation de l'argent

La condition la plus controversée relative à l'application de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. est sans contredit celle concernant l'utilisation de l'argent en vue de tirer un revenu d'entreprise ou de bien.

Il est essentiel que les fonds empruntés soient utilisés pour gagner un revenu de bien ou d'entreprise. Cette condition peut être divisée en cinq sous-conditions bien précises que certains jugements prononcés au cours des dernières années permettent de dégager :

- i) Le contribuable doit retracer l'utilisation de l'emprunt;
- ii) Les fonds empruntés (ou le bien auquel se rapporte une somme payable) doivent être utilisés à une fin admissible;
- iii) Le contribuable doit être propriétaire du bien générateur de revenus;
- iv) Les fonds empruntés doivent être utilisés directement pour gagner un revenu;
- v) Les fonds empruntés (ou le bien auquel se rapporte une somme payable) doivent être utilisés actuellement pour gagner du revenu (c'est-à-dire

pendant la période ou partie de période pour laquelle le contribuable désire déduire des intérêts).

En ce qui concerne la cinquième sous-condition, nous verrons à la prochaine section que le législateur est venu assouplir cette mesure.

Dans la plupart des cas, retracer l'utilisation des fonds empruntés (condition i)) ne posera pas de difficultés, particulièrement dans les situations où une dépense survient peu de temps après l'octroi des fonds et où le montant du débours se rapproche sensiblement du montant de l'emprunt. Également, retracer l'utilisation des fonds empruntés ne pose pas de difficultés si le contribuable a pris soin de distinguer l'utilisation des fonds empruntés entre les fins admissibles et inadmissibles. Toutefois, des difficultés peuvent survenir lorsque les fonds empruntés sont mêlés ou confondus avec les autres liquidités du contribuable, et que l'ensemble de ces fonds sert à la fois à des utilisations admissibles (gagner un revenu) et inadmissibles.

Notons toutefois que le Ministère mentionne, dans le *Bulletin d'interprétation* IT-533, des exceptions au critère de l'utilisation directe des fonds (rachat d'actions, remboursement de capital, versement de dividendes, prêts sans intérêts).

Les fonds empruntés (ou le bien auquel se rattache une somme payable) doivent être utilisés pour gagner un revenu d'entreprise ou de bien (condition ii)).

Le sous-alinéa 20(1)c(i) L.I.R. exige que les intérêts déduits soient versés sur « de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien ». L'interprétation du terme « revenu » a été abordée dans l'arrêt *Entreprises Ludco Ltée c. Canada* comme suit : « Il est donc clair que “revenu” s'entend du revenu en général, [à] savoir de toute somme qui entre dans le revenu imposable et non seulement du revenu net »²⁹. Le tribunal a également déclaré ce qui suit :

« [...] le sens ordinaire de cette disposition n'appuie pas l'interprétation selon laquelle “revenu” équivaut à “profit” ou à “revenu net” [...]. En l'absence d'un trompe-l'œil, d'un artifice ou d'autres circonstances viciant l'opération, les

²⁹ 2001 CSC 62, par. 61.

tribunaux ne devraient donc pas se demander si le revenu escompté ou touché a un caractère suffisant³⁰. »

À noter qu'un gain en capital ne constitue pas un revenu au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (par. 9(3) L.I.R.). Ainsi, des intérêts sur des fonds empruntés utilisés pour gagner uniquement du gain en capital ne seraient pas déductibles. Dans les situations où les fonds sont utilisés pour gagner du revenu et du gain en capital, alors les règles énoncées ci-dessus s'appliqueront au revenu. Le paragraphe 31 du *Bulletin d'interprétation* IT-533 traite expressément de la question de la déductibilité des intérêts sur des emprunts effectués pour faire l'achat d'investissements. Normalement, l'ARC estime que les intérêts se rapportant à un emprunt contracté pour acheter des actions ordinaires sont déductibles s'il y a une expectative raisonnable, au moment de l'acquisition des actions, selon laquelle le détenteur des actions ordinaires recevra des dividendes. Malgré tout, chaque situation doit être traitée selon les faits particuliers en cause. Ces commentaires s'appliquent également de façon générale aux investissements dans des fiducies de fonds communs de placement et des sociétés de placement à capital variable.

5.1.4. Divers

Les intérêts composés sont également admissibles à la déduction (al. 20(1d) L.I.R.). La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit une disposition permettant à un contribuable de déduire les intérêts courus sur un prêt contracté pour rembourser un emprunt déjà en circulation ou pour rembourser une dette relative à l'acquisition d'un bien dont les intérêts auraient été déductibles (par. 20(3) L.I.R.). L'emprunt est réputé avoir été utilisé pour sa finalité initiale lorsqu'il a été contracté.

Si le titulaire d'une police d'assurance vie emprunte des sommes sur la police, l'intérêt payé au titre de l'intérêt sur prêt sur police d'assurance est déductible à condition qu'il ait été déclaré payé par l'assurance et qu'il n'ait pas été ajouté au PBR de la police (par. 20(2.1) L.I.R.).

³⁰ *Id.*, par. 59.

5.2. DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS À LA SUITE DE LA PERTE D'UNE SOURCE DE REVENU

5.2.1. Revenu de biens (par. 20.1(1) L.I.R.)

Le montant des intérêts cesse d'être déductible en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. lorsque la source de revenu à laquelle les intérêts se rapportent n'existe plus et que l'argent emprunté ne peut être attribué à une autre source de revenu. Pour les pertes de revenus survenant après 1993, de nouvelles règles permettent de faire en sorte que, dans certains cas, le montant des intérêts sur de l'argent emprunté puisse être déductible en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R.

- i) Lorsqu'un contribuable qui utilisait de l'argent emprunté (ou un montant payable) en vue de tirer un revenu d'une immobilisation (sauf un immeuble ou un bien amortissable) cesse de le faire après 1993, et qu'une partie de l'argent emprunté a été perdue par suite de la perte de valeur du bien, ce montant perdu est réputé être encore utilisé en vue de tirer un revenu de bien. Il répond donc au critère d'utilisation visé au sous-alinéa 20(1)c)(i) L.I.R. et le bien continuera d'être considéré comme une source de revenus pour le contribuable, même si ce dernier en a disposé. Ainsi, le contribuable pourra déduire les intérêts sur la partie de l'argent emprunté qui a été perdue, pourvu qu'aucune règle de la *Loi de l'impôt sur le revenu* limitant la déduction des intérêts ne s'applique.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit quatre situations où un montant perdu est réputé continuer d'être utilisé en vue de tirer un revenu de bien.

Lorsque le contribuable a disposé d'un bien pour une contrepartie au moins égale à la juste valeur marchande, la différence entre le solde de l'emprunt à cette date et la contrepartie reçue lors de la vente est considérée comme un emprunt fait pour gagner du revenu (s.-al. 20.1(1)a)(i) L.I.R.). L'autre portion est traitée selon les règles normales.

5.3. RESTRICTION RELATIVEMENT À LA DÉDUCTION DE CERTAINS FRAIS D'INTÉRÊTS (PAR. 18(11) L.I.R.)

Aucune déduction d'intérêt n'est permise relativement à une dette contractée pour :

- une prime versée à un REÉR;
- des cotisations versées à un régime de pension agréé (« RPA ») ou à un régime de participation différée aux bénéfices (« RPDB »), à l'exception des contributions de l'employeur à l'un de ces régimes;
- un compte de stabilisation du revenu;
- un régime provincial de pension visé par règlement (Saskatchewan);
- une cotisation à un REÉÉ;
- une cotisation à un CÉLI.

Lorsqu'un contribuable acquiert un bien contre financement, les intérêts sur cet emprunt cessent d'être déductibles lorsque le bien acquis a été transféré dans un tel régime, et ce, dès le moment du transfert.

5.4. APPROCHE QUÉBÉCOISE À LA DÉDUCTIBILITÉ DES FRAIS DE PLACEMENT

Depuis le Budget du Québec du 30 mars 2004, le Québec a choisi sa propre voie relativement à l'épineuse question de la déductibilité des intérêts dans un contexte de placement. Avec l'inclusion de deux nouvelles définitions aux sous-paragraphes 726.6 1)a.2) et 726.6 1)e) L.I., le Québec a redéfini ce que constituaient des « frais de placement » et un « revenu de placement ». Dorénavant, et dans la déclaration de revenus du Québec seulement, la déductibilité des frais de placement sera limitée aux revenus de placement qui auront été réalisés au cours d'une année d'imposition. Les frais de placement qui ne pourront être déduits dans une année d'imposition donnée pourront être reportés à l'encontre de revenus de placement gagnés dans une des trois années d'imposition précédentes ou dans toute année d'imposition subséquente, et ce, dans la mesure où les revenus de placement gagnés dans l'une ou l'autre de ces années seront supérieurs aux frais qui auront alors été déduits.

Les « frais de placement » comprennent les frais d'administration ou de gestion des placements, les frais de garde des valeurs, les honoraires versés à des conseillers et bien entendu les intérêts payés sur les emprunts contractés pour acquérir des obligations, actions, unités de fonds communs de placement ou de fonds distincts. Par ailleurs, les « revenus de placement » comprennent la valeur majorée (en principe à la suite du Budget 2006,

125 % ou 145 %, rabaissée à 144 % pour 2010) des dividendes de sociétés canadiennes imposables, les intérêts de source canadienne, les revenus bruts de placement étranger, les gains en capital imposables (et non admissibles à l'exemption de gains en capital) et les revenus provenant d'une fiducie. Soulignons que l'inclusion des gains en capital imposables dans la définition de « revenus de placement » représente une brèche importante dans la position traditionnellement tenue par les autorités fiscales relativement aux définitions de « revenu » et de « gain en capital », et qu'une position différente aurait entraîné une double imposition, dans les cas où l'on refuserait la déduction tout en imposant le gain en capital lors de sa réalisation.

Ces nouvelles dispositions ne s'appliqueront pas à l'égard des dépenses d'intérêts engagées pour gagner un revenu d'entreprise ou un revenu provenant de la location d'un bien.

6. FRACTIONNEMENT DU REVENU DE RETRAITE

Une mesure annoncée dans le Budget fédéral de 2007 est le fractionnement du revenu de retraite. Ce mécanisme de fractionnement du revenu de retraite fut annoncé le 31 octobre 2006 dans le cadre de la présentation du Plan d'équité fiscale. Ainsi, depuis 2007, les résidents canadiens qui touchent un revenu admissible donnant droit à un crédit d'impôt pour pension peuvent allouer à leur époux ou conjoint de fait jusqu'à la moitié de ce revenu. La somme ainsi allouée sera déduite du revenu du cédant et sera incluse dans le revenu du cessionnaire. Les deux personnes doivent cependant consentir à l'allocation dans leur déclaration de revenus respective pour l'année en cause.

Dans le cas des particuliers âgés de 65 ans ou plus, le revenu de retraite admissible comprend :

- 1) les paiements de rente viagère prévus par un RPA;
- 2) la rente souscrite au moyen des fonds d'un REÉR.
- 3) les retraits effectués sur un FERR;
- 4) la rente ou les versements échelonnés provenant d'un RPDB;
- 5) le revenu provenant de certains régimes de pension étrangers et de comptes de retraite individuels américains;

- 6) la portion intérêts d'une rente souscrite au moyen de fonds non enregistrés (rente prescrite et non prescrite); et
- 7) les intérêts courus d'un CIG non enregistré souscrit auprès d'une compagnie d'assurances.

Soulignons que le revenu de retraite admissible des particuliers âgés de moins de 65 ans ne comprendrait que les paiements de rente viagère prévus par un RPA. Les revenus de retraite décrits en 2) et 7) peuvent également être considérés comme un revenu de retraite admissible pour les particuliers de moins de 65 ans si les paiements sont reçus à la suite du décès de l'époux ou du conjoint de fait.

Il sera toujours judicieux d'évaluer l'impact d'un tel transfert de fardeau fiscal au conjoint, car celui-ci pourrait entraîner des pertes de crédit d'impôt, ce qui serait plus néfaste que l'impôt économisé par cette technique de fractionnement.

CONCLUSION

L'efficacité fiscale et la répartition d'actifs risque de ne plus suffire pour garantir un revenu à la cohorte qui prendra bientôt sa retraite. En effet, au cours des 20 prochaines années, quelque 10 millions de baby-boomers prendront leur retraite. Selon les chiffres avancés, l'actif de cette tranche de la population atteindra environ 4,7 billions de dollars d'ici 2016³¹.

La question est de savoir s'il faut envisager la retraite avec confiance ou inquiétude. Les règles traditionnelles en matière de placement ne tiennent plus la route une fois que des clients prennent leur retraite.

Les futurs retraités doivent ainsi soigner leur planification en tenant compte des facteurs suivants :

- Risque de longévité : l'allongement de l'espérance de vie fait en sorte que les gens pourraient épuiser leur épargne-retraite. Les clients doivent donc se préparer à une retraite qui durera 25 ans ou plus.
- Risque lié à l'inflation : la hausse du coût des biens et services peut gruger les économies des clients.

³¹ INVESTOR ECONOMICS, « Household Balance Sheet Report, 2008 Statistical Update and Rebased Forecast », p. 100.

- Risque lié à la séquence des rendements : si les clients réalisent de mauvais rendements au début de leur retraite en raison de la volatilité des marchés, leur épargne-retraite pourrait s'épuiser très rapidement.
- Besoin de liquidité : les clients voudront avoir accès à leurs économies pour réaliser des objectifs ou faire face aux dépenses imprévues (soins de santé ou urgences).
- Risque lié au comportement : une étude du comportement des investisseurs menée en 2005 a révélé que lorsque les marchés fléchissent, les épargnants prennent de mauvaises décisions dans 75 % des cas³². Ébranlés par la volatilité des marchés, les investisseurs prennent parfois des décisions irréflechies qui peuvent nuire à leur plan financier.
- Désir de laisser un héritage : plusieurs clients voudront léguer un patrimoine à leurs enfants, et la taille de cet héritage aura une incidence directe sur le montant qu'ils pourront dépenser durant leur retraite.

Des études révèlent que les stratégies de répartition de l'actif ne suffisent pas à garantir la pérennité de l'épargne des retraités³³. Une nouvelle façon de penser doit se développer. Les spécialistes du secteur des services financiers ont longtemps eu pour objectif premier d'aider les clients à se constituer le capital dont ils auront besoin pour vivre une retraite agréable. Toutefois, compte tenu des risques particuliers auxquels les retraités sont aujourd'hui confrontés, il est parfois beaucoup plus difficile de tirer un revenu de son épargne que d'accumuler du capital.

Puisque les gens peuvent désormais s'attendre à vivre au moins 25 ans à la retraite, nous devons maintenant privilégier l'établissement d'une stratégie de revenu de retraite qui leur donnera la tranquillité d'esprit de savoir qu'ils n'épuiseront pas leur épargne-retraite. Les études confirment cette tendance. Selon les résultats d'un sondage mené en 2005 au Canada auprès d'investisseurs fortunés, « en vieillissant, les millionnaires délaissent progressivement les stratégies d'accumulation du capital pour adopter des stratégies leur permettant de protéger leur capital et de produire des revenus »³⁴. Les conseillers qui seront en mesure d'offrir des stratégies de

³² DALBAR, « Quantitative Analysis of Investor Behavior (QAIB), 2005 ».

³³ Moshe A. MILEVSKY et Thomas S. SALISBURY, « Asset Allocation and the Transition to Income: The Importance of Product Allocation in the Retirement Risk Zone », 27 septembre 2006.

³⁴ TADDINGSTONE, « The 2005 Canadian Millionaire Report », p. 7.

revenu de retraite efficaces pourront tirer pleinement profit de cette tendance qui s'accroît.

Devant cette situation, de plus en plus de conseillers commencent à saisir toute l'importance de la répartition par produit. Celle-ci touche d'abord et avant tout les types de produits que souscrivent les retraités, et la façon dont ces produits peuvent interagir pour procurer de la croissance et un revenu garanti à vie. Bien qu'il y ait une foule de produits sur le marché, ils appartiennent tous à l'un des trois groupes suivants : les plans de retraits automatiques (toute forme de placement dont le rendement n'est pas garanti et qui font l'objet de retrait pour subvenir au besoin); les produits de fonds distincts assortis d'une garantie de retrait minimum; et les rentes immédiates. Une combinaison judicieuse de ces types de produits selon le professeur Milevsky permettra au retraité d'éviter de survivre à son épargne.

**TABLE RONDE SUR LA FISCALITÉ DES STRATÉGIES FINANCIÈRES
ET DES INSTRUMENTS FINANCIERS**



Coordonnatrice

Jocelyne Gagnon

Adm.A., AVA, M. Fisc., Pl. Fin.
Le Groupe financier PPI



Paule Gauthier

CA, LL.M. fisc., TEP
RBC Dominion valeurs mobilières inc.



Louise J. Roy

CGA
Agence du revenu du Canada



Robert Duong

Avocat, M. Fisc.
Ministère des Finances Canada



Guy Goulet

CA, M. Fisc.
Agence du revenu du Canada

TABLE DES MATIÈRES

1.	AVANTAGE À L'ACTIONNAIRE ET POLICE D'ASSURANCE VIE DÉTENUE PAR UNE SOCIÉTÉ.....	50:5
2.	DON DU PRODUIT DE VENTE D' ACTIONS ACQUISES PAR EXERCICE D'OPTION	50:7
2.1.	POUR L'AGENCE DU REVENU DU CANADA.....	50:7
2.2.	POUR LE MINISTÈRE DES FINANCES DU CANADA	50:8
3.	APPLICATION DU COÛT MOYEN DANS LE CAS DE L'EXERCICE D'OPTIONS, SUIVI DU DON D' ACTIONS.....	50:9
4.	<i>BULLETIN D'INTERPRÉTATION IT-223 ET</i> DÉDUCTIBILITÉ DE LA PRIME D'ASSURANCE-FRAIS GÉNÉRAUX	50:11
5.	DON D' ACTIONS PAR TESTAMENT	50:13
6.	DON PAR UN FIDUCIAIRE	50:14
7.	MODIFICATIONS PROPOSÉES AUX OPTIONS D' ACHAT D' ACTIONS	50:16
8.	DISPOSITION DE BIENS CENSÉS ÊTRE DÉVOLUS AU CONJOINT SURVIVANT, MAIS EFFECTUÉE PAR LA SUCCESSION D'UN CONTRIBUABLE ET IMPOSITION DU GAIN EN CAPITAL POUR LE DÉCÉDÉ	50:19
9.	CÉLI AU DÉCÈS.....	50:20
10.	APPLICATION DES RÈGLES SUR LE FRACTIONNEMENT DES REVENUS DE PENSION AVANT L'ÂGE DE 65 ANS.....	50:22
11.	ARRANGEMENTS DE MONÉTISATION	50:24
12.	DÉCLARATION DE PLACEMENTS ÉTRANGERS	50:27
13.	ÉPOUX ET CONJOINT DE FAIT, DÉCÈS ET L' IMPORTANTE DIFFÉRENCE ENTRE LE CÉLI ET LE REÉR	50:27
13.1.	POUR L'AGENCE DU REVENU DU CANADA.....	50:27
13.2.	POUR LE MINISTÈRE DES FINANCES DU CANADA	50:29
14.	REÉR OU FERR AU DÉCÈS ET APPLICATION DU PARAGRAPHE 248(23.1) L.I.R. POUR TRANSFERT REÉR	50:31

15. REMBOURSEMENT DE SOMMES PAR UNE SUCCESSION
À L'ÉGARD DE MONTANTS ANTÉRIEUREMENT INCLUS
AUX REVENUS D'UN CONTRIBUABLE DÉCÉDÉ 50:34
16. DÉCÈS D'UN PARTICULIER ET VERSEMENT D'UN
MONTANT FORFAITAIRE À LA SUCCESSION AU TITRE
D'UN RÉGIME DE PENSION AGRÉÉ 50:36
17. SUIVI SUR LES RÉFLEXIONS DU MINISTÈRE DES FINANCES
DU CANADA À L'ÉGARD DE PROBLÈMES SOULEVÉS
L'AN DERNIER 50:39

1. AVANTAGE À L'ACTIONNAIRE ET POLICE D'ASSURANCE VIE DÉTENUE PAR UNE SOCIÉTÉ

Lors de la table ronde présentée à la CALU le 4 mai 2010, la question 2 portait sur l'avantage à l'actionnaire et la détention d'une police d'assurance vie par une société¹. Cette question faisait suite à la question 15 qui avait été posée à cette même table ronde en 2009 dans laquelle l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») précisait un changement de position lorsqu'une police d'assurance est détenue et payée par une filiale qui désigne la société mère à titre de bénéficiaire.

La question comportait 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.

Situation B

La structure est identique à la situation A, mais la filiale est désignée comme bénéficiaire irrévocable et rembourse la prime à Gestion.

Situation C

La structure est différente puisqu'il s'agit de sociétés sœurs. Société 1 et Société 2 sont détenues toutes deux par le même actionnaire, M. A. Société 1 est propriétaire d'une police d'assurance sur la vie de M. A et paie la prime. La Société 2 étant désignée comme bénéficiaire, elle remboursera à la Société 1 le montant de la prime payée.

L'ARC a confirmé que le paragraphe 15(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*² ne s'appliquerait pas dans les situations A et C, toutefois le paragraphe 246(1) L.I.R. pourrait s'appliquer dans la situation A, c'est-à-dire lorsque Gestion désigne sa filiale comme bénéficiaire.

¹ « Table ronde 2010 sur la politique fiscale », dans *CALU Report*, Conference for Advanced Life Underwriting, 4 mai 2010, question 2.

² L.R.C. (1985), 5^e supp., ch. 1 et mod. (« L.I.R. »).

Le paragraphe 246 (1) L.I.R. peut être résumé comme suit :

« [...] lorsqu'une personne (Gestion) confère un avantage (directement ou indirectement de quelque manière que ce soit) à un contribuable (filiale) la valeur de cet avantage doit, dans la mesure où elle n'est pas par ailleurs incluse dans le calcul du revenu, et dans la mesure où elle serait incluse s'il s'agissait d'un paiement que cette personne avait fait directement au contribuable; être incluse dans le calcul du revenu imposable du contribuable pour l'année d'imposition [...]. »

L'ARC peut-elle nous expliquer la raison qui ferait en sorte que la filiale devrait s'imposer sur le montant de la prime, puisque Gestion pourrait tout aussi bien lui verser un montant égal à la prime, sous forme de prêt ou d'injection de capital sans aucune implication fiscale pour la filiale?

En ce qui a trait aux situations B et C, l'ARC mentionne qu'il serait nécessaire d'avoir toute la documentation relativement à ces situations afin de déterminer si le remboursement devrait être inclus dans le revenu de Gestion (situation B) ou Société 1 (situation C) en vertu de l'article 9 ou de l'alinéa 12(1)x) L.I.R. De plus, elle mentionne qu'il n'y aurait pas d'avantage imposable en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R. dans la situation B pour Gestion lorsque le remboursement est inclus dans ses revenus.

L'article 9 L.I.R. prévoit que « 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 ».

Dans la situation B, Gestion est propriétaire, paie la prime et demande à la filiale de lui rembourser ladite prime, puisqu'elle est bénéficiaire du capital-décès. Il nous est difficile de voir comment Gestion pourrait tirer un bénéfice en vertu de cet arrangement, sauf dans le cas où la filiale paierait un montant supérieur au coût de la police. Toutefois, dans ce cas, le bénéfice ne devrait-il pas être imposé en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R.?

Quant à l'alinéa 12(1)x) L.I.R., il a une portée très générale puisqu'il prévoit que les paiements reçus d'une autre personne qui exploite elle-même une entreprise ou qui gagne un revenu de biens, et 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.

Dans le cas où Gestion déduit la prime de la police (si la police était donnée en garantie collatérale tel que le permet l'alinéa 20(1)e.2) L.I.R.), cette disposition pourrait probablement se justifier, mais dans la situation où

la prime ne peut pas être déduite, il en résulterait une double imposition si Gestion devait inclure dans son revenu le remboursement de la prime par sa filiale.

Nous comprenons les inquiétudes de l'ARC selon lesquelles le résultat dans ce genre de scénario peut faire en sorte d'augmenter le compte de dividendes en capital (« CDC ») puisque la société bénéficiaire n'étant pas propriétaire de la police, elle n'a pas de coût de base rajusté (« CBR »). Toutefois, pour empêcher les abus, l'ARC a mentionné à plusieurs reprises que lorsqu'il n'y a pas de raisons d'affaires, la règle générale antiévitement pourrait s'appliquer.

Puisque nous devons conseiller nos clients, l'ARC pourrait-elle préciser sa position et son raisonnement quant à l'application de l'article 9 et de l'alinéa 12(1)x) L.I.R. dans les situations B et C?

Réponse de l'ARC

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.

2. DON DU PRODUIT DE VENTE D'ACTIONS ACQUISES PAR EXERCICE D'OPTION

2.1. POUR L'AGENCE DU REVENU DU CANADA

L'alinéa 110(1)d.01) conjointement avec le paragraphe 110(2.1) L.I.R. permettent de bénéficier d'une déduction pour don lorsque des options d'achat d'actions sont exercées, les actions sous-jacentes sont vendues et le produit de la vente est donné à un organisme de bienfaisance dans les 30 jours de l'exercice des options.

Il peut tout de même se passer un délai entre le moment de l'exercice et le don, qui pourrait être en défaveur de l'organisme de charité.

Pour protéger la valeur du don, certains investisseurs considèrent effectuer une vente à découvert du même nombre d'actions exercées, le même jour que celui de l'exercice des options, et donner le produit de la vente à découvert à l'organisme de charité. La position est fermée lorsque les actions sont reçues à la suite de l'exercice des options.

L'ARC accepterait-elle que le don du produit de la vente à découvert permette au don de se qualifier en vertu de l'alinéa 110(1)d.01) et du paragraphe 110(2.1) L.I.R.?

Réponse de l'ARC

Le paragraphe 110(2.1) L.I.R. énonce les conditions nécessaires pour qu'un contribuable puisse demander une déduction pour don, en vertu de l'alinéa 110(1)d.01) L.I.R., à l'égard du produit de disposition d'un titre constatant une option d'employé.

Parmi ces conditions, le contribuable doit, lorsqu'il lève l'option, demander au courtier ou négociant nommé ou autorisé par la personne admissible visée à cet alinéa de disposer du titre obtenu en vertu de l'option sans délai et de verser la totalité ou une partie du produit de disposition à un donataire reconnu.

Dans la situation décrite dans l'énoncé de la question, l'ARC est d'avis que ces deux conditions ne sont pas remplies. Par conséquent, le contribuable ne pourrait pas se prévaloir des dispositions de l'alinéa 110(1)d.01) ni du paragraphe 110(2.1) L.I.R.

2.2. POUR LE MINISTÈRE DES FINANCES DU CANADA

L'alinéa 110(1)d.01) et le paragraphe 110(2.1) L.I.R. permettent de bénéficier de la déduction pour don lorsque des options d'achat d'actions sont exercées, les actions sous-jacentes sont vendues et le produit donné à un organisme de bienfaisance dans les 30 jours de l'exercice des options.

Il peut tout de même se passer un délai entre le moment de l'exercice et le don, qui pourrait être en défaveur de l'organisme de charité.

Pour protéger la valeur du don, certains investisseurs considèrent effectuer une vente à découvert du même nombre d'actions exercées, le même jour que celui de l'exercice des options, et donner le produit de la vente à découvert à l'organisme de charité. La position est fermée lorsque les actions sont reçues à la suite de l'exercice des options.

Quelles sont les observations du ministère des Finances sur cette situation?

Réponse du ministère des Finances

La législation fiscale doit prévoir des règles d'application générale et ne peut alors s'adapter à chaque situation, particulièrement dans le cas d'incitatifs fiscaux. Bien que des situations peuvent, en totalité ou en partie, être similaires à celles où le gain d'un contribuable pourrait par ailleurs être exempt d'impôt en vertu de l'article 38 ou de l'alinéa 110(1)d.01) L.I.R., ces mesures forment une approche ciblée afin de prêter une aide additionnelle aux donataires reconnus par le biais du régime fiscal. À ce stade, nous n'envisageons pas la possibilité que le gouvernement élargisse la portée de cette mesure afin qu'elle s'applique dans d'autres circonstances.

L'objectif sous-jacent à la déduction prévue à l'alinéa 110(1)d) L.I.R. pour les avantages liés à l'emploi relatifs à une option d'achat d'actions vise à aligner plus étroitement les intérêts des employés d'une entreprise sur ceux de la direction, de manière à accroître la participation des employés et leur productivité. Le Budget 2000 a donné lieu à la déduction prévue à l'alinéa 110(1)d.01) L.I.R. : en vertu de cette déduction, les employés exerçant leurs options d'achat d'actions et donnant les actions sous-jacentes à un organisme de bienfaisance bénéficient d'un traitement fiscal parallèle à celui découlant du taux d'inclusion réduit de gain en capital pour une donation d'un titre coté à une bourse de valeurs en vertu de l'alinéa 38a.1) L.I.R. Une vente à découvert d'actions d'un employeur soulève plusieurs enjeux sur le plan de la politique fiscale, puisqu'une telle situation réduit clairement l'alignement des intérêts d'un employé-investisseur sur ceux des actionnaires.

Les employés désirant se prévaloir de la déduction prévue à l'alinéa 110(1)d.01) L.I.R. doivent remplir les conditions établies par cet alinéa. Les préoccupations liées à l'impact d'une diminution de la valeur des actions sur la diminution de la valeur de la donation peuvent être atténuées si l'employé exerce son option d'achat d'actions et donne immédiatement les actions ou, autrement, vend les actions et fait immédiatement don du produit de disposition.

3. APPLICATION DU COÛT MOYEN DANS LE CAS DE L'EXERCICE D'OPTIONS, SUIVI DU DON D' ACTIONS

Le paragraphe 7(1.31) L.I.R. permet de faire un choix qui a pour conséquence de sortir de la règle du coût moyen qui existe au paragraphe 47(1) L.I.R. lorsqu'une option est exercée, et que l'action acquise par cette

option est disposée à l'intérieur de 30 jours et sous certaines autres conditions. Le paragraphe 7(1.31) L.I.R. se lit comme suit :

« Lorsqu'un contribuable, à un moment donné, acquiert un titre donné aux termes d'une convention mentionnée au paragraphe (1), puis dispose d'un titre identique à ce titre au plus tard le trentième jour suivant le jour qui comprend le moment donné, le titre donné est réputé être le titre dont il est ainsi disposé si, à la fois :

- a) le contribuable ne fait l'acquisition, ni ne dispose, après le moment donné et avant la disposition, d'aucun autre titre qui est identique au titre donné;
- b) il indique, dans la déclaration de revenu qu'il produit en vertu de la présente partie pour l'année de la disposition, que le titre donné est le titre dont il est ainsi disposé;
- c) le titre donné ne fait pas l'objet d'une telle indication, conformément au présent paragraphe, par rapport à la disposition d'un autre titre. »

Nous pensons que cette disposition est élective puisqu'elle requiert une désignation dans la déclaration de revenus en vertu de l'alinéa 7(1.31)b) L.I.R. Un contribuable peut-il ne **pas** désigner les actions et utiliser la méthode du coût moyen dans la situation où les options sont exercées et que les actions sont données à un organisme de bienfaisance à l'intérieur de 30 jours?

Réponse de l'ARC

Les paragraphes 7(1.3) et 7(1.31) L.I.R. précisent l'ordre de disposition de titres acquis dans un contexte d'options d'achat d'actions. Le paragraphe 7(1.31) L.I.R. vise les titres nouvellement acquis. En effet, lorsqu'un contribuable acquiert un titre donné aux termes d'une convention mentionnée au paragraphe 7(1) L.I.R. puis dispose de ce titre au plus tard 30 jours après son acquisition, le titre donné est réputé être le titre dont il a disposé si certaines conditions sont réunies. L'une de ces conditions est que le contribuable indique dans sa déclaration de revenus que le titre donné est le titre dont il a disposé. L'ARC est d'avis qu'un contribuable n'est pas obligé de faire cette indication dans sa déclaration, et ce, même s'il respecte les autres conditions du paragraphe 7(1.31) L.I.R.

Toutefois, lorsqu'un contribuable ne fait pas cette indication dans sa déclaration, c'est le paragraphe 7(1.3) L.I.R. qui établira l'ordre de disposition des titres qui sont des biens identiques. Ce paragraphe s'applique notamment à l'alinéa 110(1)d.01) L.I.R. et au paragraphe 110(2.1) L.I.R.

Le ministère des Finances commente ainsi l'application du paragraphe 7(1.3) L.I.R. à l'alinéa 110(1)d.01) et au paragraphe 110(2.1) L.I.R. en mentionnant ceci :

« Le fait d'étendre l'application du paragraphe 7(1.3) à ces dispositions [alinéa 110(1)d.01 L.I.R. et paragraphe 110(2.1) L.I.R.] permet de veiller à ce que, si le contribuable détient des titres identiques et si le paragraphe 7(1.31) ne s'applique pas, il est possible de déterminer celui de ces titres dont il est disposé et, par conséquent, si les conditions d'admissibilité à la déduction ont été satisfaites³. »

Afin de pouvoir bénéficier de la déduction de l'alinéa 110(1)d.01) L.I.R., le don doit être fait au cours de l'année où le contribuable a acquis le titre et au plus tard le trentième jour suivant le jour de cette acquisition. Or, selon le paragraphe 7(1.3) L.I.R., un contribuable est réputé disposer de titres qui sont des biens identiques dans l'ordre où il les a acquis. Cette règle correspond à la règle du premier entré, premier sorti⁴. De plus, les alinéas 7(1.3)a) et b) L.I.R. comportent des présomptions en ce qui a trait au moment de l'acquisition de ces titres. En outre, selon l'alinéa 7(1.3)a) L.I.R., « le 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 »⁵. Selon les circonstances, l'application des présomptions du paragraphe 7(1.3) L.I.R. pourrait faire en sorte que l'exigence de l'alinéa 110(1)d.01) L.I.R. en ce qui a trait à l'acquisition des titres dans l'année de la disposition ne soit pas respectée. Il pourrait en être autrement si l'indication en vertu de l'alinéa 7(1.31)b) L.I.R. avait été faite dans la déclaration de revenus du contribuable pour l'année de la disposition.

4. BULLETIN D'INTERPRÉTATION IT-223 ET DÉDUCTIBILITÉ DE LA PRIME D'ASSURANCE-FRAIS GÉNÉRAUX

L'ARC a émis le commentaire suivant dans le *Bulletin d'interprétation* IT-223 :

« Une police d'assurance-frais généraux engage généralement l'assureur à rembourser à l'assuré certains types de dépenses seulement, souvent jusqu'à concurrence d'une somme maximale (soit périodique, soit absolue) précisée dans la police. Dans le cas où la police d'assurance-frais généraux stipule que

³ CANADA, ministère des Finances, *Notes explicatives concernant l'impôt sur le revenu*, paragraphe 7(1.3), 16 mars 2001.

⁴ *Id.*

⁵ *Id.*

rien ne sera payé en vertu de la police en sus du montant des frais généraux réellement engagés ou payés par l'assuré durant sa période d'invalidité, la prime sera admise comme dépense d'entreprise et toutes prestations reçues en vertu de la police seront incluses dans le revenu⁶. »

Le *Bulletin d'interprétation* IT-223 a été archivé le 8 janvier 2003.

Dans une récente interprétation technique, la Direction des décisions en impôt a transmis des commentaires sur une situation factuelle, qui pourraient être interprétés comme un assouplissement dans la position de l'ARC quant à la déductibilité des primes d'une telle police d'assurance-frais généraux contre des revenus d'entreprise.

En effet, en réponse à la question de savoir si la différence entre l'indemnisation maximale totale reçue d'un assureur et les frais de bureau réellement engagés au cours de la période maximale d'indemnisation sont imposables, les commentaires suivants ont été émis :

« En l'espèce, nous sommes d'avis que la différence entre l'indemnisation maximale totale reçue de votre assureur et les frais de bureau que vous avez réellement engagés au cours de la période maximale d'indemnisation doit être incluse dans le calcul de votre revenu en vertu du paragraphe 9(1). Par ailleurs, les primes payées à l'égard de la police d'assurance-invalidité sont déductibles dans le calcul de votre revenu tiré d'une entreprise, et ce, pour l'année dans laquelle les primes sont payées⁷. »

- 1) Pourriez-vous préciser la position de l'ARC quant à la déductibilité des primes payées pour une assurance « frais généraux » et plus précisément nous mentionner :
 - a) si le fait que la police d'assurance-frais généraux « stipule que rien ne sera payé en vertu de la police en sus du montant des frais généraux réellement engagés ou payés par l'assuré » constitue une condition à la déductibilité des primes?
 - b) si, quand la police stipule que des montants peuvent être payés en sus du montant des frais généraux réellement engagés, la prime peut tout de même être déductible, en tout ou en partie?

⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-223 (archivé), « Assurance-frais généraux vs. l'assurance-revenu », 26 mai 1975, par. 2.

⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2009-033769, 8 février 2010.

- c) s'il existe d'autres critères ou conditions touchant la déductibilité des primes d'assurance-frais généraux?
- 2) Pourriez-vous préciser si la position de l'ARC a été modifiée par rapport à celle qui avait cours lors de la rédaction du *Bulletin d'interprétation* IT-223 et pour quel motif le bulletin a-t-il été archivé?

Réponse de l'ARC

La position énoncée au *Bulletin d'interprétation* IT-223 représente généralement l'opinion de l'ARC concernant l'imposition des prestations reçues en vertu d'une police d'assurance-frais généraux. Il en est de même à l'égard de la déduction des primes. Ce bulletin a été archivé parce qu'il était peu consulté et qu'il traite d'une question très spécifique.

Tel qu'il est mentionné au paragraphe 4 du bulletin, lorsqu'une police couvre d'autres risques en plus des frais généraux, la prime pour la portion « assurance-frais généraux » de la police sera déductible comme il est énoncé au paragraphe 2, pourvu que le contribuable produise toutes les pièces nécessaires à la détermination de cette partie de la police.

Un contribuable ou son représentant doit faire preuve d'une très grande prudence lorsqu'il se réfère à une lettre d'interprétation technique car elle comporte ses propres limites. Nos opinions ne sont pas rédigées de façon à couvrir toutes les circonstances ou situations possibles. De même, les dispositions législatives ou les politiques qui y sont traitées peuvent ne plus être applicables. De plus, il n'existe pas de mécanisme pour mettre à jour ou révoquer les opinions qui y sont énoncées.

L'opinion à laquelle vous vous référez a été rendue sous réserve des limites que nous venons d'énumérer et des conditions qui sont indiquées dans l'opinion. Tel qu'il y est mentionné, nous avons présumé que les prestations étaient destinées à couvrir les frais généraux. On y a ajouté que l'assurance dont le contribuable était bénéficiaire devait être distinguée de l'assurance-revenu qui protège contre la perte de revenu.

5. DON D'ACTIONS PAR TESTAMENT

Est-ce qu'un don d'actions pourrait se qualifier de don par testament aux fins du paragraphe 118.1(5) L.I.R. lorsque le testament est rédigé de façon que des actions ayant un gain en capital latent soient données à un organisme de bienfaisance enregistré pour bénéficier de l'exemption prévue à l'alinéa

38a.1) L.I.R., si le montant du don doit être déterminé de façon à éliminer les impôts du décédé?

Votre réponse serait-elle la même si le testament prévoyait plutôt que le montant du don doit être déterminé de façon à éliminer les impôts du décédé sur le gain en capital relatif à ces actions seulement?

Réponse de l'ARC

La question de savoir si un don a été fait ou non par testament est une question mixte de droit et de fait qui doit être résolue à la lumière de tous les faits pertinents. Il faut, notamment, tenir compte des termes du testament et du droit privé applicable. En outre, le testament doit exiger du liquidateur ou du représentant légal du décédé qu'il remette les biens légués au légataire désigné.

L'ARC est aussi d'avis qu'un don dont le montant est laissé à la discrétion du liquidateur ou du représentant légal du décédé n'est pas un don fait par testament. De plus, lorsque le montant du don ne peut pas être établi, aucune déduction pour don ne sera accordée à l'égard du don.

6. DON PAR UN FIDUCIAIRE

En présumant la constitution d'une fiducie testamentaire au profit du conjoint, le testateur pourrait-il autoriser les fiduciaires à faire des dons de bienfaisance, après le décès de l'époux ou du conjoint de fait, à même le capital de la fiducie? Dans cette situation, est-ce que la fiducie pourrait réclamer le crédit d'impôt pour dons de bienfaisance contre l'impôt déclenché dans la fiducie par suite du décès de l'époux ou du conjoint de fait, avant de distribuer le solde du capital de la fiducie aux bénéficiaires du capital, et ce, sans avoir de répercussions sur le statut de fiducie au profit du conjoint (au sens du paragraphe 70(6) L.I.R.) de la fiducie en question?

Réponse de l'ARC

Les conséquences fiscales d'une donation testamentaire à un organisme de bienfaisance enregistré (ou autre donataire reconnu) dépendent généralement des dispositions stipulées dans le testament du défunt. Au moment où une somme est remise à un organisme de bienfaisance enregistré (ou autre donataire reconnu) et qu'elle est un don par testament en vertu du paragraphe 118.1(5) L.I.R., le particulier qui a fait ce don est réputé, aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'avoir fait immédiatement avant son décès. Dans ces circonstances, un crédit d'impôt pour dons pourra alors être

réclamé dans la déclaration finale du décédé (« Déclaration de revenus et de prestations » (T1)). Dans l'éventualité où le crédit d'impôt pour dons ne peut pas être réclamé dans la déclaration finale, le don sera réputé être fait dans l'année d'imposition précédant l'année du décès. Aucun crédit d'impôt pour dons relativement à un don par testament ne peut être réclamé dans une « Déclaration de renseignements et de revenus des fiducies » (T3).

Dans certaines circonstances, les termes d'un testament démontrent l'intention de créer une fiducie testamentaire qui est une fiducie au profit de l'époux ou du conjoint de fait (« fiducie au profit du conjoint ») et qui prévoient que lors du décès de l'époux ou du conjoint de fait, le résidu des biens sera distribué à un organisme de bienfaisance enregistré (ou autre donataire reconnu). Pour établir les conséquences fiscales d'un tel don de bienfaisance, il faudra déterminer si ce qui est donné au moment du décès du testateur représente le don d'une participation résiduelle dans une fiducie qui peut raisonnablement se qualifier de don par testament. En général, lorsque les termes d'un testament obligent le fiduciaire à faire un don à un organisme de bienfaisance soit d'un bien spécifique, soit d'un montant précis ou d'un pourcentage précis du résidu d'une fiducie, ce don sera, une fois complété, un don par testament d'une participation résiduelle dans une fiducie au profit du conjoint. Ce don ne sera pas celui de la fiducie au profit du conjoint et celle-ci ne pourra pas réclamer le crédit d'impôt pour dons.

Dans la situation où les termes du testament démontrent clairement l'intention de donner mais confèrent au fiduciaire une quelconque discrétion relativement au don, nous sommes d'avis que la question de savoir si une distribution de bien effectuée par une fiducie à un organisme de bienfaisance est un don par testament est une question de fait.

Lorsque l'acte de fiducie laisse clairement au fiduciaire le pouvoir de faire ou non un don à un organisme de bienfaisance enregistré (ou autre donataire reconnu) et qu'il est clair que le don est effectué après le décès de l'époux ou du conjoint de fait, l'ARC a comme pratique d'autoriser la déduction d'un crédit d'impôt pour dons à la fiducie au profit du conjoint relativement à ce don. Généralement, le produit de disposition du bien donné pour la fiducie est la juste valeur marchande (« JVM ») de ce bien, à moins qu'un choix valable soit effectué en vertu du paragraphe 118.1(6) L.I.R. Le fait que le fiduciaire ait le pouvoir de faire un don à un organisme de bienfaisance enregistré (ou autre donataire reconnu) après le décès de l'époux ou conjoint de fait n'empêchera pas la fiducie de se qualifier de fiducie au profit du conjoint si les conditions suivantes sont réunies : le testament prévoit que l'époux ou le conjoint de fait du contribuable, sa vie durant, a droit à tous les revenus de la fiducie et il prévoit aussi que nulle

autre personne que l'époux ou le conjoint de fait ne peut, avant le décès de l'époux ou du conjoint de fait, recevoir ou obtenir de toute autre façon l'usage de toute partie du revenu ou du capital de la fiducie.

Selon la définition du paragraphe 118.1(1) L.I.R., le « total des dons de bienfaisance » d'un particulier pour une année d'imposition comprend les dons qu'il a faits au cours de l'année ou d'une des cinq années d'imposition précédentes. Ainsi, la fiducie pourrait réclamer le crédit d'impôt pour dons relatif auxdits dons dans la même année où elle réalise un gain en capital en conséquence du décès de l'époux ou du conjoint de fait seulement si le don est complété (c'est-à-dire délivré et accepté par l'organisme de bienfaisance) après le décès de l'époux ou du conjoint de fait et avant la fin de l'année d'imposition de la fiducie.

7. MODIFICATIONS PROPOSÉES AUX OPTIONS D'ACHAT D'ACTIONS

Le Budget fédéral de 2010⁸ propose certaines mesures concernant le traitement fiscal des options d'achat d'actions des employés.

En vertu des règles générales, l'avantage qui survient lorsqu'un employé acquiert des titres aux termes d'une convention d'option d'achat d'actions est un revenu d'emploi aux fins de l'impôt. À la suite de l'acquisition de ces titres, toute variation de la valeur des titres est considérée séparément comme un gain ou une perte en capital au moment de la disposition du titre.

Dans le cas d'une société privée sous contrôle canadien (« SPCC »), l'inclusion de l'avantage imposable relatif à l'emploi est reportée jusqu'à la disposition des titres visés par l'option d'achat d'actions.

De même, dans certaines circonstances, l'employé d'une société publique peut présenter un choix en vue de reporter l'inclusion de l'avantage imposable relatif à l'emploi jusqu'à la disposition des titres visés par l'option d'achat d'actions.

Le budget fédéral a reconnu que si l'employé choisit de reporter l'inclusion de l'avantage imposable et que la valeur des titres visés par l'option d'achat d'actions diminue, les produits de disposition pourraient être insuffisants pour couvrir l'impôt à payer par l'employé sur le montant de l'avantage imposable. Cette situation pourrait poser des difficultés financières pour plusieurs contribuables.

⁸ CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2010*, 4 mars 2010.

En conséquence, le Budget 2010 propose un allègement aux contribuables qui ont vu la valeur des titres visés par les options d'achat d'actions diminuer au point où elle est inférieure à l'impôt à payer sur la valeur de l'avantage imposable tel qu'il est calculé au moment de l'acquisition de ces titres. Plus précisément, le ministre des Finances propose d'instaurer un choix accordant un traitement fiscal spécial pour les contribuables qui ont choisi, en vertu du paragraphe 7(10) L.I.R., de reporter l'imposition de leurs avantages imposables jusqu'à la disposition des titres visés.

En général, le budget propose, pour toute année au cours de laquelle un contribuable doit inclure dans son revenu le montant d'un avantage en vertu de l'article 7 L.I.R., que le contribuable pourra faire le choix de payer un impôt spécial d'un montant égal aux produits de disposition de titres visés.

Selon le texte de l'article 29 de l'*Avis de motion de voies et moyens*⁹, cet allègement spécial s'applique seulement aux contribuables qui ont fait le choix prévu au paragraphe 7(10) L.I.R.

Les conditions pour l'application de l'allègement spécial excluent certains cas qui nous semblent présenter des considérations identiques. Plus précisément, l'allègement proposé ne s'appliquerait pas aux employés d'une SPCC en général ou d'une SPCC qui est devenue une société publique subséquemment à l'exercice des options d'achat d'actions par les employés. Dans ce cas, si la valeur des titres visés par l'option d'achat d'actions diminue, l'employé ne pourrait pas se prévaloir de l'allègement proposé, car il n'a pas fait le choix en vertu du paragraphe 7(10) L.I.R.

Il nous semble que les employés d'une SPCC ou d'une ancienne SPCC seront assujettis aux difficultés financières analogues à celles subies par les employés des sociétés publiques.

Nous aimerions savoir si le ministère des Finances a voulu exclure les employés d'une SPCC ou d'une ancienne SPCC du libellé de l'allègement proposé et quelles sont les raisons de cette décision?

Réponse du ministère des Finances

Le Budget 2010 a annoncé une mesure spéciale et temporaire afin d'accorder un allègement aux contribuables ayant fait le choix prévu au

⁹ *Id.*, Annexe 5.

paragraphe 7(8) L.I.R. de reporter l'impôt sur le revenu relatif aux options d'achat d'actions (lequel choix a été établi par le Budget 2000), et qui ont éprouvé des difficultés financières causées par une chute de la valeur des titres visés par l'option au point que la valeur de ces titres est inférieure au montant de l'impôt payable relatif à l'avantage relatif à l'option d'achat ayant fait l'objet du report. Par ailleurs, selon le Projet de loi C-47 déposé à la Chambre des communes le 30 septembre 2010, le paragraphe 7(8) L.I.R. et les règles y relatives seront abrogées pour éviter que des situations similaires puissent survenir de nouveau.

Cet allègement spécial cible les options d'achat d'actions de sociétés n'étant pas des SPCC. Dorénavant, le régime applicable aux options d'achat d'actions de sociétés n'étant pas des SPCC est différent de celui applicable aux SPCC. Dans le premier cas, l'avantage lié à l'emploi est imposable dans l'année où l'employé acquiert les titres visés par l'option (à moins que l'employé fasse le choix prévu au paragraphe 7(8) L.I.R.) et toute variation subséquente de la valeur des titres sous-jacents fera l'objet d'un traitement fiscal distinct à titre de gain ou de perte lors de la disposition de ces titres.

Dans le cas des SPCC, l'avantage lié à l'emploi est imposable dans l'année où l'employé dispose des titres sous-jacents à l'option d'achat d'actions en vertu du paragraphe 7(1) L.I.R. Cette règle vise à accorder un régime fiscal préférentiel aux SPCC et leurs employés par rapport au régime applicable aux employés de sociétés cotées en Bourse. Permettre un allègement spécial tout en accordant le choix de reporter l'impôt sur le revenu relatif à un avantage lié à l'emploi serait incompatible avec l'objectif de cet allègement fiscal. Cet allègement spécial, prévu au nouvel article 180.01 L.I.R. (inclus dans le Projet de loi C-47 mentionné plus haut) est une mesure temporaire ciblée envers des situations inhabituelles. En vertu de cette mesure, les conséquences fiscales habituelles relatives à l'avantage lié à l'emploi sont mises de côté et remplacées par un traitement fiscal au titre de gains en capital lors de la disposition. Une conversion de cette mesure temporaire en une mesure permanente dans le régime fiscal à l'égard des actions de SPCC aurait comme conséquence de donner le choix aux contribuables d'annuler les conséquences fiscales prévues par l'article 7 L.I.R.

La valeur des actions de SPCC est habituellement moins volatile que la valeur des actions de sociétés cotées en Bourse (particulièrement dans le secteur des technologies de pointe où ce type de situation est plus courant). Par ailleurs, les actions d'une SPCC acquises à un moment donné et vendues ultérieurement à perte peuvent très souvent être admissibles à une déduction pour pertes au titre de placements d'entreprise (« PTPE »). Dans ce cas, une

PTPE peut être appliquée contre l'avantage lié à l'emploi relatif à une option d'achat d'actions inclus dans le calcul du revenu.

8. DISPOSITION DE BIENS CENSÉS ÊTRE DÉVOLUS AU CONJOINT SURVIVANT, MAIS EFFECTUÉE PAR LA SUCCESSION D'UN CONTRIBUABLE ET IMPOSITION DU GAIN EN CAPITAL POUR LE DÉCÉDÉ

Un contribuable décède et sa conjointe est légataire universelle de ses biens et liquidatrice avec une autre personne. Au moment du décès, le contribuable possédait 1 000 actions d'une société publique ayant une JVM de 50 000 \$ et un prix de base rajusté de 10 000 \$. La conjointe a accepté la succession sans autre formalité. Cependant, dans le cadre du règlement de la succession, les liquidateurs procèdent à la vente d'une partie des actions de la société pour payer les dettes de la succession telles que les dettes du défunt et les charges de la succession.

Dans le cas où le liquidateur de la succession vend une partie des actions léguées par testament à la conjointe pour payer les dettes du défunt, est-ce que les actions seront admissibles au roulement prévu au paragraphe 70(6) L.I.R.?

Réponse de l'ARC

Le roulement d'un bien au bénéfice du conjoint est prévu au paragraphe 70(6) L.I.R. et représente une exception à la règle de la disposition réputée à la JVM des immobilisations du contribuable décédé. Pour bénéficier d'un roulement, un ensemble de conditions doivent être respectées, notamment le bien du défunt doit avoir été dévolu irrévocablement en faveur du conjoint dans un délai de 36 mois suivant le décès du contribuable.

En l'espèce, lorsque des liquidateurs de la succession vendent des biens légués pour payer, entres autres, les dettes du défunt ou pour assumer les charges de la succession, nous sommes d'avis qu'il n'y aurait pas de dévolution irrévocable. Nous considérons que les légataires doivent pouvoir recevoir éventuellement leurs legs pour conclure à l'irrévocabilité de la dévolution. Selon les faits décrits ci-dessus, les actions n'ont jamais été transférées à la conjointe, celles-ci ayant été vendues au préalable par les liquidateurs. Par conséquent, nous sommes d'avis qu'une condition d'application du paragraphe 70(6) L.I.R. n'est pas respectée. Ainsi, le paragraphe 70(5) L.I.R. doit s'appliquer à l'égard de ces actions vendues par les liquidateurs.

9. CÉLI AU DÉCÈS

Au décès d'un particulier titulaire d'un compte d'épargne libre d'impôt (« CÉLI »), il existe deux possibilités afin de transférer les sommes du CÉLI à celui du conjoint survivant.

Premièrement, le conjoint survivant peut être désigné à titre de titulaire subrogé du CÉLI en application de l'alinéa b) de la définition de « titulaire » au paragraphe 146.4(1) L.I.R. Dans ce cas, il y a continuité du CÉLI immédiatement après le décès du premier titulaire.

Deuxièmement, le survivant peut désigner et transférer dans son propre CÉLI un montant correspondant au maximum à la JVM du CÉLI du défunt au jour de son décès, en application de la définition de « cotisation exclue » au paragraphe 207.01(1) L.I.R.

Cette désignation n'est cependant possible que si les conditions suivantes sont réunies :

- a) le transfert a lieu pendant la « période de roulement » (soit avant le 31 décembre de l'année suivant le décès du titulaire);
- b) le survivant doit produire, dans les 30 jours de la date de versement de la cotisation à son CÉLI, le Formulaire RC240 afin de désigner cette cotisation comme « cotisation exclue »;
- c) le défunt n'avait pas d'excédent CÉLI immédiatement avant son décès;
- d) un seul survivant reçoit un paiement du CÉLI du défunt.

Cependant, on notera qu'il est à la discrétion du ministre du Revenu national d'accepter la cotisation comme exclue pour les conditions c) et d).

- 1) La première possibilité de transfert est relativement limitée, c'est-à-dire qu'elle ne vise que les survivants du premier titulaire (et non pas tout éventuel conjoint titulaire remplaçant). De plus, au Québec, il n'est présentement possible de nommer un titulaire subrogé que dans un CÉLI-contrat de rente.

Compte tenu de ces difficultés, le ministère des Finances pourrait-il se pencher sur la possibilité d'alléger le processus de roulement de la façon suivante :

- a) Allonger le délai de 30 jours pour la production du Formulaire RC240;
 - b) Permettre un choix tardif pour la production du Formulaire RC240;
 - c) Retirer la condition selon laquelle une cotisation excédentaire enlève la possibilité du roulement (sauf discrétion ministérielle)?
- 2) La deuxième possibilité de roulement au CÉLI du conjoint survivant limite le transfert à la JVM du CÉLI au moment du décès. Cela constitue un manque d'harmonie entre les deux méthodes de roulement. D'ailleurs dans le cas des régimes enregistrés d'épargne-retraite (« REÉR »), ce manque fut comblé par l'insertion de la notion de « montant libéré d'impôt » et du rajustement prévu au paragraphe 146(8.9) L.I.R. qui permet le roulement de la plus-value entre le jour du décès et le 31 décembre de l'année qui suit l'année du décès. Est-ce que le Ministère pourrait envisager d'ajouter une mesure équivalente pour le CÉLI?

Réponses du ministère des Finances

- 1) Les sous-questions 1a) et 1b) portant sur la prolongation du délai de 30 jours et la possibilité de produire tardivement le Formulaire RC240 relèvent de la responsabilité de l'ARC d'administrer la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cela étant dit, la décision d'établir un délai de 30 jours à l'intérieur duquel doit être faite une désignation en vertu de l'alinéa c) de la définition « cotisation exclue » se fonde sur la présomption que cette désignation serait habituellement faite au moment même de la contribution, puisque le survivant et l'émetteur devraient vraisemblablement avoir en main tous les renseignements nécessaires à ce moment pour faire cette désignation. Par conséquent, le délai de 30 jours s'avère approprié dans les circonstances.

Concernant la sous-question 1c) ci-dessus, l'alinéa d)(iii) de la définition de « cotisation exclue » à l'article 207.01 L.I.R. accorde au ministre du Revenu national un pouvoir discrétionnaire, dans les circonstances mentionnées à cette définition, afin de s'assurer que les situations impliquant un excédent CÉLI fassent l'objet d'une vérification adéquate. En l'absence de cette règle, les contribuables pourraient tirer avantage du roulement de CÉLI même dans les cas impliquant une cotisation CÉLI excédentaire significative. Sur le plan de la politique fiscale et de l'administration fiscale, une situation impliquant un excédent CÉLI d'un défunt titulaire d'un CÉLI devrait être rectifiée avant qu'un roulement survienne au bénéfice du survivant. Ainsi, le ministère des Finances est

d'avis que la condition en vertu de laquelle une cotisation exclue est réputée égale à zéro en présence d'un excédent CÉLI dans le compte du défunt immédiatement avant son décès (à moins que le ministre du Revenu national n'en décide autrement) doit être maintenue.

- 2) Les règles régissant les transferts au décès d'un rentier dans le cas des REÉR sont compliquées, tant dans l'interprétation de la loi que dans son application, et, dans certains cas, risquent d'entraîner des résultats anormaux.

Le régime CÉLI est un régime simple, souple d'usage, créé pour permettre aux Canadiennes et Canadiens d'épargner et de gagner un revenu de placement libre d'impôt. Le mécanisme différent du « roulement » au décès du titulaire d'un CÉLI existe afin de simplifier et de faciliter le transfert des fonds du CÉLI du titulaire au survivant lors du décès de celui-ci et d'assurer que ce transfert se fasse dans des délais opportuns tout en préservant le caractère « libre d'impôt » des fonds au CÉLI.

Par conséquent, le Ministère estime que les règles actuelles concernant les CÉLI sont appropriées, voire nécessaires pour appuyer la politique qui sous-tend cet instrument d'épargne.

10. APPLICATION DES RÈGLES SUR LE FRACTIONNEMENT DES REVENUS DE PENSION AVANT L'ÂGE DE 65 ANS

Actuellement, en vertu de l'article 60.03 et du paragraphe 118(7) L.I.R., seules les rentes provenant directement d'un régime de retraite ou celles versées à la suite du décès du conjoint peuvent faire l'objet d'un fractionnement fiscal lorsque le rentier n'a pas atteint l'âge de 65 ans.

Compte tenu de l'importance croissante des régimes personnels (REÉR, fonds enregistré de revenu de retraite (« FERR »), etc.) par rapport aux régimes de retraite traditionnels (régime de pension agréé (« RPA »)), nous constatons que l'application des dispositions actuelles relatives au fractionnement des revenus de pension entraînerait une iniquité grandissante au détriment de nombreux travailleurs qui n'auraient pas bénéficié d'un régime de retraite de l'employeur.

Par ailleurs, dans le cas d'anciens participants à des régimes de retraite qui ont procédé au transfert de la valeur actualisée de leur fonds de pension vers un régime individuel (compte de retraite immobilisé (« CRI »), REÉR immobilisé, etc.), l'exclusion des revenus provenant de ces régimes

cessionnaires dans la définition de revenu de pension déterminé pour les personnes de moins de 65 ans démontre de façon plus évidente le traitement inégal dont ces dernières font l'objet.

- 1) Le ministère des Finances pourrait-il considérer l'uniformisation des règles applicables au fractionnement du revenu de pension en abolissant le critère de 65 ans pour les revenus provenant d'un FERR?

Pour éviter les abus, le Ministère pourrait limiter cet allègement à la seule partie du FERR représentée par le retrait minimum annuel. De cette façon, le montant admissible au fractionnement s'apparenterait davantage au montant de la rente provenant d'un RPA.

- 2) À tout le moins, le ministère des Finances pourrait-il envisager l'élargissement de la liste des revenus admissibles au fractionnement avant l'âge de 65 ans pour y inclure les revenus provenant des régimes viagers, tels les REÉR immobilisés et les CRI (au Québec), dont la source originelle des fonds est un RPA?

Réponse du ministère des Finances

Le critère relatif à l'âge de 65 ans concernant les revenus provenant des REÉR, les FERR et les fonds de revenu viager (« FRV ») vise à cibler le fractionnement de revenu de pension aux particuliers retraités qui reçoivent des revenus de pension sur une base régulière et périodique. En vertu des REÉR, FERR et FRV, les particuliers peuvent généralement exercer un contrôle étendu quant au moment et au montant des retraits de revenus de ces régimes. En vertu des RPA d'employeurs, les particuliers recevant des revenus de pension annuels ont peu de contrôle sur le moment ou le montant des versements.

En l'absence du critère d'admissibilité fondé sur l'âge de 65 ans, plusieurs particuliers n'étant pas retraités pourraient tirer un avantage fiscal significatif bien avant l'âge de 65 ans en retirant annuellement des sommes se qualifiant de revenus provenant de leurs REÉR, FERR ou FRV.

À titre d'illustration, un particulier en âge de travailler pourrait verser une partie de son revenu gagné à son REÉR, réclamer une déduction pour ce versement, et s'organiser afin de retirer ce même versement à titre de revenu provenant de son REÉR ou FERR, et ce, uniquement pour réduire l'impôt sur le revenu payable sur son revenu gagné par le biais du fractionnement de revenu de pension (et du crédit d'impôt pour revenu de pension). Cela

procurerait alors un avantage fiscal substantiel pour des revenus qui ne sont pas réellement des revenus de retraite.

De même, les particuliers ayant moins de 65 ans pourraient recevoir des revenus provenant de FRV par le biais de diverses mesures de déblocage prévues en vertu des normes de pension des lois provinciales, ou pourraient demander annuellement divers retraits du FRV, et réaliser des avantages fiscaux grâce au fractionnement du revenu de pension pour les revenus provenant de FRV alors que ces montants ne s'assimilent pas à des versements de pensions périodiques.

Le résultat découlant de ces exemples va à l'encontre de la politique fiscale, laquelle vise à accorder un allègement fiscal pour des flux réguliers de revenus de retraite.

Par ailleurs, les règles fiscales permettent le fractionnement de revenu de pension (et accordant le crédit d'impôt pour revenu de pension) pour les particuliers qui reçoivent un revenu de pension d'un RPA d'un employeur avant l'âge de 65 ans, en raison de la plus grande probabilité qu'un tel revenu soit versé par l'administrateur du régime à des fins réelles de pension. L'administrateur du régime a la responsabilité de s'assurer que les versements débiteront à l'âge approprié en vertu du régime, conformément aux normes de pensions établies par la loi et aux règles fiscales. Les membres de RPA ont généralement peu de contrôle concernant le montant des prestations de pension et le moment de leur versement, hormis la décision de prendre leur retraite dès leur admissibilité selon l'âge en vertu des modalités du régime de pension. Par conséquent, il existe une plus grande certitude voulant que les versements réguliers et périodiques de revenus de pension soient véritablement effectués pour des raisons liées à la retraite ou à la pension et que les avantages fiscaux soient adéquatement ciblés.

11. ARRANGEMENTS DE MONÉTISATION

La Direction des décisions en impôt a déjà émis des lettres de décisions anticipées concernant des arrangements de monétisation d'actions de sociétés publiques.

Les opérations projetées dans certaines lettres de décisions anticipées¹⁰ impliquaient l'émission de débentures échangeables.

Les opérations projetées dans une lettre de décisions anticipées¹¹ comportaient une combinaison d'un contrat à terme et d'un prêt.

Lors de la table ronde de l'ARC au Congrès 2009 de l'Association canadienne d'études fiscales¹², l'ARC a mentionné qu'elle avait changé sa position concernant l'application de l'alinéa 20(1)f L.I.R. aux débentures échangeables. La nouvelle position est que l'appréciation du principal d'une débenture au-delà de sa valeur nominale n'est pas déductible en vertu de l'alinéa 20(1)f L.I.R. Le changement de position de l'ARC sera administré de manière prospective, pour les débentures émises le ou après le 1^{er} janvier 2010. À cet égard, une débenture émise avant le 1^{er} janvier 2010 mais modifiée le 1^{er} janvier 2010 ou après cette date sera considérée avoir été émise le ou après le 1^{er} janvier 2010.

À la suite de ce changement de position, il ressort qu'il n'est plus possible en pratique de procéder à des arrangements de monétisation avec des débentures échangeables.

Est-ce que la position de l'ARC est toujours la même en ce qui concerne les arrangements de monétisation d'actions de sociétés publiques tel que cela est décrit dans le document 2007-0246461R3 et comportant une combinaison d'un contrat à terme et d'un prêt?

Réponse de l'ARC

La Direction des décisions en impôt a récemment refusé d'émettre une lettre de décisions anticipées à l'égard d'un arrangement de monétisation comportant une série d'opérations projetées similaire à la série d'opérations projetées décrite dans le document 2007-0246461R3.

¹⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, décisions anticipées 9719413, 2 décembre 1998, 9809643, 2 décembre 1998 et 1999-0008753, 7 février 2001.

¹¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, décision anticipée 2007-0246461R3, 7 novembre 2007, modifié par le document 2008-0276821R3, 3 septembre 2008.

¹² « Table ronde de l'Agence du revenu du Canada », dans *2009 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2010, question 10.

La décision F. rendue dans le document 2007-0246461R3 veut que les montants qui seront payés ou reçus par les sociétés à la suite du règlement des obligations ou des droits découlant du contrat à terme soient au titre du capital.

Nous sommes maintenant d'avis que le rendement qui était intégré dans le contrat à terme (par une augmentation du cours de référence) constituerait du revenu plutôt que du capital. Il convient de noter que le contrat qualifié à titre de contrat à terme dans le document 2007-0246461R3 nous apparaît maintenant être plutôt comme un *swap* d'équité.

À notre avis, lorsqu'un arrangement de monétisation comporte un rendement calculé comme des intérêts et intégré dans le contrat à terme, ledit rendement a en général pour objet d'augmenter artificiellement les dépenses d'intérêts qui seraient autrement exigés par l'institution financière sur le prêt et de traiter le rendement à titre de gain en capital ou de réduction d'une perte en capital. Selon les circonstances, l'ARC pourrait prendre la position qu'une partie des dépenses d'intérêts n'est pas déductible en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. sur la base que les intérêts ne sont pas raisonnables.

Il est important de noter que dans la décision F. du document 2007-0246461R3, l'ARC n'a pas mentionné que la perte qui découlerait du règlement des obligations d'une société en vertu du contrat à terme advenant une augmentation de la valeur des actions monétisées constituerait en soi une perte en capital. Dans une telle situation, il nous apparaît que ladite perte ne constituerait pas techniquement une perte en capital selon les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en raison seulement du règlement du contrat à terme.

Les fiscalistes ne devraient pas présumer que la disposition générale antiévitement (art. 245 L.I.R.) n'est jamais applicable à l'égard des arrangements de monétisation d'actions de sociétés publiques sur la base des lettres de décisions anticipées mentionnées ci-dessus qui ont été émises par la Direction des décisions en impôt. Les décisions anticipées qui ont été rendues sur le paragraphe 245(2) L.I.R. ont été émises sur la base des faits particuliers et des représentations fournies selon lesquelles les opérations étaient principalement effectuées pour des objets véritables (ne comprenant pas l'obtention d'un avantage fiscal).

L'ARC n'a pas encore établi toutes les conséquences fiscales qui pourraient être applicables à l'égard de toutes les méthodes conventionnelles de monétisation d'actions de société publiques.

12. DÉCLARATION DE PLACEMENTS ÉTRANGERS

Les résidents canadiens détenant des actifs étrangers dont la valeur totale excède 100 000 \$ doivent se soumettre à une obligation de déclaration de ces actifs en vertu de l'article 233.3 L.I.R.

Les polices d'assurance émises par des assureurs étrangers ne faisant pas affaire au Canada sont-elles des biens étrangers que les détenteurs de police doivent déclarer?

Réponse de l'ARC

Le sous-alinéa a)(viii) de la définition d'un « bien étranger déterminé » à l'article 233.3 L.I.R. comprend un droit sur un bien (sauf celui appartenant à une société ou une fiducie autre que la personne) qui est un bien étranger déterminé ou le droit à un tel bien, immédiat ou futur, absolu ou conditionnel et prévu par un contrat, en *equity* ou autrement. Le bien étranger déterminé visé au sous-alinéa (viii) serait les fonds ou le bien incorporel situés, déposés ou détenus à l'étranger tel qu'il est décrit à l'alinéa a) de la définition. Nous sommes donc d'avis qu'une police d'assurance émise par un assureur étranger répondra à la définition d'un « bien étranger déterminé ». Par conséquent, une entité canadienne qui détient un intérêt dans une police d'assurance émise par un assureur étranger avec un coût qui dépasse 100 000 \$ devrait se conformer aux exigences de déclaration de l'article 233.3 L.I.R.

La définition de « bien étranger déterminé » à l'article 233.3 L.I.R. contient une modification proposée en vertu du sous-alinéa a)(iv.1). Si la modification est adoptée, le sous-alinéa a)(iv.1) précisera que les intérêts de certaines polices d'assurance seront considérés comme des « biens étrangers déterminés ».

13. ÉPOUX ET CONJOINT DE FAIT, DÉCÈS ET L'IMPORTANTE DIFFÉRENCE ENTRE LE CÉLI ET LE RÉÉ

13.1. POUR L'AGENCE DU REVENU DU CANADA

Il n'est pas impossible qu'un particulier soit en situation où il a à la fois un époux et un conjoint de fait aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En fait, cette situation est de plus en plus fréquente. À titre d'exemple, pensons à un particulier qui est **légalement marié** avec une autre personne de qui il vit séparé sans être légalement divorcé. Si le particulier refait sa vie avec une personne qui devient un « conjoint de fait » au sens de la *Loi de l'impôt sur*

le revenu, il aura alors un époux et un conjoint de fait. Supposons maintenant que ce particulier décède et avait décidé de son plein gré de partager ses REÉR et CÉLI en parts égales entre son épouse (de qui il vivait séparé) et sa conjointe de fait. En ce qui concerne le REÉR, il n'y aura aucun problème et un roulement fiscal dans les REÉR de chacune de ces deux personnes pourra être effectué à l'égard de leur part respective (voir les interprétations techniques 2006-0189141E5¹³ et 2002-0165285¹⁴). Mais pour le CÉLI, il y aurait un problème dans un tel cas (sous réserve d'une possible discrétion du ministre du Revenu national). En effet, la définition de « cotisation exclue » au paragraphe 207.01(1) L.I.R. prévoit spécifiquement que le montant de la cotisation exclue sera de zéro si, au décès du particulier, il avait un excédent CÉLI (c'est-à-dire qu'il était en situation de cotisations excédentaires) ou encore si deux « survivants » au sens du paragraphe 146.2(1) L.I.R. reçoivent un paiement du CÉLI. Le Formulaire RC240 de l'ARC intitulé « Désignation d'une cotisation exclue – Compte d'épargne libre d'impôt (CÉLI) » en fait d'ailleurs mention spécifiquement.

Rappelons très brièvement qu'une « cotisation exclue » signifie, pour l'essentiel, une somme versée au CÉLI de l'époux ou du conjoint de fait survivant et qui provient du CÉLI d'un conjoint décédé.

Comme « porte de sortie » potentielle, il existe au sous-alinéa d)(iii) de la définition de « cotisation exclue » au paragraphe 207.01(1) L.I.R. une discrétion accordée au ministre du Revenu national de façon à permettre de néanmoins effectuer une « cotisation exclue » même s'il y avait plus d'un survivant qui a bénéficié de sommes provenant du CÉLI du décédé. Le Formulaire RC240 indique d'ailleurs ceci :

« Contactez-nous afin de vous renseigner à savoir si une désignation peut être quand même faite s'il existe un ***excédent CÉLI***, si un paiement a été fait à plus d'un ***survivant*** ou si la cotisation exclue sera faite après la ***période de roulement***. » (Caractères gras et italiques dans l'original; notre soulignement)

Les circonstances exactes pour lesquelles les autorités fiscales accorderont néanmoins la possibilité d'effectuer une telle « cotisation exclue » malgré le fait qu'un paiement a été fait à plus d'un « survivant » sont à ce jour méconnues.

¹³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2006-0189141E5, 26 septembre 2006.

¹⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0165285, 13 janvier 2003.

Pouvez-vous préciser les circonstances exactes où une telle désignation pourra quand même être effectuée si le paiement a été fait à plus d'un survivant?

Réponse de l'ARC

Aux fins de l'application du sous-alinéa d)(iii) de la définition de « cotisation exclue » au paragraphe 207.01(1) L.I.R., dans la situation où un particulier a, au moment de son décès, à la fois un époux et un conjoint de fait qui sont des « survivants » au sens du paragraphe 146.2(1) L.I.R. et que des paiements sont faits à ces deux survivants dans des circonstances où les autres conditions de la définition de « cotisation exclue » sont satisfaites, une cotisation d'un montant plus élevé que zéro pourrait généralement être accordée par le ministre en vertu du sous-alinéa d)(iii), à condition que le montant total désigner par les deux survivants soit inférieur ou égal (sans l'excéder) au montant qui autrement serait admissible à la désignation de « cotisation exclue », en vertu de l'alinéa d) de cette définition, s'il n'y avait qu'un seul survivant.

Advenant que le montant global que les deux survivants tentent de désigner comme une cotisation exclue excède le montant maximal permis, des renseignements supplémentaires pourraient être exigés de l'un ou l'autre des survivants, ou des deux, pour qu'une attribution raisonnable soit accordée. Parmi les facteurs pouvant être considérés pour faire cette attribution se trouvent, entre autres, les conditions précisées dans le testament du particulier décédé par rapport au CÉLI.

Dans tous les cas, le ministre conservera son pouvoir discrétionnaire de ne pas permettre la cotisation d'un montant plus élevé que zéro en vertu du sous-alinéa d)(iii) relativement à l'un ou l'autre des survivants.

13.2. POUR LE MINISTÈRE DES FINANCES DU CANADA

Il n'est pas impossible qu'un particulier soit en situation où il a à la fois un époux et un conjoint de fait aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En fait, cette situation est de plus en plus fréquente. À titre d'exemple, pensons à un particulier qui est **légalement marié** avec une autre personne de qui il vit séparé sans être légalement divorcé. Si le particulier refait sa vie avec une personne qui devient un « conjoint de fait » au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il aura alors un époux et un conjoint de fait. Supposons maintenant que ce particulier décède et avait décidé de son plein gré de partager ses REÉR et CÉLI en parts égales entre son épouse (de qui il vivait séparé) et sa conjointe de fait. En ce qui concerne le REÉR, il n'y aura aucun problème et

un roulement fiscal dans les REÉR de chacune de ces deux personnes pourra être effectué à l'égard de leur part respective (voir les interprétations techniques 2006-0189141E5¹⁵ et 2002-0165285¹⁶). Mais pour le CÉLI, il y aurait un problème dans un tel cas (sous réserve d'une possible discrétion du ministre du Revenu national). En effet, la définition de « cotisation exclue » au paragraphe 207.01(1) L.I.R. prévoit spécifiquement que le montant de la cotisation exclue sera de zéro si, au décès du particulier, il avait un excédent CÉLI (c'est-à-dire qu'il était en situation de cotisations excédentaires) ou encore si deux « survivants » au sens du paragraphe 146.2(1) L.I.R. reçoivent un paiement du CÉLI. Le Formulaire RC240 de l'ARC intitulé « Désignation d'une cotisation exclue – Compte d'épargne libre d'impôt (CÉLI) » en fait d'ailleurs mention spécifiquement.

Rappelons très brièvement qu'une « cotisation exclue » signifie, pour l'essentiel, une somme versée au CÉLI de l'époux ou du conjoint de fait survivant et qui provient du CÉLI d'un conjoint décédé.

Comme « porte de sortie » potentielle, il existe au sous-alinéa d)(iii) de la définition de « cotisation exclue » au paragraphe 207.01(1) L.I.R. une discrétion accordée au ministre du Revenu national de façon à permettre de néanmoins effectuer une « cotisation exclue » même s'il y avait plus d'un survivant qui a bénéficié de sommes provenant du CÉLI du décédé. Le Formulaire RC240 indique d'ailleurs ceci :

« Contactez-nous afin de vous renseigner à savoir si une désignation peut être quand même faite s'il existe un *excédent CELI*, si un paiement a été fait à plus d'un *survivant* ou si la cotisation exclue sera faite après la *période de roulement*. » (Caractères gras et italiques dans l'original; notre soulignement)

Les circonstances exactes pour lesquelles les autorités fiscales accorderont néanmoins la possibilité d'effectuer une telle « cotisation exclue » malgré le fait qu'un paiement a été fait à plus d'un « survivant » sont à ce jour méconnues.

Quelles sont les observations du ministère des Finances sur une telle différence entre les règles s'appliquant au CÉLI et celles s'appliquant au REÉR (ou au FERR)?

¹⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 13.

¹⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 14.

Réponse du ministère des Finances

Les règles régissant les transferts au décès d'un rentier dans le cas des REÉR sont compliquées, tant dans l'interprétation de la loi que dans son application, et, dans certains cas, risquent d'entraîner des résultats anormaux.

Le régime CÉLI est un régime simple, souple d'usage, créé pour permettre aux Canadiennes et Canadiens d'épargner et de gagner un revenu de placement libre d'impôt. Le mécanisme différent du « roulement » au décès du titulaire d'un CÉLI existe afin de simplifier et de faciliter le transfert des fonds du CÉLI du titulaire au survivant lors du décès de celui-ci et d'assurer que ce transfert se fasse dans des délais opportuns tout en préservant le caractère « libre d'impôt » des fonds au CÉLI. Les situations impliquant deux survivants semblent être plutôt inhabituelles, et il ne s'avère pas déraisonnable de donner à l'ARC la possibilité de vérifier les circonstances particulières entourant de telles situations avant d'autoriser un roulement à deux survivants.

Par conséquent, le Ministère estime que les règles actuelles concernant les CÉLI sont appropriées, voire nécessaires pour appuyer la politique qui sous-tend cet instrument d'épargne.

14. REÉR OU FERR AU DÉCÈS ET APPLICATION DU PARAGRAPHE 248(23.1) L.I.R. POUR TRANSFERT REÉR

L'alinéa 248(23.1)b) L.I.R. prévoit ce qui suit :

« (23.1) **Transfert après le décès** – Dans le cas où, en application des lois d'une province concernant le droit des époux ou conjoint de fait sur des biens, découlant du mariage ou de l'union de fait, un bien est, après le décès d'un contribuable :

[...]

b) soit transféré ou attribué¹⁷ à la succession du contribuable, ou acquis par celle-ci, le bien est réputé avoir été ainsi transféré, attribué ou acquis, selon le cas, immédiatement avant le moment immédiatement avant le décès. »

¹⁷ Selon CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives visant à modifier la Loi de l'impôt sur le revenu et des textes connexes en vue d'effectuer des modifications techniques et de prévoir l'expression bijuridique de cette loi*, 16 juillet 2010, par. 148(22), le mot « attribué » au paragraphe 248(23.1) L.I.R. sera remplacé par le mot « distribué ».

À ce propos, nous aimerions connaître la position de l'ARC dans la situation suivante :

Deux personnes se sont mariées au Québec avant le 1^{er} juillet 1970, sous le régime légal de la communauté de meubles et acquêts. Madame, retraitée, possède un FERR de 10 000 \$. Monsieur, retraité, n'a jamais cotisé à un REÉR et n'a jamais ouvert de compte REÉR. Il n'a pas non plus de FERR. Le couple a des revenus modestes. Chaque conjoint perçoit la pension de sécurité de la vieillesse et une rente de retraite du Régime de rentes du Québec. Ils n'ont pas d'autres revenus de sorte qu'ils reçoivent le supplément de revenu garanti.

Monsieur décède en juillet 2010. Les revenus de Monsieur pour l'année du décès ne suffisent pas pour utiliser ses crédits personnels de base.

Au Québec, le décès d'un conjoint dissout le mariage des parties¹⁸. En conséquence du décès, le patrimoine familial et le régime matrimonial deviennent partageables¹⁹.

En supposant que tous les biens sont détenus en copropriété sauf le FERR, la succession serait créancière à la suite du partage du patrimoine familial ou du régime matrimonial.

En application de l'alinéa 248(23.1)b) L.I.R., que ce soit par l'effet du partage du patrimoine familial (paiement de la créance en nature, art. 419 C.c.Q.) ou du partage du régime matrimonial ayant existé entre les époux (« partage indivis », art. 1361, 1363 et 1425f du *Code civil du Bas-Canada*), il est possible d'affirmer que Monsieur serait réputé propriétaire de la moitié du FERR de Madame immédiatement avant le moment immédiatement avant son décès.

En conséquence, selon le paragraphe 146.3(6) L.I.R., Monsieur serait réputé avoir reçu, immédiatement avant son décès, un montant dans le cadre du FERR égal à la JVM des biens du FERR au moment de son décès. Dans notre exemple, Monsieur serait ainsi réputé propriétaire de la moitié du FERR de Madame, soit 5 000 \$, et serait réputé avoir retiré ce montant immédiatement avant son décès.

¹⁸ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »), art. 516.

¹⁹ Art. 416, 465 et 492 C.c.Q.

Toujours dans notre exemple, l'ajout de ce montant imposable dans la déclaration finale de Monsieur lui permettrait d'utiliser ses crédits personnels de base autrement perdus.

Pour Madame survivante, en présumant que ce montant de 5 000 \$ lui soit versé par la succession, ce montant deviendrait du capital non imposable. En conséquence du transfert, le FERR de Madame serait moins important, de sorte que le montant minimum devant être retiré de son FERR chaque année serait réduit, ce qui lui permettrait de recevoir un montant additionnel au titre du supplément de revenu garanti.

Hélas, compte tenu du fait que Monsieur n'a jamais eu de REÉR ni de FERR, il est présentement administrativement impossible de procéder au transfert de la moitié du FERR de Madame à un FERR établi au nom de Monsieur.

En effet, la succession ne peut ouvrir un nouveau compte FERR et le paragraphe 146.3(14) L.I.R. ne s'applique qu'aux transferts entre conjoints lors de l'échec du mariage.

Les placements qui composent un REÉR ou un FERR d'un particulier sont-ils « un bien » pour l'application du paragraphe 248(23.1) L.I.R.?

L'ARC peut-elle commenter au sujet de la problématique décrite précédemment relativement à l'application du paragraphe 248(23.1) L.I.R. dans le cadre de la situation à l'étude?

Réponse de l'ARC

L'alinéa 248(23.1)b) L.I.R. s'applique lorsque, en application des lois d'une province concernant le droit des époux ou conjoints de fait sur des biens, découlant du mariage ou de l'union de fait, un bien est, après le décès d'un contribuable, transféré ou attribué à sa succession, ou acquis par celle-ci.

Lorsque ces conditions sont respectées, l'alinéa 248(23.1)b) L.I.R. vient uniquement modifier, par une présomption, le moment où le bien est transféré ou attribué à la succession du défunt ou acquis par celle-ci. À notre avis, cette disposition n'a pas pour effet de permettre au rentier d'un FERR de partager avec son époux ou conjoint de fait décédé le fardeau fiscal qui lui est applicable en raison du FERR.

Il en découle que le paragraphe 146.3(6) L.I.R. ne peut pas s'appliquer en conséquence du décès de Monsieur puisque ce dernier n'était pas, immédiatement avant son décès, le dernier rentier dans le cadre d'un FERR.

Si Madame n'a que son FERR pour acquitter sa dette envers la succession de Monsieur et qu'elle doit retirer de son FERR les sommes nécessaires à cette fin, ces sommes constitueront pour elle des prestations imposables qu'elle devra inclure dans le calcul de son revenu en vertu du paragraphe 146.3(5) L.I.R. et de l'alinéa 56(1)t) L.I.R. Il nous apparaît que, dans une telle situation, ce sont les sommes ou les biens ainsi retirés du FERR qui constitueront des biens remis à la succession.

15. REMBOURSEMENT DE SOMMES PAR UNE SUCCESSION À L'ÉGARD DE MONTANTS ANTÉRIEUREMENT INCLUS AUX REVENUS D'UN CONTRIBUABLE DÉCÉDÉ

De plus en plus, des situations se présentent où une succession doit rembourser des sommes à une tierce partie (incluant les gouvernements) à l'égard d'un contribuable décédé et dont les sommes avaient fait l'objet d'une inclusion aux revenus du contribuable dans une année antérieure en vertu des dispositions de la loi. À titre d'exemples seulement, pensons à des prestations d'assurance-emploi reçues par un contribuable de son vivant, mais qui ont dû être remboursées par la succession du contribuable, car le contribuable (ou sa succession) a finalement obtenu gain de cause dans un litige avec son ex-employeur (pour obtenir une allocation de retraite), avec la Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec (CSST) (pour obtenir des prestations d'accident de travail) ou avec un assureur (pour obtenir des prestations d'invalidité). Cela n'est qu'un exemple **parmi tant d'autres** que l'on pourrait citer.

Or, la législation fiscale prévoit généralement un mécanisme de déduction dans une année donnée à l'égard de sommes remboursées par le contribuable au titre de montants inclus à son revenu dans une année antérieure. Cependant, aucune déduction n'est généralement prévue lorsque le remboursement s'effectue plutôt par la succession d'un contribuable à la suite de son décès. Nous avons pu en constater un autre exemple lors de cette même table ronde de 2009 à l'égard du remboursement d'une avance sur

police par une succession²⁰. En effet, la déduction prévue à l'alinéa 60s) L.I.R. ne vise que le contribuable et non pas sa succession.

Dans certains rares cas de liquidateurs plus patients, il a été possible d'obtenir avec succès un décret de remise en vertu du paragraphe 23(2) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*²¹, mais il s'agit d'un processus qui en découragera plus d'un...

Quelles sont les observations du ministère des Finances sur cette situation?

Réponse du ministère des Finances

Vous demandez si le ministère des Finances peut examiner les situations concernant la déductibilité de montants remboursés par une succession relativement à des montants ayant été inclus antérieurement dans le revenu de la personne décédée. Vous citez à titre d'exemple des situations où, à votre avis, une situation de double imposition pourrait survenir et dont l'individu et la succession font l'objet de traitement fiscal différent aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

En ce qui concerne l'exemple portant sur le remboursement de prestations d'accidents de travail, nous tenons à souligner que de telles prestations sont incluses dans le calcul du revenu net du contribuable les ayant reçues en vertu de l'alinéa 56(1)a) L.I.R., mais qu'une déduction est accordée à l'égard de celles-ci dans le calcul du revenu imposable en vertu du sous-alinéa 110(1)f)(ii) L.I.R. Par conséquent, sur le plan de la politique fiscale, il serait inapproprié de permettre une déduction dans le calcul du revenu pour le remboursement de ces prestations.

Cela étant dit, nous sommes néanmoins prêts à nous pencher sur des situations dans lesquelles un montant ayant été imposé auparavant par l'ARC fait subséquemment l'objet d'un remboursement. Dépendamment des circonstances, ce processus pourrait mener à des modifications de nature technique ou à des rajustements à la politique fiscale de manière à améliorer l'équité du régime fiscal.

²⁰ « 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 11, aux pages 47:23-25.

²¹ L.R.C. (1985), ch. F-11.

16. DÉCÈS D'UN PARTICULIER ET VERSEMENT D'UN MONTANT FORFAITAIRE À LA SUCCESSION AU TITRE D'UN RÉGIME DE PENSION AGRÉÉ

Un contribuable est décédé en 2010, sans conjointe et sans testament. Il était membre d'un RPA. Aucune désignation de bénéficiaire valide n'avait été effectuée au RPA en cas de décès.

En 2010, la succession a reçu un montant net de 110 000 \$ au titre du RPA (200 000 \$ moins des retenues d'impôt à la source de 90 000 \$). En présence d'une succession *ab intestat*, ce sont finalement les trois enfants majeurs et non financièrement à la charge du défunt qui ont hérité de leur part respective (1/3) et ils ont reçu la somme en 2010.

- i) L'ARC peut-elle confirmer qu'il sera possible d'imposer la totalité des sommes reçues par la succession soit dans la succession, soit dans les mains des bénéficiaires (si les sommes ont été payées aux bénéficiaires ou qu'elles leur étaient payables), soit par une combinaison de ces deux possibilités (en partie dans la succession, en partie dans les mains des héritiers) par le biais du choix du paragraphe 104(13.1) L.I.R.?
- ii) Est-ce que l'ARC peut nous confirmer qu'il n'y a pas d'obligation de retenir des impôts lors du versement d'un paiement forfaitaire à la suite du décès d'un participant d'un RPA effectué soit au bénéficiaire du RPA, soit à sa succession? Selon notre compréhension, aucun montant ne doit être retenu, le paiement n'ayant pas été fait à un employé selon ce que prévoient les paragraphes 103(4) et 103(5) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*²² qui visent notamment les paiements forfaitaires de pension.
- iii) Lorsqu'une retenue a été effectuée, est-ce que l'ARC peut confirmer que les impôts retenus à la source sur le paiement forfaitaire pourront être répartis entre les divers contribuables dans les mêmes proportions que les sommes sur lesquelles ils s'imposent?
- iv) Est-ce que l'attribution des retenues d'impôt à la source peut être effectuée autrement?

²² C.R.C., 1978, ch. 945 et mod. (« R.I.R. »).

- v) Est-ce que les réponses aux questions précédentes s'appliqueraient de la même manière dans le cas d'un régime de participation différée aux bénéfices (« RPDB »)?

Réponse de l'ARC

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. Le paragraphe 104(13) 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. Par ailleurs, l'alinéa 104(6)b) L.I.R. prévoit qu'il peut être déduit dans le calcul du revenu d'une fiducie, pour une année d'imposition, le montant dont la fiducie demande la déduction mais sans dépasser le montant qui représente le revenu de la fiducie qui est devenu payable à un bénéficiaire au cours de l'année. Le paragraphe 104(24) L.I.R. précise les circonstances où un montant est devenu payable au cours d'une année. La question de savoir si une somme non payée aux héritiers en 2010 peut être considérée comme leur étant payable en 2010 au sens du paragraphe 104(24) L.I.R. est une question de droit, qui ne peut être déterminée qu'après une analyse complète des dispositions régissant la succession *ab intestat*. Une telle analyse dépasse le cadre de la présente.

La déduction prévue à l'alinéa 104(6)b) L.I.R. à l'égard du revenu payable à un bénéficiaire est discrétionnaire, la fiducie pouvant demander un montant moindre que l'excédent calculé en vertu de cet alinéa. Lorsque la fiducie déduit un montant inférieur au montant de revenu payable aux bénéficiaires, les paragraphes 104(13.1) et 104(13.2) L.I.R., selon le genre de revenus, permettent à la fiducie d'attribuer un montant à un bénéficiaire selon les calculs prévus à ces paragraphes, lequel montant ne sera pas considéré comme ayant été payé ni être devenu payable au cours de l'année de sorte que le bénéficiaire n'aura pas à l'inclure dans son revenu. La possibilité d'attribuer un montant à un bénéficiaire en vertu du paragraphe 104(13.1) L.I.R. permet effectivement d'assujettir la fiducie à l'impôt sur ces revenus même lorsque ceux-ci ont été payés ou sont payables aux bénéficiaires.

Dans la situation décrite, le choix du paragraphe 104(13.1) L.I.R. pourrait ainsi faire en sorte que la totalité des sommes reçues par la succession en 2010 aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (soit

200 000 \$) soit imposée au niveau de la succession, et ce, bien que tout ou une partie de ces sommes ait été payé ou payable aux héritiers en 2010. De même, le choix du paragraphe 104(13.1) L.I.R. pourrait faire en sorte que les sommes reçues par la succession en 2010 et payées ou payables aux héritiers en 2010 soient imposées en partie au niveau de la succession et en partie au niveau des héritiers, dans la mesure où le montant attribué à chaque héritier en vertu du paragraphe 104(13.1) L.I.R. ne dépasse pas le montant calculé selon la formule prévue à cette disposition. Si aucun choix n'était effectué en vertu du paragraphe 104(13.1) L.I.R., les dispositions du paragraphe 104(13) et de l'alinéa 104(6)b) L.I.R. pourraient faire en sorte que la totalité des sommes reçues par la succession et payées ou payables aux héritiers soit imposée au niveau des héritiers.

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 réglementaires. 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 unique effectué dans le cadre d'une caisse ou d'un régime de pension de retraite ou de pensions lors du décès d'un employé ou ancien employé constitue un « paiement d'une somme forfaitaire » aux fins du paragraphe 103(4) R.I.R. Nous sommes par conséquent d'avis que l'administrateur d'un RPA qui verse à la succession d'un participant un paiement unique au titre d'une prestation de retraite ou de pension par suite du décès du participant doit effectuer la retenue d'impôt selon les modalités du paragraphe 103(4) R.I.R.

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 sa « Déclaration de renseignements et de revenus des fiducies » (T3), 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 aux lignes C, D et 86 du guide T4013, « T3 – Guide des fiducies », où il est indiqué ce qui suit : « **Ne répartissez pas** entre les bénéficiaires l'impôt qui a été retenu ». Dans l'hypothèse où la succession recevait un remboursement, elle pourrait par la suite distribuer le montant du

remboursement reçu aux bénéficiaires conformément aux règles régissant la succession *ab intestat*.

Nos commentaires seraient essentiellement les mêmes si les sommes reçues par la succession étaient versées en vertu d'un RPDB, sous réserve des commentaires suivants. Une somme reçue par une succession en vertu d'un RPDB doit généralement être incluse dans le calcul de son revenu en vertu de l'alinéa 56(1)i) L.I.R. En vertu de l'alinéa 153(1)h) L.I.R., toute personne qui verse un paiement dans le cadre d'un RPDB doit effectuer une retenue d'impôt selon les modalités réglementaires. Aux fins du paragraphe 103(4) R.I.R., « rémunération », telle qu'elle est définie au paragraphe 100(1) R.I.R., comprend tout paiement versé en vertu d'un RPDB. L'alinéa 103(6)b) prévoit dans quelles circonstances un paiement versé aux termes d'un RPDB constitue un « paiement d'une somme forfaitaire » aux fins du paragraphe 103(4) R.I.R.

17. SUIVI SUR LES RÉFLEXIONS DU MINISTÈRE DES FINANCES DU CANADA À L'ÉGARD DE PROBLÈMES SOULEVÉS L'AN DERNIER

Lors de la présentation de la table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers de l'an dernier ainsi que lors de la présentation de la table ronde fédérale, le ministère des Finances du Canada a été confronté à deux problématiques particulières **pour lesquelles l'APFF a recommandé une modification législative.**

La première concernait la recommandation d'enlever de la définition de « bien étranger déterminé » les actions de sociétés non résidentes détenues par l'entremise d'une firme de courtage en valeurs mobilières ou un gestionnaire de portefeuille ayant son établissement au Canada. Ainsi, un grand nombre de contribuables n'auraient plus à produire le Formulaire T1135 à l'égard d'actions cotées à une Bourse américaine (à titre d'exemple), car, de toute façon, l'ARC reçoit déjà toutes les informations nécessaires au moyen des Feuilles T5 ou T5008.

La seconde recommandation concernait le régime d'accession à la propriété afin d'y retirer l'obligation que tous les retraits du REÉR s'effectuent dans la même année civile (ou en janvier de l'année suivante) afin d'éviter inutilement l'imposition d'un retrait effectué dans l'année civile subséquente. Avec exemples à l'appui, nous avons démontré que cette exigence ne reflétait en rien la réalité des transactions immobilières.

À l'égard de ces deux problématiques, le ministère des Finances du Canada a semblé démontrer une ouverture certaine et a indiqué qu'il se pencherait sur ces dossiers.

Le Ministère peut-il nous indiquer l'état de ces dossiers?

Réponse du ministère des Finances du Canada concernant la première recommandation

Lors de la table ronde de 2009, des membres de l'APFF ont exprimé des préoccupations concernant la production du Formulaire T1135, conformément à l'article 233.3 L.I.R., concernant des actions cotées du capital-actions d'une société non résidente, peu importe qu'elles soient détenues par l'entremise d'une firme de courtage en valeurs mobilières au Canada ou à l'étranger. De telles actions peuvent être considérées comme un « bien étranger déterminé » aux fins de l'article 233.3 L.I.R., et tout contribuable ou société de personnes détenant de tels biens pourrait avoir à produire le Formulaire T1135 si le total du coût indiqué de tels biens excède 100 000 \$. Les préoccupations avaient été exprimées à l'égard des particuliers ou des sociétés de portefeuille ne détenant que des actions de grandes sociétés cotées à la Bourse de New York par l'entremise d'une firme de courtage en valeurs mobilières au Canada ou un gestionnaire de portefeuille ayant son établissement au Canada.

Le ministère des Finances réitère son intention de se pencher sur la recommandation d'enlever de la définition « bien étranger déterminé », les actions de sociétés non résidentes détenues par l'entremise d'une firme de courtage en valeurs mobilières au Canada ou un gestionnaire de portefeuille ayant son établissement au Canada. L'analyse de cette recommandation se poursuit, en prenant en considération les aspects que cette recommandation peut soulever tant sur le plan de la politique fiscale que sur le plan de l'administration fiscale pour l'ARC.

Réponse du ministère des Finances du Canada concernant la seconde recommandation

Comme vous l'avez souligné dans votre question de 2009, lorsqu'un contribuable fait un second retrait d'un montant du REÉR dans l'année civile suivant celle durant laquelle le premier retrait d'un montant admissible du REÉR a été fait aux fins du régime d'accession à la propriété (« RAP »), le sous-alinéa 146.01(2d)(i) L.I.R. prévoit que le second retrait peut être considéré comme un retrait d'un montant admissible aux fins du RAP lorsque « le particulier le reçoit en janvier de l'année donnée ou à tout autre

moment postérieur que le ministre estime acceptable ». Vous aviez exprimé des préoccupations à propos de la rigidité de cette règle. Vous aviez également fourni un exemple où les dépenses liées à l'acquisition d'une résidence principale sont engagées durant les mois de novembre et mars (avec une date de clôture en mars), et où les retraits admissibles du REÉR ont été effectués durant ces deux mois. Dans cet exemple, vous étiez d'avis que le retrait fait en mars devrait également être considéré comme un retrait d'un montant admissible du REÉR aux fins du RAP.

Nous nous sommes penchés sur cette question avec l'ARC. Selon notre compréhension, l'ARC se montre généralement souple dans l'exercice de son pouvoir d'accepter la production de plus d'un Formulaire T1036 relativement à un contribuable effectuant deux ou plusieurs retraits s'échelonnant sur deux années civiles, dans la mesure où le contribuable remplit par ailleurs toutes les autres conditions pour effectuer le retrait d'un montant admissible du REÉR aux fins du RAP.

Toujours selon notre compréhension, parmi les facteurs que l'ARC pourrait prendre en considération pour accepter un retrait du REÉR effectué après le mois de janvier de l'année civile suivant celle où un retrait d'un montant admissible au RAP a été effectué, l'ARC pourrait vouloir vérifier si le contribuable avait au 31 décembre de l'année précédente un solde de REÉR suffisamment élevé. Par exemple, dans l'exemple suivant, l'ARC pourrait accepter la production du Formulaire T1036 relativement au retrait effectué après le mois de janvier de l'année civile suivant celle où un retrait d'un montant admissible au RAP a été effectué :

- Paul retire 15 000 \$ dans le cadre du RAP le 15 novembre;
- le solde de son REÉR s'élève à plus de 10 000 \$ au 31 décembre; et
- il reçoit un montant additionnel de 10 000 \$ durant le mois de février ou mars de l'année civile suivante.

Cependant, si dans l'exemple précédent Paul n'avait eu que 5 000 \$ dans son REÉR au 31 décembre et s'il avait fait un deuxième retrait de 10 000 \$ durant le mois de mars (après avoir versé une cotisation supplémentaire de 5 000 \$ à son REÉR au mois de janvier), l'ARC pourrait décider que 5 000 \$ de ce deuxième retrait devrait être inclus dans le calcul du revenu de Paul pour l'année d'imposition durant laquelle ce retrait a été fait.

Puisque l'ARC semble appliquer la discrétion ministérielle prévue au sous-alinéa 146.01(2)d(i) L.I.R. de façon souple, le ministère des Finances est d'avis qu'une modification à la loi n'est pas requise.

TABLE RONDE SUR LA FISCALITÉ PROVINCIALE



Coordonnateur
Guy Chabot
FCA, associé, fiscalité
Mallette s.e.n.c.r.l.



Daniel Gosselin
CGA, M. Fisc.,
associé, fiscalité
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.



René Roy
Avocat, CA
Fasken Martineau DuMoulin
s.e.n.c.r.l., s.r.l.



Jules Turcotte
Avocat, M. Fisc., associé
BCF s.e.n.c.r.l.



Alain Ross
CGA, M. Fisc.
Ministère des Finances
du Québec



Céline Davidson
CA, M. Fisc.
Revenu Québec



Lucie L. Labbé
Avocate
Revenu Québec

Ginette Pelland
Avocate, CGA, M. Fisc.
Revenu Québec

TABLE DES MATIÈRES

1.	PARTICULIERS.....	51:5
1.1.	CRÉDIT D'IMPÔT POUR LES NOUVEAUX DIPLÔMÉS TRAVAILLANT DANS LES RÉGIONS RESSOURCES.....	51:5
1.2.	RELEVÉS 8 DISPONIBLES SEULEMENT EN VERSION VIRTUELLE	51:10
1.3.	FRAIS DE PRÉPOSÉ AUX SOINS À L'ÉGARD D'UNE MAISON DE SANTÉ OU DE REPOS ET L'ACCÈS AU MONTANT POUR DÉFICIENCE GRAVE ET PROLONGÉE DES FONCTIONS MENTALES OU PHYSIQUES	51:11
1.4.	CRÉDIT POUR AIDANTS NATURELS ET SITUATIONS IMPLIQUANT DES PARENTS ET ENFANTS COLOCATAIRES OU COPROPRIÉTAIRES : LA SUITE DE LA TABLE RONDE DE 2007	51:14
1.5.	CRÉDIT D'IMPÔT ÉTRANGER POUR DROITS SUCCESSORAU AMÉRICAINS.....	51:18
1.6.	RÉGIME D'ÉPARGNE-ACTIONS II – DÉCÈS.....	51:20
1.7.	RÉGIME D'ÉPARGNE-ACTIONS II.....	51:21
1.8.	DÉDUCTIBILITÉ DE L'INTÉRÊT À L'ÉGARD D'UNE HYPOTHÈQUE PRISE EN CHARGE.....	51:25
1.9.	CONSULTATION ÉQUIVALENTE À L'ARC POUR LES DÉCLARATIONS DE REVENUS DES PARTICULIERS	51:28
2.	ENTREPRISES.....	51:28
2.1.	CRÉDIT D'IMPÔT À L'INVESTISSEMENT – COÛT D'UN BIEN	51:28
2.2.	DOCUMENTATION – PROGRAMME RS & DE	51:30
2.3.	SYSTÈME DE GESTION DES DÉLAIS – RS & DE	51:31
2.4.	RS & DE – CONTRACTUELS	51:31
2.5.	CRÉDIT D'IMPÔT DE RS & DE	51:34
2.6.	CRÉDIT SUR LES SALAIRES ADMISSIBLES DE RS & DE	51:35
2.7.	CATÉGORIE D'ÉQUIPEMENT	51:36
2.8.	POSITION ADMINISTRATIVE DE REVENU QUÉBEC SUR CERTAINS SUJETS CONTENUS DANS LE DOCUMENT <i>IMPÔT SUR LE REVENU – NOUVELLES TECHNIQUES, N° 40</i>	51:37
2.9.	CONCEPT DE CAPITAL VERSÉ DANS LE CADRE DE L'ABOLITION DE LA TAXE SUR LE CAPITAL.....	51:39
2.10.	CRÉDIT D'IMPÔT À L'INVESTISSEMENT ET RS & DE.....	51:40
2.11.	IMPACT DE LA DÉCLARATION D'UN DIVIDENDE EN ACTIONS.....	51:42

2.12.	RÈGLES D'ACQUISITION DE CONTRÔLE	51:43
2.13.	NORMES INTERNATIONALES D'INFORMATION FINANCIÈRE	51:46
2.14.	CRÉDIT D'IMPÔT À L'INVESTISSEMENT – AGRICULTURE	51:48
3.	ADMINISTRATIONS FISCALES, FIDUCIES ET AUTRES SUJETS.....	51:54
3.1.	INDÉPENDANCE DU SERVICE DES OPPOSITIONS	51:54
3.2.	PROBLÉMATIQUES RATTACHÉES AUX ACOMPTES PROVISIONNELS ET POLITIQUE FISCALE SOUS-JACENTE.....	51:55
3.3.	REMBOURSEMENT DE SOMMES PAR UNE SUCCESSION À L'ÉGARD DE MONTANTS ANTÉRIEUREMENT INCLUS DANS LE CALCUL DU REVENU D'UN CONTRIBUABLE DÉCÉDÉ.....	51:58
3.4.	PRISE EN COMPTE DES MONTANTS DÉBOURSÉS PAR UNE SUCCESSION.....	51:60
3.5.	PRODUCTION DE LA DÉCLARATION DE REVENUS DES FIDUCIES (TP-646).....	51:61
3.6.	REPORT D'UNE PERTE EN CAPITAL SUBIE DANS UNE AUTRE PROVINCE AUX FINS DE L'IMPÔT DU QUÉBEC	51:63
3.7.	LES MESURES DE PERCEPTION PRÉVUES AUX ARTICLES 12.0.2 ET 12.0.3 DE LA <i>LOI SUR LE MINISTÈRE DU REVENU</i>	51:64
3.8.	IMPUTATION DES PAIEMENTS	51:66
3.9.	POSITION DU MINISTRE DES FINANCES EN CE QUI A TRAIT À L'APPLICATION DE LA <i>CONVENTION FISCALE ENTRE LE CANADA ET LES ÉTATS-UNIS</i> LORSQU'IL S'AGIT D'APPLIQUER LA <i>LOI SUR LES IMPÔTS DU QUÉBEC</i>	51:67
3.10.	CLAUSES DE RAJUSTEMENT DU PRIX.....	51:70

1. PARTICULIERS

1.1. CRÉDIT D'IMPÔT POUR LES NOUVEAUX DIPLÔMÉS TRAVAILLANT DANS LES RÉGIONS RESSOURCES

Lors du Budget de 2003, le gouvernement du Québec a instauré un nouveau crédit d'impôt pour les nouveaux diplômés travaillant dans les régions ressources.

Ce crédit d'impôt non remboursable, d'un montant global de 8 000 \$, est disponible pour un nouveau diplômé qui respecte certaines conditions. Deux de ces conditions concernent les notions de « particulier admissible » et d'« emploi admissible », telles qu'elles sont définies à l'article 776.1.5.0.16 de la *Loi sur les impôts*¹.

Les notions d'« emploi admissible » et de « particulier admissible » sont définies comme suit :

« [...] “emploi admissible” d'un particulier désigne une charge ou un emploi dont les fonctions sont habituellement exercées par le particulier dans une région admissible et sont liées, à la fois :

- a) à une entreprise que l'employeur du particulier exploite dans cette région;
- b) aux connaissances et aux compétences acquises par le particulier dans le cadre de la formation ou du programme conduisant à l'obtention d'un diplôme reconnu;

[...]

“particulier admissible” pour une année d'imposition, relativement à un emploi admissible, désigne un particulier qui, à la fin du 31 décembre de l'année, réside au Québec dans une région admissible et qui remplit l'une des conditions suivantes :

- a) il commence à occuper l'emploi admissible à un moment de l'année qui est compris dans les 24 mois qui suivent la date à laquelle soit il complète avec succès les cours et, le cas échéant, les stages conduisant à l'obtention d'un diplôme reconnu, soit il obtient un diplôme reconnu de deuxième ou de troisième cycle dans le cadre d'un programme d'enseignement qui prévoit la rédaction d'un essai, d'un mémoire ou d'une thèse;

¹ L.R.Q., c. I-3 et mod. (« L.I. »).

- b) il occupe l'emploi admissible dans l'année et réside dans une région admissible tout au long de la période qui débute à la fin du 31 décembre de la dernière année d'imposition pour laquelle soit il peut déduire un montant de son impôt autrement à payer en vertu du présent chapitre, soit il est réputé avoir payé un montant au ministre en acompte sur son impôt à payer en vertu de la section II.20 du chapitre III.1 du titre III du livre IX, et qui se termine à la fin du 31 décembre de l'année; [...]. »

Questions

Étant donné que l'emploi occupé est exercé dans une région admissible, que cet emploi est toujours occupé à la fin du 31 décembre de l'année et que le particulier vit toujours dans cette région à ce moment, Revenu Québec peut-il nous confirmer si les notions de « particulier admissible » et d'« emploi admissible » sont respectées dans les situations suivantes :

Situation 1 : Fonctions identiques

- a) Un particulier occupe un emploi donné et décide de compléter une formation donnant droit à un diplôme reconnu à temps partiel. Durant ses études, il continue d'occuper le même emploi et conservera les mêmes fonctions lors de l'obtention de son diplôme.
- b) La réponse en a) est-elle la même si le particulier cesse de travailler pour compléter ses études à temps plein?

Réponses

- a) Revenu Québec considère que le particulier n'occupe pas un « emploi admissible » puisque les fonctions de cet emploi ne sont pas liées aux connaissances et aux compétences acquises dans le cadre de la formation ou du programme. En effet, le particulier occupera les mêmes fonctions et aura les mêmes responsabilités après avoir complété sa formation avec succès.

Revenu Québec considère que le particulier ne respecte pas la condition prévue au paragraphe a) de la définition de l'expression « particulier admissible » aux termes du premier alinéa de l'article 776.1.5.0.16 L.I., soit l'exigence relative à l'occupation d'un « emploi admissible » dans une période de 24 mois qui suit la date à laquelle il complète sa formation avec succès. En conséquence, les notions d'« emploi admissible » et de « particulier admissible » ne sont pas respectées et le particulier n'est pas admissible au crédit d'impôt pour les nouveaux diplômés prévu à l'article 776.1.5.0.17 L.I.

- b) La position de Revenu Québec demeure inchangée. Le fait pour le particulier de cesser de travailler pour compléter ses études à temps plein n'a pas d'incidence sur le respect ou non des conditions prévues aux définitions des expressions « particulier admissible » et « emploi admissible ».

Situation 2 : Modification des fonctions occupées

- c) Un particulier occupe un emploi donné et décide de compléter une formation donnant droit à un diplôme reconnu à temps partiel. Durant ses études, il continue d'occuper les mêmes fonctions. À la suite de l'obtention de son diplôme, il occupe désormais un nouveau poste avec de nouvelles fonctions (nouvelles tâches et nouvelles responsabilités).
- d) La réponse en c) est-elle la même si le particulier cesse de travailler pour compléter ses études à temps plein?

Réponses

- c) Après avoir complété sa formation avec succès, le particulier occupera **de nouvelles fonctions et aura de nouvelles responsabilités** auprès du même employeur. Dans la mesure où celles-ci respectent l'ensemble des conditions prévues à la définition de l'expression « emploi admissible » aux termes du premier alinéa de l'article 776.1.5.0.16 L.I., Revenu Québec considère que l'emploi du particulier se qualifie d'« emploi admissible » à partir du moment où il commence à exercer ses nouvelles fonctions auprès de ce même employeur, soit **après** la date à laquelle il complète sa formation avec succès.

Également, Revenu Québec considère que le particulier respecte la condition prévue au paragraphe a) de la définition de l'expression « particulier admissible » aux termes du premier alinéa de l'article 776.1.5.0.16 L.I., soit l'exigence relative à l'occupation d'un « emploi admissible » dans une période de 24 mois qui suit la date à laquelle il complète sa formation avec succès. En conséquence, la notion de « particulier admissible » est respectée.

- d) La position de Revenu Québec demeure inchangée. Le fait pour le particulier de cesser de travailler pour compléter ses études à temps plein n'a pas d'incidence sur le respect ou non des conditions prévues aux définitions des expressions « particulier admissible » et « emploi admissible ».

Situation 3 : Nouvel emploi durant les études

- e) Un particulier entame ses études pour l'obtention d'un diplôme reconnu. Avant même de compléter sa formation, un employeur l'embauche et le particulier commence à occuper un emploi à temps plein, tout en complétant ses études à temps partiel. Après l'obtention de son diplôme, il continuera d'occuper les mêmes fonctions.
- f) La réponse en e) est-elle la même si le particulier occupe de nouvelles fonctions à la suite de l'obtention de son diplôme?

Réponses

- e) La position de Revenu Québec est la même que celle exposée en a) ci-dessus. Revenu Québec considère que le particulier n'occupe pas un « emploi admissible » puisque les fonctions de cet emploi ne sont pas liées aux connaissances et aux compétences acquises dans le cadre de la formation ou du programme. En effet, le particulier occupera les mêmes fonctions et aura les mêmes responsabilités après avoir complété sa formation avec succès.

Revenu Québec considère que le particulier ne respecte pas la condition prévue au paragraphe a) de la définition de l'expression « particulier admissible » aux termes du premier alinéa de l'article 776.1.5.0.16 L.I., soit l'exigence relative à l'occupation d'un « emploi admissible » dans une période de 24 mois qui suit la date à laquelle il complète sa formation avec succès. En conséquence, les notions d'« emploi admissible » et de « particulier admissible » ne sont pas respectées et le particulier n'est pas admissible au crédit d'impôt pour les nouveaux diplômés prévu à l'article 776.1.5.0.17 L.I.

- f) La position de Revenu Québec est la même que celle développée en c) ci-dessus. Après avoir complété sa formation avec succès, le particulier occupera **de nouvelles fonctions et aura de nouvelles responsabilités** auprès du même employeur. Dans la mesure où celles-ci respectent l'ensemble des conditions prévues à la définition de l'expression « emploi admissible » aux termes du premier alinéa de l'article 776.1.5.0.16 L.I., Revenu Québec considère que l'emploi du particulier se qualifie d'« emploi admissible » à partir du moment où il commence à exercer ses nouvelles fonctions auprès de ce même employeur, soit **après** la date à laquelle il complète sa formation avec succès.

Également, Revenu Québec considère que le particulier respecte la condition prévue au paragraphe a) de la définition de l'expression « particulier admissible » aux termes du premier alinéa de l'article 776.1.5.0.16 L.I., soit l'exigence relative à l'occupation d'un « emploi admissible » dans une période de 24 mois qui suit la date à laquelle il complète sa formation avec succès. En conséquence, la notion de « particulier admissible » est respectée.

Situation 4 : Études payées par un futur employeur

- g) Un particulier se fait embaucher par un employeur avant même d'avoir débuté sa formation. Son employeur paie sa formation en échange d'une promesse d'occuper un emploi pour lui. Lorsqu'il a complété sa formation, le particulier commence à occuper l'emploi.
- h) Un particulier se fait embaucher par un employeur avant même d'avoir débuté sa formation. Son employeur paie sa formation et lui verse un salaire en échange d'une promesse d'occuper un emploi pour lui. Lorsqu'il a complété sa formation, le particulier commence à occuper l'emploi.

Réponses

Tel qu'il a été discuté ci-dessus, la condition mentionnée au paragraphe a) de la définition de l'expression « particulier admissible » prévue au premier alinéa de l'article 776.1.5.0.16 L.I. veut que le particulier doive commencer à occuper un « emploi admissible » à un moment de l'année qui est compris dans les 24 mois qui suivent la date à laquelle il complète avec succès les cours conduisant à l'obtention d'un diplôme reconnu.

- g) Selon l'entente intervenue avec son employeur, ce n'est qu'à compter du moment où le particulier aura complété avec succès sa formation qu'il pourra **commencer à occuper son emploi**. Ainsi, dans la mesure où les fonctions qu'il exerce respecteront l'ensemble des conditions prévues à la définition de l'expression « emploi admissible » aux termes du premier alinéa de l'article 776.1.5.0.16 L.I., ce n'est qu'à ce moment-là qu'il pourra exercer un « emploi admissible ».

Revenu Québec considère que le particulier respecte la condition prévue au paragraphe a) de la définition de l'expression « particulier admissible » aux termes du premier alinéa de l'article 776.1.5.0.16 L.I., soit l'exigence relative à l'occupation d'un « emploi admissible » dans

une période de 24 mois qui suit la date à laquelle il complète la formation avec succès. En conséquence, la notion de « particulier admissible » est respectée.

- h) La position de Revenu Québec demeure inchangée. Le fait que l'employeur verse un salaire au particulier en plus d'assumer les frais de la formation suivie par celui-ci n'a pas d'incidence sur le respect ou non des conditions prévues aux définitions des expressions « particulier admissible » et « emploi admissible ».

1.2. RELEVÉS 8 DISPONIBLES SEULEMENT EN VERSION VIRTUELLE

Depuis quelques années, de plus en plus d'institutions d'enseignement n'envoient plus par la poste les Relevés 8 (et T2202A au fédéral). Chaque étudiant doit alors visiter le site Internet de l'institution d'enseignement, entrer dans son dossier virtuel et imprimer les feuillets de renseignements. Bien que cela reflète la réalité des développements technologiques du monde virtuel et que cela apparaisse tout à fait louable à première vue, il en découle aussi des problèmes réels en pratique.

En effet, beaucoup trop d'étudiants ne connaissent pas lesdits feuillets (notamment au niveau du CEGEP en raison de l'absence de frais de scolarité significatifs à payer) ou encore minimisent l'importance des feuillets du fait qu'ils ne paient pas d'impôt en raison de leurs faibles revenus. De nombreux préparateurs de déclarations fiscales nous ont indiqué qu'ils doivent régulièrement aviser leurs clients (étudiants ou parents de tels étudiants) d'aller consulter le site Web de l'institution d'enseignement et de leur faire parvenir lesdits feuillets.

Or, selon les statistiques de Revenu Québec, il y aurait potentiellement plus de 2,5 millions de déclarations fiscales produites par les contribuables eux-mêmes (ou parfois par un préparateur qui n'en fait pas une réelle spécialité). Pourtant, les divers feuillets de renseignements et relevés afférents à un revenu doivent être postés au contribuable (salaires, assurance-emploi, intérêts, etc.). Même les Relevés 4 aux fins du remboursement d'impôts fonciers doivent faire l'objet d'un envoi aux contribuables.

Compte tenu du risque important d'oublis par des contribuables souvent parmi les moins bien nantis et pas nécessairement à l'affût de toutes les règles du régime fiscal, est-ce que Revenu Québec (possiblement de concert avec l'Agence du revenu du Canada (« ARC »)) est prêt à se pencher sur cette problématique particulière afin de s'assurer que de tels feuillets seront obligatoirement postés ou « envoyés » aux étudiants?

Réponse

Les établissements d'enseignement ont l'obligation de produire et de transmettre un Relevé 8 par la poste ou en mains propres à un étudiant qui remplit les conditions pour son obtention en vertu des articles 1086R70 et 1086R97 du *Règlement sur les impôts*². Ils peuvent également transmettre le Relevé 8 à l'étudiant par voie électronique, ce qui inclut le fait de le rendre disponible sur leur site Internet, seulement s'ils obtiennent le consentement exprès de l'étudiant. Un consentement exprès signifie un consentement donné par écrit ou transmis par voie électronique en vertu du troisième alinéa de l'article 1086R70 R.I.

Étant donné que les établissements d'enseignement ont l'obligation de transmettre le Relevé 8 aux étudiants qui remplissent les conditions pour son obtention et étant donné que le consentement de l'étudiant pour recevoir le Relevé 8 par voie électronique ou pour le récupérer sur le site de l'émetteur est requis par le *Règlement sur les impôts*, et ce, en vertu de la réglementation fiscale et en conformité avec la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*³, Revenu Québec n'a pas l'intention de revoir la réglementation en la matière dans le sens exprimé dans la demande.

Par ailleurs, soulignons que le guide de la déclaration de revenus de même que le site Internet de Revenu Québec contiennent de l'information au sujet du Relevé 8 de façon à permettre aux clientèles concernées de prendre connaissance de son existence ainsi que de son utilité.

1.3. FRAIS DE PRÉPOSÉ AUX SOINS À L'ÉGARD D'UNE MAISON DE SANTÉ OU DE REPOS ET L'ACCÈS AU MONTANT POUR DÉFICIENCE GRAVE ET PROLONGÉE DES FONCTIONS MENTALES OU PHYSIQUES

Lors de la table ronde sur la fiscalité provinciale du Congrès 2006⁴ de l'Association de planification fiscale et financière (« APFF »), Revenu Québec a répondu à une interrogation qui se présente de plus en plus souvent en pratique concernant les frais de préposé aux soins rattachés aux sommes

² R.R.Q., 1981, c. I-3, r.1 et mod. (« R.I. »).

³ L.R.Q., c. C-1.1.

⁴ « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 52:1-76, question 41, aux pages 52:72-73.

versées à une maison de santé ou de repos et l'accès combiné au montant pour déficience grave et prolongée des fonctions mentales ou physiques et au crédit pour frais médicaux. Comme la réponse fournie ne permet pas de clore le débat et à la suite d'une décision récente de la Cour canadienne de l'impôt qui pourrait avoir des répercussions sur les conclusions, nous désirons revenir à nouveau sur ce sujet en y apportant les précisions nécessaires.

Utilisons un exemple pour faciliter la compréhension. Un contribuable est âgé de 67 ans, il vit dans une résidence pour personnes âgées semi-autonomes et est en perte d'autonomie. Les médecins ont attesté depuis de nombreuses années (au moyen du Formulaire TP-752.0.14) qu'il est admissible au montant pour déficience grave et prolongée des fonctions mentales ou physiques.

Au cours de l'année, il a versé 12 000 \$ à la résidence pour personnes âgées. À la suite d'une demande de sa part d'obtenir la répartition des divers frais rattachés au montant de 12 000 \$, le particulier a reçu une lettre de la résidence qui a détaillé les frais ainsi :

• Coût de la nourriture et de la chambre	4 900 \$
• Frais de préposé aux soins pour les services suivants :	7 100 \$
– prise de tension artérielle	
– contrôle de médicaments	
– remplissage de la dosette avec la pharmacie	
– préparation des repas	
– prises de glycémie capillaire et interprétation des résultats	
– aide à l'hygiène corporelle tous les jours	
– buanderie	
– activités sociales	
– entretien ménager	
– surveillance des sorties	
– bain thérapeutique essentiel à ses besoins	
– présence 24 heures sur 24, 7 jours sur 7 pour répondre aux besoins urgents	
– sécurité (portes codées, personnel)	
• Total des sommes versées à la résidence :	12 000 \$

Au niveau de l'impôt fédéral, avec une législation identique pour l'essentiel, le particulier peut réclamer un montant de 7 100 \$ à titre de frais de préposé aux soins en vertu de l'alinéa 118.2(2)b.1) de la *Loi de l'impôt*

sur le revenu⁵ et peut aussi réclamer le montant rattaché au crédit d'impôt pour personnes handicapées (« CIPH »). En effet, l'alinéa 118.3(1)c) L.I.R. empêche la réclamation du CIPH au fédéral lorsqu'une somme a été réclamée à titre de frais médicaux pour les frais de séjour dans une maison de santé et de repos ou pour une rémunération versée à un préposé, **autrement qu'en vertu de l'alinéa 118.2(2)b.1) L.I.R.** Or, comme la rémunération pour les soins de préposé a été réclamée à titre de frais médicaux en vertu de l'alinéa 118.2(2)b.1) L.I.R. et non pas en vertu des alinéas b), c), d) ou e), le particulier a donc aussi droit au CIPH. La décision récente dans l'affaire *Greenaway c. La Reine*⁶ supporte également cette approche. D'ailleurs, le juge Robert Hogan de la Cour canadienne de l'impôt a indiqué ceci :

« It is not for the courts to change the law. Therefore, to the extent that an expense can qualify under different paragraphs of subsection 118.2(2), taxpayers are free to choose the more favourable treatment, particularly if this allows them to claim a disability tax credit under subsection 118.3(1) by avoiding the restriction set out in paragraph 118.3(1)(c)⁷. »

Finalement, notons que l'ARC avait publié un communiqué le 17 avril 2003 pour indiquer qu'elle accepterait la réclamation de frais de préposé aux soins inclus dans une somme totale versée à une maison de santé et repos pourvu qu'un reçu soit délivré par la maison de santé et de repos indiquant précisément le montant se rapportant à des soins et des frais de préposé. À notre avis, le fait qu'un montant global soit versé à une maison de retraite n'empêche absolument pas que cette dernière puisse établir un reçu démontrant la portion attribuable aux soins et aux frais de préposé. À titre de comparaison seulement, rien n'empêche une personne de faire un seul chèque à un fournisseur de services à l'égard de biens et services différents pour lesquels des montants séparés et distincts ont été ultimement indiqués sur une pièce justificative.

Comme la législation fiscale québécoise est pour l'essentiel identique à la législation fédérale (les alinéas 118.2(2)b.1) et 118.3(1)b) L.I.R. ont leur contrepartie aux paragraphes 752.0.11.1m.1) et 752.0.14d) L.I.) et compte tenu de la décision *Greenaway*, Revenu Québec accepte-t-il d'appliquer le même traitement fiscal qu'au fédéral dans l'exemple soumis?

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

⁶ 2010 D.T.C. 1065 (C.C.I.) (« *Greenaway* »).

⁷ *Id.*, par. 18.

Réponse

À la suite de la décision dans l'affaire *Greenaway*, nous sommes d'avis qu'un particulier qui réclame un montant à titre de rémunération d'un préposé en vertu du paragraphe m.1 de l'article 752.0.11.1 L.I., à l'égard de frais rattachés aux sommes qu'il a versées à une maison de santé ou de repos, pourra avoir droit au crédit d'impôt pour déficience grave et prolongée des fonctions mentales ou physiques en vertu de l'article 752.0.14 L.I., si les conditions prévues aux paragraphes a), b), c) et d) de cet article sont remplies, et si un reçu indiquant précisément le montant se rapportant à des soins d'un préposé est délivré par la maison de santé ou de repos.

1.4. CRÉDIT POUR AIDANTS NATURELS ET SITUATIONS IMPLIQUANT DES PARENTS ET ENFANTS COLOCATAIRES OU COPROPRIÉTAIRES : LA SUITE DE LA TABLE RONDE DE 2007

Lors du Congrès 2007 de l'APFF, Revenu Québec a donné sa position sur le crédit d'impôt pour aidants naturels et le sens du mot « héberger ». Dans le cadre de la table ronde, Revenu Québec a d'ailleurs précisé ceci dans sa réponse :

« Il relève du sens commun qu'une personne qui, par exemple, est copropriétaire ou colocataire avec un autre particulier d'un établissement domestique autonome dans lequel ils habitent, ne peut héberger dans ce même établissement domestique autonome son copropriétaire ou son colocataire.

Par conséquent, dans la situation décrite ci-dessus, aucun des particuliers n'est admissible au crédit pour aidants naturels d'une personne majeure⁸. »

À la lumière de cette précision de Revenu Québec, plusieurs conseillers ont constaté, à titre d'exemple seulement, que dans le cas où une fille de 50 ans vit avec sa mère de 80 ans dans un appartement loué et que les deux noms apparaissent sur le bail comme colocataires, le crédit d'impôt pour aidants naturels ne pourra être réclamé par la fille à l'égard de sa mère.

Pourtant, le fait que la mère de 80 ans puisse compter sur la présence physique et l'aide régulière de sa fille pour diverses situations de la vie explique possiblement le fait qu'elle ne vive pas encore en résidence pour personnes âgées. De plus, le fait que les deux noms apparaissent sur le bail à titre de colocataires peut très bien viser simplement à protéger les droits des

⁸ « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 49:1-62, question 26, à la page 49:50.

deux contribuables rattachés au bail en cas de décès ou du départ de l'un ou l'autre des deux locataires.

Questions à Revenu Québec

- a) Pouvez-vous nous confirmer que la position émise lors du Congrès 2007 est toujours en vigueur?
- b) Est-ce que les conclusions de Revenu Québec seraient différentes si la fille apparaissait comme seule locataire au bail (et donc seule « responsable du paiement du loyer ») mais que sa mère l'aidait à supporter le loyer en lui versant une somme mensuelle sans qu'il y ait un sous-bail?

Question au ministère des Finances du Québec

Compte tenu du fait que la politique fiscale sous-jacente est notamment d'aider financièrement les aidants naturels et les personnes âgées de façon à maintenir les personnes âgées avec leur famille, le ministère des Finances du Québec est-il prêt à se pencher sur cette problématique en vue de trouver une solution raisonnable?

Réponses de Revenu Québec

Réponse a)

Nous vous confirmons que la position demeure la même que celle que nous avons énoncée en 2007. Par ailleurs, en raison des dispositions législatives actuellement applicables, Revenu Québec ne partage pas l'analyse de la Cour du Québec, Division des petites créances, dans les affaires *Bouvette c. SMRQ*⁹ et *Ferland c. SMRQ*¹⁰, relativement à l'expression « période d'hébergement minimale ».

Réponse b)

Sommairement, le crédit d'impôt pour aidants naturels d'une personne majeure est accordé à l'égard de chaque personne qui, pendant toute la période d'hébergement minimale pour l'année, est un proche admissible du particulier et qui, pendant toute cette période d'hébergement minimale,

⁹ C.Q. Shawinigan, n° 410-32-004223-099, 28 mai 2010, j. Trudel.

¹⁰ C.Q. Québec, n° 200-32-048025-083, 8 juillet 2010, j. Godbout.

habite ordinairement avec le particulier, un établissement domestique autonome qui, pendant toute cette période, est maintenu par le particulier, seul ou conjointement avec une autre personne, et dont pendant toute cette période, le particulier ou son conjoint est propriétaire, locataire ou sous-locataire.

Bref, pendant toute la période d'hébergement minimale, les conditions suivantes doivent être remplies :

- le proche admissible doit habiter ordinairement avec le particulier un établissement domestique autonome;
- l'établissement domestique autonome est maintenu par le particulier seul ou conjointement avec une autre personne; et
- le particulier ou son conjoint est propriétaire, locataire ou sous-locataire de l'établissement domestique autonome.

En raison du contexte de la demande, nous présumons aux fins de la présente que seule la seconde condition peut soulever un problème d'application à l'égard du crédit d'impôt pour aidants naturels d'une personne majeure.

Il est clair qu'il faut assumer des dépenses pour maintenir un établissement domestique autonome. Puisqu'une contribution aux dépenses peut, dans certains cas, être difficilement quantifiable, aucune généralité ne peut être établie et chaque cas doit être analysé à la lumière des faits qui lui sont propres.

En raison du libellé actuel des dispositions relatives au crédit pour aidants naturels d'une personne majeure et de l'interprétation actuelle de l'expression « hébergement », Revenu Québec n'exclut pas qu'un « proche admissible » puisse contribuer dans une certaine proportion, avec le particulier ou son conjoint au maintien de l'établissement domestique autonome qu'il habite ordinairement avec ce particulier sans que cela touche, pour autant, le droit du particulier de réclamer le crédit pour aidants naturels d'une personne majeure.

Par ailleurs, dans la situation où un « proche admissible » assumait l'entière des dépenses reliées à l'établissement domestique autonome, le particulier ou son conjoint ne pourraient prétendre maintenir ce même établissement domestique autonome pour l'application de

l'article 1029.8.61.64 L.I. et perdraient le bénéfice du crédit d'impôt pour aidants naturels d'une personne majeure.

Réponse du ministère des Finances

Le crédit d'impôt remboursable pour les aidants naturels d'une personne majeure a remplacé, à compter de l'année 2006, les différentes mesures destinées aux aidants naturels des personnes majeures qui étaient accordées par le régime fiscal, dont le crédit d'impôt remboursable pour l'hébergement d'un parent.

Cette mesure fiscale a pour but de mieux reconnaître le rôle joué par un aidant naturel qui accueille chez lui un membre de sa famille qui est âgé ou atteint d'une déficience grave et prolongée.

Pour bénéficier du crédit d'impôt, un particulier doit donc être l'aidant naturel d'un proche admissible¹¹ qu'il héberge. Le concept d'hébergement est un élément déterminant de cette mesure fiscale. À cet égard, le ministère des Finances considère que l'interprétation véhiculée par Revenu Québec reflète la politique fiscale actuelle.

Toutefois, le ministère des Finances est disposé à analyser l'opportunité d'étendre l'application du crédit d'impôt aux aidants naturels qui habitent avec un proche admissible qui est dans l'incapacité de vivre seul.

¹¹ Pour l'application de ce crédit d'impôt, une personne est considérée comme le proche admissible d'un particulier si elle satisfait aux conditions suivantes :

- elle est majeure et est soit l'enfant, le petit-fils, la petite-fille, le neveu, la nièce, le frère, la sœur, le père, la mère, l'oncle, la tante, le grand-père, la grand-mère, le grand-oncle, la grand-tante du particulier ou de son conjoint, soit un autre ascendant en ligne directe;
- elle est atteinte d'une déficience grave et prolongée des fonctions mentales ou physiques, sauf si elle est âgée de 70 ans ou plus – ou aurait atteint cet âge si elle n'était pas décédée avant la fin de l'année pour laquelle la période d'hébergement est applicable – et elle est soit le père, la mère, le grand-père, la grand-mère ou tout autre ascendant en ligne directe du particulier ou de son conjoint, soit l'oncle, la tante, le grand-oncle ou la grand-tante du particulier ou de son conjoint.

1.5. CRÉDIT D'IMPÔT ÉTRANGER POUR DROITS SUCCESSORAUx AMÉRICAINS

Aux termes de la *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôt sur le revenu et sur la fortune*¹², le Canada a expressément convenu d'accorder un crédit pour impôt étranger au titre des droits successoraux américains payables au décès d'un résident canadien sur les biens situés aux États-Unis en vertu du paragraphe 6 de l'article XXIX B (Impôts perçus en cas de décès) de la Convention Canada-États-Unis.

Question à Revenu Québec

Revenu Québec peut-il nous dire comment doivent être traités les droits successoraux aux fins du calcul du crédit pour impôt étranger québécois?

Question au ministère des Finances

Le ministère des Finances peut-il nous confirmer qu'il entend reconnaître l'application des termes de la Convention Canada-États-Unis et acceptera les droits successoraux américains au décès comme un « impôt sur le revenu ne provenant pas d'une entreprise » au sens de l'article 772.2 L.I.?

Réponse de Revenu Québec

Lors de la Table ronde sur la fiscalité provinciale tenue dans le cadre du Congrès 1996¹³ de l'APFF, Revenu Québec a fait part qu'aucune déduction dans le calcul de l'impôt québécois à payer ne peut être accordée à l'égard des impôts sur les successions ou les héritages dus aux États-Unis. Nous confirmons que cette position est toujours valable.

Les impôts sur les successions ou les héritages dus aux États-Unis (communément appelés « droits successoraux américains ») ne donnent pas droit au crédit québécois pour impôt étranger étant donné qu'ils ne constituent pas un impôt sur le revenu ou les bénéfices. De plus, bien que le Canada ait convenu d'accorder un crédit d'impôt à l'égard des droits successoraux américains en vertu de la *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôt sur le revenu et sur la fortune*,

¹² S.C. 1984, ch. 20 et mod. (« Convention Canada-États-Unis »).

¹³ « Partie B – Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 96*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1997, pp. 44:15-80.

il convient de noter que cette mesure n'est pas applicable au Québec et qu'aucune disposition de la *Loi sur les impôts* ne permet un allègement semblable.

Réponse du ministère des Finances

Il importe de rappeler que la jurisprudence a clairement établi qu'une convention conclue par le gouvernement du Canada avec celui d'un autre État ne peut lier une province, dans une matière qui relève de sa compétence, que dans la mesure où cette province a légiféré en conséquence.

En l'absence d'une entente fiscale conclue entre le Québec et un État donné, le régime d'imposition prend en considération certaines dispositions des conventions fiscales conclues par le gouvernement du Canada en vue d'éviter que les contribuables ne soient soumis à une double imposition. Cette reconnaissance se limite aux dispositions prévoyant qu'un revenu, imposable par ailleurs, est exonéré de l'impôt sur le revenu au Canada. De façon générale, il en est ainsi lorsque la convention fiscale prévoit qu'un montant est imposable uniquement dans l'État étranger. Lorsqu'un tel montant est reçu ou à recevoir par un particulier, ce montant donne droit à une déduction dans le calcul de son revenu imposable¹⁴. Dans le cas où un tel montant est reçu ou à recevoir par une société, ce montant est exclu du revenu de la société¹⁵.

De plus, afin d'éviter la double imposition qui pourrait résulter de certaines situations, la législation fiscale peut exceptionnellement intégrer, en les adaptant en fonction de ses principes généraux, des règles particulières contenues dans une convention fiscale signée par le Canada, telles les règles de la convention fiscale conclue entre le Canada et les États-Unis applicables aux actionnaires canadiens d'une « S corporation » américaine¹⁶.

Or, l'impôt sur les successions payable aux États-Unis ne constitue pas un impôt sur le revenu, de sorte que l'on ne peut soutenir qu'il y a double imposition, bien qu'un fardeau fiscal important puisse découler du décès d'un contribuable. En effet, l'assiette à l'égard de laquelle l'impôt québécois

¹⁴ Par. 725a) L.I.

¹⁵ Art. 488 L.I., par suite de l'application du paragraphe 488R1e) R.I.

¹⁶ QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 98-7, « Modifications fiscales diverses », 6 novembre 1998, mesure 6.

et l'impôt américain sur les successions sont payables de même que l'identité des contribuables qui y sont assujettis diffèrent.

La politique fiscale inhérente au crédit pour impôt étranger est de reconnaître un impôt étranger similaire à l'impôt québécois payable par un contribuable, soit un impôt sur le revenu et non un impôt sur la fortune. La reconnaissance de l'impôt américain sur les successions, pour l'application du crédit pour impôt étranger, serait non seulement contraire à cette politique, mais elle aurait pour conséquence d'entraîner une érosion de l'assiette fiscale québécoise.

Dans ce contexte, aucune modification n'est actuellement envisagée par le ministère des Finances pour rendre admissible au crédit pour impôt étranger l'impôt sur les successions ou sur les héritages qui est dû aux États-Unis.

1.6. RÉGIME D'ÉPARGNE-ACTIONS II – DÉCÈS

Un contribuable acquiert des titres admissibles d'un organisme de placement collectif admissible ou des actions admissibles au régime d'épargne-actions II (« RÉA II ») en 2008. La période de détention minimale prévue par les articles 965.128 et 965.129 L.I. est de deux 31 décembre suivant l'année d'acquisition.

L'article 965.130 L.I. traite spécifiquement du décès en précisant que l'aliénation réputée des actions au décès du contribuable ne constitue pas un retrait pour l'application du régime.

En conséquence, le décès du contribuable n'entraîne aucune inclusion de l'avantage reçu antérieurement dans le revenu du défunt pour l'année du décès.

Étant donné que l'aliénation réputée au décès ne constitue pas un retrait pour l'application du RÉA II, doit-on conclure que l'obligation de conserver les titres dans le régime pour la période prescrite est transmise à la succession?

Réponse

L'obligation de détention des titres ou des actions admissibles pour deux 31 décembre suivant celui de leur acquisition n'est pas transmise à la succession puisque cette dernière n'a pas conclu d'entente constituant un RÉA II au sens de l'article 965.56 L.I.

De plus, un particulier qui est détenteur d'un RÉA II l'année de son décès et qui acquiert ou retire des actions admissibles ou des titres dans cette année n'aura droit à aucune déduction et ne subira aucune inclusion dans le calcul de son revenu pour l'année, tel qu'il est prévu aux articles 965.126 ou 965.128 L.I., relativement à de telles acquisitions ou de tels retraits d'actions admissibles ou de titres de son régime, puisqu'il ne réside pas au Québec le 31 décembre de cette année.

1.7. RÉGIME D'ÉPARGNE-ACTIONS II

Le RÉA II est le régime qui a remplacé le Régime Actions-croissance PME (« Accro PME ») qui lui-même remplaçait le régime d'épargne-actions (« RÉA ») introduit en 1979. Essentiellement, l'objectif du régime demeure le même soit de permettre aux petites et moyennes sociétés d'avoir accès à une capitalisation. Afin d'inciter les investisseurs à épargner par l'entremise de ce régime, le gouvernement a doté ce RÉA II d'avantageux attributs fiscaux. Ainsi, un particulier résidant au Québec le 31 décembre d'une année peut déduire dans le calcul de son revenu imposable pour l'année le coût rajusté pour lui d'une action admissible ou d'un titre admissible qu'il a acquis au cours de l'année et qu'il a inclus dans son RÉA II au plus tard le 31 janvier de l'année suivante. Cependant, la déduction ne peut toutefois pas excéder le revenu total du particulier pour l'année. De plus, il existe une série de conditions qui doivent être respectées, entre autres la détention quasi permanente des titres par l'entremise de l'obligation de couverture et la détention dans le compte du régime pour une période minimale de deux ans ou de trois 31 décembre des actions admissibles ou des titres admissibles d'un coût rajusté équivalent aux montants des déductions demandées relativement à ce régime. Ainsi, afin de mieux comprendre l'interaction entre les différents régimes (RÉA, Accro PME et RÉA II) ainsi que le mécanisme de déduction et d'inclusion du régime actuel, nous avons quelques questions à vous poser.

1. En 2007, M. Boucher achète pour une valeur de 40 000 \$ d'actions se qualifiant pour le régime Accro PME en vertu de l'article 965.56 L.I. En avril 2010, ce dernier achète 10 000 \$ d'actions se qualifiant pour le RÉA II puis les vend au mois d'août de la même année.
- Est-ce que M. Boucher aura droit à une déduction en vertu de l'article 965.126 L.I. pour l'année 2010?
 - Est-ce que M. Boucher aura un montant de couverture déficitaire en 2010 en vertu de l'article 965.129 L.I.?

Réponse

En considérant que M. Boucher n'aura fait aucune autre transaction dans son régime relativement à l'année 2010, il n'aura droit à aucune déduction relativement à l'achat de 10 000 \$ d'actions en avril 2010, puisqu'il les a vendues au mois d'août de la même année et qu'il ne les détient pas dans son régime et ne les aura pas remplacées par des actions admissibles, des titres admissibles ou des actions valides, au plus tard le 31 janvier 2011 tel qu'il est prévu à l'article 965.126 L.I.

En considérant que M. Boucher n'aura effectué aucune autre transaction dans son régime relativement à l'année 2010, il aura pour l'année 2010 un montant de couverture déficitaire, calculé en vertu de l'article 965.129 L.I., de 15 000 \$, soit 10 000 \$ d'acquisition d'actions à un coût rajusté de 150 %.

2. En 2007, M. Boucher achète pour une valeur de 40 000 \$ d'actions se qualifiant pour le régime Accro PME en vertu de l'article 965.56 L.I. En janvier 2010, il vend 10 000 \$ d'actions Accro PME et en avril 2010, ce dernier achète 10 000 \$ d'actions se qualifiant pour le RÉA II.

- Est-ce que M. Boucher aura droit à une déduction en vertu de l'article 965.126 L.I. pour l'année 2010?

Réponse

Dans la mesure où M. Boucher n'effectue aucune transaction dans son régime au cours de l'année 2010, autres que celles décrites dans la question, et qu'il détient toujours ses actions dans son régime le 31 décembre 2010 ou des actions admissibles, des titres admissibles ou des actions valides de remplacement qui auront été inclus au plus tard dans son régime le 31 janvier 2011, il aura droit à une déduction de 15 000 \$ dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition 2010.

- Est-ce que M. Boucher aura un montant à inclure en vertu de l'article 965.128 L.I. pour l'année 2010?

Réponse

Compte tenu de l'annonce faite par le ministre des Finances à l'occasion du Discours sur le budget 2009-2010¹⁷, et tel qu'il est prévu aux articles 965.126 et 965.128 L.I., la période de détention minimale des actions acquises et incluses dans un régime est, à compter de l'année d'imposition 2009, réduite à deux ans soit trois 31 décembre. Par conséquent, dans la mesure où M. Boucher n'aura effectué aucune autre transaction dans son régime en 2010, il n'aura aucune inclusion dans le calcul de son revenu en vertu de l'article 965.128 L.I.

- Est-ce que M. Boucher aura un montant de couverture déficitaire en 2010 en vertu de l'article 965.129 L.I.?

Réponse

Pour les raisons énumérées ci-dessus, M. Boucher n'aura aucun montant de couverture déficitaire en vertu de l'article 965.129 L.I. pour l'année 2010.

3. En 2008, M. Boucher achète pour une valeur de 40 000 \$ d'actions se qualifiant pour le régime Accro PME en vertu de l'article 965.56 L.I. Le 2 janvier 2010, il vend 10 000 \$ d'actions Accro PME et le 28 janvier 2010, il achète 10 000 \$ d'actions se qualifiant pour le RÉA II.
- Est-ce que M. Boucher aura droit à une déduction en vertu de l'article 965.126 L.I. pour l'année 2010?

Réponse

Dans la mesure où M. Boucher n'effectue aucune transaction dans son régime au cours de l'année 2010, autre que celles décrites dans la question, et qu'il détient toujours ses actions dans son régime le 31 décembre 2010 ou des actions admissibles, des titres admissibles ou des actions valides de remplacement qui auront été inclus au plus tard dans son régime le 31 janvier 2011, il aura droit à une déduction de 5 000 \$ dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition 2010 puisque, pour l'année d'imposition 2010, le coût rajusté des actions est de 150 %.

¹⁷ QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2009-2010, Discours sur le budget et Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 19 mars 2009.

- Est-ce que M. Boucher aura un montant à inclure en vertu de l'article 965.128 L.I. pour l'année 2010?

Réponse

Dans la mesure où M. Boucher n'aura effectué aucune autre transaction dans son régime en 2010, il n'aura aucune inclusion dans le calcul de son revenu en vertu de l'article 965.128 L.I.

- Est-ce que M. Boucher aura un montant de couverture déficitaire en 2010 en vertu de l'article 965.129 L.I.?

Réponse

Dans la mesure où M. Boucher n'aura effectué aucune autre transaction dans son régime en 2010, puisqu'il a procédé à la couverture de sa vente de 10 000 \$ d'actions en date du 2 janvier 2010 dans un délai inférieur au délai de trois mois prévu à l'article 965.129 L.I., il n'aura aucun montant de couverture déficitaire en 2011.

4. En 2007, M. Boucher achète pour une valeur de 40 000 \$ d'actions se qualifiant pour le régime Accro PME en vertu de l'article 965.56 L.I. En avril 2010, ce dernier achète 10 000 \$ d'actions se qualifiant pour le RÉA II puis vend les 10 000 \$ d'actions RÉA II et 5 000 \$ d'actions Accro PME au mois d'août de la même année.
- Est-ce que M. Boucher aura droit à une déduction en vertu de l'article 965.126 L.I. pour l'année 2010?

Réponse

Bien que M. Boucher ait acquis pour 10 000 \$ d'actions admissibles aux fins du RÉA II en avril 2010, puisqu'il les a vendues en août de la même année et qu'il n'a fait aucune autre acquisition d'actions admissibles, de titres admissibles ou d'actions valides avant le 31 décembre 2010, il n'aura droit à aucune déduction en vertu de l'article 965.126 L.I. pour l'année d'imposition 2010.

- Est-ce que M. Boucher aura un montant à inclure en vertu de l'article 965.128 L.I. pour l'année 2010?

Réponse

Puisque M. Boucher détenait ses actions dans son régime Accro PME depuis plus de deux ans, leur aliénation n'aura pas pour effet d'entraîner une inclusion dans le calcul de son revenu en vertu de l'article 965.128 L.I.

De plus, selon l'article 965.128 L.I., M. Boucher n'aura aucune inclusion dans le calcul de son revenu relativement à l'aliénation des actions admissibles au RÉA II acquises en avril 2010.

- Est-ce que M. Boucher aura un montant de couverture déficitaire en 2010 en vertu de l'article 965.129 L.I.?

Réponse

Selon l'article 965.129 L.I., M. Boucher aura un montant de couverture déficitaire de 15 000 \$ pour l'année d'imposition 2010, relativement à l'aliénation des actions admissibles au RÉA II, acquises pour un montant de 10 000 \$ ayant un coût rajusté en 2010 de 150 % selon l'article 965.123 L.I.

5. Est-ce que le traitement serait le même si au lieu d'avoir acquis des actions, M. Boucher avait acheté des titres d'un organisme de placement collectif admissible visé à l'article 965.117 L.I.?

Réponse

Les mêmes dispositions législatives dont il est question précédemment, soit les articles 965.126, 965.128 et 965.129 L.I., traitent aussi bien de l'acquisition ou de l'aliénation d'actions admissibles que de titres admissibles d'un organisme de placement collectif admissible au sens de l'article 965.117 L.I.

1.8. DÉDUCTIBILITÉ DE L'INTÉRÊT À L'ÉGARD D'UNE HYPOTHÈQUE PRISE EN CHARGE

Dans le cadre de la Table ronde fédérale du Congrès 2000¹⁸ de l'APFF, la question suivante a été posée à l'ARC :

¹⁸ « Partie B – Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2000*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 51:9-44, question 4.1., aux pages 51:27-28.

« Deux conjoints sont copropriétaires chacun à 50 % de leur résidence. Chacun assume 50 % de l'hypothèque sur ladite résidence. Par ailleurs, madame possède 100 % des actions d'une société. Elle vend à son conjoint une partie de ses actions, le nombre d'actions vendues représentant une juste valeur marchande équivalant à 50 % de l'hypothèque sur la résidence. Il est prévu que son conjoint en contrepartie des actions acquises assumera le 50 % de l'hypothèque que madame assumait. Est-ce que son conjoint peut déduire les intérêts sur 50 % de l'hypothèque conformément au sous-alinéa 20(1)c)(ii) L.I.R.? »

La réponse fournie par l'ARC à l'époque était la suivante :

« La question de savoir si un bien a été acquis en vue d'en tirer un revenu ou de tirer un revenu d'une entreprise aux fins de l'application du sous-alinéa 20(1)c)(ii) L.I.R. est une question de fait qui ne peut être déterminée qu'après un examen de tous les faits pertinents. Dans une situation comme celle susmentionnée, l'examen de tous les faits entourant l'acquisition des actions et des documents pertinents serait nécessaire.

Cette question suscite présentement une incertitude en raison du jugement de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Singleton c. La Reine*, dont l'ADRC a interjeté appel auprès de la Cour suprême du Canada. Nous ne sommes donc pas en mesure de faire des commentaires. »

À la lumière des décisions de la Cour suprême du Canada dans les affaires *Singleton c. Canada*¹⁹ et *Lipson c. Canada*²⁰, Revenu Québec peut-il exprimer son opinion quant à la déductibilité des intérêts dans ces circonstances?

Réponse

Dans un premier temps, il y a lieu de préciser que nous partageons l'opinion de l'ARC quant à l'importance de l'aspect factuel afin de déterminer si un bien a été acquis en vue de gagner un revenu en provenant ou provenant d'une entreprise.

Plus fondamentalement, en matière de déductibilité des intérêts et tel qu'il a déjà été mentionné en 2004 à l'occasion du même forum qu'aujourd'hui, Revenu Québec partage l'analyse qui est faite de l'état de la jurisprudence sur la question par l'ARC et fait siennes, en principe, sous réserve des particularités législatives applicables au Québec, les

¹⁹ 2001 D.T.C. 5545 (C.S.C.).

²⁰ 2009 D.T.C. 5015 (C.S.C.).

interprétations et pratiques administratives qui sont évoquées dans le *Bulletin d'interprétation* IT-533²¹.

De plus, cette même question ayant été posée à l'ARC pour suivi dans le cadre du présent congrès, nous référons le lecteur aux commentaires de l'ARC à cet égard ci-après, dans le cadre de la Table ronde sur la fiscalité fédérale. Nous pouvons néanmoins émettre un commentaire d'ordre général relativement à l'application ou non de l'article 160 L.I. dans une situation du type de celle décrite dans la question, soit que les obligations légales de chacun des conjoints avant et après la transaction devraient être analysées, de façon à déterminer notamment si effectivement le conjoint ayant acquis les actions a de nouvelles obligations auxquelles il n'était pas déjà tenu.

Enfin, la déductibilité potentielle de l'intérêt dans une situation telle que celle soumise est également tributaire de la non-application des règles d'attribution entre les conjoints, conformément aux dispositions de l'article 462.15 L.I. reproduit ci-après :

« Art. 462.15. Cession ou prêt avec contrepartie à la juste valeur marchande

Malgré les autres dispositions de la présente loi, les articles 462.1, 462.2, 462.5 et 462.6 ne s'appliquent pas à un revenu, gain ou perte provenant, dans une année d'imposition donnée, d'un bien cédé ou prêté, selon le cas, ou d'un bien qui lui a été substitué, lorsque les conditions suivantes sont remplies :

- a) au moment de la cession, la juste valeur marchande du bien cédé n'excède pas la juste valeur marchande du bien reçu par le cédant en contrepartie du bien cédé;
- b) dans le cas où la contrepartie reçue par le cédant comprend une créance ou dans le cas d'un prêt :
 - i. la créance ou le prêt, selon le cas, porte intérêt à un taux égal ou supérieur au moins élevé des deux taux suivants : le taux prescrit et en vigueur au moment où la créance ou le prêt a été consenti ou le taux dont auraient convenu, au moment où la créance ou le prêt a été consenti et compte tenu des circonstances, des parties n'ayant entre elles aucun lien de dépendance;
 - ii. les intérêts à payer à l'égard de la créance ou du prêt pour l'année donnée sont payés au plus tard 30 jours après la fin de cette année;

²¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-533, « Déductibilité de l'intérêt et questions connexes », 31 octobre 2003.

iii. les intérêts à payer à l'égard de la créance ou du prêt pour chaque année d'imposition qui précède l'année donnée ont été payés au plus tard 30 jours après la fin de chaque telle année;

a) dans le cas où le bien a été cédé au conjoint du cédant ou à son bénéficiaire, le deuxième alinéa de l'article 454 s'applique à cette cession. »

Ainsi, de façon sommaire, la transaction doit être faite à la juste valeur marchande (« JVM »); la créance doit porter intérêt à un taux approprié et cet intérêt doit être payé; et un choix de non-roulement doit être produit auprès de l'ARC.

1.9. CONSULTATION ÉQUIVALENTE À L'ARC POUR LES DÉCLARATIONS DE REVENUS DES PARTICULIERS

Est-ce qu'il serait possible d'avoir une consultation équivalente à l'ARC pour la déclaration de revenus des particuliers? C'est-à-dire l'équivalent de « Représenter un client », service auquel nous pouvons avoir accès en ligne directement sur le site de l'ARC. Ainsi, nous pouvons avoir des informations plus rapidement au sujet des déclarations de revenus de clients, leur avis de cotisation, leur état de compte et autres informations parfois très nécessaires au suivi du dossier.

Réponse

Revenu Québec étudie actuellement diverses pistes de solution à ce sujet et verra à consulter ses partenaires en temps opportun.

2. ENTREPRISES

2.1. CRÉDIT D'IMPÔT À L'INVESTISSEMENT – COÛT D'UN BIEN

La législation fiscale québécoise prévoit qu'une entreprise admissible qui réalise un investissement admissible puisse bénéficier d'un crédit d'impôt à l'investissement (« CII ») pouvant atteindre 40 % du montant de l'investissement admissible. Le taux du crédit d'impôt applicable à une société donnée est déterminé en fonction, d'une part, du lieu où l'investissement admissible est réalisé et, d'autre part, du capital versé de la société.

Est-ce que le coût de l'investissement admissible peut comprendre des coûts internes qui sont capitalisés (par exemple des salaires)?

Réponse

Les articles 1029.8.36.166.43 et 1029.8.36.166.44 L.I. prévoient qu'un CII est accordé, pour une année d'imposition, à une société sur ses frais admissibles, ou sur sa part des frais admissibles d'une société de personnes dont elle est membre, à l'égard d'un bien admissible. Les extraits pertinents de la définition de l'expression « frais admissibles » à l'article 1029.8.36.166.40 L.I. sont les suivants :

« “frais admissibles” d'une société pour une année d'imposition donnée ou d'une société de personnes pour un exercice financier donné, à l'égard d'un bien admissible, désigne :

- a) pour une société, l'ensemble des frais suivants, à l'exception des frais engagés auprès d'une personne avec laquelle la société, un actionnaire désigné de celle-ci ou, lorsque la société est une coopérative, un membre désigné de celle-ci a un lien de dépendance :

les frais engagés par la société dans l'année d'imposition donnée pour l'acquisition du bien admissible qui sont inclus, à la fin de cette année, dans le coût en capital du bien et qui sont payés dans l'année donnée;

i. [...];

ii. [...];

- b) pour une société de personnes, l'ensemble des frais suivants, à l'exception des frais engagés auprès d'une société membre de la société de personnes ou d'une personne avec laquelle une telle société, un actionnaire désigné de celle-ci ou, lorsque la société est une coopérative, un membre désigné de celle-ci a un lien de dépendance :

les frais engagés par la société de personnes dans l'exercice financier donné pour l'acquisition du bien admissible qui sont inclus, à la fin de cet exercice financier, dans le coût en capital du bien et qui sont payés dans cet exercice financier;

i. [...];

ii. [...]; » (Notre soulignement)

De façon générale, le coût d'un bien englobe tous les coûts engagés pour acquérir le bien et qui sont normalement capitalisés au coût de ce bien. Cela inclut tous les frais relatifs à cette acquisition et à la mise en service du bien,

notamment les honoraires d'avocats, de notaires, de comptables et d'ingénieurs ou les autres frais reliés à l'acquisition du bien²².

Dans le cas d'un bien fabriqué par la société, ou la société de personnes, pour son propre usage, le coût d'un bien inclut les frais engagés pour le matériel, la main-d'œuvre ainsi que les frais généraux raisonnablement imputables au bien. Cependant, une somme à l'égard du profit qui aurait pu être réalisé si le bien avait été vendu ne doit pas être incluse.

Par ailleurs, tel qu'il est exposé plus haut, il faudrait examiner auprès de qui chacun des montants est engagé afin d'analyser l'application des exceptions décrites plus haut.

2.2. DOCUMENTATION – PROGRAMME RS & DE

Compte tenu de la volonté d'Investissement Québec de converger vers les exigences de documentation du programme de recherche scientifique et développement expérimental (« RS & DE »), y aura-t-il un guide ou un format standard (pour chacun des crédits) fourni par Investissement Québec aux demandeurs afin d'uniformiser le processus et de faciliter le traitement?

Réponse

Dans un premier temps, Investissement Québec n'a jamais annoncé une quelconque volonté de converger vers les exigences de documentation du programme de RS & DE.

Par ailleurs, chaque mesure fiscale administrée, en partie, par Investissement Québec regroupe des critères d'admissibilité variés dans différents secteurs d'activités. Conséquemment, les exigences de documentation diffèrent d'une mesure fiscale à l'autre.

Ainsi, des directives particulières à chacune des mesures fiscales sont incluses dans les formulaires de demandes d'attestations d'admissibilité. Ces directives sont revues régulièrement, notamment en fonction des modifications annoncées par le ministère des Finances du Québec.

²² Revenu Québec partage la position de l'ARC dans AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-285R2, « Déduction pour amortissement – Généralités », 31 mars 1994.

Par ailleurs, d'autres raisons peuvent être à la source de modifications des formulaires de demandes d'attestations d'admissibilité. À titre d'exemple, notons la révision récente des formulaires de demandes annuelles pour le crédit d'impôt pour le développement des affaires électroniques effectuée en janvier 2010. Ces dernières modifications avaient pour but de faciliter la cueillette d'information auprès des sociétés et ainsi accélérer le délai de traitement des demandes d'attestations.

2.3. SYSTÈME DE GESTION DES DÉLAIS – RS & DE

Dans le même ordre d'idées que la question 2.2., si des normes plus strictes de documentation sont instaurées, un système de gestion des délais équivalent à celui de l'ARC sera-t-il implanté pour accélérer le traitement des demandes d'attestations?

Réponse

Étant donné la réponse fournie à la question précédente, Investissement Québec n'a pas l'intention d'implanter un système de gestion des délais équivalent à celui de l'ARC. Par ailleurs, Investissement Québec a toujours porté une attention particulière aux délais de traitement des demandes d'attestations d'admissibilité afin que ceux-ci soient les plus courts possible.

2.4. RS & DE – CONTRACTUELS

Selon le programme de crédit d'impôt de RS & DE, il est prévu que le taux d'admissibilité de la dépense pour les contractuels est de 50 % du montant payé comparativement à 100 % pour le programme fédéral, qui inclut notamment le programme de l'Ontario. Cela est un obstacle au développement économique du Québec en diminuant la compétitivité de nos entreprises. Est-ce que le ministère des Finances envisagerait d'augmenter le pourcentage d'admissibilité de la dépense permise au calcul du crédit d'impôt afin de diminuer cet écart avec sa province voisine et plus grande rivale?

Réponse

Le crédit d'impôt remboursable pour la RS & DE prévu à l'article 1029.7 L.I., communément appelé « crédit d'impôt remboursable pour la RS & DE salaire », a comme objectif, depuis son instauration à l'occasion du Discours sur le budget du 10 mai 1983, la création d'emplois se rapportant à la réalisation d'activités de RS & DE sur le territoire du Québec.

Ainsi, à compter de l'instauration de ce crédit d'impôt jusqu'au Discours sur le budget du 12 mai 1994²³, l'aide fiscale octroyée par ce crédit d'impôt portait sur les salaires qu'un contribuable versait à ses employés pour réaliser des travaux de RS & DE au Québec, et elle portait aussi sur les salaires versés aux employés d'un sous-traitant qui réalisaient des travaux de RS & DE, au Québec, pour le compte du contribuable.

Cependant, pour des motifs de simplicité, la méthode de calcul de ce crédit d'impôt a été modifiée à l'occasion du Discours sur le budget du 12 mai 1994 relativement à la situation où le contribuable et le sous-traitant à qui il confie la réalisation de travaux de RS & DE n'ont pas de lien de dépendance. Se basant sur la prémisse selon laquelle la dépense de main-d'œuvre correspond généralement à 50 % du montant d'un tel contrat de recherche, la méthode de calcul du crédit d'impôt remboursable pour la RS & DE salaire a été modifiée de façon que l'aide fiscale octroyée par ce crédit d'impôt porte sur la moitié de la partie de la contrepartie versée à un sous-traitant qui n'a pas de lien de dépendance avec le contribuable.

Plus récemment, soit à l'occasion du Discours sur le budget du 30 mars 2010²⁴, un assouplissement a été apporté au crédit d'impôt remboursable pour la RS & DE salaire de façon que, en situation de sous-traitance sans lien de dépendance, les travaux de RS & DE puissent être réalisés par les employés du sous-traitant ainsi que par un particulier (autre qu'une fiducie) qui est un actionnaire du sous-traitant – si celui-ci est une société – ou par un membre de la société de personnes qui est sous-traitante.

Cet assouplissement vise à pallier la difficulté pour un contribuable de connaître le statut des personnes qui effectuent les travaux de RS & DE auprès du sous-traitant (contrairement à la situation où le contribuable a un lien de dépendance avec le sous-traitant qui présuppose que les renseignements concernant le statut de ces personnes seront communiqués au contribuable), et il ne constitue pas une modification de la politique fiscale actuelle selon laquelle l'objectif du crédit d'impôt remboursable pour la RS & DE salaire est la création d'emplois se rapportant à la réalisation d'activités de RS & DE sur le territoire du Québec.

²³ QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 1994-1995, Discours sur le budget et Renseignements supplémentaires*, 12 mai 1994.

²⁴ QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2010-2011, Discours sur le budget et Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 30 mars 2010.

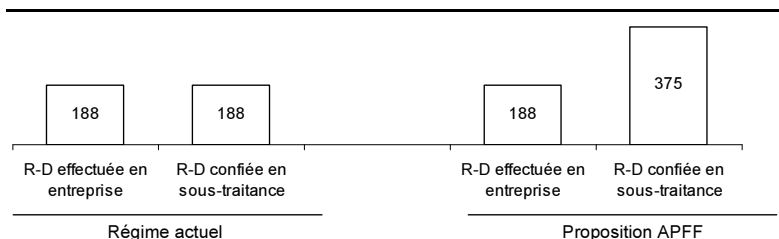
Par ailleurs, mentionnons que les dispositions portant sur le calcul du revenu contenues dans la *Loi sur les impôts* sont harmonisées à celles de la législation fiscale fédérale concernant la RS & DE, mais qu'il existe des divergences majeures entre ces deux législations en ce qui a trait aux crédits d'impôt remboursables pour la RS & DE.

Ainsi, toute comparaison des crédits d'impôt remboursables pour la RS & DE québécois avec le CII fédéral devrait être faite avec circonspection, puisque l'assiette et le niveau d'aide fiscale des crédits d'impôt remboursables pour la RS & DE québécois et le fait qu'ils soient remboursables en toutes circonstances sont des caractéristiques qui n'ont pas d'équivalent dans la législation fiscale fédérale.

Sommairement, le CII fédéral porte sur l'ensemble des dépenses de RS & DE admissibles faites dans le cadre d'un contrat de recherche (main-d'œuvre, matériel et équipement), tandis le crédit d'impôt remboursable pour la RS & DE salaire porte uniquement sur la partie d'un contrat de recherche qui est raisonnablement attribuable à la dépense de main-d'œuvre afférente au projet de recherche réalisé pour le compte d'un contribuable. À cet égard, en situation de sous-traitance sans lien de dépendance, le calcul du crédit d'impôt remboursable pour la RS & DE salaire porte sur 50 % du montant du contrat de recherche, et ce, pour les motifs mentionnés précédemment.

Une augmentation à 100 % (au lieu de 50 %) du montant du contrat de recherche réalisé par un sous-traitant n'ayant pas de lien de dépendance avec le contribuable qui lui confie l'exécution de ces travaux engendrerait un biais important en faveur de la réalisation des activités de RS & DE confiées à un sous-traitant sans lien de dépendance comparativement aux autres situations (voir illustration).

Illustration du montant du crédit d'impôt du Québec pour une dépense de RS & DE de 1 000 \$ effectuée par une PME



Hypothèse : Dépenses de R-D de 500 \$ en salaire et de 500 \$ en équipement et matériel.

Dans ce contexte, afin d'assurer l'atteinte de l'objectif visé par le crédit d'impôt remboursable pour la RS & DE salaire et dans un souci de cohérence dans l'application de ce crédit d'impôt à l'ensemble des situations où des travaux de RS & DE sont réalisés soit par le contribuable lui-même, soit par un sous-traitant avec lequel le contribuable a un lien de dépendance ou par un sous-traitant avec lequel il n'a pas de lien de dépendance, le ministère des Finances croit opportun de maintenir la méthode de calcul actuelle de ce crédit d'impôt applicable à chacune de ces situations.

2.5. CRÉDIT D'IMPÔT DE RS & DE

Selon le programme de crédit d'impôt de RS & DE, il est prévu que les dépenses contractuelles effectuées auprès d'une personne (physique ou morale) n'ayant pas d'établissement stable au Québec ne sont pas admissibles au crédit d'impôt. Cela crée un énorme gouffre entre les provinces et met même en péril le pouvoir de conserver des entreprises au Québec, surtout pour les régions frontalières telles que l'Outaouais. Est-ce que le ministère des Finances envisagerait de rendre admissibles au crédit d'impôt provincial les dépenses de contrat de RS & DE même si le contractuel n'a pas d'établissement stable au Québec? Quitte à permettre cette situation pour des régions spécifiques telles que l'Outaouais où seule une rivière partage les deux provinces.

Réponse

Les dispositions de la *Loi sur les impôts* qui portent sur les crédits d'impôt remboursables pour la RS & DE reflètent la politique fiscale actuelle selon laquelle l'objectif primaire de tous les crédits d'impôt remboursables pour la RS & DE vise à faire du Québec le lieu privilégié des entrepreneurs canadiens pour réaliser des travaux de RS & DE se rapportant à leurs entreprises.

À cet égard, la politique fiscale sous-jacente aux crédits d'impôt remboursables pour la RS & DE veut que les activités de RS & DE donnant droit à ces crédits d'impôt doivent obligatoirement être réalisées sur le territoire du Québec, et plus particulièrement par les employés d'un établissement situé au Québec du contribuable qui effectue lui-même des travaux de RS & DE ou par les employés d'un établissement situé au Québec d'un sous-traitant à qui des travaux de RS & DE sont confiés en sous-traitance ainsi que par un actionnaire d'une société sous-traitante ou un membre d'une société de personnes sous-traitante, selon le cas, qui n'a pas de lien de dépendance avec le contribuable et qui effectue les activités de RS & DE dans un tel établissement pour le compte du contribuable.

Il s'agit là d'un élément fondamental visant à promouvoir les activités de RS & DE sur le territoire du Québec et à encourager les entrepreneurs canadiens à y déplacer leurs activités de RS & DE. Cet objectif primaire visé par l'ensemble des crédits d'impôt remboursables pour la RS & DE est si important qu'il ne peut faire l'objet d'une exception.

2.6. CRÉDIT SUR LES SALAIRES ADMISSIBLES DE RS & DE

Aux fins du crédit sur les salaires admissibles de RS & DE, un actionnaire qui est ingénieur et travaille régulièrement dans les activités de RS & DE est rémunéré par sa compagnie à un taux horaire supérieur pour les travaux de RS & DE *versus* le taux horaire pour les heures où celui-ci effectue des tâches administratives ou de vente. La compagnie peut-elle demander le crédit sur les salaires RS & DE selon ce taux supérieur effectivement payé par la compagnie à l'ingénieur pour les heures travaillées en RS & DE? Par exemple, les heures payées pour les travaux de RS & DE sont rémunérées à 75 \$ l'heure et les autres heures sont rémunérées à 37 \$ l'heure.

Réponse

Le paragraphe a) du deuxième alinéa de l'article 1029.7 L.I. précise que pour l'application du premier alinéa de cette dernière disposition, « un salaire et une contrepartie versés par le contribuable y visé ne comprennent notamment que ceux qui constituent pour le contribuable une dépense visée au paragraphe 1 de l'article 222 ou au paragraphe a de l'article 223 », soit une dépense de nature courante qu'il a faite dans l'année.

De plus, le sous-paragraphe i du paragraphe b) du premier alinéa de l'article 230 L.I. établit que les dépenses relatives à la RS & DE comprennent notamment une dépense de nature courante imputable en totalité ou presque à la poursuite de RS & DE au Canada.

Enfin, l'article 230.0.0.3.1 L.I., pour l'application des paragraphes b) et c) du premier alinéa de l'article 230 L.I., prévoit la limite de dépenses engagées applicable aux employés déterminés.

Ainsi, bien que chaque cas soit un cas d'espèce qui doit être examiné à la lumière des faits qui lui sont propres, nous sommes d'avis qu'une société, à l'égard d'un même employé, peut inclure dans le calcul du crédit d'impôt sur les salaires une dépense de salaire raisonnable dans les circonstances versée à cet employé à un taux horaire supérieur lorsque cette dépense est

directement reliée à la poursuite de RS & DE et selon le cas, ne pas avoir été engagée si une telle poursuite n'avait pas eu lieu.

2.7. CATÉGORIE D'ÉQUIPEMENT

Un contribuable acquiert une machine pour faire de la gravure sur des bijoux. La machine est contrôlée par un ordinateur. Comme la majeure partie de la machine est « mécanique », est-ce que le bien se qualifiera comme un bien de la catégorie 8, 29 ou 52 de l'annexe B R.I.?

Réponse

Selon le sens courant donné à ce terme, la « transformation » requiert l'utilisation d'un processus quelconque dans le but d'apporter une amélioration à l'apparence ou à la nature du bien²⁵. Les tribunaux ont également établi que deux conditions doivent être présentes pour qu'il y ait transformation. Dans un premier temps, il doit y avoir eu un changement (physique ou chimique) dans la forme, dans l'apparence ou dans d'autres caractéristiques du bien soumis aux activités de transformation. Dans un deuxième temps, le bien doit être devenu plus attrayant pour la revente à la suite des activités de transformation²⁶.

Le fait de graver un bijou pour y inscrire un nom, un prénom ou une date importante n'a pas pour effet de changer la forme, l'apparence ou les caractéristiques du bien ni d'en améliorer sa revente. La gravure sert plutôt à personnaliser un bijou afin d'y apporter une signification sentimentale particulière pour l'acheteur. Dans ce contexte, nous sommes d'avis que la gravure de bijoux entraîne plutôt la prestation d'un service en faveur de l'acquéreur. La machine à graver des bijoux ne ferait pas partie de la catégorie 29 de l'annexe B R.I. puisqu'elle ne sert pas fabriquer ou transformer un bien destiné à la vente.

Bien que cet appareil soit contrôlé par un ordinateur, nous sommes d'avis qu'il ne s'agit pas de « matériel électronique du traitement de l'information » puisque nous ne pensons pas que l'utilisateur puisse modifier le ou les programmes internes d'informatique y inclus. Par conséquent, la machine à graver ne serait pas incluse dans la catégorie 52 de l'annexe B R.I.

²⁵ *Federal Farms Ltd. c. MRN*, 66 D.T.C. 5068 (C. de l'É.). Voir aussi la réponse à la question 2.10.

²⁶ *Tenneco Canada Inc. c. La Reine*, 91 D.T.C. 5207 (C.A.F.).

La machine à graver des bijoux serait plutôt incluse dans la catégorie 8 de l'annexe B R.I.

2.8. POSITION ADMINISTRATIVE DE REVENU QUÉBEC SUR CERTAINS SUJETS CONTENUS DANS LE DOCUMENT *IMPÔT SUR LE REVENU – NOUVELLES TECHNIQUES*, N° 40

Le 11 juin 2009, l'ARC a publié le bulletin *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 40, qui traite des modifications apportées à sa politique administrative visant certains avantages liés à l'emploi. Le document fédéral traite des sujets suivants :

- i) Repas et allocations fournies aux employés pendant les heures supplémentaires;
- ii) Municipalité ou région métropolitaine;
- iii) Programmes de fidélisation;
- iv) Véhicule à moteur fourni par l'employeur que l'employé doit emmener à la maison le soir;
- v) Cadeaux ou récompenses non monétaires;
- vi) Laissez-passer de transport en commun de surface fournis aux membres de la famille des employés des transports en commun.

Dans le guide IN-253, nous avons pu constater qu'une harmonisation avec le fédéral s'appliquera à l'égard des points iii) et iv) susmentionnés.

Est-ce que Revenu Québec peut préciser ce qu'il en est relativement aux autres points du document *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 40?

Réponse

- i) Repas et allocations fournies aux employés pendant les heures supplémentaires

Contrairement à l'approche de l'ARC qui est administrative, l'exclusion de la valeur de l'avantage lié à l'indemnité repas ou des repas fournis aux employés en raison d'heures supplémentaires est expressément prévue à l'article 37.0.3 L.I.

Le ministre des Finances du Québec a choisi une approche législative à l'égard des indemnités repas accordées aux employés effectuant des heures supplémentaires²⁷.

Au Québec, toute modification fait appel à une question de politique fiscale qui relève du ministère des Finances du Québec.

ii) Municipalité ou région métropolitaine

Revenu Québec accepte également depuis 2009 que dans certaines situations l'allocation de déplacement (y compris l'allocation de repas) versée par l'employeur relativement au déplacement de l'employé à l'intérieur de la municipalité ou de la région métropolitaine puisse être exclue du revenu de l'employé. Pour être exclue, l'allocation est versée à un employé qui est en déplacement pour accomplir ses fonctions plus efficacement pendant sa période de travail, elle est raisonnable et principalement au bénéfice de l'employeur. L'allocation ne doit pas être assimilée à une autre forme de rémunération.

Une précision sera ajoutée dans le guide sur les avantages imposables (IN-253).

iii) Programme pour passagers assidus

Revenu Québec applique également la mesure administrative de l'ARC portant sur le programme de fidélisation. La partie 8.20 du guide sur les avantages imposables (IN-253) contient des précisions.

iv) Véhicule à moteur fourni par l'employeur que l'employé doit emmener à la maison le soir

Revenu Québec applique également la mesure administrative de l'ARC. Les règles d'application sont mentionnées dans la partie 4.5 du guide sur les avantages imposables (IN-253).

²⁷ QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2001-13, « Bonification de la politique fiscale en matière d'avantages sociaux accordés aux employés, instauration d'un crédit d'impôt remboursable pour le rajeunissement du parc de véhicules-taxis et autres mesures fiscales », 20 décembre 2001, par. 1.1 – applicable à compter de 2002.

v) Cadeaux ou récompenses non monétaires

Contrairement à l'approche de l'ARC qui est administrative, la valeur de l'avantage lié aux cadeaux et récompenses reçus d'un employeur est expressément prévue à l'article 37.1.5 L.I.

Le ministre des Finances du Québec a choisi une approche législative à l'égard des cadeaux et récompenses accordés aux employés²⁸.

Au Québec, toute modification fait appel à une question de politique fiscale qui relève du ministère des Finances du Québec.

vi) Laissez-passer de transport en commun de surface fournis aux membres de la famille des employés des transports en commun

Revenu Québec applique également la mesure administrative de l'ARC. La partie 6.6 du guide sur les avantages imposables (IN-253) en fait mention.

2.9. CONCEPT DE CAPITAL VERSÉ DANS LE CADRE DE L'ABOLITION DE LA TAXE SUR LE CAPITAL

La notion de capital versé est actuellement utilisée pour l'application d'autres mesures fiscales, notamment afin de circonscrire les sociétés de plus petite taille. À titre d'exemple, la déduction accordée aux petites entreprises sur la première tranche de 500 000 \$ de revenus actifs d'une PME aux fins du calcul de son impôt québécois est éliminée progressivement lorsque le capital versé de la société privée dont le contrôle est canadien est supérieur à 10 M\$.

Dans le cadre de l'abolition éventuelle de la taxe sur le capital annoncée lors du Budget du 24 mai 2007²⁹, le ministère des Finances avait indiqué qu'il se pencherait sur la pertinence de conserver la notion de « capital versé » pour l'application d'autres mesures. La décision de maintenir ou de remplacer une telle notion au profit d'un autre critère doit faire l'objet d'une annonce éventuelle par le ministère des Finances du Québec.

²⁸ *Id.*, par. 1.2 – applicable à compter de 2001.

²⁹ QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2007-2008, Discours sur le budget et Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 24 mai 2007.

Afin d'aider les conseillers et les entreprises à s'ajuster à ce qui surviendra éventuellement, le Ministère peut-il indiquer où il en est dans ses réflexions à ce sujet et à quel moment il s'attend à clarifier ce point?

Réponse

Malgré l'abolition de la taxe sur le capital pour la plupart des sociétés, la notion de capital versé continuera à être utilisée pour l'application d'autres mesures fiscales, par exemple le CII relatif au matériel de fabrication et de transformation et le taux réduit d'imposition pour les petites entreprises. Cette façon de faire assurera une continuité dans l'application des mesures fiscales concernées.

2.10. CRÉDIT D'IMPÔT À L'INVESTISSEMENT ET RS & DE

Un bien neuf sert en totalité ou presque dans des activités de RS & DE. Ce bien a été déduit dans le calcul du revenu d'entreprise d'un contribuable au titre d'une dépense de RS & DE en vertu de l'article 223 L.I.

Est-ce que ce bien peut-être considéré comme étant utilisé principalement pour la fabrication et transformation et ainsi être réclamé à titre de dépense admissible aux fins du CII?

Réponse

Les activités de RS & DE

Les travaux se rattachant à l'activité de production commerciale d'un matériau, d'un produit ou d'un dispositif, nouveaux ou améliorés, ou à l'utilisation commerciale d'un procédé nouveau ou amélioré ne constituent pas, en vertu du sous-paragraphe e) du paragraphe 4) de l'article 222 L.I., des travaux de RS & DE.

Un bien peut faire l'objet d'une déduction dans le calcul du revenu d'entreprise d'un contribuable en vertu de l'article 223 L.I., s'il est un bien dont l'utilisation correspond à celle décrite au sous-paragraphe iii du paragraphe b) de l'article 230 L.I., c'est-à-dire un bien utilisé pendant la totalité ou presque de son temps d'exploitation au cours de sa vie utile prévue dans des activités de RS & DE ou que la totalité ou presque de sa valeur est censée être consommée dans de telles activités.

Le paragraphe e) de l'article 130R205 R.I. prévoit que la dépense à l'égard de laquelle une déduction a été accordée dans le calcul du revenu du

contribuable en vertu des articles 222 à 230 L.I. est exclue de l'application du titre XII R.I. et de l'annexe B³⁰ et, par conséquent, des catégories 29 et 43.

Les activités de fabrication et de transformation

Les termes « fabrication » et « transformation » ne sont pas définis dans la *Loi sur les impôts*. La fabrication de biens ou de marchandises implique généralement la création de quelque chose ou le façonnage à partir de quelque chose. On entend par « transformation » d'une marchandise, la technique de préparation, de manipulation ou toute autre activité destinée à effectuer une transformation physique ou chimique d'un article ou d'une substance autre que la transformation résultant du processus de croissance naturelle.

Le CII est accordé pour des investissements admissibles, c'est-à-dire pour des biens inclus dans la catégorie 29 ou la catégorie 43³¹ de l'annexe B R.I. et qui sont soit, directement ou indirectement, utilisés par le contribuable au Canada principalement pour la fabrication ou la transformation d'articles destinés à la vente ou à la location³², et qui seraient autrement compris dans

³⁰ Le titre XII R.I. vise l'amortissement du coût en capital et l'annexe B, la description des catégories de biens.

³¹ Comme prévu dans le Discours sur le budget du 13 mars 2008 (QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2008-2009, Discours sur le budget et Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 13 mars 2008), la catégorie 43 prévoit qu'il s'agit notamment des biens qui remplissent les conditions suivantes :

- i) il s'agit de biens qui ne sont pas compris dans la catégorie 29, mais qui y seraient autrement compris si l'on ne tenait pas compte du paragraphe c du premier alinéa de cette catégorie et, dans le paragraphe b de cet alinéa, d'un bien qui est un chariot élévateur à fourche industriel ou un bien décrit à l'un des sous-paragraphe f et g du paragraphe l de la catégorie 10;
- ii) ils ne sont pas compris dans la catégorie 12 en vertu du deuxième alinéa de cette catégorie.

De plus, l'annonce de l'harmonisation à la mesure fédérale (que l'on retrouve la page A.140 du budget du 13 mars 2008 et à la page A.84 du budget du 19 mars 2009 (QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.*, note 17)) relative aux modifications concernant la DPA applicables aux biens qui sont des machines et du matériel de fabrication et de transformation fait en sorte que les biens compris dans la catégorie 29 de l'annexe B R.I., s'ils sont acquis après le 18 mars 2007 et avant 2012, deviennent admissibles au CII.

³² Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-147R3, « Déduction pour amortissement – Amortissement accéléré des machines et du (à suivre...) »

la catégorie 8 (sauf le matériel roulant de chemin de fer et ceux visés au paragraphe i de la catégorie 8, soit le matériel de radiocommunication acquis après le 25 mai 1976 et non compris dans une autre catégorie).

Un bien utilisé principalement pour la fabrication ou la transformation d'articles destinés à la vente ou la location est essentiellement un bien utilisé dans le cadre de la production commerciale d'un matériau, d'un produit ou d'un dispositif qui constitue des activités décrites à la définition de l'expression « travaux exclus » aux fins de la RS & DE.

Bien utilisé simultanément pour les activités de RS & DE et pour les activités de fabrication et de transformation

Un bien qui sert presque exclusivement (en totalité ou presque) dans des activités de RS & DE et dont le coût a été déduit dans le calcul du revenu d'entreprise d'un contribuable au titre d'une dépense de RS & DE ne peut être considéré comme étant un bien utilisé principalement pour la fabrication ou la transformation d'articles destinés à la vente ou à la location³³. Ce type de bien ne peut donc pas être un bien admissible au CII.

2.11. IMPACT DE LA DÉCLARATION D'UN DIVIDENDE EN ACTIONS

Quel est l'impact de la déclaration d'un dividende en actions de type *high low* sur le calcul du revenu protégé des actions ordinaires en circulation?

Exemple

M. X détient la totalité des actions ordinaires de la société ABC inc. dont les caractéristiques fiscales sont les suivantes :

(...suite)

matériel de fabrication et de transformation », 14 septembre 1992, par. 9-14. De plus, dans AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-145R, « Bénéfices de fabrication et de transformation au Canada – Taux réduit de l'impôt sur les sociétés », 6 janvier 2004, par. 3-12, on traite du sens de l'expression « fabrication ou transformation » ainsi que des activités exclues.

³³ Le ministère du Revenu s'est déjà prononcé sur la qualification de ce type de bien afin de savoir s'il pouvait être inclus dans le deuxième alinéa de la catégorie 12 de l'annexe B R.I. : REVENU QUÉBEC, interprétation n° 99-010954, « Déduction additionnelle à l'égard de certains investissements – Qualification d'un bien comme étant utilisé principalement pour la fabrication et la transformation d'articles destinés à la vente ou à la location et dépense de RS & DE », 27 septembre 1999.

– JVM :	1 000 000 \$
– Prix de base rajusté :	100 \$
– Revenu protégé :	600 000 \$

La société ABC inc. déclare un dividende en actions privilégiées de type *high low* dont la valeur nominale est de 100 \$, mais rachetables à 600 000 \$ sur les actions ordinaires détenues par M. X. Les caractéristiques fiscales des actions *high low* seront donc les suivantes :

– Valeur de rachat :	600 000 \$
– Prix de base rajusté :	100 \$
– Capital versé fiscal :	00 \$

À la suite de la déclaration du dividende en actions, est-ce que le revenu protégé des actions ordinaires détenues par M. X sera réduit de 100 \$ ou de 600 000 \$?

Réponse

Nous sommes d'avis que lorsqu'un dividende en actions est constitué d'actions ayant une valeur de rachat élevée et un capital versé nominal (actions de type *high low*), le revenu protégé en main attribuable aux actions ordinaires sur lesquelles le dividende est payé doit être réparti en proportion du gain en capital latent inhérent aux actions ordinaires sur lesquelles le dividende est payé et aux actions privilégiées résultant du dividende.

Dans la situation présente, le revenu protégé de 600 000 \$ attribuable aux actions ordinaires détenues par M. X serait réduit de 360 000 \$, soit :

Revenu protégé en main $\times$ $\frac{\text{Gain en capital latent sur les actions privilégiées (high low)}}{\text{Gain en capital latent sur toutes les actions (ordinaires et privilégiées)}}$

$$(600\,000 \$ \times \frac{(600\,000 \$ - 100 \$)}{(1\,000\,000 \$ - 200 \$)}) = 360\,000 \$$$

2.12. RÈGLES D'ACQUISITION DE CONTRÔLE

Société ABC Inc. est une société privée sous contrôle canadien. M. X, un résident canadien, est l'actionnaire unique de la société ABC Inc. et il détient 100 actions de catégorie A (ordinaires). Un gel successoral de la

société ABC Inc. en faveur d'une fiducie familiale est effectué. À la suite du gel, la fiducie souscrit à 100 actions de catégorie A de la société ABC Inc. M. X ne souscrit à aucune action de contrôle. Les fiduciaires de la fiducie sont : M. X, l'épouse de M. X et la mère de M. X. Les fiduciaires sont donc tous des personnes liées à M. X. Les décisions des fiduciaires doivent être prises à la majorité. Les bénéficiaires de la fiducie sont : M. X, l'épouse de M. X, les enfants et petits-enfants nés et à naître de M. X, toute société contrôlée par ces personnes et toute fiducie établie au bénéfice de ces personnes.

Questions

- 1) Dans un tel contexte, y aurait-il une acquisition de contrôle de la société ABC Inc. lors de la souscription, par la fiducie, aux actions de catégorie A?
- 2) La réponse serait-elle la même qu'à la question 1) si les fiduciaires de la fiducie étaient M. X, l'épouse de M. X et un ami (non lié) de M. X et si les décisions des fiduciaires devaient être prises à la majorité? En serait-il de même si les décisions étaient prises à l'unanimité?
- 3) La réponse serait-elle la même qu'à la question 2) si les fiduciaires de la fiducie étaient M. X et un ami (non lié) de M. X et si les décisions des fiduciaires devaient être prises à l'unanimité?

Réponses

Vos questions se réfèrent à la notion d'acquisition de contrôle telle qu'elle est prévue à l'article 6.2 L.I. Or, cet article ne fait pas référence à la notion de contrôle de fait puisqu'on n'y retrouve pas l'expression « contrôlée, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit ». Ainsi, l'acquisition de contrôle visée à l'article 6.2 L.I. survient uniquement lorsque le contrôle de droit est acquis par une personne ou un groupe de personnes, et ce, bien que le contrôle de fait ait pu exister au moment de l'acquisition du contrôle de droit. Ce contrôle de droit peut toutefois être un contrôle indirect tel qu'il en a été décidé dans la cause *Vineland Quarries and Crushed Stone Ltd. c. MRN*³⁴.

Le contrôle *de jure* ou contrôle de droit est défini comme étant la capacité d'élire la majorité des membres du conseil d'administration d'une

³⁴ 66 D.T.C. 5092 (C. de l'É.).

société par la détention de la majorité des actions avec droit de vote émises par cette dernière. Ainsi, pour la détermination du contrôle effectif d'une société, il faut prendre en considération notamment la loi sur les sociétés par laquelle est régie la société par actions, le registre des actionnaires, les statuts et règlements de la société par actions, et toute convention unanime des actionnaires. Lorsque des actions d'une société sont détenues par une fiducie, la jurisprudence a établi que ce sont les fiduciaires qui contrôlent les actions détenues par la fiducie et qui ont le droit de voter ces actions³⁵ (sous réserve de toutes les restrictions imposées à ce droit dans l'acte de fiducie).

Dans la première situation, les fiduciaires de la fiducie sont M. X, l'épouse de M. X et la mère de M. X, soit des personnes liées à M. X en vertu du paragraphe a) de l'article 19 L.I. L'article 21.3 L.I. prévoit les situations où le contrôle d'une société est réputé ne pas avoir été acquis par une personne. Ainsi, le sous-paragraphe i. du paragraphe c) de cet article s'applique à l'acquisition par la fiducie des actions du capital-actions de la société ABC Inc.

Dans la seconde situation, les fiduciaires de la fiducie sont M. X, l'épouse de M. X et un ami (non lié) de M. X. Si les décisions des fiduciaires doivent être prises à la majorité, nous sommes d'avis que puisque M. X et l'épouse de M. X forme un groupe lié qui contrôle la fiducie qui fait en sorte que le sous-paragraphe i. du paragraphe c) de l'article 21.3 L.I. s'applique et qu'il n'y a pas d'acquisition de contrôle de la société ABC Inc. Cependant, si les décisions des fiduciaires doivent être prises à l'unanimité, l'article 21.3 L.I. ne pourrait s'appliquer et il y aurait donc une acquisition du contrôle de la société ABC Inc. lors de l'acquisition des actions par la fiducie.

Finalement dans la troisième situation, les fiduciaires de la fiducie sont M. X et un ami (non lié) de M. X et les décisions des fiduciaires doivent être prises à l'unanimité. Les dispositions de l'article 21.3 L.I. ne pourraient être applicables et il y aurait acquisition du contrôle de la société ABC Inc. lors de l'acquisition des actions par la fiducie.

³⁵ *Canada c. Consolidated Holding Company Ltd.*, 72 D.T.C. 6007 (C.S.C.).

2.13. NORMES INTERNATIONALES D'INFORMATION FINANCIÈRE

Conversion des PCGR canadiens aux NIIF

Le 13 février 2008, le Conseil des normes comptables du Canada a déclaré que toutes les entreprises ayant une obligation publique de rendre des comptes sont tenues d'adopter les Normes internationales d'information financière (« NIIF ») ou en anglais les International Financial Reporting Standard (« IFRS ») en ce qui concerne les exercices qui commencent le 1^{er} janvier 2011 ou après cette date. La plupart des sociétés privées auront également la possibilité d'utiliser les NIIF. Les divers changements de politiques comptables peuvent modifier de façon considérable le bilan et la détermination du revenu comptable comparativement aux principes comptables généralement reconnus (« PCGR ») canadiens en vigueur à l'heure actuelle.

Par exemple, les contribuables peuvent engager des dépenses qui ont été imputées à une période antérieure pour déterminer le revenu comptable du contribuable selon les PCGR canadiens, mais qui doivent être capitalisées dans le bilan à la conversion aux NIIF (et donc imputées au revenu comptable pour une période future selon les NIIF) ou, autrement, engager des dépenses qui ont été capitalisées dans le bilan aux fins comptables selon les PCGR canadiens, mais qui peuvent nécessiter un redressement touchant les exercices antérieurs aux bénéfices non répartis à la conversion aux NIIF (et elles peuvent donc ne jamais être imputées au revenu comptable).

D'autre part, il peut y avoir des différences dans le moment de la reconnaissance du revenu entre les PCGR canadiens et les NIIF, donc à la conversion, des revenus peuvent ne jamais être reconnus aux fins comptables en raison de la conversion des PCGR canadiens aux NIIF ou, inversement, il peut y avoir des revenus reconnus plus d'une fois en raison de la conversion des PCGR canadiens aux NIIF.

Dans ses publications *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 41 et n° 42³⁶, l'ARC résume sa position concernant la conversion de PCGR aux nouvelles NIIF et à l'incidence de celles-ci sur la détermination du revenu imposable.

³⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 41, 23 décembre 2009 et n° 42, 31 mai 2010.

Quelle est la position de Revenu Québec à l'égard de l'application de ses nouvelles normes comptables et de leurs effets sur le calcul du revenu imposable?

Est-ce que Revenu Québec adoptera les grands principes énoncés dans ces publications? Dans le cas contraire, quelles seraient les particularités applicables au Québec?

Réponse

Revenu Québec adopte ces principes. Dans le cadre de la table ronde de 2008³⁷, nous avons répondu à une question relativement à l'impact sur le calcul du revenu net fiscal de l'introduction du chapitre 3855 du *Manuel de l'ICCA*³⁸ intitulé « Instruments financiers – comptabilisation et évaluation », et dans le cadre de la table ronde de l'année dernière³⁹, nous avons répondu à deux questions dont une concernant l'impact des modifications aux PCGR par l'introduction des NIIF, et l'autre concernant l'introduction du chapitre 3031 du *Manuel de l'ICCA* intitulé « Stocks ».

En réponse à ces questions et à la première question que vous nous posez, nous réitérons qu'en matière d'impôt sur le revenu, la jurisprudence nous enseigne que la détermination du bénéfice est une question de droit. Ainsi, la bonne façon d'aborder cette question est que le contribuable doit adopter une méthode de calcul qui soit conforme à la loi, aux autres règles de droit établies et aux principes bien reconnus de la pratique courante des affaires, et qui donne une image fidèle du revenu du contribuable pour une année d'imposition donnée. De plus, nous avons insisté sur le fait que dans l'établissement de l'image fidèle du revenu du contribuable, le « principe de réalisation » revêt une grande importance⁴⁰. Par ailleurs, ces réponses reprennent essentiellement les principes énoncés dans les publications de l'ARC, dont il est fait référence dans la question.

³⁷ « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 47:1-70, question 8, aux pages 47:15-17.

³⁸ INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *Manuel de l'ICCA*, vol. I, Toronto, ICCA (« *Manuel de l'ICCA* »).

³⁹ « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2009*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, pp. 48:1-72, questions 13 et 35, respectivement aux pages 48:27-30 et 48:69-72.

⁴⁰ De même, le gain ou la perte en capital résulte de l'aliénation d'un bien (art. 231 et suiv. L.I.).

En ce qui concerne certaines mesures fiscales québécoises où l'on se réfère à un critère de taille, qui correspond à un test d'actif⁴¹ ou à celui de capital versé⁴², le fait que la législation fasse référence aux montants apparaissant aux états financiers préparés en conformité avec les PCGR fait en sorte que les montants déterminés en vertu des nouvelles NIIF seront les montants qui seront considérés aux fins fiscales, sous réserve des particularités qui pourraient être prévues dans une mesure fiscale donnée.

2.14. CRÉDIT D'IMPÔT À L'INVESTISSEMENT – AGRICULTURE

Question a) Activités relatives à l'agriculture

Lors de la Table ronde sur la fiscalité provinciale du Congrès 2008 de l'APFF⁴³, Revenu Québec a mentionné que des biens détenus par une société agricole et utilisés pour des activités de transformation peuvent se qualifier aux fins du nouveau CII, lorsque les activités de transformation de la société sont considérées comme une entreprise distincte de ses activités agricoles.

Les conditions du nouveau CII se distinguent d'autres mesures fiscales québécoises et fédérales qui imposent à une société comme condition d'admissibilité que ses activités consistent principalement en l'exploitation d'une entreprise de fabrication ou de transformation. Par ailleurs, afin de bénéficier du CII, les activités de la société ne doivent pas nécessairement consister principalement en l'exploitation d'une entreprise de fabrication ou de transformation.

Le critère à respecter se rapporte uniquement au bien acquis ou fabriqué et ce dernier doit être utilisé principalement pour la fabrication ou la transformation d'articles destinés à la vente ou à la location. Les conditions du CII se rapprochent davantage de celles prévues par la mesure québécoise relative à l'amortissement accéléré de 100 % pour l'acquisition de matériel informatique et de matériel de fabrication ou de transformation. De plus, le *Bulletin d'interprétation* IMP. 130-7/R2 prévoit ceci :

« Le mot “principalement” signifie “surtout” ou “avant tout”. Le facteur qui détermine si un bien est utilisé principalement pour la fabrication ou la transformation est le laps de temps, exprimé en pourcentage, pendant lequel le

⁴¹ Par exemple pour le crédit d'impôt pour le design ou le crédit d'impôt pour la RS & DE.

⁴² Par exemple pour le CII.

⁴³ « Table ronde sur la fiscalité provinciale », *loc. cit.*, note 37, question 6, 47:12-13.

bien est utilisé à cette fin. Un bien est généralement considéré comme étant utilisé principalement pour la fabrication ou la transformation s'il est ainsi utilisé pendant plus de 50 % du temps⁴⁴. »

Dans ce contexte, nous demandons à Revenu Québec de préciser sa position à l'égard d'une société qui exploite une entreprise agricole, de pêche ou une exploitation forestière et qui utilise des biens pour la fabrication et la transformation.

Réponse a)

Comme nous l'avons mentionné lors du Congrès 2008 de l'APFF, un bien admissible au CII doit, entre autres conditions, être utilisé principalement pour la fabrication ou la transformation d'articles destinés à la vente ou à la location et qu'il ne s'agit pas nécessairement d'un bien utilisé dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise dont les activités consistent principalement à de la fabrication ou de la transformation. La question porte donc essentiellement sur la notion d'utilisation principale d'un bien dans des activités de fabrication ou de transformation afin de pouvoir l'inclure dans la catégorie 29 de l'annexe B R.I.

Pour permettre d'inclure un bien dans une des catégories prévues à l'annexe B R.I., il faut analyser les faits propres à chaque situation. Lors de cette analyse, on doit s'attarder aux activités exercées par la société en ayant à l'esprit qu'un bien est relatif à la fabrication ou la transformation lorsque, entre autres choses, il n'est pas utilisé dans le cadre des activités décrites aux paragraphes a) et b) de l'article 130R12 R.I., soit dans l'exploitation agricole, la pêche ou l'exploitation forestière. Dans ce contexte, malgré le fait que des activités aient pour objet de fabriquer ou de transformer un bien, nous demeurons d'avis qu'il faut pouvoir les dissocier du processus agricole, de la pêche ou de l'exploitation forestière, si l'on veut pouvoir les considérer comme étant relatives à la fabrication ou la transformation.

Il existe actuellement, parmi les mesures fiscales s'appliquant spécifiquement aux entreprises agricoles, le fait de pouvoir bénéficier de la comptabilité de caisse. Ainsi, si tout le revenu de la société est admissible à la comptabilité de caisse, il nous apparaît que toutes les immobilisations servent dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise agricole.

⁴⁴ REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 130-7/R2, « Amortissement accéléré de 100 % – Matériel informatique et matériel de fabrication ou de transformation », 29 juin 2007, par. 8.

À notre avis, un contribuable ne pourrait à la fois profiter de la comptabilité de caisse et bénéficier du CII que si nous sommes en présence d'entreprises distinctes l'une de l'autre.

Le *Bulletin d'interprétation* IMP. 28-5/R1⁴⁵ prévoit que l'exploitation simultanée de plusieurs opérations commerciales est considérée comme une même entreprise selon le degré de corrélation, d'entrelacement ou d'interdépendance des opérations. Si l'on ne peut distinguer les entreprises l'une de l'autre et qu'elles ne sont pas exploitées de façon indépendante, il est alors impossible de considérer qu'elles sont distinctes. C'est avant tout une question de fait que de déterminer si le degré de corrélation, d'entrelacement ou d'interdépendance entre plusieurs opérations commerciales est suffisant pour établir que ces opérations sont regroupées dans la même entreprise.

On comprend que dans la situation où une société produit elle-même sa matière première dans le cadre d'une activité agricole, et qu'elle tire des revenus provenant uniquement des activités de fabrication et de transformation de cette matière première, il devient alors impossible de dissocier ces dernières activités du processus agricole qui constitue, dans un tel cas, une étape essentielle à l'activité de fabrication et de transformation. Ainsi, dans le contexte où aucun revenu provenant des activités agricoles ne peut être distingué de celui provenant du produit résultant du processus de fabrication et de transformation, tous les biens utilisés par la société ne pourront être des biens admissibles au CII⁴⁶.

Question b) Bâtisse

Une immobilisation servant au séchage du bois, tel un four à bois, est considérée comme un bien utilisé dans une activité de fabrication ou de transformation, notamment en vertu du *Bulletin d'interprétation* IT-145R⁴⁷.

⁴⁵ REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 28-5/R1, « Entreprises distinctes », 26 février 1999, par. 2-3.

⁴⁶ De plus, d'autres critères, comme la distinction de chacune des activités dans les livres et registres de la société, pourront être considérés avant de conclure à l'existence d'entreprises distinctes.

⁴⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-145R (consolidé), « Bénéfices de fabrication et de transformation au Canada – Taux réduit de l'impôt sur les sociétés », 26 janvier 2004, par. 10.

Cette position administrative est reprise entre autres dans deux interprétations techniques⁴⁸.

Nous demandons à Revenu Québec de confirmer que les biens utilisés pour ce type d'activité peuvent être considérés comme des biens utilisés pour la fabrication ou la transformation au sens du CII.

Plus généralement, dans quelles autres circonstances Revenu Québec considère-t-il qu'un bâtiment pourrait se qualifier aux fins du CII?

Réponse b)

Pour qu'un bien puisse se qualifier de bien visé à la catégorie 29 de l'annexe B R.I., il doit s'agir, entre autres, d'un bien qui serait compris dans la catégorie 8 (autre qu'un bien visé au paragraphe i de cette catégorie). De plus, pour qu'un bien soit visé à la catégorie 29, il doit être soit directement, soit indirectement utilisé par lui principalement pour la fabrication ou la transformation d'articles destinés à la vente ou à la location. Lorsque le bien est un bâtiment, il ne doit pas être inclus dans la catégorie 1 de l'annexe B R.I. pour pouvoir être considéré comme un bien décrit dans la catégorie 8.

Les biens visés dans la catégorie 8⁴⁹ sont, entre autres, les suivants :

« Les biens non compris dans l'une des catégories 1, 2, 7, 9, 11, 17 et 30 et constitués par l'un des biens suivants :

- a) une structure que constitue de la machinerie ou du matériel de fabrication ou de transformation;
- b) des biens corporels faisant partie d'un immeuble et acquis uniquement aux fins suivantes :
 - i. entretenir, fournir un accès ou une sortie à de la machinerie ou du matériel;

⁴⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 98292975, « Séchoirs à bois – Amortissement », 10 février 1999 et 95256156, « Bien de remplacement – Sciage, séchage, planage du bois », 14 décembre 1995.

⁴⁹ Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletins d'interprétation* IT-79R3, « Déduction pour amortissement – Immeubles et autres structures », 24 mai 1991, par. 17-18; IT-472, « Déduction pour amortissement – Biens de la catégorie 8 », 16 février 1981, par. 4-5.

- ii. fabriquer ou transformer; ou
- iii. toute combinaison des fins prévues par les sous-paragraphes i. et ii.;
- c) un édifice qui est un four, un réservoir ou une cuve, acquis aux fins de fabrication ou de transformation;
- d) un édifice ou autre structure, acquis après le 19 février 1973 et conçu pour conserver le fourrage ensilé sur une ferme;
- e) un édifice ou autre structure, acquis après le 19 février 1973 et conçu pour entreposer des fruits ou des légumes frais à un degré de température et d'humidité contrôlé et pour être principalement utilisé à cet entreposage par la personne qui les a cultivés ou pour elle. » (Notre soulignement)

Dans ce contexte, un bâtiment qui est visé par l'un ou l'autre des biens décrits dans la catégorie 8, et qui n'est pas inclus dans la catégorie 1, qui est, soit directement, soit indirectement, utilisé par lui principalement pour la fabrication ou la transformation d'articles destinés à la vente ou à la location, pourrait être un bien visé à la catégorie 29 de l'annexe B R.I.⁵⁰ Ainsi, dans la mesure où le bâtiment remplit ces conditions et qu'il n'est pas utilisé dans le cadre d'activités agricoles, de pêche ou d'exploitation forestière⁵¹, il pourrait être un bien admissible au CII. Par ailleurs, nous avons déjà mentionné que nous partageons la position de l'ARC que l'on retrouve au paragraphe 10 du *Bulletin d'interprétation* IT-145R selon laquelle certaines activités relatives à l'exploitation forestière, dont celle relative au séchage du bois dans des fours, sont considérées comme des activités de fabrication ou de transformation⁵².

Question c) Emballage

Dans la décision *Produits L.B. (1987) Ltée c. La Reine*⁵³, la Cour canadienne de l'impôt a eu à déterminer si une emballeuse, des étagères et des sacs d'emballage servaient à des activités de fabrication et de

⁵⁰ Voir l'affaire *Roy Legumex Inc. c. MRN*, 90 D.T.C. 1858 (C.C.I.).

⁵¹ Par exemple, un bien visé au paragraphe e de la catégorie 8 de l'annexe B R.I. ne pourrait être inclus dans la catégorie 29 s'il est utilisé par la personne qui a cultivé les fruits ou les légumes.

⁵² REVENU QUÉBEC, interprétation n° 08-005710, « Déduction relative aux entreprises de fabrication et de transformation dans les régions ressources », 10 juin 2009.

⁵³ 93 D.T.C. 1535 (C.C.I.) (« *Produits L.B. 1987 Ltée* »).

transformation aux fins du CII fédéral et aux fins de la déduction pour amortissement (« DPA »). La société était un fabricant de nourriture pour animaux de ferme et animaux domestiques. La Cour a conclu que l'opération d'emballage est une activité de fabrication ou de transformation lorsqu'elle se trouve à la fin de la ligne de production de marchandises. Les étagères, dans la mesure où elles servent à ranger les sacs d'emballage, font partie des activités de fabrication et de transformation.

Revenu Québec peut-il confirmer que les biens utilisés pour l'emballage de biens transformés ou fabriqués destinés à la vente ou à la location peuvent généralement être considérés comme des biens utilisés pour la fabrication ou la transformation au sens du CII?

Réponse c)

L'emballage suscite une certaine équivoque quant à savoir s'il est une activité essentielle à celle de fabrication et de transformation ou s'il s'agit plutôt d'une activité relative à l'expédition ou au transport de produits finis.

Comme cela a été confirmé dans la décision *Produits L.B. (1987) Ltée*, l'emballage n'est pas en soi une activité de fabrication ou de transformation. Cependant, pour que l'on puisse considérer que l'activité d'emballage est une activité de fabrication, elle doit être considérée comme étant la dernière phase des activités de fabrication ou de transformation d'un bien destiné à la vente ou à la location. Par ailleurs, d'autres causes ont avancé la notion d'« entreprise intégrée » à la fabrication et la transformation qui vise à faire en sorte qu'une étape particulière est considérée comme étant exercée directement dans le cadre des activités de fabrication ou de transformation lorsqu'elle constitue une partie essentielle et intégrante du processus de fabrication et de transformation, et ce, même si aucun changement dans la forme ou la caractéristique du bien ne survient au cours de cette étape. Il semble donc que le processus de fabrication et de transformation doit être évalué dans son ensemble et non en séparant chacune des étapes requises pour la fabrication ou la transformation d'un bien destiné à la vente ou à la location⁵⁴.

⁵⁴ Voir les décisions suivantes : *Lomex Inc. c. MRN*, 92 D.T.C. 2246 (C.C.I.); confirmé par 98 D.T.C. 6588 (C.F. 1^{re} inst.); *Coca-Cola Ltd. c. MRN*, 84 D.T.C. 6081 (C.A.F.); *Fafard & frères Ltée c. SMRQ*, [2000] R.D.F.Q. 242 (C.Q.) (renversée en Cour d'appel du Québec, 2007 QCCA 1317).

S'il s'avère que les activités d'emballage constituent une étape essentielle du processus de fabrication ou de transformation d'un bien destiné à la vente ou à la location, les biens utilisés pour effectuer ces activités pourraient être des biens admissibles au CII.

3. ADMINISTRATIONS FISCALES, FIDUCIES ET AUTRES SUJETS

3.1. INDÉPENDANCE DU SERVICE DES OPPOSITIONS

Traditionnellement, il est reconnu que le service des oppositions offre un service indépendant, qui se livre à un nouvel examen des cotisations en toute objectivité.

S'il est normal que l'agent des oppositions puisse être appelé à contacter le vérificateur qui a fait établir la cotisation pour obtenir des détails sur les motifs qui sous-tendent la cotisation contestée, il était généralement compris que l'agent des oppositions peut ensuite rendre sa décision en toute indépendance.

Récemment, des membres de l'APFF nous ont rapporté que des agents d'opposition leur ont indiqué qu'ils faisaient l'objet de pressions de la part des directions impliquées dans les vérifications (par exemple : Direction générale des entreprises (DGE)), cherchant à les persuader de ne pas réduire ou annuler des cotisations contestées.

Pouvez-vous nous confirmer qu'il s'agit de cas isolés et que Revenu Québec respecte toujours le cloisonnement qui doit nécessairement exister entre la vérification et les oppositions, pour permettre aux agents d'opposition d'effectuer leur travail en toute indépendance?

Réponse

Le service offert par les directions des oppositions n'a pas changé. Indépendance et impartialité demeurent des valeurs primordiales dans la prise de décision par les agents d'opposition.

Lors d'échanges avec les agents d'opposition, les directions cotisantes peuvent exprimer librement les motifs sous-tendant leur prise de position dans un dossier donné et, bien sûr, elles préfèrent que les cotisations litigieuses soient maintenues par les directions des oppositions. Ainsi, il est possible que certains vérificateurs expriment leur opinion de façon plus insistante et soient déterminés à tenter de convaincre des agents d'opposition de maintenir les cotisations litigieuses.

Cependant, une telle attitude ne doit pas avoir pour conséquence d'altérer la décision sur opposition. Les agents d'opposition demeurent en tout temps libres de rendre la décision qui leur apparaît la plus appropriée en lien avec l'ensemble des circonstances de chaque dossier.

Votre question laisse croire que des agents ont été influencés par les directions cotisantes, ce qui aurait pu altérer le processus décisionnel. S'il en est ainsi, il s'agit bien de cas isolés.

Les directions des oppositions continuent d'agir de façon indépendante et impartiale, et le cloisonnement entre les directions cotisantes et les directions des oppositions est bien réel, en ce que l'agent d'opposition demeure le seul juge de la décision sur opposition à prendre dans un dossier, et ce, que les directions cotisantes soient ou non satisfaites.

3.2. PROBLÉMATIQUES RATTACHÉES AUX ACOMPTES PROVISIONNELS ET POLITIQUE FISCALE SOUS-JACENTE

Les intérêts sur acomptes provisionnels insuffisants sont très dispendieux au Québec. En effet, malgré le contexte actuel de taux d'intérêt historiquement bas, le taux d'intérêt en vigueur au quatrième trimestre est de 6 % auquel s'ajoute un intérêt de 10 % si un particulier n'a pas effectué au moins 75 % de son acompte à temps. Étant donné que les intérêts sont composés quotidiennement, cela signifie en réalité un taux d'intérêt pouvant atteindre 17,35 %. Par contre, un contribuable en situation de remboursement peut actuellement (au quatrième trimestre) s'attendre à un intérêt maximum calculé au taux de 1,25 %.

Certains contribuables occupent plusieurs emplois au cours de l'année en raison de changements d'emploi, mais souvent aussi en raison du fait qu'ils combinent plusieurs emplois à temps partiel. Or, à la fin de l'année, lorsqu'ils produisent leurs déclarations fiscales, il n'est pas impossible du tout qu'ils aient droit à un remboursement, mais il sera amputé lorsqu'ils recevront un avis de cotisation, car il comportera des intérêts à payer (au taux susmentionné). En effet, leurs cotisations excédentaires au Régime de rentes du Québec (« RRQ ») en raison des multiples emplois leur sont créditées dans le calcul du remboursement à recevoir, mais n'interviennent pas aux fins du calcul des acomptes provisionnels et des intérêts. En termes simples, cela signifie que les cotisations excédentaires au RRQ ne sont pas considérées comme une retenue d'impôt à la source. Ainsi, si l'impôt sur le revenu retenu à la source était insuffisant en raison, à titre d'exemple, d'emplois à temps partiel, et que l'impôt à payer pour l'année (net des retenues d'impôt à la source) excède 1 800 \$, des intérêts sur acomptes

provisionnels insuffisants seront payables par le particulier même si celui-ci a droit à un remboursement ou a un solde à payer pour l'année de moins de 1 800 \$. Nous avons d'ailleurs pu constater cette situation à quelques reprises et cela nous apparaît difficilement justifiable en termes de politique fiscale. En effet, on punit un contribuable même si les employeurs ont perçu à la source des montants excédant les obligations réelles du contribuable pour toute l'année.

- 1) Le ministère des Finances est-il prêt à se pencher sur cette problématique, d'autant plus que les cotisations au RRQ représentent des montants potentiellement très élevés?
- 2) Un nombre très élevé de mesures fiscales québécoises font intervenir le revenu familial (c'est-à-dire le revenu d'un particulier et celui de son conjoint fiscal) qui a généralement pour effet de réduire le montant d'un crédit d'impôt pouvant être demandé par un particulier, et ce, basé sur le principe des ressources financières du couple. Pourquoi le ministère des Finances, pour des raisons d'équité dans les deux sens sur le concept des ressources financières du couple, ne permet-il pas qu'un remboursement transféré d'un conjoint à l'autre dans la déclaration fiscale au printemps soit aussi considéré, au besoin, comme un acompte provisionnel ayant été effectué par le conjoint-bénéficiaire du transfert selon le principe où il serait réputé l'avoir versé lui-même au même moment que son conjoint?

Réponses

- 1) De façon sommaire, un particulier, autre qu'un particulier auquel s'applique l'article 1025 L.I., est tenu de verser des acomptes provisionnels pour une année lorsque l'impôt net qu'il estime devoir payer pour cette année excède 1 800 \$ et que, pour l'une ou l'autre des deux années précédentes, son impôt net excédait aussi 1 800 \$.

Aux fins du calcul de l'impôt net d'un contribuable, ni les cotisations de travailleurs autonomes prévues par le RRQ et le Régime québécois d'assurance parentale (« RQAP »), ni la cotisation de 1 % au Fonds des services de santé, ni la prime au Régime d'assurance médicaments du Québec, ni la contribution santé (à compter de 2011) ne sont prises en considération.

Toutefois, lorsqu'un particulier est tenu de verser des acomptes provisionnels, il devient également tenu de verser de telles contributions, cotisations ou primes.

Dans ce contexte, le ministère des Finances ne peut envisager de tenir compte des cotisations excédentaires au RRQ dans le calcul de l'impôt net servant à déterminer le montant des acomptes provisionnels à verser pour une année, sans que ce calcul soit également modifié pour y inclure toutes les contributions, cotisations et primes payables au moyen de la déclaration de revenus.

Par ailleurs, il est à noter qu'aucun intérêt n'est exigé d'un particulier qui a effectué ses acomptes provisionnels en fonction des montants indiqués sur l'avis que lui a transmis Revenu Québec (Formulaire TPZ-1026.A), et ce, même si le montant des acomptes provisionnels versé en cours d'année s'avère insuffisant.

De plus, il convient de rappeler qu'un particulier qui occupe plusieurs emplois au cours d'une même année peut, pour éviter que ses retenues à la source (« RAS ») soient insuffisantes, demander que ses RAS soient majorées ou calculées sans tenir compte du crédit de base⁵⁵.

- 2) Tout d'abord, il convient de noter que la réduction en fonction du revenu familial de certains crédits d'impôt a pour but de canaliser l'aide fiscale accordée vers une catégorie particulière de ménages, généralement les ménages à faible et à moyen revenus.

Par ailleurs, en raison notamment des difficultés d'application qu'elle engendrerait et de son impact limité, le ministère des Finances n'envisage pas de mettre en place une mesure ayant pour effet de considérer qu'un particulier a versé à titre d'acompte provisionnel tout ou partie du remboursement qui lui a été cédé par son conjoint à la suite de la production de sa déclaration de revenus.

À cet égard, rappelons que le remboursement accordé à la suite de la production d'une déclaration de revenus peut être composé de divers montants (par exemple, des retenues d'impôt excédentaires, des cotisations excédentaires au RRQ ou au RQAP ou des crédits d'impôt remboursables).

⁵⁵ Un employé peut demander à son employeur, au moyen du Formulaire TP-1015.3, « Déclaration pour la retenue d'impôt », ou du Formulaire TP-1017, « Demande de retenue supplémentaire d'impôt », que le montant des retenues d'impôt à la source soit majoré, ou il peut indiquer sur le Formulaire TP-1015.3, à l'égard des emplois subséquents à son premier emploi, le code 0 à la case « Code » (l'inscription d'un tel code permettra aux employeurs subséquents de calculer le montant des retenues d'impôt sans tenir compte encore une fois du crédit d'impôt de base).

Or, malgré le fait que la partie d'un remboursement accordé à la suite de la production d'une déclaration de revenus pour une année donnée qui est attribuable à des RAS excédentaires (impôt, RRQ ou RQAP) se rapporte à des montants versés au cours de ladite année, il est impossible de déterminer à quel moment ces excédents ont été versés, puisque les relevés établis par les employeurs ne contiennent aucune information à cet égard.

De plus, la portée de la mesure proposée serait relativement limitée à l'égard de la partie d'un remboursement attribuable à des retenues excédentaires, puisque les formules utilisées pour déterminer le montant des RAS sont établies de façon que les retenues effectuées à l'égard de la rémunération versée à un particulier qui occupe le même emploi pendant toute une année se rapprochent le plus possible de son impôt autrement à payer (soit l'impôt à payer avant la prise en considération des crédits d'impôt remboursables) et des cotisations qu'il doit payer au RRQ et au RQAP. À ce propos, il n'est pas sans intérêt de mentionner que le montant moyen des cotisations excédentaires versées au RRQ et au RQAP au cours d'une année est inférieur à 100 \$.

Enfin, étant donné que les intérêts sur un acompte provisionnel insuffisant se calculent sur une période qui s'étend de la date de l'expiration du délai accordé pour faire un tel acompte jusqu'au jour du versement de celui-ci ou, s'il est antérieur, le 30 avril de l'année suivant celle pour laquelle il est exigible, la mesure proposée n'aurait aucun impact sur la partie d'un remboursement cédé qui est attribuable à des crédits d'impôt remboursables.

3.3. REMBOURSEMENT DE SOMMES PAR UNE SUCCESSION À L'ÉGARD DE MONTANTS ANTÉRIEUREMENT INCLUS DANS LE CALCUL DU REVENU D'UN CONTRIBUABLE DÉCÉDÉ

De plus en plus, des situations se présentent où une succession doit rembourser des sommes à une tierce partie (incluant les gouvernements) à l'égard d'un contribuable décédé et dont les sommes avaient fait l'objet d'une inclusion dans le calcul du revenu du contribuable pour une année antérieure en vertu des dispositions de la loi. À titre d'exemple seulement, pensons à des prestations d'assurance-emploi reçues par un contribuable de son vivant, mais qui ont dû être remboursées par la succession du contribuable, car le contribuable (ou sa succession) a finalement obtenu gain de cause dans un litige avec son ex-employeur (pour obtenir une allocation de retraite), avec la Commission de la santé et de la sécurité du travail du

Québec (CSST) (pour obtenir des prestations d'accident du travail) ou avec un assureur (pour obtenir des prestations d'invalidité).

Or, la législation fiscale prévoit généralement un mécanisme de déduction pour une année donnée à l'égard de sommes remboursées par le contribuable au titre de montants inclus dans le calcul de son revenu pour une année antérieure. Cependant, aucune déduction n'est généralement prévue lorsque le remboursement s'effectue plutôt par la succession d'un contribuable par suite de son décès.

Il peut donc en résulter des situations de double imposition.

Le ministère des Finances et Revenu Québec peuvent-ils commenter?

Commentaire du ministère des Finances

Sur le plan de la politique fiscale, le ministère des Finances est d'avis que, à titre de représentant légal d'une personne décédée, sa succession devrait pouvoir demander les déductions qui sont actuellement prévues par la législation fiscale à l'égard du remboursement de certaines sommes incluses antérieurement dans le calcul du revenu d'une personne décédée.

Commentaires de Revenu Québec

Le terme « personne », tel qu'il est défini par la *Loi sur les impôts*, comprenant un représentant légal après le décès, la succession d'un contribuable décédé peut demander, dans certains cas, la déduction d'un montant remboursé à une tierce partie pour le compte du contribuable décédé, dans l'année où le remboursement a été fait.

Pour en faire la demande, il faut que la personne décédée ait inclus le montant remboursé dans son revenu et ne l'ait pas déduit dans le calcul de son revenu imposable, pour l'année ou pour une année d'imposition antérieure.

Commentaire additionnel du ministère des Finances

Pour éviter des situations de double imposition dans le cas où une succession n'a pas de revenu ou en a très peu, le ministère des Finances est disposé à analyser la possibilité d'adapter certains des mécanismes qui sont actuellement prévus par la législation fiscale pour permettre à un contribuable de récupérer en tout ou en partie l'impôt qui avait été payé sur un montant ayant fait l'objet d'un remboursement, soit le crédit d'impôt pour

remboursement de prestations⁵⁶ et le mécanisme de report d'une perte autre qu'une perte en capital.

3.4. PRISE EN COMPTE DES MONTANTS DÉBOURSÉS PAR UNE SUCCESSION

Il existe diverses situations où un paiement est effectué par une succession et pour lesquelles aucune aide fiscale n'est accordée même s'il existe une relation directe avec la situation du contribuable décédé. À titre d'exemple seulement, les paiements représentant parfois jusqu'à trois mois de loyer faits par la succession à une résidence pour personnes âgées ou pour un logement régulier ne sont pas admissibles au crédit d'impôt remboursable pour maintien à domicile d'une personne âgée.

Le ministère des Finances pourrait-il envisager de réputer un tel paiement comme ayant été effectué par le contribuable décédé dans l'année de son décès?

Réponse

La déductibilité des paiements faits par une succession ne peut et ne doit pas être automatique. Pensons aux frais funéraires qui, bien qu'ils aient une relation directe avec la situation du contribuable décédé, ne font l'objet d'aucun allègement fiscal.

Il s'ensuit que chaque situation doit être analysée à la lumière des faits qui lui sont propres.

Dans l'exemple soumis, le ministère des Finances ne peut envisager de réputer que les paiements représentant le loyer payable après le décès d'un contribuable à une résidence pour personnes âgées ou au locateur d'un immeuble d'appartements soient admissibles au crédit d'impôt remboursable pour maintien à domicile d'une personne âgée.

En effet, l'objectif premier du crédit d'impôt remboursable pour maintien à domicile d'une personne âgée est d'accorder une aide financière aux aînés en vue de faciliter leur maintien à domicile, et ainsi de prévenir ou de retarder leur hébergement dans le réseau public de la santé et des services sociaux.

⁵⁶ Art. 1029.8.50 L.I.

En raison même de son objectif, l'aide fiscale accordée par ce crédit d'impôt est attachée à la personne âgée et est déterminée en fonction des services de soutien à domicile reconnus qu'elle se procure afin de rendre possible son maintien à domicile ou, du moins, de le faciliter.

Il faut bien comprendre que le crédit d'impôt pour maintien à domicile d'une personne âgée permet, avant tout, de venir financièrement en aide aux personnes qui, à mesure qu'elles vieillissent, ne sont plus capables d'accomplir seules les activités qu'elles ont toujours faites ou auraient pu faire elles-mêmes par le passé.

Accorder une aide financière pour des montants payés par une succession pour des services à rendre après le décès d'une personne âgée irait donc à l'encontre des objectifs poursuivis par la mesure fiscale.

3.5. PRODUCTION DE LA DÉCLARATION DE REVENUS DES FIDUCIES (TP-646)

Lors de la Table ronde sur la fiscalité provinciale du Congrès 2008 de l'APFF, Revenu Québec a confirmé que la déclaration TP-646 est à la fois la déclaration de revenus dont la production est exigée par le paragraphe d) du deuxième alinéa de l'article 1000 L.I. et une déclaration de renseignements dont la production est exigée en vertu de l'article 1086R57 (anciennement l'article 1086R12) R.I.

Le paragraphe 1000 1) L.I. prévoit certaines circonstances dans lesquelles une fiducie n'a pas l'obligation de produire une déclaration TP-646, notamment si elle n'a pas d'impôt à payer et n'a réalisé aucun gain en capital. Toutefois, ces exceptions ne sont pas applicables aux fins de l'article 1086R57 R.I. Par mesure administrative, Revenu Québec n'oblige la production d'une déclaration TP-646 que si l'une des conditions énumérées dans le guide de la déclaration de revenus des fiducies (TP-646.G) (« Guide des fiducies ») se vérifie.

Or, malgré cette politique d'allègement administratif, il arrive :

- qu'une déclaration TP-646 soit produite sur une base volontaire pour la première année d'imposition au cours de laquelle une fiducie est constituée, même si elle n'a eu aucune activité au cours de cette année et qu'aucune des circonstances décrites dans le Guide des fiducies n'est présente, dans le but notamment de souligner l'existence de la fiducie aux autorités fiscales;

- qu'une déclaration TP-646 soit produite pour une année d'imposition au cours de laquelle l'une des circonstances décrites dans le Guide des fiducies est exceptionnellement présente, alors que ce n'est plus le cas dans les années suivantes.

Dans une telle situation, la fiducie se retrouve donc à produire une déclaration TP-646 pour une année d'imposition, mais non dans les années subséquentes. Or, dans ces circonstances, il est fréquent qu'une demande de production de déclaration TP-646 soit transmise à la fiducie par les autorités fiscales pour les années subséquentes.

Questions à Revenu Québec

Revenu Québec peut-il confirmer que, dans la mesure où la fiducie ne remplit aucune des conditions énumérées dans le Guide des fiducies pour une année d'imposition, elle n'a pas à produire une déclaration TP-646 malgré le fait qu'elle ait déjà produit une telle déclaration antérieurement? Pour plus de précision, Revenu Québec peut-il confirmer qu'il n'imposera aucune pénalité pour non-production d'une déclaration de revenus ni pour non-production d'une déclaration de renseignements dans ces circonstances?

Si la fiducie reçoit une demande de production d'une déclaration TP-646 pour une année d'imposition au cours de laquelle aucune des conditions énumérées dans le Guide des fiducies ne s'est produite, est-ce que l'envoi d'une simple lettre indiquant que la fiducie s'appuie sur la politique d'allégement administratif pour ne pas produire une déclaration TP-646 pour l'année en question est jugé acceptable par Revenu Québec?

Réponses

Si une fiducie ne satisfait aucune des conditions énumérées dans le Guide des fiducies pour une année d'imposition, cette fiducie n'a pas à produire une déclaration TP-646 malgré le fait qu'elle ait déjà produit une telle déclaration antérieurement, et ce, en vertu de la politique administrative de Revenu Québec.

Dans ce contexte, la décision d'exempter une fiducie de produire la déclaration TP-646 implique nécessairement celle de ne pas imposer de sanction à l'égard de la non-production de celle-ci.

Toutefois, une fiducie mise en demeure par le ministre de ce faire (art. 1001 L.I.) doit obligatoirement produire la déclaration TP-646, et ce, même si aucune des conditions énumérées dans le Guide des fiducies ne

s'est produite. Cette obligation existe indépendamment du fait que la fiducie soit assujettie au paiement de l'impôt ou qu'elle ait déjà produit une déclaration fiscale à l'égard de l'année concernée.

3.6. REPORT D'UNE PERTE EN CAPITAL SUBIE DANS UNE AUTRE PROVINCE AUX FINS DE L'IMPÔT DU QUÉBEC

M^{me} Riche qui réside en Ontario depuis sa naissance a réalisé au cours des 10 dernières années des pertes en capital nettes déductibles totalisant 50 000 \$ sur son portefeuille de valeurs mobilières. Ces pertes n'ont pas encore été utilisées. Elle déménage au Québec et réalise un gain en capital imposable net de 25 000 \$ pour l'année 2010.

En application de l'article 729 L.I., comme elle réside au Québec au 31 décembre, peut-elle utiliser son solde de pertes en capital nettes déductibles d'années antérieures (subies alors qu'elle résidait en Ontario) à l'encontre de son gain en capital imposable dans sa déclaration de revenus du Québec?

L'article 729.1 L.I. limite-t-il le report des pertes en capital déductibles aux fins de l'impôt du Québec aux seules pertes en capital déjà déclarées au Québec en application de l'article 28 L.I.?

Réponse

Revenu Québec applique l'article 729 L.I. de façon à permettre à un particulier de reporter à l'encontre de son revenu imposable les pertes nettes en capital subies dans les années où il résidait dans une juridiction canadienne autre que le Québec.

Ce report peut cependant être restreint par la règle prévue à l'article 694 L.I. Cet article prévoit qu'aux fins du calcul du revenu imposable pour une année d'imposition donnée, toute déduction accordée à un contribuable en vertu d'une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans le calcul de son revenu imposable pour une année d'imposition antérieure où il n'était pas assujetti à la partie I L.I. lui a été aussi accordée en vertu d'une disposition correspondante de la *Loi sur les impôts*.

De façon plus générale, Revenu Québec considère que l'économie de la *Loi sur les impôts* autorise, sauf disposition contraire, le report de toute perte qu'elle prévoit à l'encontre du revenu imposable d'un particulier qui résidait dans une juridiction canadienne autre que le Québec au moment où il a subi la perte. Ce principe peut s'inférer des diverses dispositions de la *Loi sur les*

impôts (par exemple, l'article 694 précité) visant à prendre en compte le contexte fiscal canadien.

À titre informatif, le *Bulletin d'interprétation* IMP. 727-1/R1⁵⁷ expose les règles fiscales applicables au report d'une perte autre qu'une perte en capital subie dans une juridiction canadienne autre que le Québec.

Enfin, en ce qui concerne l'article 729.1 L.I., il est appliqué, à l'instar de l'article 729 L.I., de façon à permettre le report des pertes subies dans les autres juridictions canadiennes. Dans l'hypothèse où un particulier aurait un solde de pertes en capital subies avant 1986, le montant de ce solde serait déterminé en tenant compte du montant des pertes déduites au niveau fédéral pour les années durant lesquelles le particulier résidait au Canada hors du Québec, malgré le fait que la *Loi sur les impôts* limite le montant de ces pertes pouvant être déduites à l'encontre des revenus de toute source à 1 000 \$ par année, plutôt qu'à 2 000 \$ comme le prévoit la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

3.7. LES MESURES DE PERCEPTION PRÉVUES AUX ARTICLES 12.0.2 ET 12.0.3 DE LA LOI SUR LE MINISTÈRE DU REVENU

- a) Est-ce que Revenu Québec reconnaît et applique les principes dégagés par la décision *Roy c. Québec (Procureur général)*⁵⁸ rendue par la Cour supérieure quant à la suspension des mesures de recouvrement prévues aux articles 12.0.2 et 12.0.3 de la *Loi sur le ministère du Revenu*⁵⁹?

Réponse

Dans l'affaire *Roy*, il s'agissait d'une cotisation faite à un administrateur en vertu de l'article 24.0.1 L.M.R. pour une dette constituée uniquement de RAS. Revenu Québec applique la suspension à l'égard d'une dette RAS d'une cotisation établie en vertu de l'article 24.0.1 L.M.R.

- b) Lorsqu'un contribuable est hors délai pour contester un avis de cotisation et dépose une demande de prorogation de délai en vertu de

⁵⁷ REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 727-1/R1, « Report de perte à une année antérieure pour une entreprise qui n'a plus d'établissement au Québec », 28 février 2006.

⁵⁸ [2003] R.D.F.Q. 89 (C.S.) (« *Roy* »).

⁵⁹ L.R.Q., c. M-31 et mod. (« L.M.R. »).

l'article 93.1.3 L.M.R. avant que des mesures de recouvrement ne soient entamées, est-ce que Revenu Québec a pour politique d'appliquer les articles 12.0.2 et 12.0.3 L.M.R. afin de suspendre les mesures de recouvrement dans le dossier du contribuable?

Réponse

Cette situation n'est pas prévue par les articles 12.0.2 et 12.0.3 L.M.R. Dans un tel contexte, le débiteur a intérêt à aviser la Direction générale du centre de la perception fiscale et des biens non réclamés (« DGCPFBNR ») de sa demande. Par la suite, comme dans les cas non couverts par l'article 12.0.2 L.M.R. (par exemple, RAS et taxes à la consommation), la DGCPFBNR peut suspendre, par pratique administrative, les mesures de recouvrement concernant un montant contesté par une personne qui a déposé une demande de prorogation, lorsqu'elle en fait la demande et s'il est plausible, après vérification, qu'une correction soit apportée à la cotisation.

- c) Lorsqu'un contribuable est hors délai pour contester un avis de cotisation et dépose une demande de prorogation de délai en vertu de l'article 93.1.3 L.M.R. après que des mesures de recouvrement ont été prises par Revenu Québec, est-ce que Revenu Québec a pour politique d'appliquer les articles 12.0.2 et 12.0.3 L.M.R. afin de suspendre les mesures de recouvrement dans le dossier du contribuable et d'annuler les mesures de recouvrement prises antérieurement?

Réponse

La réponse précédente est aussi applicable.

Par ailleurs, la loi ne permet pas à Revenu Québec de rembourser un débiteur au stade de la demande de prorogation. Ce pouvoir de rembourser un débiteur est balisé par l'article 21.0.1 L.M.R. Cet article prévoit que lorsqu'une personne a versé des sommes pour le paiement d'un montant en litige visé à l'article 12.0.3 L.M.R., elle peut demander par écrit que la partie des sommes versées relative au paiement de ce montant en litige lui soit remboursée :

- a) à l'expiration des 120 jours qui suivent la notification de l'avis d'opposition sans que le ministre ait transmis une décision en vertu de l'article 93.1.6 L.M.R.;
- b) si elle interjette appel ou un appel sommaire.

Toutefois, la loi permet à Revenu Québec d'affecter au paiement d'un montant impayé un remboursement ou un montant payable par un organisme public durant les 90 jours qui suivent l'établissement d'une cotisation d'impôt. Un montant ainsi compensé n'est pas visé par le remboursement de l'article 21.0.1 L.M.R.

Enfin, si Revenu Québec a inscrit une hypothèque légale sur un immeuble du débiteur avant qu'il ne conteste un avis d'opposition, Revenu Québec n'accordera pas une mainlevée (voir l'affaire *Alessandro c. Canada*⁶⁰). Cependant, des recours hypothécaires ne seront pas entrepris.

3.8. IMPUTATION DES PAIEMENTS

Une société s'est placée sous la protection de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*⁶¹ et a par la suite fait faillite. Préalablement à sa mise sous la protection de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, Revenu Québec avait effectué une saisie qui lui avait rapporté une somme de 750 000 \$, laquelle représentait approximativement la dette relative à la taxe de vente du Québec (« TVQ ») due par la société. Durant la période se situant entre la mise sous la protection de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et la faillite de la société, des représentations au niveau des oppositions ont abouti à un règlement diminuant la dette TVQ à un montant d'environ 300 000 \$. Le représentant de Revenu Québec aurait alors mentionné à l'administrateur de la société qu'il pouvait utiliser cet excédent provenant de la saisie pour l'appliquer contre la dette d'impôt sur le revenu de la société. L'administrateur de la société, quant à lui, préférerait que cet excédent soit plutôt appliqué sur la dette de TPS et la dette RAS dues par la société au moment de la faillite, ce qui viendrait évidemment réduire par la suite sa responsabilité personnelle. Est-ce que Revenu Québec pourrait plus amplement commenter cette situation?

Réponse

Le paragraphe 97(3) L.F.I. prévoit que les règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre l'actif du failli.

Par ailleurs, aux termes du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par le premier alinéa de l'article 31 L.M.R., le ministre peut affecter tout

⁶⁰ 2006 CF 895.

⁶¹ L.R.C. (1985), ch. B-3 et mod. (« L.F.I. »).

remboursement auquel a droit une personne par suite de l'application d'une loi fiscale au paiement de la dette fiscale de cette personne. Après avoir procédé à cette affectation, l'article 31.1 L.M.R. confère au ministre le pouvoir discrétionnaire d'affecter le reliquat du remboursement auquel a droit cette personne en vertu de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*⁶² au paiement d'une dette de TPS.

En l'espèce, Revenu Québec pourra affecter l'excédent de 300 000 \$ au paiement de la dette fiscale québécoise de la société, notamment la dette d'impôt sur le revenu de la société. Après paiement complet de la dette fiscale québécoise, seul le reliquat d'un trop payé de TVQ pourra être affecté au paiement de la dette TPS, le cas échéant.

3.9. POSITION DU MINISTRE DES FINANCES EN CE QUI A TRAIT À L'APPLICATION DE LA CONVENTION FISCALE ENTRE LE CANADA ET LES ÉTATS-UNIS LORSQU'IL S'AGIT D'APPLIQUER LA LOI SUR LES IMPÔTS DU QUÉBEC

L'exposé des faits et les questions qui suivent sont présentés dans le but de clarifier la position du ministère des Finances en ce qui a trait à l'application de la Convention Canada-États-Unis lorsqu'il s'agit d'appliquer la *Loi sur les impôts*.

Une société (« Société A »), constituée sous le régime de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*⁶³, a son seul établissement stable au Québec.

Société A tire son revenu d'entreprise de clients établis au Canada et aux États-Unis.

Afin d'accroître sa visibilité dans l'espoir de maintenir ou d'augmenter son revenu d'entreprise, Société A fait d'imposants dons de bienfaisance à des organismes de bienfaisance canadiens et à des organisations de charité aux États-Unis, principalement à ceux du même groupe confessionnel que ses dirigeants.

⁶² L.R.Q., c. T-0.1 et mod.

⁶³ L.R.C. (1985), ch. C-44 et mod.

Les œuvres de bienfaisance bénéficiaires des dons de Société A ne sont pas celles auxquelles Sa Majesté du Chef du Canada a fait des dons de bienfaisance.

À la lumière des faits susmentionnés, voici nos questions au ministère des Finances :

- 1) Selon le *Bulletin d'information* 2008-8⁶⁴ publié en décembre 2008, le ministère des Finances devait entreprendre une étude globale sur l'application en droit québécois de la Convention Canada-États-Unis. Le ministère des Finances peut-il nous faire part des développements liés à cette étude?
- 2) À l'heure actuelle, comme il est acquis par la jurisprudence, le Québec n'est pas lié par une convention fiscale signée par le gouvernement du Canada et un autre pays. Or, le Québec accepte, dans le cadre de sa législation et de sa réglementation fiscales, de prendre en considération certaines dispositions des conventions fiscales conclues par le gouvernement du Canada, en particulier celle conclue avec les États-Unis.

En effet, en l'absence d'une entente fiscale conclue entre le Québec et un État donné, le régime d'imposition prend en considération certaines dispositions des conventions fiscales conclues par le gouvernement du Canada en vue d'éviter que les contribuables ne soient soumis à une double imposition. Cette reconnaissance se limite aux dispositions prévoyant qu'un revenu, imposable par ailleurs, est exonéré de l'impôt sur le revenu au Canada.

Lorsqu'un tel montant est reçu ou à recevoir par un particulier, ce montant donne droit à une déduction dans le calcul de son revenu imposable en vertu du paragraphe a) de l'article 725 L.I. Dans le cas où un tel montant est reçu ou à recevoir par une société, ce montant est exclu du revenu de la société en vertu de l'article 488 L.I. par suite de l'application du paragraphe e) de l'article 488R1 R.I.

Or, en ce qui concerne les dons de bienfaisance, la Convention Canada-États-Unis traite expressément de la déductibilité des dons versés à des

⁶⁴ QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2008-8, « Réduction de 25 % du montant minimum à retirer d'un fonds enregistré de revenu de retraite (FERR) pour l'année 2008 et autres mesures fiscales », 19 décembre 2008.

« organisations de charité » résidant aux États-Unis. Le paragraphe 7 de l'article XXI permet en effet de déduire ces dons dans le calcul du revenu imposable au Canada. Par ailleurs, les États-Unis permettent aux résidents américains qui font des dons à des organismes de bienfaisance au Canada de les déduire dans le calcul de leur revenu imposable.

- a) Quelle est la position du ministère des Finances en ce qui concerne les dons de bienfaisance versés à des « organisations de charité » résidant aux États-Unis, étant donné que les dons de bienfaisance constituent une dépense et que la *Loi sur les impôts* vise les revenus exonérés d'impôt?
- b) Le ministère des Finances adaptera-t-il la législation en vue de permettre à un contribuable de déduire les dons de bienfaisance versés à des « organisations de charité » résidant aux États-Unis dans le calcul de son revenu imposable gagné au Québec?
- c) De plus, la politique fiscale permettra-t-elle une application harmonieuse conjointe des paragraphes 6 et 7 de la Convention Canada-États-Unis lorsqu'un contribuable des États-Unis verse des dons de bienfaisance à des œuvres de bienfaisance du Québec?

Réponses

- 1) Les travaux préliminaires d'une étude globale sur l'application en droit québécois de la Convention Canada-États-Unis ont débuté comme nous l'avions prévu.

La portée de l'étude, la nature des questions soulevées par l'examen, l'évaluation de toutes les implications et répercussions possibles à l'intérieur même du cadre législatif fiscal actuel combinées, dans une certaine mesure, au temps qui doit être consacré aux travaux budgétaires et aux différentes publications du ministère des Finances expliquent pour beaucoup le fait que l'étude ne soit pas encore complétée.

Sans pouvoir préciser une date, le ministère des Finances fera connaître les résultats obtenus uniquement lorsque cette étude sera terminée, et ce, dans la mesure où des modifications législatives seront recommandées.

- 2) Afin d'éviter la double imposition qui pourrait résulter de certaines situations, la législation fiscale peut exceptionnellement intégrer, en les adaptant en fonction de ses principes généraux, des règles particulières contenues dans une convention fiscale signée par le Canada.

Cependant, puisque le paragraphe 7 de l'article XXI de la Convention Canada-États-Unis a pour objet d'accorder un allègement fiscal et non pas d'éviter une double imposition, le ministère des Finances n'envisage pas pour l'instant l'intégration de cette mesure dans la législation fiscale québécoise.

Par ailleurs, l'application du paragraphe 6 de l'article XXI de la Convention Canada-États-Unis aux dons faits à des organismes de bienfaisance enregistrés qui résident au Québec ne semble nullement problématique, puisque ce paragraphe s'applique aux organismes résidant au Canada sans exclure les organismes résidant au Québec.

De plus, il apparaît peu probable qu'un organisme de bienfaisance soit enregistré pour l'application du régime d'imposition québécois sans être également enregistré pour l'application du régime d'imposition fédéral.

3.10. CLAUSES DE RAJUSTEMENT DU PRIX

Le *Bulletin d'interprétation* IT-169⁶⁵ fait mention de plusieurs conditions pour qu'une clause de rajustement de prix de vente soit valide pour le Ministère. Une de ces conditions est que le Ministère soit averti par les parties en cause, et ce, par le biais d'une lettre. Cette exigence est facilement remplie lorsque la transaction à laquelle s'apparente la clause de rajustement de prix de vente est un roulement en vertu de l'article 85 L.I.R. puisque le Ministère est avisé par le biais du formulaire prescrit. Toutefois, lorsque la transaction visée par la clause de rajustement est un échange d'actions dans le cadre d'autres réorganisations, aucun formulaire prescrit ne permet d'aviser le Ministère.

En ce sens, la production d'une lettre mentionnant qu'une transaction est l'objet d'une clause de rajustement de prix de vente est-elle nécessaire pour que cette clause soit valide, et ce, spécifiquement lorsque le transfert de bien s'effectue lors de certaines réorganisations?

Plus généralement, quelle est la position de Revenu Québec à l'égard de la divulgation d'une telle clause?

⁶⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-169, « Clauses de rajustement du prix », 6 août 1974.

Réponse

La politique de Revenu Québec concernant les clauses de rajustement du prix (« CRP ») est énoncée au *Bulletin d'interprétation* IMP. 28-4/R1⁶⁶ publié en mars 2004. Le paragraphe 6 prévoit justement un assouplissement à la nécessité d'informer Revenu Québec de l'existence d'une CRP par une lettre jointe à la déclaration fiscale produite dans l'année du transfert du bien. Plus précisément, le paragraphe 6 prévoit que les parties au transfert peuvent bénéficier de la politique de Revenu Québec sur les CRP même si elles ne l'ont pas informé préalablement de l'existence de la CRP, pourvu qu'elles l'en informent sans tarder dès lors qu'elles désirent s'en prévaloir.

Il convient également de souligner la pratique administrative, énoncée au paragraphe 7 dudit bulletin, selon laquelle Revenu Québec considère comme un avis suffisant de l'existence de la CRP, un formulaire de transfert tel que le TP-518, TP-529 ou TP-614, portant la réponse « oui » à la question relative à l'existence d'une CRP. Dans ce cas, il n'est pas nécessaire que chacune des parties avise le Ministère, au moyen d'une lettre jointe à sa déclaration, de l'existence de la CRP et des engagements qui s'y rattachent.

⁶⁶ REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 28-4/R1, « Clauses de rajustement du prix », 31 mars 2004.

TABLE RONDE SUR LA FISCALITÉ FÉDÉRALE



Coordonnateur
Marcel Lemay
FCA, associé
Hardy Normand &
Associés s.e.n.c.r.l. CA



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



Luc Pariseau
Avocat, M. Fisc.,
associé
Lavery



François Bordeleau
Avocat
Agence du revenu
du Canada



Stéphane Prud'Homme
Notaire, M. Fisc.
Agence du revenu
du Canada



Yannick Roulier
Avocat, D. Fisc.
Agence du revenu
du Canada

TABLE DES MATIÈRES

DÉFINITIONS ET INTERPRÉTATIONS DE LA LOI	52:5
1. PRÉSUMPTION D'ACTION CONCERTÉE EN VUE DE CONTRÔLER UNE SOCIÉTÉ AUX FINS DE LA DÉTERMINATION DU LIEN DE DÉPENDANCE	52:5
2. SOCIÉTÉS LIÉES.....	52:7
3. NATURE DES ŒUVRES D'ARTISTES ÉTRANGERS DÉTENUES PAR UNE SOCIÉTÉ	52:10
4. MISE À PART DE L'ARGENT.....	52:13
5. APPLICATION DES PARAGRAPHES 256(3) ET 256(6) L.I.R.	52:13
6. LA MODIFICATION DES STATUTS ET LE ROULEMENT DU PARAGRAPHE 86(1) L.I.R.	52:16
7. FRAIS DE REPAS, SENS DE L'EXPRESSION « DIVERTISSEMENT » ET L'EXCEPTION À L'ALINÉA 67.1(2)A) L.I.R.	52:18
8. RACHAT D' ACTIONS ET DIVIDENDE DÉTERMINÉ.....	52:20
9. REMBOURSEMENT DE FRAIS MÉDICAUX PAYÉS À UN EMPLOYÉ.....	52:22
10. LIEN DE DÉPENDANCE	52:23
FISCALITÉ TRANSACTIONNELLE	52:24
11. CALCUL DU REVENU PROTÉGÉ	52:24
12. ÉVALUATION D'UNE CLAUSE RESTRICTIVE.....	52:29
13. GEL D'UNE « SOCIÉTÉ DE PERSONNES » – PARAGRAPHES 103(1) ET 103(1.1) L.I.R.	52:31
14. INCIDENCE DE LA DÉCISION <i>TREMBLAY ET AUTRES C.</i> <i>LA REINE</i> SUR LES OPÉRATIONS DE TYPE <i>TUCK UNDER</i>	52:33
15. FUSION DE SOCIÉTÉS	52:35
16. SOUSCRIPTION À DES UNITÉS D'UNE SOCIÉTÉ EN COMMANDITE	52:38
17. TRANSACTION PAPILLON	52:42
18. CAPITAL VERSÉ	52:44

19.	APPLICATION DES PARAGRAPHES 51(1) ET 85(1) L.I.R.	52:47
20.	NOUVELLE <i>LOI SUR LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS</i> DU QUÉBEC	52:50
21.	DÉDUCTIBILITÉ DE L'INTÉRÊT À L'ÉGARD D'UNE HYPOTHÈQUE PRISE EN CHARGE	52:51
22.	ACQUISITION DE CONTRÔLE	52:53
	FIDUCIE ET PLANIFICATION SUCCESSORALE	52:55
23.	DÉCLARATION DE LA DISPOSITION D'UNE RÉSIDENCE PRINCIPALE PAR UNE FIDUCIE	52:55
24.	FIDUCIE EN RÉASSURANCE	52:56
25.	FIDUCIE ET AJOUT D'UN BÉNÉFICIAIRE	52:58
26.	RÉSIDENCE D'UNE FIDUCIE	52:60
27.	FIDUCIES	52:61
28.	VÉRIFICATION DES FIDUCIES FAMILIALES	52:62
29.	MONTANTS PAYÉS OU PAYABLES PAR UNE FIDUCIE	52:62
30.	UTILISATION ABUSIVE DES FIDUCIES FAMILIALES	52:64
31.	CERTIFICAT AVANT DISTRIBUTION	52:66
32.	RÉGIME DE PRESTATIONS AUX EMPLOYÉS	52:68
	VARIA – CALCUL DU REVENU, DE L'IMPÔT ET DES CRÉDITS	52:69
33.	FACTURATION PAR LES SOCIÉTÉS DE SERVICES DE LA MAJORATION DE 15 % DU COÛT DES SERVICES RENDUS RELATIVEMENT AUX DÉPENSES LIÉES DIRECTEMENT À LA PRATIQUE D'UNE ENTREPRISE PROFESSIONNELLE	52:69
34.	AVANTAGES IMPOSABLES ET LIMITE DE 100 \$ PAR ÉVÉNEMENT	52:71
35.	IMPOSITION D'UN CRÉDIT D'IMPÔT PROVINCIAL CRÉDITÉ AUX ACOMPTES PROVISIONNELS	52:73
36.	RETRAIT D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES ET PRIX DE BASE RAJUSTÉ NÉGATIF	52:75
37.	ACTIONS FICTIVES	52:76
38.	REMBOURSEMENT DE COMMISSIONS	52:78

39.	REVENUS ÉTRANGERS ACCUMULÉS TIRÉS DE BIENS ET BIENS EXCLUS	52:79
40.	PENSION ALIMENTAIRE.....	52:80
41.	IMMEUBLE DÉTENU PAR UNE SOCIÉTÉ, UTILISATION À DES FINS PERSONNELLES PAR UN ACTIONNAIRE ET LA DÉCISION <i>LLOYD YOUNGMAN C. LA REINE</i>	52:82
	GESTION FISCALE	52:83
42.	SITUATION D'INIQUITÉ DÉCOULANT D'UN LITIGE AVEC L'ARC CONCERNANT LE MONTANT DU COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL	52:83
43.	PRODUCTION D'UNE DÉCLARATION DE RENSEIGNEMENTS ET DE REVENUS DES FIDUCIES – T3.....	52:87
44.	MONTANTS DES HONORAIRES SUR LES FEUILLETS T4A ET T5018.....	52:89
45.	PAIEMENT D'UN SOLDE D'IMPÔT POUR L'EXERCICE DÉJÀ TERMINÉ ET AFFECTATION DU MONTANT PAR L'ARC À L'EXERCICE EN COURS.....	52:92
46.	PROBLÈMES RELATIVEMENT AUX OPPOSITIONS.....	52:94
47.	DIVULGATION VOLONTAIRE	52:97
	FISCALITÉ ET NORMES COMPTABLES	52:98
48.	MONNAIE FONCTIONNELLE	52:98
49.	CALCUL DES SURPLUS ET NORMES INTERNATIONALES D'INFORMATION FINANCIÈRE	52:101

DÉFINITIONS ET INTERPRÉTATIONS DE LA LOI**1. PRÉSUMPTION D'ACTION CONCERTÉE EN VUE DE CONTRÔLER UNE SOCIÉTÉ AUX FINS DE LA DÉTERMINATION DU LIEN DE DÉPENDANCE**

Selon le *Bulletin d'interprétation* IT-419R2¹ :

« [...] Pour qu'un groupe de personnes non liées constitue un groupe de personnes qui contrôle une société, il doit exister un lien ou un intérêt commun entre les personnes (lien qui doit impliquer plus que le simple fait d'être des actionnaires). Ou encore, il doit être démontré que ces actionnaires agissent ensemble en vue d'exercer un contrôle sur la société. Dans le cas d'une société fermée (c.-à-d. une société qui a deux ou trois actionnaires non liés, aucun ne détenant individuellement le contrôle de la société), l'ARC considère qu'il y a présomption que les actionnaires d'une telle société fermée agiront ensemble en vue de contrôler la société. Pour réfuter cette présomption, il faudrait démontrer qu'aucun ne contrôle la société et que le processus décisionnel au sein de l'entreprise est en fait dans une impasse². » (Notre soulignement)

Préalablement, dans le cadre de la conférence annuelle de l'Association canadienne d'études fiscales de 1995³, l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») affirmait ce qui suit :

« Par ailleurs, nous estimons que dans la quasi-totalité des cas où le droit de vote dans une société est exercé à égalité par deux actionnaires, la société sera contrôlée par le groupe composé de ces deux actionnaires. Pour réfuter cette présomption de contrôle par le groupe, il serait nécessaire de montrer qu'aucun actionnaire ne contrôle la société et que le processus décisionnel dans la société est effectivement au point mort. À notre avis, ce serait une situation très exceptionnelle; cependant, une situation de ce genre pourrait se produire lorsque les deux actionnaires ne peuvent pas s'entendre sur la façon de gérer la société et, partant, s'adressent à un tribunal pour autoriser la dissolution de leur compagnie⁴. » (Notre soulignement)

¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-419R2, « Sens de l'expression "sans lien de dépendance" », 8 juin 2004.

² *Id.*, par. 12.

³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 7, « Contrôle exercé par un groupe – arrangement 50/50 », 21 février 1996.

⁴ *Id.*

Questions à l'ARC

- a) L'ARC pourrait-elle préciser sur quelles bases est établie la présomption que les actionnaires d'une société fermée ayant trois actionnaires non liés agiront ensemble en vue d'exercer le contrôle de la société? Comment l'ARC peut-elle prétendre qu'ils forment un groupe non lié qui contrôle la société compte tenu du fait qu'il est possible de démontrer qu'aucun ne contrôle individuellement la société et que le processus décisionnel au sein de l'entreprise n'est pas dans une impasse?
- b) L'ARC appliquerait-elle la même présomption lorsqu'une société a **quatre ou cinq actionnaires non liés**, aucun ne détenant individuellement le contrôle de la société?

Réponse de l'ARC

Dans l'affaire *Silicon Graphics Limited c. La Reine*⁵, la Cour d'appel fédérale a énoncé, dans le jugement, les commentaires suivants concernant la détermination du contrôle de droit par un groupe d'actionnaires :

« [36] Selon ces décisions, je souscris à l'argument de l'appelante selon lequel la simple possession d'une majorité mathématique d'actions par un ensemble d'actionnaires pris au hasard dans une corporation à grand nombre d'actionnaires ayant certains éléments communs identificateurs (p. ex. le lieu de résidence) mais sans un lien commun ne constitue pas un contrôle de droit ainsi que le terme a été défini par la jurisprudence. Je souscris également à l'argument de l'appelante selon lequel pour que plus d'une personne soit en position d'exercer un contrôle, il est nécessaire qu'il y ait un lien suffisant entre les actionnaires. Ce lien doit inclure, notamment, une entente de vote, une entente pour agir de concert ou des liens commerciaux ou familiaux⁶. »

La position générale de l'ARC concernant l'existence d'un groupe de personnes qui contrôle une société est énoncée au *Bulletin d'interprétation* IT-419R2 en ces termes :

« [...] Pour qu'un groupe de personnes non liées constitue un groupe de personnes qui contrôle une société, il doit exister un lien ou un intérêt commun entre les personnes (lien qui doit impliquer plus que le simple fait d'être des actionnaires). Ou encore, il doit être démontré que ces actionnaires agissent ensemble en vue d'exercer un contrôle sur la société. Dans le cas d'une société fermée (c.-à-d. une société qui a deux ou trois actionnaires non liés, aucun ne

⁵ 2002 D.T.C. 7112 (C.A.F.) (« *Silicon Graphics* »).

⁶ *Id.*, par. 36.

détenant individuellement le contrôle de la société), l'ARC considère qu'il y a présomption que les actionnaires d'une telle société fermée agiront ensemble en vue de contrôler la société [...] ⁷. »

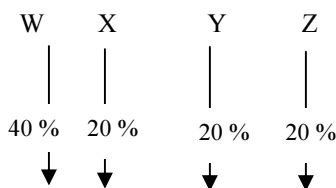
Dans une situation où une société fermée a trois actionnaires non liés dont aucun ne détient individuellement le contrôle de celle-ci, l'ARC présume effectivement que les trois actionnaires agissent ensemble en vue de la contrôler et, par conséquent, qu'ils forment un groupe de personnes qui la contrôle. Il est toutefois possible, après un examen et l'analyse de tous les faits, documents juridiques et circonstances entourant une situation particulière, que l'ARC considère que les trois actionnaires ne forment pas un groupe de personnes qui contrôle la société s'il est démontré qu'il n'existe pas de lien ou d'intérêt commun entre ces trois actionnaires ou que ceux-ci n'agissent pas ensemble en vue de contrôler la société.

La question de savoir si un groupe de personnes non liées contrôle une société et, s'il y a lieu, la composition de ce groupe, dans les situations où une société fermée a plus de trois actionnaires non liés dont aucun ne détient individuellement le contrôle de celle-ci, est une question que l'ARC détermine généralement après un examen et l'analyse de tous les faits, documents juridiques et circonstances entourant une situation particulière.

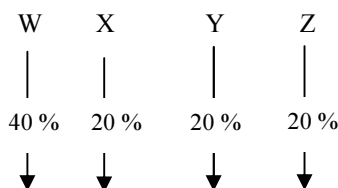
2. SOCIÉTÉS LIÉES

Considérons la situation illustrée ci-dessous : les particuliers W, X, Y et Z détiennent respectivement 40 %, 20 %, 20 % et 20 % des actions comportant les droits de vote d'une société Opérante A inc. Les mêmes particuliers détiennent également, dans des proportions identiques, les actions comportant les droits de vote d'une société Opérante B inc.

⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 1, par. 12.



Opérante A inc.



Opérante B inc.

Conformément à la définition prévue au paragraphe 251(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁸, les particuliers W, X, Y et Z ne sont pas des personnes liées. Il n'existe aucun lien entre les particuliers W, X, Y et Z ou intérêt commun entre eux permettant de démontrer que ces actionnaires agissent ensemble en vue d'exercer un contrôle sur la société. La société Opérante A inc. n'est donc pas contrôlée par une personne ou par un groupe de même que la société Opérante B inc. n'est donc pas contrôlée par une personne ou par un groupe.

L'alinéa 251(2)c) L.I.R. précise que deux sociétés sont liées si les deux sociétés sont contrôlées par la même personne ou le même groupe de personnes.

Question à l'ARC

Dans la présente situation, est-ce que l'ARC considère que les sociétés Opérante A inc. et Opérante B inc. sont contrôlées par le même groupe et, par conséquent, que les sociétés Opérante A inc. et Opérante B inc. sont des personnes liées au sens du paragraphe 251(2) L.I.R.?

Réponse de l'ARC

Le sous-alinéa 251(2)c)(vi) L.I.R. prévoit que deux sociétés sont liées si chaque membre d'un groupe non lié contrôlant une des sociétés est lié à au moins un membre d'un groupe non lié qui contrôle l'autre société.

⁸ L.R.C. (1985), 5^e supp., ch. 1 et mod. (« L.I.R. »).

L'alinéa 251(5)c) L.I.R. indique, pour l'application du paragraphe 251(2) L.I.R. et de la définition de « société privée sous contrôle canadien » au paragraphe 125(7) L.I.R., que lorsqu'une personne est propriétaire d'actions de plusieurs sociétés, elle est réputée, à titre d'actionnaire d'une des sociétés, être liée à elle-même à titre d'actionnaire de chacune des autres sociétés.

Par conséquent, si les sociétés étaient contrôlées par un groupe de personnes, il se pourrait que ces deux sociétés soient liées en fonction de la composition du groupe de contrôle de chacune des sociétés.

Par ailleurs, le sous-alinéa 251(2)c)(i) L.I.R. pourrait également s'appliquer dans certaines situations lorsque nous pouvons déterminer que les deux sociétés sont contrôlées par le même groupe de personnes.

L'ARC a émis, au paragraphe 12 du *Bulletin d'interprétation* IT-419R2, la position suivante relativement au contrôle d'une société par un groupe de personnes non liées :

« [...] Pour qu'un groupe de personnes non liées constitue un groupe de personnes qui contrôle une société, il doit exister un lien ou un intérêt commun entre les personnes (lien qui doit impliquer plus que le simple fait d'être des actionnaires). Ou encore, il doit être démontré que ces actionnaires agissent ensemble en vue d'exercer un contrôle sur la société. Dans le cas d'une société fermée (c.-à-d. une société qui a deux ou trois actionnaires non liés, aucun ne détenant individuellement le contrôle de la société), l'ARC considère qu'il y a présomption que les actionnaires d'une telle société agiront ensemble en vue de contrôler la société. Pour réfuter cette présomption, il faudrait démontrer qu'aucun ne contrôle la société et que le processus décisionnel au sein de l'entreprise est en fait dans une impasse⁹. »

Par ailleurs, la Cour d'appel fédérale a fait les commentaires suivants dans l'affaire *Silicon Graphics* :

« [36] Selon ces décisions, je souscris à l'argument de l'appelante selon lequel la simple possession d'une majorité mathématique d'actions par un ensemble d'actionnaires pris au hasard dans une corporation à grand nombre d'actionnaires ayant certains éléments communs identificateurs (p. ex. le lieu de résidence) mais sans un lien commun ne constitue pas un contrôle de droit ainsi que le terme a été défini par la jurisprudence. Je souscris également à l'argument de l'appelante selon lequel pour que plus d'une personne soit en position d'exercer un contrôle, il est nécessaire qu'il y ait un lien suffisant entre

⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 1, par. 12.

les actionnaires. Ce lien doit inclure, notamment, une entente de vote, une entente pour agir de concert ou des liens commerciaux ou familiaux¹⁰. »

Dans l'affaire *Crystal Beach Park Limited c. La Reine*¹¹, la Cour canadienne de l'impôt a précisé que la liste des exemples de liens énumérés dans l'affaire *Silicon Graphics* n'était pas exhaustive.

Déterminer si un groupe de personnes contrôle une société et déterminer la composition du groupe de contrôle, si groupe il y a, exigent l'examen et l'analyse de tous les faits et circonstances entourant une situation particulière. Dans une situation comme celle présentée ci-dessus, l'ARC se questionnerait sur le bien-fondé de l'hypothèse émise voulant que les particuliers n'aient pas de lien commun et n'agissent pas de concert et demanderait que cette hypothèse soit démontrée.

3. NATURE DES ŒUVRES D'ARTISTES ÉTRANGERS DÉTENUES PAR UNE SOCIÉTÉ

À notre avis, deux dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont pertinentes lorsqu'il s'agit de déterminer la nature fiscale d'une œuvre d'art telle qu'un tableau.

Selon l'alinéa 1102(1)e) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*¹², certains éléments d'actif sont expressément exclus et ne peuvent donc pas être amortis. Il s'agit, entre autres, des biens suivants :

- une estampe, une gravure, un dessin, un tableau, une sculpture ou une œuvre d'art semblable coûtant 200 \$ et plus;
- une tapisserie ou un tapis tissé à la main coûtant 215 \$ et plus le mètre carré.

La règle ne s'applique pas aux œuvres mentionnées ci-dessus lorsqu'elles sont produites par un artiste qui était citoyen canadien ou résident permanent à la date à laquelle l'œuvre a été créée. Ces œuvres peuvent donc être incluses à la catégorie 8 et amorties selon les règles habituelles.

¹⁰ Précité, note 5, par. 36.

¹¹ 2006 D.T.C. 2845 (C.C.I.) (« *Crystal Beach* »).

¹² C.R.C., 1978, ch. 945 et mod. (« R.I.R. »).

Par ailleurs, selon les définitions prévues à l'article 54 L.I.R., les biens meubles déterminés sont des biens à usage personnel du contribuable, c'est-à-dire des biens qui sont affectés principalement à l'usage ou à l'agrément personnel du contribuable, constitués par un ou plusieurs des biens énumérés, notamment des estampes, gravures, dessins, tableaux, sculptures ou autres œuvres d'art de même nature.

Considérons la situation suivante : une société publique acquiert de telles œuvres d'art d'artistes étrangers, par exemple, des tableaux aux fins de son entreprise. Ces tableaux sont utilisés pour la décoration de la salle de conférences.

Questions à l'ARC

- a) Dans une telle optique, l'ARC peut-elle nous indiquer si elle considère les œuvres d'artistes étrangers comme des biens meubles déterminés ou comme des immobilisations ne pouvant être amorties?
- b) La réponse serait-elle la même si le tableau était situé dans le bureau d'un directeur et qu'il ne recevait pas de clients dans son bureau?
- c) S'il s'avère que la position de l'ARC voulant que les œuvres d'art d'artistes étrangers soient des biens meubles déterminés, est-ce que lesdites œuvres d'art peuvent être détenues par une société sans donner lieu à l'application du paragraphe 15(1) L.I.R.?

Réponse de l'ARC à la question 3 a)

Dans un premier temps, nous sommes d'avis qu'une œuvre d'art d'un artiste étranger qui est la propriété d'un contribuable et qui se qualifierait de bien meuble déterminé serait également une immobilisation ne pouvant être amortie.

La question de savoir si les œuvres d'art d'artistes étrangers dont le coût, pour le contribuable, n'est pas inférieur à 200 \$ sont des biens meubles déterminés et/ou des immobilisations ne pouvant être amorties est une question de fait, qui ne peut être résolue qu'après un examen complet de tous les faits pertinents propres à une situation donnée. Nous pouvons néanmoins formuler les commentaires généraux suivants.

Pour qu'un tableau soit un bien meuble déterminé, il faut en premier lieu qu'il soit un bien à usage personnel. Les biens à usage personnel comprennent les biens qui appartiennent à un contribuable et qui sont

affectés principalement à l'usage ou à l'agrément personnel du contribuable ou d'une personne liée au contribuable, conformément au paragraphe 251(2) L.I.R.

Nous sommes d'avis qu'un tableau d'un artiste étranger qui est la propriété d'une société publique et qui est utilisé exclusivement pour décorer une salle de conférences de cette société n'est probablement pas un bien à usage personnel de cette société¹³. En général, un tableau d'un artiste étranger dont le coût, pour la société, n'est pas inférieur à 200 \$, serait alors considéré comme une immobilisation ne pouvant être amortie, en raison de l'alinéa 1102(1)e) R.I.R.

Réponse de l'ARC à la question 3 b)

Notre réponse demeurerait la même dans le cas d'un tableau situé dans le bureau d'un directeur qui n'y reçoit pas de clients, malgré le fait que, dans certaines circonstances, comme, par exemple, dans l'éventualité où le directeur est lié à la société publique et que le tableau est affecté principalement à son usage ou à son agrément personnel, le tableau serait alors un bien à usage personnel qui serait un bien meuble déterminé, ainsi qu'une immobilisation ne pouvant être amortie.

Réponse de l'ARC à la question 3 c)

Il faut d'abord souligner que, pour déterminer si un avantage a été accordé à un contribuable dans une situation donnée, un examen de tous les faits et circonstances particuliers se rapportant à une telle situation doit être effectué. À cet égard, les faits décrits dans l'énoncé de la présente question sont très limités. Malgré cela, il nous est possible de formuler les commentaires généraux suivants.

Nous sommes d'avis qu'en général, dans les situations où un tableau d'un artiste étranger, acquis par une société publique, sert exclusivement à décorer une salle de conférences ou le bureau d'un actionnaire qui est un employé de la société publique, le paragraphe 15(1) L.I.R. ne s'appliquerait pas, à moins que la société n'ait acquis le tableau à la demande expresse de l'actionnaire pour décorer son bureau ou sa salle de conférences.

¹³ Voir *Mid-West Feed Ltd. c. MRN*, 87 D.T.C. 394 (C.C.I.).

4. MISE À PART DE L'ARGENT

En réponse à la demande d'interprétation technique 2007-0263241E¹⁴, l'ARC a mentionné que lorsque la Cour suprême du Canada aura rendu sa décision dans l'affaire *Lipson c. La Reine*¹⁵, elle examinerait les conséquences de cette affaire et annoncerait publiquement les effets de cette décision après leur étude terminée. Toutefois, leur position sur la technique de la mise à part de l'argent indiquée dans le *Bulletin d'interprétation* IT-533¹⁶ demeurerait valide.

La décision *Lipson* a été rendue par la Cour suprême du Canada en janvier 2009.

Question à l'ARC

À la suite de l'examen par l'ARC des conséquences fiscales de cette affaire en lien avec la technique de mise à part de l'argent, est-ce que l'ARC demeure d'avis que sa position sur cette technique indiquée au paragraphe 16 du *Bulletin d'interprétation* IT-533 est toujours valide?

Réponse de l'ARC

À la suite de l'affaire *Lipson*, l'ARC est d'avis que la position énoncée au paragraphe 16 du *Bulletin d'interprétation* IT-533 demeure valide.

5. APPLICATION DES PARAGRAPHES 256(3) ET 256(6) L.I.R.

Les paragraphes 256(3) et 256(6) L.I.R. constituent des exceptions aux règles d'association de sociétés. Les paragraphes 9 et 12 du *Bulletin d'interprétation* IT64-R4¹⁷ rapportent des exemples pour chacune de ces dispositions. De manière générale, il pourrait être conclu que le paragraphe 256(3) L.I.R. fait en sorte que des sociétés qui seraient par ailleurs associées

¹⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2007-0263241E5, 14 janvier 2008.

¹⁵ 2009 D.T.C. 5016 (C.S.C.); [2009] 1 C.T.C. 314; [2007] 3 C.T.C. 110 (C.A.F.) (« *Lipson* »).

¹⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-533, « Déductibilité de l'intérêt et questions connexes », 31 octobre 2003, par. 16.

¹⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-64R4 (consolidé), « Sociétés : association et contrôle », 14 août 2001.

seront réputées ne pas l'être, tandis que le paragraphe 256(6) L.I.R. vise les situations où une société « contrôlée » est réputée ne pas avoir été ainsi contrôlée par l'entité dominante en cause. Le paragraphe 256(6) L.I.R. s'applique à toute la loi.

Questions à l'ARC

- a) Dans le *Bulletin d'interprétation* IT-64R4, l'ARC nous donne cet exemple d'application du paragraphe 256(3) L.I.R. :

« [...] une société manufacturière ayant financé une société concessionnaire et qui en a conservé le contrôle, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, jusqu'à ce que la société manufacturière ait recouvré ses avances [...] ¹⁸. »

Quant au paragraphe 256(6) L.I.R., l'exemple est le suivant :

« [...] une société manufacturière établit une concession au sein d'une autre société et, qu'en vertu de l'entente financière, l'exploitant ou le concessionnaire n'acquerra pas le contrôle actif de la société concessionnaire tant qu'il ne se sera acquitté de certaines obligations financières envers la société manufacturière [...]. »

La similitude des deux exemples est éloquente.

Est-ce que l'ARC veut bien fournir un exemple d'application afin de faire ressortir les différences de chacune de ces dispositions?

Notre compréhension de ces paragraphes est que le paragraphe 256(3) L.I.R. s'applique aux fins des règles d'association et du paragraphe 256(6) L.I.R. En quoi le paragraphe 256(3) L.I.R. est-il nécessaire si le paragraphe 256(6) L.I.R. est aux fins de la loi?

- b) L'ARC peut-elle confirmer, étant donné l'application du paragraphe 256(6) L.I.R. à toute la loi, si les conditions suivantes qui y sont énoncées sont par ailleurs remplies :
- i) Les règles d'acquisition de contrôle ne s'appliquent pas dans un cas où l'entité dominante visée détient (temporairement, selon toute vraisemblance) plus de 50 % des droits de vote sur les actions émises

¹⁸ *Id.*, par. 9.

par une société, tant au moment où les actions lui seront émises qu'à son rachat éventuel?

- ii) Dans le cas où l'entité dominante est une société publique ou une société d'État, la société contrôlée ne perdra pas son statut de société privée sous contrôle canadien (« SPCC »), le cas échéant?

Réponse de l'ARC à la question 5 a)

L'ARC est responsable de l'interprétation et de l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* telle qu'elle a été adoptée par le Parlement. Le ministère des Finances est, quant à lui, responsable de l'élaboration des politiques fiscales et des amendements à la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Les paragraphes 256(3) et 256(6) L.I.R. sont deux mesures d'allègement que l'ARC administre en fonction de leurs conditions d'application et des faits propres à une situation donnée.

La question de savoir quelle est la raison d'être de ces deux dispositions d'allègement dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* est une question de politique fiscale qui devra être abordée auprès du ministère des Finances.

Par ailleurs, nous sommes d'accord avec vous que le paragraphe 256(6) L.I.R. a une portée beaucoup plus large que le paragraphe 256(3) L.I.R.

Réponse de l'ARC à la question 5 b) i)

Bien que la réponse à une telle question ne puisse être établie de façon certaine qu'après avoir analysé tous les faits pertinents dans une situation donnée, nous sommes d'avis que, en général, les règles en cas d'acquisition de contrôle, notamment le paragraphe 249(4) L.I.R., ne s'appliqueront pas dans la situation soumise.

Réponse de l'ARC à la question 5 b) ii)

Bien que la réponse à une telle question ne puisse être établie de façon certaine qu'après avoir analysé tous les faits pertinents dans une situation donnée, nous sommes d'avis que, à première vue, la société contrôlée ne perdra ni son statut de « société privée », ni son statut de « société privée sous contrôle canadien » dans la situation soumise.

6. LA MODIFICATION DES STATUTS ET LE ROULEMENT DU PARAGRAPHE 86(1) L.I.R.

Lorsqu'un contribuable désire procéder à un roulement d'un bien en immobilisations sans incidence fiscale, plusieurs possibilités s'offrent à lui. L'une de celles-ci est le roulement automatique prévu au paragraphe 86(1) L.I.R. En effet, si l'ensemble des conditions requises est rempli, le roulement se fera sans incidence fiscale à l'égard du contribuable. L'une des conditions essentielles est que la disposition des actions soit effectuée « au cours d'un remaniement du capital de cette société ».

Les termes « remaniement » et « remaniement du capital » ne sont pas définis dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ni dans le *Code civil du Québec*¹⁹ ou dans une quelconque loi connexe comme la *Loi sur les compagnies*²⁰ du Québec. Étant donné que la définition de ce terme n'a pas fait l'objet d'une analyse particulière de la part des tribunaux dans le cadre précis de l'application de l'article 86 L.I.R., il convient de regarder la définition usuelle du terme. Le dictionnaire *Larousse*²¹ définit cette expression comme étant : « L'action de réorganiser », « Organiser de nouveau ou sur de nouvelles bases ». Ces définitions confirment que le terme « remaniement » est un synonyme du terme « réorganisation », tel qu'en fait aussi foi la version anglaise du paragraphe 86(1) L.I.R. utilisant l'expression *reorganization*.

Comme nous pouvons le constater, le sens des termes définis précédemment est très large et peut englober des changements qui n'impliquent pas nécessairement une modification des statuts de la société.

En pratique, l'ARC accepte généralement que la modification des statuts d'une société puisse constituer un remaniement du capital-actions²². Pour leur part, la majorité des professionnels spécialisés en fiscalité procéderont à une modification des statuts de la société lors d'un roulement selon l'article

¹⁹ L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »).

²⁰ L.R.Q., c. C-38 (« L.C. »).

²¹ *Le Petit Larousse illustré*, Paris, Larousse, 2007.

²² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Décision en matière d'impôt sur le revenu* ATR-22R, « Gel successoral utilisant l'échange d'actions », 14 avril 1989; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Décision en matière d'impôt sur le revenu* TR-50, « Gel de succession », 7 octobre 1988.

86 L.I.R. Cependant, il n'est nullement mentionné à cet article qu'une modification des statuts de la société est nécessaire.

De plus en plus de sociétés possèdent une charte de capital-actions comportant des dizaines de catégories différentes. Cela permet d'avoir plus de flexibilité au fil des ans et d'effectuer rapidement des changements au niveau de l'actionnaire. Dans cette optique, la tendance actuelle à modifier les statuts afin d'appliquer le roulement énoncé au paragraphe 86(1) L.I.R. pénalise, pour la même transaction commerciale, les contribuables prudents du simple fait d'avoir déjà prévu de multiples catégories d'actions dans les chartes de leurs sociétés. « [...] Que la réorganisation implique le capital déjà émis ou le capital autorisé, il n'en demeure pas moins que des changements ont eu lieu et que ceux-ci ont affecté les actionnaires²³. »

Considérons la situation suivante :

M. X possède la totalité des actions ordinaires du capital-actions de la société Famille inc. Dans le cadre d'une « réorganisation » visant à geler la participation de M. X, suivie de l'intégration d'un employé clé et des fils de l'actionnaire principal :

- M. X échange la totalité des actions ordinaires qu'il détient du capital-actions de Famille inc. contre des actions privilégiées de gel et un billet à demande au montant du capital versé (« CV ») fiscal des actions échangées;
- immédiatement après, un employé clé et les deux fils souscrivent à des actions ordinaires du capital-actions de Famille inc. en parts égales;
- la charte du capital-actions de la société possède toutes les catégories nécessaires aux précédentes transactions.

M. X procède à l'échange en vertu des règles prévues au paragraphe 86(1) L.I.R., car le paragraphe 51(1) L.I.R. ne permet pas un échange comportant une contrepartie autre qu'en actions.

²³ Mark D. BRENDER, « Utilisation des articles 51, 85, 85.1 et 86 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* », dans *Congrès 1999*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2000, pp. 19:1-40, à la page 19:36.

Questions à l'ARC

Aux fins de la notion de remaniement du capital au sens de l'article 86 L.I.R. :

- a) Lorsque dans une situation comme celle-ci où une modification des statuts n'est pas nécessaire afin de procéder à une réorganisation, est-ce que l'ARC est d'avis que le critère de « remaniement du capital » puisse être respecté?
- b) Dans l'éventualité où l'ARC répondrait négativement à la question précédente, peut-on conclure que l'ARC exigera expressément qu'il y ait modification des statuts de la société afin de qualifier une transaction comme étant un « remaniement du capital »? Dans cette optique, l'ARC ne trouve-t-elle pas inéquitable qu'un contribuable qui prévoit différentes catégories d'actions dans la charte du capital-actions de sa société ne puisse bénéficier du roulement de l'article 86 L.I.R., étant donné qu'il s'agit essentiellement de la même transaction commerciale?

Réponse de l'ARC

La position générale de l'ARC est que, dans le cadre du paragraphe 86(1) L.I.R., un remaniement du capital d'une société devrait normalement impliquer une modification des statuts de la société.

Par ailleurs, il est important de noter que même si, dans une situation donnée, le paragraphe 86(1) L.I.R. s'avère inapplicable, il est possible que, en vertu des faits et circonstances, une autre disposition de « roulement », telle que l'article 51 ou 85 L.I.R. (cette dernière disposition législative permettant notamment que la disposition du bien s'effectue pour une contrepartie comprenant à la fois des actions du capital-actions de la société cessionnaire et une contrepartie autre qu'en actions), puisse être applicable.

7. FRAIS DE REPAS, SENS DE L'EXPRESSION « DIVERTISSEMENT » ET L'EXCEPTION À L'ALINÉA 67.1(2)A) L.I.R.

En vertu du paragraphe 67.1(1) L.I.R., la déduction pour la somme payée pour des aliments, boissons ou des divertissements correspond à 50 % du moindre de la somme payée ou de la somme qui serait raisonnable dans les circonstances. L'alinéa 67.1(2)a) L.I.R. prévoit une exception à l'application de la règle du 50 % si :

« [...] le montant est payé ou payable pour des aliments, des boissons ou des divertissements fournis contre paiement ou en vue de l'obtention d'un bénéfice dans le cours normal des activités d'une entreprise exploitée par cette personne et qui consiste à fournir contre paiement ces aliments, ces boissons ou ces divertissements. »

Il s'agit d'une pratique courante pour des exploitants de restaurant d'aller « essayer » ce qui se fait chez des compétiteurs en vue de comparer et de mesurer certains aspects de l'exploitation (qualité du service, qualité du personnel à des fins de recrutement potentiel, qualité de la nourriture, installations, propreté, etc.) par rapport aux produits qu'ils offrent eux-mêmes. Une même démarche peut être accomplie par un exploitant d'une école de théâtre qui assistera à des pièces offertes dans diverses salles au Québec en vue de promouvoir et d'améliorer son école.

Questions à l'ARC

- a) Est-ce que l'ARC considère que cette exception peut s'appliquer au cas présenté du restaurateur et aussi au cas de l'école de théâtre?
- b) Est-ce que l'ARC considère qu'il s'agit d'une somme payée ou payable pour des « divertissements » lorsqu'un employé assiste, à la demande de son employeur, à des pièces de théâtre dans le but d'en tirer du matériel supplémentaire de formation pour son école?

Réponse de l'ARC à la question 7 a)

Tel qu'il est mentionné au paragraphe 5 du *Bulletin d'interprétation* IT-518R²⁴, nous sommes d'avis que l'exemption à la limite de 50 % prévue à l'alinéa 67.1(2)a) L.I.R. s'applique uniquement aux dépenses consacrées aux aliments, aux boissons et aux divertissements qu'un contribuable a engagées pour la fourniture d'aliments, de boissons ou de divertissements à des clients payants dans le cadre de son entreprise.

À notre avis, l'exemption prévue à l'alinéa 67.1(2)a) L.I.R. ne s'applique pas aux situations présentées puisque les contribuables dans ces situations acquièrent et consomment les repas ou les pièces de théâtre de compétiteurs et ne les revendent pas dans le cadre de l'exploitation de leur entreprise à leurs clients respectifs.

²⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-518R, « Frais pour des aliments, des boissons et des divertissements », 16 avril 1996.

Réponse de l'ARC à la question 7 b)

Le terme « divertissement » n'est pas défini dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'alinéa 67.1(4)b) L.I.R. précise toutefois que sont assimilés à des divertissements les loisirs et les amusements. Tel qu'il est mentionné au paragraphe 18 du *Bulletin d'interprétation* IT-518R, nous sommes d'avis que les coûts reliés à l'achat de billets pour une pièce de théâtre, un concert, un événement sportif ou tout autre spectacle sont des frais de divertissement.

Bien qu'il soit possible que, dans certaines situations, la présence d'un individu à un événement de divertissement tel qu'une pièce de théâtre soit attribuable à des motifs autres que ceux de se divertir, nous sommes d'avis qu'il y a quand même, dans ces situations, une partie de la consommation qui est de nature personnelle et que l'article 67.1 L.I.R. s'applique à la somme payée ou payable pour ces frais de divertissement.

8. RACHAT D'ACTIONS ET DIVIDENDE DÉTERMINÉ

Une société qui est une SPCC a racheté pour 100 000 \$ d'actions. Le CV des actions rachetées est établi à 1 000 \$ et le rachat entraîne un dividende présumé de 99 000 \$.

La société a un solde de compte de revenu à taux général (« CRTG ») supérieur au dividende présumé. Elle fait donc le choix, au paragraphe 80(14) L.I.R., de considérer le dividende présumé comme étant un dividende déterminé.

L'année suivante, il s'avère que le calcul du CV est erroné et qu'il aurait dû être de 100 \$. Le dividende présumé est donc de 99 900 \$.

Le dividende présumé étant plus élevé que le choix fait en vertu du paragraphe 89(14) L.I.R., le choix deviendra invalide et la totalité du dividende sera un dividende ordinaire même si la société a suffisamment de CRTG pour couvrir le dividende.

Questions à l'ARC

- a) Est-ce que l'ARC est d'accord avec cette interprétation?
- b) Si oui, est-ce que l'ARC par le biais d'une politique administrative pourrait accepter la désignation effectuée dans ce type de situation?

Réponse de l'ARC

L'ARC a déjà émis une position selon laquelle il est nécessaire que le montant précis d'un dividende, autre qu'un dividende réputé versé, soit désigné par avis écrit pour que la désignation d'un tel dividende soit valide aux fins du paragraphe 89(14) L.I.R. Cette position s'explique du fait que les administrateurs vont verser, à titre de dividende, un montant précis qui est invariable une fois versé.

Par contre, un dividende réputé versé en vertu du paragraphe 84(3) L.I.R. est le résultat d'un calcul précisé à cette disposition législative. C'est ce calcul prévu par la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui détermine le montant du dividende pour un rachat précis. Ce sont donc les détails du rachat qui identifient le dividende réputé versé lors d'un rachat d'actions car, quel que soit le montant indiqué par les administrateurs à titre de dividende réputé versé, le dividende sera égal dès le rachat au montant calculé en vertu du paragraphe 84(3) L.I.R., et ce, même si les administrateurs indiquent un montant erroné au titre de dividende réputé versé.

Par conséquent, dans le cas d'un rachat d'actions, il suffirait pour que la désignation prévue au paragraphe 89(14) L.I.R. soit valide d'identifier le nombre et la catégorie d'actions rachetées et d'indiquer que la désignation vise le dividende réputé avoir été versé lors de ce rachat d'actions précis, tel qu'il est calculé en vertu du paragraphe 84(3) L.I.R., et ce, pourvu que les autres conditions édictées au paragraphe 89(14) L.I.R. soient remplies. Dans un tel cas, l'ARC n'exigerait pas qu'un montant fixe soit indiqué pour désigner le dividende à titre de dividende déterminé.

Si la désignation avait été effectuée de cette manière, le fait de corriger les éléments du calcul du dividende réputé versé en vertu du paragraphe 84(3) L.I.R. n'entraînerait pas un changement quant à la désignation. Cela ne constituerait pas une désignation d'un dividende partiel ni une désignation produite en retard. Si le montant du dividende, selon les nouveaux calculs, ne dépassait pas le CRTG, il n'y aurait pas de désignation excessive de dividende déterminé. Cependant, dans le cas contraire, il y aurait désignation excessive de dividende déterminé.

Si la désignation avait été effectuée en mentionnant un chiffre précis à titre de dividende déterminé sans aucune référence à un rachat d'actions ni à un dividende réputé versé en vertu du paragraphe 84(3) L.I.R., la désignation pourrait être considérée comme invalide étant donné qu'elle vise un dividende partiel. Cependant, si l'ARC constatait que la désignation ne pouvait être qu'à l'égard du dividende réputé versé lors de ce rachat

d'actions, l'ARC adopterait généralement la position voulant que la désignation soit valide à l'égard du montant total du dividende réputé versé.

9. REMBOURSEMENT DE FRAIS MÉDICAUX PAYÉS À UN EMPLOYÉ

Un employé poursuit son employeur pour congédiement injustifié et préjudice à la suite du comportement d'un cadre supérieur. L'employé réclame des dommages punitifs et le remboursement de frais médicaux qu'il a engagés à cause de la situation avec son employeur.

L'employé et l'employeur en viennent à une entente à l'amiable. L'employeur débourse un montant à titre de dommage et rembourse les frais médicaux à l'employé.

Le sous-alinéa 6(1)a(i) L.I.R. fait en sorte que les cotisations versées à un régime d'assurance maladie ne sont pas considérées comme un avantage imposable pour les employés.

Le sous-alinéa 6(1)a(iv) L.I.R. exclut des avantages imposables la prestation de services d'aide concernant la santé physique ou mentale d'un employé.

Question à l'ARC

Est-ce que le remboursement des frais médicaux par l'employeur pourrait être considéré comme non imposable en se basant sur les sous-alinéas mentionnés ci-dessus?

Réponse de l'ARC

Le sous-alinéa 56(1)a(ii) L.I.R. prévoit qu'un contribuable doit inclure dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition toute somme reçue au cours de l'année au titre, ou en paiement intégral ou partiel d'une allocation de retraite. Selon la définition de l'expression « allocation de retraite » contenue au paragraphe 248(1) L.I.R., cette expression vise une somme, à l'exception d'un avantage visé au sous-alinéa 6(1)a(iv) L.I.R., reçue par un 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, à l'égard de la perte par le contribuable d'une charge ou d'un emploi, qu'elle ait été reçue ou non à titre de dommages ou conformément à une ordonnance ou à un jugement d'un tribunal compétent.

Nous sommes d'avis que le montant du remboursement reçu par le contribuable serait en l'espèce une allocation de retraite, puisque ce montant serait reçu par le contribuable à l'égard de la perte de sa charge ou de son emploi et qu'il ne constituerait pas un avantage visé au sous-alinéa 6(1)a)(iv) L.I.R.

10. LIEN DE DÉPENDANCE

Faits

Opco est un organisme sans but lucratif.

Le conseil d'administration d'Opco est formé de 10 membres qui n'ont pas de lien de dépendance entre eux au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Opco souhaite créer un organisme de bienfaisance enregistré. Plus précisément, Opco souhaite incorporer une entité en vertu de la partie III L.C. et d'obtenir un enregistrement à titre d'œuvre de bienfaisance auprès de l'ARC (« Nouco »).

Les règlements de Nouco prévoient que son conseil d'administration devra être formé de cinq personnes. Les règlements de Nouco prévoient également que les personnes admissibles au poste d'administrateur doivent être membres du conseil d'administration d'Opco.

Question à l'ARC

Est-ce que le fait que des individus, qui par ailleurs n'ont aucun lien de dépendance entre eux, siègent au conseil d'administration d'Opco et de Nouco fait en sorte que ces deux entités ont un lien de dépendance aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*?

Réponse de l'ARC

À l'exception des situations où l'un des alinéas 251(1)a) ou 251(1)b) L.I.R. s'applique, la question de savoir si deux entités ont ou non entre elles un lien de dépendance à un moment donné est une question de fait.

Tel qu'il est mentionné au *Bulletin d'interprétation* IT-419R2²⁵, les tribunaux ont, de manière générale, appliqué les critères suivants pour déterminer si une transaction avait été réalisée entre des personnes ayant un lien de dépendance entre elles :

- un seul cerveau dirige les négociations pour les deux parties à une transaction;
- les parties à une transaction agissent de concert sans intérêts distincts;
- il y a exercice effectif (de fait) du contrôle.

Le fait d'avoir des administrateurs communs dans deux sociétés ainsi que des employés travaillant pour ces deux mêmes sociétés a été l'un des facteurs qui a permis d'établir si ces critères étaient respectés dans l'affaire *Noranda Mines Limited c. MRN*²⁶.

Lors de son analyse des faits et circonstances entourant une situation donnée, l'ARC tiendra compte, entre autres, de cette décision de la Cour canadienne de l'impôt. L'ARC pourra, selon les faits et le contexte, arriver à la conclusion qu'il y a un lien de dépendance entre deux entités en raison du fait que des particuliers siègent au conseil d'administration des deux entités.

FISCALITÉ TRANSACTIONNELLE

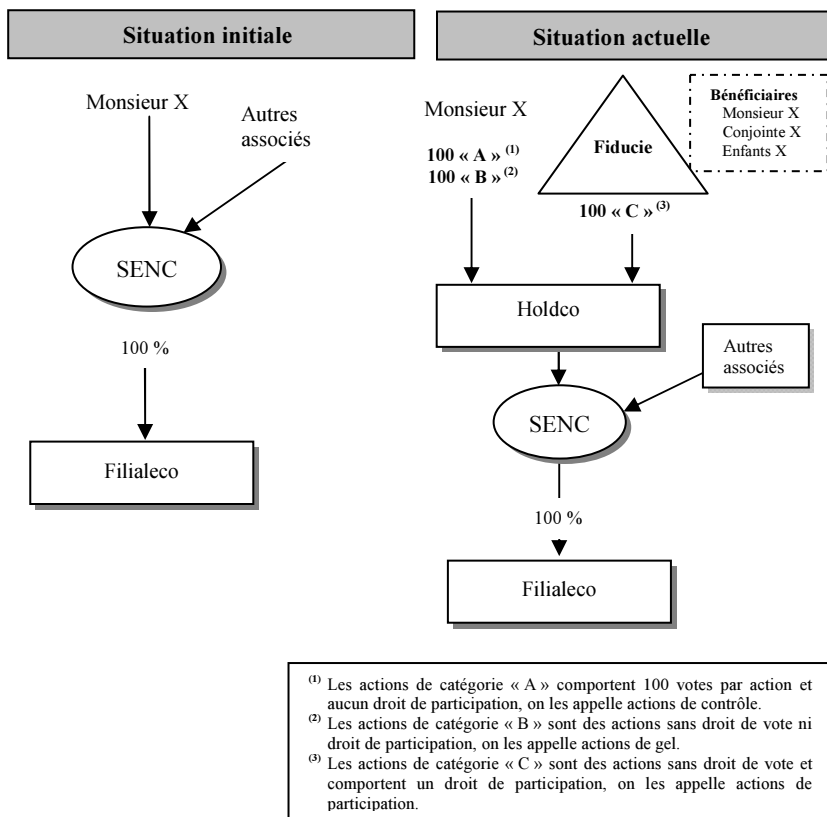
11. CALCUL DU REVENU PROTÉGÉ

Considérons la situation suivante : 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, la participation d'un particulier (« Monsieur X ») dans la SENC a été transférée à une société par actions (« Holdco ») en échange d'actions privilégiées de catégorie « B » de cette dernière. Pour ce faire, un choix en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. a été effectué avec une somme convenue correspondant au prix de base rajusté (« PBR ») de la participation. Simultanément, Monsieur X a souscrit à des actions de catégorie « A » et une fiducie familiale a souscrit à des actions de catégorie « C ». Conformément à la définition prévue au paragraphe 251(2) L.I.R., Monsieur X, la fiducie familiale et Holdco ne sont pas liées aux

²⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 1, par. 23.

²⁶ 87 D.T.C. 379 (C.C.I.).

autres associés de la SENC. Il est possible de démontrer que Holdco exerce une influence notable sur les activités de Filialeco. Préalablement à la réorganisation, un montant de revenu protégé est attribuable aux actions de Filialeco.



Questions à l'ARC

- a) Selon les positions établies de l'ARC, Monsieur X, en sa qualité d'associé de la SENC, est réputé avoir une quote-part de chacun des éléments d'actif détenus par la SENC, dont un certain nombre d'actions de Filialeco. Il est également convenu que lorsqu'une action est échangée contre de nouvelles actions en vertu des articles 51, 85, 85.1, 86 ou 87 L.I.R., la portion du revenu protégé attribuable à l'action échangée immédiatement avant l'échange est transférée dans les nouvelles actions, dans la mesure où le PBR des nouvelles actions est égal au PBR de

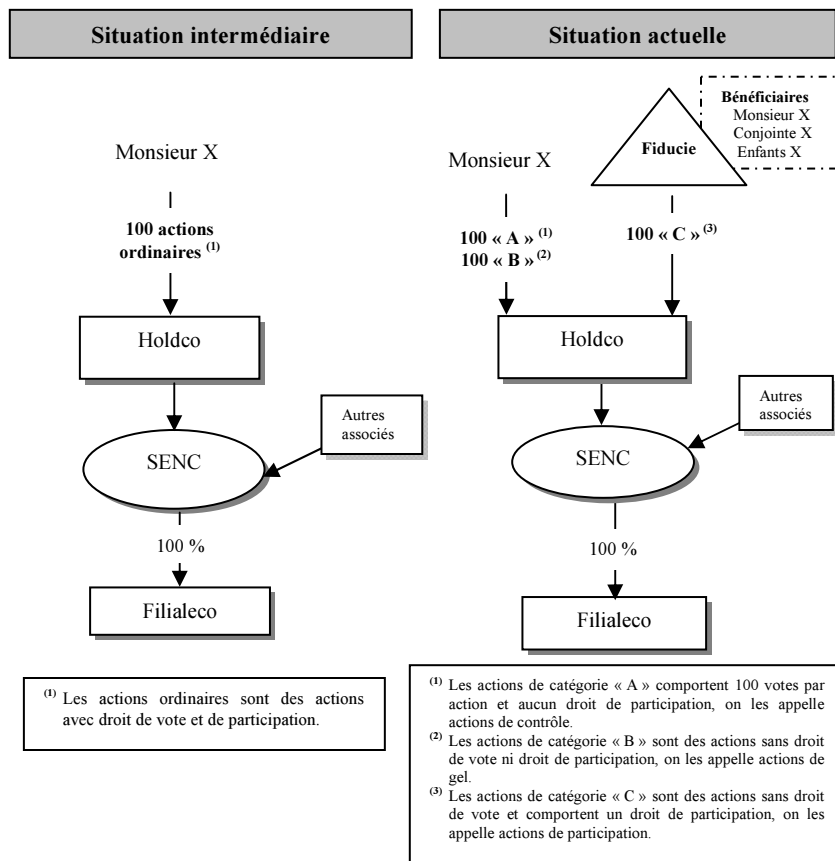
l'action transférée. En s'appuyant sur ces deux positions bien établies de l'ARC, dans la situation actuelle, étant donné que les unités de Monsieur X dans la SENC ont été échangées contre des actions de catégorie « B » (« actions de gel ») dans le cadre d'un roulement au PBR en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R., nous croyons que le revenu protégé attribuable aux actions de Filialeco doit être considéré dans le calcul du revenu protégé attribuable aux actions de gel de Holdco. L'ARC est-elle en accord avec cette interprétation?

b) Compte tenu du fait que Holdco exerce une influence notable sur les activités de Filialeco, le revenu protégé de Filialeco contribue à la valeur des actions de cette dernière qui sont indirectement détenues par Holdco et, par conséquent, à la valeur des actions de Holdco. Immédiatement après le gel, si l'ARC n'adhère pas à la précédente interprétation, peut-elle nous indiquer sur quelles actions de Holdco doit être imputé le revenu gagné attribuable aux actions de Filialeco :

- sur les actions de catégorie « C », dites actions de participation – même si le revenu gagné attribuable aux actions de Filialeco ne contribue pas au gain sur ces actions?
- sur aucune action?

c) Considérons la situation intermédiaire suivante : dans le cadre de la réorganisation, la participation de Monsieur X dans la SENC a été transférée à Holdco en échange d'actions ordinaires de cette dernière. Pour ce faire, un choix en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. a été effectué avec une somme convenue correspondant au PBR de la participation.

Par la suite, Monsieur X procède à un gel par le biais du paragraphe 51(1) L.I.R. au cours duquel il obtient 100 actions de catégorie « B » en contrepartie de ses 100 actions ordinaires. Au même moment, Monsieur X souscrit à 100 actions de catégorie « A » et la fiducie familiale souscrit à 100 actions de catégorie « C », afin d'atteindre la situation actuelle.



Compte tenu de cette situation intermédiaire, l'ARC souhaiterait-elle apporter des changements ou des nuances à ses réponses aux questions précédentes?

Réponse de l'ARC

Le paragraphe 55(2) L.I.R. vise un dividende dont l'un des objets ou l'un des résultats (dans le cas d'un dividende visé au paragraphe 84(3) L.I.R.) est de diminuer sensiblement la partie du gain en capital, qui, sans le dividende, aurait été réalisée lors d'une disposition d'une action du capital-actions et qu'il serait raisonnable de considérer comme étant attribuable à autre chose qu'un revenu gagné ou réalisé par une société après 1971

(« revenu protégé en main ») et avant le moment de détermination du revenu protégé pertinent.

Les termes employés au paragraphe 55(2) L.I.R. étant « revenu gagné ou réalisé par une société », le revenu protégé en main pourrait avoir été gagné ou réalisé par n'importe laquelle des sociétés du moment qu'une partie ou la totalité du gain en capital qui aurait été réalisée lors de la disposition d'actions soit attribuable au revenu gagné ou réalisé par cette société. Ainsi, l'ARC applique un certain principe de « consolidation » dans le calcul du revenu protégé en main d'une société dans ce cas.

Dans la présente situation, le gain en capital qui résulterait de la vente des actions privilégiées du capital-actions de Holdco pourrait être raisonnablement attribuable en partie au revenu protégé en main généré par Filialeco pendant la période de détention, par le particulier, de la participation dans la société de personnes si le revenu gagné ou réalisé par Filialeco n'a pas été reçu par la société de personnes à titre de revenu, avant le transfert de la participation, et si la juste valeur marchande (« JVM ») de la participation lors du transfert est supérieure au PBR de la participation. En effet, lorsque Filialeco gagne ou réalise un revenu, ce revenu est une composante de la valeur de la participation dans la société de personnes et, par conséquent, ce revenu est également une composante de la valeur de rachat des actions privilégiées du capital-actions de Holdco obtenues par le particulier lors du transfert par ce dernier de la participation qu'il détient dans la société de personnes. De plus, si la société de personnes n'a pas reçu un tel revenu protégé en main généré par Filialeco au titre de son 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 revenu protégé en main généré par Filialeco. Il en sera de même en ce qui concerne le PBR des actions privilégiées du capital-actions de Holdco 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 (à supposer que la JVM est supérieure).

En tenant compte des commentaires précédents, il est possible qu'une partie du revenu protégé en main généré par Filialeco préalablement au transfert de la participation détenue dans la société de personnes puisse être attribuée aux actions privilégiées du capital-actions de Holdco selon une méthode raisonnable. Par ailleurs, il est possible que le montant de revenu protégé en main généré par Filialeco attribué aux actions privilégiées du capital-actions de Holdco puisse varier dans le temps et être remplacé par un montant de revenu gagné ou réalisé par Holdco.

Par exemple, le montant de revenu protégé en main généré par Filialeco attribué aux actions privilégiées du capital-actions de Holdco au moment du transfert par le particulier pourrait diminuer après le transfert si la société de personnes reçoit de Filialeco un dividende relatif à cette partie du revenu protégé en main généré par Filialeco ou si la société de personnes réalise un gain en capital lors de la vente des actions qu'elle détient dans le capital-actions de Filialeco. Par contre, Holdco ajoutera sa part du dividende ou de gain en capital à ses revenus en raison de l'alinéa 96(1)f) L.I.R. Ce revenu de Holdco fera partie de son revenu protégé en main. Nous sommes d'avis qu'une augmentation du revenu protégé en main généré par Holdco résultant d'un tel dividende ou d'un tel gain en capital qui proviendrait du revenu de Filialeco attribué auparavant aux actions privilégiées du capital-actions de Holdco devrait être considérée comme faisant partie du revenu protégé en main de ces actions privilégiées et ne devrait pas être ajoutée au revenu protégé en main à l'égard des actions ordinaires du capital-actions de Holdco. Ainsi, il n'y aurait pas de dédoublement de revenu protégé à l'égard du même revenu.

De même, si Holdco vendait la participation qu'elle détient dans la société de personnes, il se pourrait que Holdco réalise un gain en capital et ce gain en capital ferait partie de son revenu protégé en main. Il faudrait alors tenir compte qu'une partie du revenu protégé en main généré par Holdco reflète le revenu protégé en main généré par Filialeco attribué aux actions privilégiées du capital-actions de Holdco et faire en sorte qu'il n'y ait pas d'augmentation pour cette partie lors du calcul du revenu protégé en main à l'égard des actions ordinaires du capital-actions de Holdco de manière à éviter le dédoublement.

Bien que les principes établis ci-dessus puissent s'appliquer généralement, il est possible que l'étude des données précises d'une situation particulière puisse nous amener à une conclusion différente.

12. ÉVALUATION D'UNE CLAUSE RESTRICTIVE

Au moment de la vente des actions d'une société privée, la norme veut que le vendeur s'engage à ne pas solliciter les clients de la société vendue ni ses employés à changer d'emploi. Ces engagements du vendeur sont des conditions essentielles pour l'acheteur. De tels engagements visent à protéger la totalité ou une partie de la valeur attribuée à l'achalandage. En pratique, la valeur d'une clause restrictive telle qu'elle est définie à l'article 56.4 L.I.R. et la valeur de l'achalandage sont étroitement liées et peuvent former un tout qui peut difficilement être fractionné en deux valeurs distinctes.

Questions à l'ARC

- a) L'ARC prévoit-elle publier des directives sur la méthode qu'elle entend utiliser pour déterminer la valeur d'une clause restrictive?
- b) À défaut d'établir une méthode, est-ce que l'ARC prévoit donner des renseignements sur les balises qu'elle entend appliquer à cette fin?
- c) Dans le contexte d'une vente de 100 % des actions d'une société privée par un actionnaire dirigeant à un acheteur n'ayant aucun lien de dépendance, l'ARC peut-elle nous donner les critères qu'elle compte utiliser afin de déterminer :
 - la valeur de la clause à s'engager à ne pas solliciter les clients de la société; et
 - la valeur de la clause à ne pas solliciter les employés de la société à changer d'emploi?

Réponse de l'ARC à la question 12 a)

Non. La section d'évaluations de la Direction générale des programmes d'observation ne prévoit pas publier des directives sur la méthode qu'elle entend utiliser pour déterminer la valeur d'une clause restrictive puisque chaque situation doit être évaluée de façon indépendante et qu'une méthode globale pourrait ne pas convenir à toutes les situations qui pourraient survenir. Afin de déterminer quelle méthode doit être suivie pour une situation donnée, il est nécessaire d'analyser tous les faits pertinents à cette situation.

Réponse de l'ARC à la question 12 b)

Non. Puisque chaque situation est différente et que l'approche adoptée dans une situation donnée sera fonction des faits de cette situation, la section d'évaluations n'entend pas émettre des renseignements sur les balises qu'elle entend appliquer pour déterminer la valeur d'une clause restrictive.

Réponse de l'ARC à la question 12 c)

Tel qu'il est indiqué dans le préambule aux questions posées à l'ARC : « [c]es engagements du vendeur sont des conditions essentielles pour l'acheteur ». Ainsi, les conditions qui sont prévues dans le cadre d'une transaction commerciale doivent généralement être remplies afin que la

transaction aille de l'avant. Lorsque certaines de ces conditions ne sont pas respectées, il est possible que l'acheteur se désiste du processus d'achat. Si une clause restrictive avait une valeur, cette valeur serait normalement mesurée par la réduction sur les revenus de l'entreprise vendue si le vendeur ne respectait pas les termes de la clause en question.

Les raisons sous-jacentes à la négociation d'une clause restrictive et la possibilité que le vendeur puisse solliciter les clients de la société constituent des éléments subjectifs qui nécessitent une évaluation des faits, le jugement d'un expert reconnu en évaluation, une évaluation de l'industrie et de la société, une détermination du lien qui existe entre les clients de la société et les propriétaires ou personnes clés de la société ainsi que l'incidence sur le niveau des revenus de la société.

Tel qu'il est indiqué plus haut, si l'on garde à l'esprit que ce qui est évalué sont des conditions d'une vente essentielles à la conclusion de cette vente, les divers éléments qui auraient une incidence sur les revenus de l'entreprise vendue doivent être évalués à la lumière de chaque situation individuelle.

13. GEL D'UNE « SOCIÉTÉ DE PERSONNES » – PARAGRAPHES 103(1) ET 103(1.1) L.I.R.

Dans une publication²⁷, l'ARC a émis sa position relativement à la création de parts privilégiées d'une société de personnes, cette position a été réitérée en réponse à une question posée lors de la Table ronde 2007 de la Society of Trust and Estate Practitioners²⁸. Cette position est la suivante :

« [...] rien n'empêche la création de parts assorties à des droits privilégiées en ce qui concerne le partage des revenus, des pertes ou des autres attributs de la société de personnes. Toutefois, la position de l'ARC est que le partage de ces attributs pourrait être assujéti à l'article 103 L.I.R. Afin d'établir si l'article 103 s'applique, nous déterminerions si l'une des principales raisons justifiant les deux catégories de participation est de réduire les impôts ou de différer le paiement des impôts, ou dans le cas où plusieurs associés ont, entre eux, un lien de dépendance, si le montant du revenu ou de la perte attribué au contribuable A

²⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 30, 21 mai 2004, question 6.

²⁸ « Practitioner/CRA Round Table », dans *2007 STEP Canada National Conference, Society of Trust and Estate Practitioners*, 8 juin 2007, question 18.

était raisonnable, dans les circonstances, compte tenu du capital investi et du travail effectué²⁹. »

Dans la cause récente de la Cour canadienne de l'impôt, *Krauss c. La Reine*³⁰, le juge a statué en *obiter* :

« [...] Il n'est pas nécessaire de rechercher si un gel successoral peut être effectué au moyen d'une société de personnes en théorie. Je suis d'avis que, dans la mesure où il est possible de procéder à un gel successoral par l'entremise d'une société, un gel successoral peut être effectué au moyen d'une société de personnes si les mêmes éléments économiques peuvent être reproduits au moyen d'une société de personnes³¹. »

- a) À la suite de cette précision apportée par le juge McArthur, lorsque les circonstances ne diffèrent pas d'un gel de sociétés acceptable, est-ce que l'ARC peut confirmer que le gel successoral d'une société de personnes sera possible?
- b) Considérons la situation où le père et le fils sont associés en parts égales dans une société de personnes, un gel des participations du père et du fils est réalisé de façon équivalente à un gel de sociétés, soit par l'émission, en faveur de chacun, de parts privilégiées donnant droit à un rendement annuel équivalant au rendement qui serait obtenu sur un investissement en capital semblable dans une institution financière non liée et, par la suite, les fils souscrivent chacun à des parts ordinaires de la société de personnes pour un montant nominal. La répartition du profit de la société de personnes se fera en premier lieu en paiement du rendement sur les participations privilégiées et le solde du profit sera attribué au fils. Est-ce que l'ARC peut nous confirmer que, compte tenu du fait que ce gel successoral présente des analogies avec un gel successoral des sociétés, la répartition du profit de la société de personnes entre les associés est raisonnable et, par conséquent, n'entraînerait pas l'application des paragraphes 103(1) et 103(1.1) L.I.R.?
- c) Est-ce que la réponse de l'ARC serait identique si une fiducie familiale dans laquelle au moins un des bénéficiaires participe aux activités de la société de personnes, souscrit à une part ordinaire, toujours selon les mêmes hypothèses de répartition du profit de la société de personnes?

²⁹ *Id.*

³⁰ 2009 D.T.C. 1394 (C.C.I.) (« *Krauss* »).

³¹ *Id.*, par. 58.

Réponse de l'ARC à la question 13 a)

L'ARC réitère sa position émise en réponse à la question 18 de la Table ronde lors de la conférence annuelle de la Society of Trust and Estate Practitioners et maintient que peu importe si une société de personnes est utilisée dans le cadre d'un gel successoral, la répartition du revenu de la société de personnes doit reconnaître la contribution en capital, de même que la contribution non financière 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. À notre avis, l'affaire *Krauss* appuie cette position.

Réponse de l'ARC à la question 13 b)

Il nous apparaît que votre exemple est semblable à la situation dans l'affaire *Krauss* et que le paragraphe 103(1.1) L.I.R. pourrait s'appliquer dans votre exemple.

Réponse de l'ARC à la question 13 c)

La réponse à la question c) est la même que celle donnée en réponse à la question b).

**14. INCIDENCE DE LA DÉCISION TREMBLAY ET AUTRES C. LA REINE³²
SUR LES OPÉRATIONS DE TYPE TUCK UNDER**

Dans l'arrêt *Tremblay*, le ministre a tenté d'invoquer le paragraphe 84(2) L.I.R. dans une opération de type *tuck under*. La Cour canadienne de l'impôt a conclu que le paragraphe 84(2) L.I.R. ne s'appliquait pas. La Cour d'appel fédérale a confirmé la décision dans un jugement rendu le 17 mai 2010³³. Une opération de type *tuck under* permet généralement à un actionnaire qui détient les actions d'une cible par l'entremise d'une société de gestion de détenir directement les actions de la cible. L'opération vise à transférer la société de gestion sous la cible pour arriver au résultat escompté.

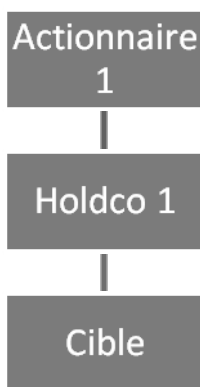
Considérons la situation suivante :

³² 2009 CCI 6 (« *Tremblay* »).

³³ *La Reine c. Vaillancourt-Tremblay et autres*, 2010 CAF 119 (« *Tremblay CAF* »).

La société Cible fait l'objet d'une offre d'achat visant la totalité de ses actions. Certains actionnaires minoritaires désirent conclure une série d'opérations afin de bénéficier du revenu protégé en main attribuable aux actions de Cible.

Voici la structure d'un des actionnaires avant la planification :



Holdco 1 constitue une nouvelle société Holdco 2 et lui transfère en franchise d'impôt les actions de Cible.

Les administrateurs de Holdco 2 procèdent à une augmentation de CV jusqu'à concurrence du revenu protégé.

Holdco 1 transfère les actions de Holdco 2 à Cible en échange d'actions de Cible.

Holdco 2 est liquidée dans Cible.

Holdco 1 peut maintenant vendre les actions de Cible et bénéficier de l'augmentation de PBR.

Nous comprenons que la position de longue date de l'ARC est que le paragraphe 84(2) L.I.R. ne devrait pas s'appliquer à l'égard de l'opération décrite ci-dessus.

Question à l'ARC

Est-ce toujours la position de l'ARC?

Réponse de l'ARC

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*³⁴, 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*.

15. FUSION DE SOCIÉTÉS

Lors de la fusion de sociétés, il est fréquent que des transactions touchant les sociétés remplacées soient effectuées le jour de la fusion. À cet effet, l'ARC a émis deux interprétations techniques³⁵ ayant des conclusions différentes sur la fin d'année d'imposition présumée des sociétés remplacées.

³⁴ [1970] R.C.S. 64.

³⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2004-0105481E5, 27 janvier 2005 et 2004-0086741C6, 8 octobre 2004.

Au paragraphe 10 du *Bulletin d'interprétation* IT-474R2³⁶, l'ARC mentionne que le moment de la fusion de sociétés a lieu au premier instant de la journée de la date indiquée sur le certificat de fusion, à moins qu'un temps particulier ne soit précisé sur le certificat de fusion, auquel cas, la fusion aurait lieu à cette heure précise de la journée.

Dans ce même bulletin³⁷, l'ARC décrit la situation suivante : après une acquisition de contrôle d'une société cible, cette dernière est fusionnée avec la société qui en a acquis le contrôle ou avec une société liée à celle qui contrôle. Si la prise de contrôle et la fusion s'effectuent à la même date, qu'aucun choix en vertu du paragraphe 256(9) L.I.R. n'est effectué ni qu'aucun moment n'est précisé dans le certificat de fusion, l'ARC acceptera que la société cible n'ait qu'une fin d'année réputée à la suite de l'acquisition de contrôle de la société cible et de sa fusion subséquente.

La conclusion décrite au paragraphe 11 du bulletin a été reprise dans l'interprétation technique 2004-0105481E5³⁸. Dans cette interprétation, les faits sont les suivants : après une acquisition de contrôle d'une société cible, la société qui en a acquis le contrôle transfère les actions de la société cible en faveur de sa filiale en propriété exclusive et, le même jour, la société cible et la filiale ont fusionné. La conclusion de l'ARC est que, pourvu qu'aucun choix en vertu du paragraphe 256(9) L.I.R. ne soit effectué ni qu'aucun moment ne soit précisé dans le certificat de fusion, la société cible n'aura qu'une fin d'année réputée.

Toutefois, dans l'interprétation technique 2004-0086741C6³⁹, la situation est la suivante : une fusion de deux sociétés a lieu et des transactions (roulement, rachat d'actions, remboursement de CV) sont réalisées par une de ces deux sociétés le jour de la fusion, mais selon les documents juridiques appuyant les transactions, avant le moment de la fusion. Le certificat de fusion n'indique pas de temps particulier pour le moment de la fusion. Dans cette situation, la position de l'ARC est que le moment de la fusion est celui prévu dans l'arrangement, dans la mesure où la série d'opérations se déroule dans un ordre logique. L'ARC base sa position sur l'alinéa 87(2)a) L.I.R., prévoyant que l'année d'imposition d'une société

³⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-474R2, « Fusion de sociétés canadiennes », 8 janvier 2008, par. 10.

³⁷ *Id.*, par. 11.

³⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 35.

³⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 35.

remplacée, qui se serait terminée après la fusion, est réputée s'être terminée immédiatement avant la fusion. Ainsi, la société remplacée qui a effectué des transactions avant le moment de la fusion doit les comptabiliser dans son année d'imposition réputée s'être terminée immédiatement avant la fusion.

La position décrite dans l'interprétation technique 2004-0086741C⁴⁰ est difficile à concilier avec celle décrite dans l'interprétation 2004-0105481E⁴¹. Dans cette dernière interprétation, il y a nécessairement eu un arrangement où des opérations se sont déroulées dans un ordre logique. En effet, trois transactions sont survenues dans l'ordre suivant : i) une société a acquis le contrôle de la société cible; ii) la société a transféré les actions de la société cible en faveur d'une filiale et iii) la société cible et la filiale ont fusionné. Pourtant, malgré la série d'opérations qui s'est déroulée dans cet ordre, l'ARC a conclu que la société cible n'aura qu'une fin d'année réputée.

Questions à l'ARC

- a) Est-ce que la position de l'ARC, selon laquelle une société remplacée dont le contrôle a été acquis la même journée n'aura qu'une fin d'année, se limite seulement aux situations décrites au paragraphe 11 du *Bulletin d'interprétation* IT-474R2 et dans l'interprétation technique 2004-0105481E5?
- b) Dans la négative, est-ce que l'ARC peut décrire les situations où une société remplacée, dont le contrôle a été acquis la même journée, qui effectue ou qui participe à des transactions le jour de la fusion n'aura qu'une seule fin d'année?

Réponse de l'ARC

En général, l'ARC applique la position administrative décrite au paragraphe 11 du *Bulletin d'interprétation* IT-474R2, seulement lorsque l'acquisition de contrôle et la fusion sont les seules opérations hors du cours normal des affaires des sociétés remplacées, qui sont effectuées le jour de la fusion. À cet égard, nous considérons comme hors du cours normal des affaires d'une société toute opération décrite, par exemple, dans un ordre du jour d'une séance de clôture ou encore dans tout autre document qui décrit

⁴⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 36.

⁴¹ *Id.*

l'ordre logique dans lequel doit se faire les opérations en prévision de la fusion d'une société remplacée.

Il nous apparaît plus approprié en général que les opérations juridiquement effectuées par les sociétés remplacées soient déclarées par ces mêmes sociétés remplacées plutôt que par la société issue de la fusion.

16. SOUSCRIPTION À DES UNITÉS D'UNE SOCIÉTÉ EN COMMANDITE

Mise en situation

GP inc. est une filiale à 100 % d'Associé inc. Associé inc. et GP inc. détiennent, respectivement, 99 unités et 1 unité de la société en commandite (« SEC »). Immédiatement avant les transactions décrites ci-dessous, le bilan de SEC à la JVM est le suivant : le montant de son actif total est de 2 000 \$, SEC a un passif de 100 000 \$ envers une institution financière et de 10 000 \$ envers d'autres tiers, et son déficit est de 108 000 \$.

Afin de rembourser la dette bancaire, les transactions suivantes sont effectuées : i) Associé inc. souscrit à 100 unités de SEC en contrepartie de 100 000 \$ et ii) SEC utilise cette somme pour rembourser sa dette bancaire. À la suite de ces transactions, le bilan de SEC à la JVM est le suivant : le montant de son actif est de 2 000 \$, le montant de son passif est de 10 000 \$ et son déficit est de 8 000 \$.

Dispositions de la loi applicables

La définition de « prix de base rajusté » est prévue à l'article 54 L.I.R. :

« S'agissant du prix de base d'un bien quelconque pour un contribuable à un moment donné s'entend, sauf dispositions contraires :

- a) lorsque le bien entre dans la catégorie des biens amortissables du contribuable, du coût en capital du bien, supporté par lui, à ce moment;
- b) dans les autres cas, du coût du bien, pour le contribuable, rajusté à ce moment, conformément à l'article 53; [...]. » (Notre soulignement)

Lorsqu'un bien a été acquis, le coût du bien pour un contribuable est en général le prix payé par le contribuable pour obtenir le bien. Si l'on considère que, lors de la souscription, Associé inc. a acquis 100 unités de SEC, leur coût pour Associé inc. serait de 100 000 \$.

Toutefois, l'alinéa 69(1)a) L.I.R., qui prévoit ce qui suit, pourrait faire en sorte que le coût de ce bien soit nul :

« Sauf disposition contraire expresse de la présente loi :

- a) le contribuable qui a acquis un bien d'une personne avec laquelle il avait un lien de dépendance pour une somme supérieure à la juste valeur marchande de ce bien au moment de son acquisition est réputé l'avoir acquis pour une somme égale à cette juste valeur marchande; [...] » (Notre soulignement)

Lorsque le bien est une participation dans une société de personnes, le PBR de la participation est rajusté conformément aux alinéas 53(1)e) et 53(2)c) L.I.R. Plus précisément, le sous-alinéa 53(1)e)(iv) L.I.R. prévoit l'augmentation du PBR de la participation dans une société de personnes :

« [...] lorsque le contribuable a fait, après 1971, un apport de capital à la société de personnes autrement que sous forme de prêt, la partie de l'apport qu'il n'est pas raisonnable de considérer comme un avantage conféré à un autre associé de la société de personnes qui était lié au contribuable, [...] » (Notre soulignement)

Si l'on considère que, lors de la souscription, Associé inc. n'a pas acquis de bien et que le montant de 100 000 \$ constitue un apport de capital à SEC, le PBR de la participation d'Associé inc. dans SEC sera augmenté de 100 000 \$.

Notre interprétation des dispositions de la loi applicables

L'ARC a indiqué, dans une publication⁴² et dans l'interprétation technique 2008-0297011E5⁴³, que l'ensemble des parts qu'un associé détient dans une société de personnes constitue un seul et même bien de l'associé, et que ce seul et même bien représente sa participation dans la société de personnes aux fins de la loi. Selon cette interprétation, les 100 unités additionnelles émises en faveur d'Associé inc. ne représentent donc pas l'acquisition de biens aux fins de la loi, étant donné que les unités de SEC détenues par Associé inc. (les 99 unités avant les transactions et les 199 unités après les transactions) ne constituent qu'un seul et même bien. De

⁴² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 25, 30 octobre 2002, question 6.

⁴³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-0297011E5, 29 juillet 2009.

ce fait, l'alinéa 69(1)a) L.I.R. ne pourrait trouver application puisqu'il exige qu'un bien soit acquis.

L'expression « apport de capital » n'est pas définie dans la loi. L'ARC s'est cependant prononcée sur l'expression « apport en capital » indiquée à l'alinéa 53(1)c) L.I.R. Sommairement, cet alinéa prévoit, pour un contribuable, l'ajout d'un montant au PBR d'une action d'une société lorsque le contribuable a fait un « apport en capital » à la société et que cet apport augmente la JVM des actions du contribuable. Au paragraphe 2 du *Bulletin d'interprétation* IT-456R⁴⁴, l'ARC donne les commentaires suivants à l'égard de l'expression « apport en capital », aux fins de l'alinéa 53(1)c) L.I.R. :

« [...] Le Ministère est d'avis qu'une transaction qui augmenterait le capital d'une corporation sans que cette dernière n'offre de contrepartie à l'égard de cette augmentation donnerait 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 corporation (notamment pour combler un déficit ou pour financer l'expansion de la corporation sans que d'autres actions ne soient émises)⁴⁵. » (Notre soulignement)

Plus loin dans le même bulletin, l'ARC indique ceci :

« Lorsque des actions non émises sont acquises d'une corporation dans le cadre d'une transaction avec lien de dépendance pour une somme supérieure à leur juste valeur marchande, leur prix est réduit en vertu de l'alinéa 69(1)a) à cette juste valeur marchande. La différence entre la somme payée pour les actions et leur juste valeur marchande est considérée comme un apport en capital aux fins de l'alinéa 53(1)c), pourvu que l'apport entraîne une augmentation de la valeur de toutes les actions de la corporation détenues par l'actionnaire⁴⁶. » (Notre soulignement)

Le sous-alinéa 53(1)e)(iv) L.I.R. prévoit l'augmentation du PBR de la participation dans une société de personnes lorsque le contribuable a fait un « apport de capital » à la société de personnes pour la partie de l'apport qui ne constitue pas un avantage conféré à un autre associé de la société de personnes qui était lié au contribuable. Contrairement à l'alinéa 53(1)c) L.I.R., le sous-alinéa 53(1)e)(iv) L.I.R. n'exige pas que l'apport augmente la

⁴⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT456R, « Biens en immobilisations – Certains rajustements de prix de base », 9 juillet 1990.

⁴⁵ *Id.*, par. 2.

⁴⁶ *Id.*, par. 6.

JVM de la participation dans la société de personnes. Étant donné que les 100 unités additionnelles ne représentent pas l'acquisition d'un bien, la souscription de 100 unités en contrepartie de 100 000 \$ représente une augmentation du capital de SEC sans que cette dernière offre de contrepartie. Associé inc. a ainsi effectué un « apport de capital » en faveur de SEC et la somme de 100 000 \$ devra être considérée dans le calcul du PBR de la participation d'Associé inc. dans SEC en vertu du sous-alinéa 53(1)e)(iv) L.I.R.

Même si l'alinéa 69(1)a) L.I.R. s'appliquait à la souscription à 100 unités de SEC, la différence entre la somme de 100 000 \$ et la JVM des 100 unités de SEC (0 \$), soit 100 000 \$, serait considérée comme un apport de capital aux fins du sous-alinéa 53(1)e)(iv) L.I.R.

Questions à l'ARC

- a) Afin que l'alinéa 69(1)a) L.I.R. trouve application, un contribuable doit acquérir un bien d'une personne avec laquelle il avait un lien de dépendance. Est-ce que l'ARC peut confirmer notre interprétation selon laquelle les 100 unités supplémentaires ne constituent pas l'acquisition d'un bien par Associé inc. aux fins de l'alinéa 69(1)a) L.I.R. et selon laquelle la somme de 100 000 \$ représente aux fins du sous-alinéa 53(1)e)(iv) L.I.R. un « apport de capital » effectué par Associé inc. en faveur de SEC?
- b) Dans l'hypothèse où l'ARC serait d'avis que, malgré les raisons décrites ci-dessus, l'alinéa 69(1)a) L.I.R. trouve quand même application à la souscription des 100 unités de SEC, est-ce que l'ARC considérerait, compte tenu de sa position décrite au paragraphe 6 du *Bulletin d'interprétation* IT-456R dans une situation d'acquisition de participation d'une société pour une somme supérieure à leur JVM, que la différence entre le coût d'acquisition des 100 unités additionnelles et leur JVM, soit 100 000 \$, serait un « apport de capital » effectué à SEC aux fins du sous-alinéa 53(1)e)(iv) L.I.R.?

Réponse de l'ARC

De façon générale, le capital d'une société de personnes désigne l'ensemble des sommes contribuées par les associés de la société de personnes aux fins d'exploiter l'entreprise de la société de personnes. En outre, le capital d'une société de personnes n'est pas synonyme des biens qui appartiennent à ladite société de personnes. Pour qu'il y ait un apport en

capital à une société de personnes, il est donc impératif qu'il y ait un apport soit d'une somme d'argent, soit d'un bien.

Pour que le paragraphe 69(1) L.I.R. s'applique à une transaction entre un associé d'une société de personnes et la société de personnes, il est nécessaire qu'un lien de dépendance unisse l'associé et la société de personnes. Aux termes de l'alinéa 251(1)c) L.I.R., la question de savoir s'il existe un lien de dépendance entre l'associé et la société de personnes selon l'alinéa 251(1)c) L.I.R. est une question de fait. Du reste, le paragraphe 69(1) L.I.R. ne s'appliquera que s'il y a acquisition d'un bien.

En l'espèce, nous croyons que l'associé, en contrepartie du versement de la somme de 100 000 \$, a acquis une plus grande participation dans la société de personnes et qu'à cet effet il a acquis une partie d'un bien. Nous croyons que le paragraphe 69(1) L.I.R. pourrait s'appliquer à l'acquisition d'une partie d'un bien, surtout que le libellé de cette disposition législative utilise, en anglais, le mot *anything*.

En l'espèce, si les unités émises ont une valeur qui est moindre que leur prix d'émission, cette valeur (de 0 \$ en l'espèce), déterminée selon l'alinéa 69(1)a) L.I.R. s'ajouterait au coût des unités. La différence entre le montant versé et la valeur des unités s'ajouterait au PBR de la participation selon l'alinéa 53(1)e)(iv) L.I.R. dans la mesure où Associés inc. n'aurait pas conféré d'avantage à GP inc. en souscrivant à des unités de SEC.

La question de savoir si Associé inc. peut avoir conféré un avantage à GP inc., aux fins de limiter le montant pouvant être ajouté au PBR de la participation d'Associé inc. aux termes du sous-alinéa 53(1)e)(iv) L.I.R., est une question de fait.

17. TRANSACTION PAPILLON

Faits

Dans le cadre d'une transaction papillon, soit une transaction satisfaisant aux conditions de l'alinéa 55(3)b) L.I.R., de façon générale, il est avantageux pour un échange d'actions de la société faisant l'objet de la transaction (« société cédante ») de se qualifier à titre d'« échange autorisé » au paragraphe 55(1) L.I.R. Or, un tel échange semble se qualifier d'échange autorisé même lorsque, après la transaction papillon, une fiducie familiale (dont les bénéficiaires sont des personnes non liées à la société cessionnaire, à la société cédante et à leurs actionnaires) acquiert une participation dans une des sociétés cessionnaires en souscrivant pour une valeur nominale à des

actions du capital-actions de cette dernière, peu importe que la fiducie en question soit liée ou ait un lien de dépendance avec la société cessionnaire ou ses actionnaires.

Questions à l'ARC

- a) L'ARC partage-t-elle notre interprétation de ces dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*?
- b) Dans l'affirmative, l'ARC est-elle d'accord qu'une telle façon de procéder ne contrevient pas non plus à l'alinéa 55(3.1)b) L.I.R., ce qui implique qu'une émission d'actions par une société n'est pas une disposition de bien par cette société aux fins de l'alinéa 55(3.1)b) L.I.R. (tel qu'il est prévu à la définition de « disposition » au paragraphe 248(1) L.I.R.)?

Réponse de l'ARC à la question 17 a)

En théorie, une opération visée, notamment, par l'une des règles prévues aux sous-alinéas 55(3.1)b)(i), 55(3.1)b)(ii) et 55(3.1)b)(iii) L.I.R. aura pour effet de rendre applicable le paragraphe 55(2) L.I.R. malgré l'alinéa 55(3)b) L.I.R., sauf si l'opération peut être qualifiée d'« échange autorisé » en vertu du paragraphe 55(1) L.I.R.

Votre question semble viser particulièrement l'application de l'alinéa b) de la définition d'« échange autorisé » au paragraphe 55(1) L.I.R.

À cet égard, un échange d'actions répondant aux conditions prévues à l'alinéa b) de la définition d'« échange autorisé » du paragraphe 55(1) L.I.R. doit notamment mettre en cause des actions du capital-actions d'une société cédante.

Par ailleurs, un échange visé à l'alinéa b) de la définition d'« échange autorisé » doit, d'une part, être un échange effectué « en prévision d'une attribution » et satisfaire à un test, relatif aux actions du capital-actions de l'acquéreur qui sont en circulation, « immédiatement après l'échange »; et, d'autre part, certains faits doivent se vérifier « immédiatement avant l'attribution » à l'égard de cet échange. Par conséquent, l'échange d'actions d'une société cédante visée par l'alinéa b) de la définition d'« échange autorisé » devrait, en toute logique, se produire avant l'attribution des biens de la société cédante dans une situation donnée.

Dans ce contexte, nous sommes d'avis que, dans la situation donnée, le fait qu'il y ait une émission d'actions du capital-actions d'une société cessionnaire, après que l'attribution des biens de la société cédante a été complétée, ne serait pas pertinent aux fins de l'application de la définition d'« échange autorisé » au paragraphe 55(1) L.I.R.

Réponse de l'ARC à la question 17 b)

Cette question semble viser exclusivement l'application de l'alinéa 55(3.1)b) L.I.R. à l'égard de l'acquisition des actions du capital-actions de la société cessionnaire par une fiducie familiale pour une valeur nominale. Nous limiterons donc nos commentaires à l'application de l'alinéa 55(3.1)b) L.I.R. dans la situation donnée.

Comme il a été mentionné précédemment, l'émission d'actions du Trésor de la société cessionnaire à la fiducie familiale n'est pas une transaction visée par le sous-alinéa 55(3.1)b)(i) L.I.R., en raison du fait que l'émission, par une société, d'une action de son capital-actions ne constitue pas une « disposition » de bien aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* comme il est prévu à l'alinéa m) de la définition du terme « disposition » au paragraphe 248(1) L.I.R.

Par ailleurs, le sous-alinéa 55(3.1)b)(iii) L.I.R. ne s'appliquerait pas puisqu'on est en présence, dans la situation donnée, d'une acquisition d'actions du capital-actions d'une société cessionnaire effectuée après l'attribution des biens; et non d'une acquisition d'actions du capital-actions de la société cédante en prévision de l'attribution.

Enfin, dans la situation donnée, dans la mesure où le contrôle de la société cessionnaire n'aurait pas été acquis par la fiducie familiale, le sous-alinéa 55(3.1)b)(ii) L.I.R. ne trouverait pas non plus application.

18. CAPITAL VERSÉ

Faits

Opcos est une SPCC aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cette SPCC exploite une résidence pour personnes âgées et détient des immeubles utilisés dans son entreprise et des placements.

Les actions d'Opcos sont détenues par M. X, M. Y et M. Z (« Contribuables ») en parts égales et se qualifient d'actions admissibles de petite entreprise aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

L'entreprise exploitée par Opco implique plusieurs risques commerciaux. Dans l'unique but de mettre certains des éléments d'actif d'Opco à l'abri des risques commerciaux relatifs à son entreprise, les Contribuables ont consenti à ce que les transactions suivantes soient effectuées :

- création d'une nouvelle société (« Immeubleco ») et souscription d'actions de cette dernière par les Contribuables;
- transfert par les Contribuables d'actions d'Opco à Immeubleco. En contrepartie de ce transfert, Immeubleco émet aux Contribuables des actions de catégorie F;
- rachat par Opco des actions de son capital-actions détenues par Immeubleco;
- souscription d'actions d'Immeubleco par Opco;
- transfert d'immeubles détenus par Opco à Immeubleco. En contrepartie de ce transfert, Immeubleco émet à Opco des actions de catégorie F;
- transfert des placements détenus par Opco à Immeubleco. En contrepartie de ce transfert, Immeubleco émet à Opco des actions de catégorie F;
- rachat des actions du capital-actions d'Immeubleco détenues par Opco.

À la suite de l'émission d'actions de catégorie F à Opco en contrepartie des transferts des immeubles et des placements, le CV fiscal des actions émises et en circulation de catégorie F détenues par les Contribuables augmentent d'un montant total de 100 000 \$.

Question à l'ARC

Les dispositions de l'article 245 L.I.R. s'appliquent-elles aux transactions détaillées ci-dessus ou à l'une d'entre elles de façon à justifier une réduction de CV des actions de catégorie F d'Opco détenues par les Contribuables?

Réponse de l'ARC

Le paragraphe 245(2) L.I.R. précise qu'en cas d'opération d'évitement, les implications fiscales pour une personne doivent être déterminées de façon

raisonnable dans les circonstances de façon à supprimer un avantage fiscal qui découlerait de cette opération ou d'une série d'opérations dont cette opération fait partie.

L'expression « avantage fiscal » est définie comme une réduction, un évitement ou un report d'impôt ou d'un autre montant payable ou une augmentation d'un remboursement d'impôt ou d'un autre montant visé par la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Dans un cas comme celui présenté ci-dessus, l'avantage fiscal pourrait être l'augmentation du CV des actions détenues par des particuliers, ce qui réduirait les dividendes réputés découlant d'un éventuel rachat des actions. C'est la conclusion à laquelle l'ARC est arrivée dans certains dossiers qu'elle a étudiés auparavant.

Par ailleurs, une opération d'évitement est une opération unique principalement effectuée en vue de l'obtention d'un avantage fiscal. Lorsqu'une opération, qui est principalement motivée par des objectifs fiscaux, fait partie d'une série d'opérations principalement effectuée pour des objectifs non fiscaux, l'opération unique est néanmoins une opération d'évitement. Le fait que la série d'opérations a des objets véritables autres que des objets fiscaux n'empêche pas une opération ayant un objectif fiscal qui fait partie de la série d'être une opération d'évitement. De plus, comme l'a mentionné la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Canada c. Hypothèques Trustco Canada*⁴⁷, « [...] dans le cas où une opération a à la fois un objet fiscal et un objet non fiscal, il faut décider s'il était raisonnable de conclure que l'objet non fiscal était le principal objet ».

Par conséquent, même si les faits démontraient que l'objet principal de la série d'opérations est de réduire les risques commerciaux, il faudrait se questionner sur l'objet principal de chacune des opérations effectuées dans la série d'opérations ou d'événements. L'ARC a déjà établi par le passé que certaines des opérations effectuées dans des circonstances semblables à celles présentées ci-dessus avaient comme but principal l'obtention d'un avantage fiscal comme la création de CV et l'augmentation (ou le transfert) de ce CV ou d'une partie de celui-ci en faveur des particuliers. La société qui subissait la diminution de CV correspondant à cette augmentation ne subissait aucun désavantage, car le paragraphe 112(1) L.I.R. lui permettait généralement de déduire un montant équivalant à son montant de dividendes supplémentaires.

⁴⁷ 2005 D.T.C. 5547; 2005 CSC 54.

L'ARC est préoccupée par ce genre d'opérations de création et de transfert de CV en faveur de particuliers. L'ARC a déjà conclu dans certains cas de ce genre que les opérations d'évitement étaient visées au paragraphe 245(4) L.I.R. et que la règle générale antiévitement (« RGAÉ ») s'appliquait. L'ARC étudie actuellement des dossiers supplémentaires similaires quant à leurs résultats mais comportant certaines variantes. Il se pourrait donc que, à la suite de cette étude, l'ARC applique le paragraphe 245(2) L.I.R. de manière générale à ce genre de situations lorsqu'il y a une ou des opérations d'évitement.

19. APPLICATION DES PARAGRAPHES 51(1) ET 85(1) L.I.R.

L'une des exigences à respecter afin que les dispositions du paragraphe 85(1) L.I.R. qui s'appliquent à un transfert de bien en faveur d'une société est que le cédant reçoive de la société à laquelle le bien est transféré une contrepartie comprenant au moins une action du capital-actions de cette dernière.

Lorsque les actions qui sont émises en contrepartie du bien transféré ne sont pas légalement autorisées dans les statuts constitutifs au moment du transfert, l'ARC acceptera un choix effectué en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. si les conditions suivantes sont remplies :

- « a) il existe entre le cédant et le cessionnaire une convention qui exige entre autres que le cessionnaire émette les actions voulues;
- b) le cessionnaire effectue immédiatement les démarches nécessaires pour autoriser l'émission des actions, c'est-à-dire qu'il produit les lettres patentes supplémentaires ou les statuts de modification, selon le cas;
- c) une fois les modifications nécessaires apportées aux documents constitutifs de la société, le cessionnaire émet les actions sans tarder⁴⁸. »

Dans une interprétation technique⁴⁹, l'ARC a cependant établi qu'« en général » les dispositions du paragraphe 51(1) L.I.R. ne pourraient s'appliquer lorsqu'une société émet des actions de son capital-actions qu'elle

⁴⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-291R3, « Transfert d'un bien d'une société en vertu du paragraphe 85(1) », 12 janvier 2004, par. 35.

⁴⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0030145, 10 octobre 2003.

n'est pas légalement autorisée à émettre lors de l'échange, car le contribuable n'acquiert pas d'actions à ce moment.

Questions à l'ARC

- a) Pouvez-vous nous confirmer que la position administrative de l'ARC, telle qu'elle est énoncée au paragraphe 35 du *Bulletin d'interprétation* IT-291R3 est toujours valide?
- b) Si les modifications aux statuts constitutifs sont effectuées après les délais prévus au paragraphe 85(6) L.I.R., est-ce que la position administrative de l'ARC sera d'accepter la validité d'un choix effectué en vertu des dispositions du paragraphe 85(1) L.I.R. pourvu que les conditions prévues au paragraphe 35 du *Bulletin d'interprétation* IT-291R3 soient respectées?
- c) Est-ce que l'ARC est toujours d'avis que les dispositions du paragraphe 51(1) L.I.R. ne pourraient s'appliquer lorsqu'une société émet des actions de son capital-actions qu'elle n'est pas légalement autorisée à émettre lors de l'échange, et ce, même si elle effectue les démarches afin d'obtenir l'autorisation d'émettre ces actions?
- d) Si l'on répond à la question précédente par l'affirmative, pouvez-vous nous expliquer les raisons expliquant le traitement différent entre l'application des dispositions des paragraphes 51(1) L.I.R et 85(1) L.I.R. lorsque les actions émises ne sont pas légalement autorisées aux statuts constitutifs?

Réponse de l'ARC à la question 19 a)

Oui, cette position est toujours valide.

Réponse de l'ARC à la question 19 b)

Bien que l'application de cette politique administrative soit tributaire de l'examen de tous les faits et circonstances se rapportant à une situation donnée, nous considérons qu'en général si les conditions prévues au paragraphe 35 du *Bulletin d'interprétation* IT-291R3 sont respectées, le choix devrait être considéré comme valide par l'ARC.

Réponse de l'ARC à la question 19 c)

Oui et, à cet égard, l'ARC s'en remet aux commentaires émis dans l'interprétation technique susmentionnée.

Réponse de l'ARC à la question 19 d)

La position administrative énoncée au paragraphe 35 du *Bulletin d'interprétation* IT-291R3 reprend essentiellement les termes du numéro 3 des *Nouvelles techniques* sur l'impôt sur le revenu du 30 janvier 1995 (archivé)⁵⁰.

L'ARC y avait notamment précisé qu'elle entendait continuer d'appliquer cette position en attendant le résultat de l'appel dans la cause *Dale et autres c. La Reine*⁵¹. En fait, l'ARC continue encore aujourd'hui d'appliquer cette position.

L'affaire *Dale* concernait une société cessionnaire ayant émis des actions non autorisées par ses statuts constitutifs. Les actions n'auraient été émises en bonne et due forme que plusieurs années après le transfert des biens concernés. L'avocat du Ministère a affirmé qu'un transfert serait autorisé si les actions remises en contrepartie étaient émises en bonne et due forme avant la fin de l'année d'imposition où le transfert a eu lieu. En permettant le transfert, le juge Bowman a décidé que les termes « contrepartie comprenant des actions », figurant à l'article 85 L.I.R., ne signifient pas que les actions doivent être émises en même temps que le transfert des biens, ou encore dans la même année d'imposition. À cet égard, le passage pertinent de la décision du juge Bowman est le suivant :

« The expression “consideration that includes shares” does not, as counsel suggests, imply that the share must necessarily be issued simultaneously with the transfer of property to the company or indeed within the same taxation year. What is essential is that there be either an actual issuance of shares or a binding obligation to do so at the time of transfer and that the shares be issued within a period of time that, in all the circumstances, is reasonable. There is no basis, in my view, for confining the word “consideration” to executed consideration.

⁵⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 3, 30 janvier 1995.

⁵¹ 94 D.T.C. 1100 (C.C.I.) (« *Dale* »).

Consideration is of two kinds – executed and executory – and it would be an unwarranted restriction on that term to limit it to only one of the two types⁵². »

La Cour d'appel fédérale a entériné la décision du juge Bowman sur ce point⁵³.

À l'égard du paragraphe 51(1) L.I.R., la différence de traitement se justifie en raison de la différence entre son libellé et celui du paragraphe 85(1) L.I.R. En effet, le paragraphe 51(1) L.I.R. édicte ceci : « Lorsqu'un contribuable acquiert d'une société une action du capital-actions de la société en échange d'une immobilisation du contribuable [...] » (notre soulignement). L'ARC est d'avis que le paragraphe 51(1) L.I.R. est clair quant au caractère simultané entre, d'une part, la remise, par le contribuable, du bien échangé et, d'autre part, la réception, par ce même contribuable, de la contrepartie de l'échange, soit une action du capital-actions émise en bonne et due forme par la société avec laquelle le contribuable traite.

20. NOUVELLE LOI SUR LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS DU QUÉBEC

La nouvelle *Loi sur les sociétés par actions* du Québec⁵⁴ a été adoptée le 1^{er} décembre 2009 et entrera en vigueur sous peu.

En vertu de l'article 49 L.S.A., il est possible de créer des catégories et des séries d'actions assorties exactement des mêmes droits et restrictions. Ces catégories ou séries ont leur propre compte de capital-actions émis et payé en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions* du Québec.

Questions pour l'ARC

- a) L'ARC peut-elle confirmer que deux catégories d'actions identiques créées en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions* du Québec auraient leur propre CV fiscal?
- b) Est-ce qu'un contribuable qui détient des actions de chacune des catégories ayant exactement les mêmes droits et restrictions devra calculer la moyenne des deux catégories pour établir son PBR?

⁵² *Id.*, par. 51.

⁵³ Voir l'affaire *Dale et autres c. Canada*, 97 D.T.C. 5252 (C.A.F.).

⁵⁴ *Loi sur les sociétés par actions*, Projet de loi 63, 7 octobre 2009, sanctionné le 4 décembre 2009 (2009, c. 52) (« L.S.A. »).

Réponse de l'ARC à la question 20 a)

La détermination du CV d'une action d'une catégorie quelconque, au sens du paragraphe 89(1) L.I.R. nous renvoie au concept de « catégorie d'actions » du capital-actions de la société. L'expression « catégorie d'actions » n'étant pas définie dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il faut consulter les lois sur les sociétés applicables pour en comprendre le sens. Dans la mesure où des actions assorties exactement des mêmes droits et restrictions appartiennent à deux catégories distinctes selon le droit sur les sociétés, le CV de chacune de ces catégories sera calculé séparément.

Réponse de l'ARC à la question 20 b)

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.

21. DÉDUCTIBILITÉ DE L'INTÉRÊT À L'ÉGARD D'UNE HYPOTHÈQUE PRISE EN CHARGE

Dans le cadre de la table ronde fédérale du Congrès 2000 de l'Association de planification fiscale et financière (« APFF »), la question suivante a été posée à l'ARC :

« Deux conjoints sont copropriétaires 50 %-50 % de leur résidence. Chacun assume 50 % de l'hypothèque sur ladite résidence. Par ailleurs, Madame possède 100 % des actions d'une société. Elle vend à son conjoint une partie de ses actions, le nombre d'actions vendues représentant une juste valeur marchande équivalent à 50 % de l'hypothèque sur la résidence. Il est prévu que son conjoint, en contrepartie des actions acquises, assumera le 50 % de l'hypothèque que Madame assumait. Est-ce que son conjoint peut déduire les

intérêts sur 50 % de l'hypothèque conformément au sous-alinéa 20(1)c)(ii) L.I.R.⁵⁵ »

La réponse fournie par l'ARC à l'époque était la suivante :

« La question à savoir si un bien a été acquis en vue d'en tirer un revenu ou de tirer un revenu d'une entreprise aux fins de l'application du sous-alinéa 20(1)c)(ii) L.I.R. est une question de fait qui ne peut être déterminée qu'après un examen de tous les faits pertinents. Dans une situation comme celle susmentionnée, l'examen de tous les faits entourant l'acquisition des actions et des documents pertinents serait nécessaire.

Cette question suscite présentement une incertitude en raison du jugement de la Cour d'appel fédérale dans la cause *John R. Singleton* 99 DTC 5362 dont l'Agence a interjeté appel auprès de la Cour suprême du Canada. Nous ne sommes donc pas en mesure de faire des commentaires⁵⁶. »

En 2009, dans le cadre d'une question portant sur l'arrêt *Lipson*, l'ARC a indiqué que, dans le contexte où la vente entre conjoints est soustraite au roulement prévu au paragraphe 73(1) L.I.R., le particulier réalise alors le gain en capital sur les actions transférées et les règles d'attribution prévues au paragraphe 74.1(1) L.I.R. ne s'appliquent pas. L'ARC a mentionné que les intérêts sur emprunt seraient déductibles par le conjoint ayant acquis les actions, en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R., dans la mesure où toutes les conditions de cette disposition étaient satisfaites.

Question à l'ARC

Dans la situation décrite dans la question soulevée en 2000, et en tenant pour acquis que la vente des actions de Madame à Monsieur est soustraite au roulement prévu au paragraphe 73(1) L.I.R., le fait que Monsieur prenne en charge la partie de l'emprunt hypothécaire auparavant assumée par Madame viendrait-il changer la réponse de l'ARC sur la déductibilité des intérêts pour Monsieur?

Réponse de l'ARC

De manière générale, l'ARC est d'avis que la prise en charge d'une dette en contrepartie de l'acquisition d'un bien constitue une somme payable

⁵⁵ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2000*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 51:1-44, question 4.1., à la page 51:27.

⁵⁶ *Id.*, 51:28.

pour un bien acquis aux fins du sous-alinéa 20(1)c)(ii) L.I.R. Pour que les intérêts soient déductibles en vertu de ce sous-alinéa, ils doivent, notamment, être payés ou payables en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur une somme payable pour un bien acquis, et le bien en question doit avoir été acquis en vue d'en tirer un revenu ou de tirer un revenu d'une entreprise.

Pour répondre à la question, il faut établir si monsieur, en prenant en charge la partie de l'emprunt hypothécaire de madame, à titre de contrepartie pour l'acquisition des actions, contracte une nouvelle dette dont il n'était pas tenu auparavant et s'il a l'obligation légale de verser des intérêts qu'il n'était pas légalement tenu de verser auparavant. Pour ce faire, il faut déterminer quelles étaient les obligations légales respectives des deux conjoints avant le transfert des actions et quelles sont leurs obligations légales respectives à la suite du transfert des actions.

La question de savoir si un contribuable a une obligation légale de verser des intérêts sur une somme payable pour un bien acquis est une question mixte de fait et de droit qui ne peut être résolue qu'après l'examen de tous les contrats en cause. Tel qu'il est indiqué dans la réponse à la question soulevée en 2000, l'examen de tous les faits entourant l'acquisition des actions, de même que l'examen des documents pertinents à la détermination des obligations légales des deux conjoints avant et après le transfert des actions, serait nécessaire.

22. ACQUISITION DE CONTRÔLE

Faits

Opco est une société publique au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu* puisque l'une des catégories d'actions de son capital-actions est cotée en Bourse.

Les seules actions émises et en circulation du capital-actions d'Opco sont de la catégorie cotée à la Bourse.

Aucune personne ni aucun groupe de personnes ayant un lien de dépendance entre elles ne contrôlent Opco ou n'ont la propriété effective d'actions d'Opco dont la JVM est égale à plus de 50 % de la JVM de toutes les actions émises et en circulation du capital-actions d'Opco.

Une nouvelle société (« Nouco ») est créée et Opco souscrit à 100 actions de catégorie A de Nouco pour une considération totale de 100 \$.

Opco déclare un dividende en biens de 100 \$ à ses actionnaires et acquitte ce dividende en transférant auxdits actionnaires les actions qu'elle détient dans Nouco.

Les actionnaires d'Opco transfèrent 90 % de leurs actions d'Opco à Nouco en échange d'un total de 100 actions ordinaires de Nouco.

Questions à l'ARC

L'alinéa 256(6.1)a) L.I.R. prévoit qu'une société est réputée contrôlée à la fois par sa société mère et par la personne ou le groupe de personnes qui contrôle la société mère.

L'alinéa 256(7)d) L.I.R. prévoit pour sa part que, lorsqu'une personne ou un groupe de personnes contrôle une société donnée, cette société donnée sera réputée ne pas faire l'objet d'une acquisition de contrôle du seul fait que des actions du capital-actions de la société donnée ont été transférées à une autre société contrôlée par la même personne ou le même groupe de personnes.

L'ARC peut-elle confirmer que, lorsqu'elles sont appliquées aux actions détaillées ci-dessus, les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* mentionnées précédemment n'entraîneront pas une acquisition de contrôle d'Opco aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Réponse de l'ARC

En raison du fait que l'énoncé de la présente question ne décrit que sommairement une situation donnée, il nous apparaît difficile de répondre de façon précise à la question soumise. Plus précisément, l'énoncé de la question ne mentionne, par exemple, aucune disposition de la loi pouvant s'appliquer en cas d'acquisition du contrôle d'Opco. Nous pouvons toutefois vous offrir les commentaires généraux suivants.

En ce qui a trait au paragraphe 256(6.1) L.I.R., il s'agit de la réponse législative à la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Parthenon Investments Limited c. MRN*⁵⁷. Succinctement, le paragraphe 256(6.1) L.I.R. a notamment pour but de tenir compte, aux fins de l'application de la loi, du contrôle simultané d'une société, à différents paliers.

⁵⁷ 97 D.T.C. 5343 (C.A.F.).

Quant à l'alinéa 256(7)d) L.I.R., il s'agit d'une disposition d'allègement qui a pour effet, lorsque les conditions d'application sont réunies, de réputer que le contrôle d'une société n'a pas été acquis.

Enfin, la question de savoir si une personne ou un groupe de personnes a acquis le contrôle d'une société dans une situation donnée est une question de fait ne pouvant être résolue qu'après avoir analysé tous les faits pertinents se rapportant à la situation donnée.

FIDUCIE ET PLANIFICATION SUCCESSORALE

23. DÉCLARATION DE LA DISPOSITION D'UNE RÉSIDENCE PRINCIPALE PAR UNE FIDUCIE

Selon la politique administrative de l'ARC⁵⁸, un contribuable qui dispose de sa résidence principale n'a pas à déclarer cette vente dans sa déclaration de revenus, à condition que :

- cette résidence ait été la résidence principale pendant chaque année depuis la date d'acquisition par le propriétaire;
- le contribuable ou son époux ou conjoint de fait n'ait pas produit un choix de déclarer un gain en capital sur un bien possédé en fin de journée le 22 février 1994 à l'égard du bien qui était la résidence principale du contribuable.

De plus, selon plusieurs interprétations techniques, l'ARC a confirmé qu'une fiducie pouvait bénéficier de l'exemption pour gain en capital lors de la disposition d'une résidence principale selon l'alinéa 40(2)b) L.I.R.⁵⁹ en produisant le Formulaire prescrit T1079, « Désignation d'un bien comme résidence principale par une fiducie personnelle ».

Considérons la situation suivante :

⁵⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Guide* T4037, « Gain en capital 2009 », 5 janvier 2010, p. 46; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-120R6, « Résidence principale », 17 juillet 2003, par. 7.

⁵⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2002-0171847, « Résidence d'une fiducie », 5 décembre 2002 et 2004-006245117, « Résidence principale », 15 avril 2004.

Une fiducie est propriétaire d'une résidence se qualifiant en totalité pour l'exemption de gain en capital pour résidence principale pour laquelle aucun choix de 1994 n'a été effectué.

Question à l'ARC

Est-ce que l'ARC est disposée à appliquer une politique administrative semblable à celle d'un particulier et à confirmer qu'une telle fiducie n'a pas à déclarer la disposition de cette résidence principale dans sa Déclaration de renseignements T3?

Réponse de l'ARC

L'article 2301 R.I.R. prévoit que toute désignation effectuée par un contribuable d'un bien comme résidence principale pour une ou plusieurs années d'imposition doit être faite dans la déclaration de revenus qu'il est tenu de produire en vertu de l'article 150 L.I.R. pour l'année d'imposition au cours de laquelle il a disposé du bien ou accordé à une autre personne une option d'acquisition du bien.

Le formulaire de désignation utilisé à cette fin est le Formulaire T2091(IND), « Désignation d'un bien comme résidence principale par un particulier (autre qu'une fiducie personnelle) ». Par contre, lorsque c'est une fiducie personnelle qui désigne un bien comme sa résidence principale pour une ou plusieurs années d'imposition, le fiduciaire doit plutôt remplir et produire le Formulaire T1079, « Désignation d'un bien comme résidence principale par une fiducie personnelle ».

Dans certaines circonstances seulement, l'ARC n'exige pas de remplir et de produire le Formulaire T2091(IND) avec la déclaration de revenus du contribuable. Cette pratique ne s'applique toutefois pas aux fiducies personnelles qui désignent un bien comme leur résidence principale pour une ou plusieurs années d'imposition. Le ou les fiduciaires d'une telle fiducie doit ou doivent par conséquent toujours remplir et produire le Formulaire T1079 conformément à l'article 2301 R.I.R.

24. FIDUCIE EN RÉASSURANCE

Faits

Le surintendant des institutions financières du Canada peut exiger d'un réassureur non résident de risques canadiens qu'il place des biens en fiducie au Canada (« Fiducie en réassurance »).

La Fiducie en réassurance peut gagner des revenus de dividendes ou d'intérêts, lesquels sont payables à des non-résidents du Canada.

Il a été proposé de modifier le paragraphe 212(9) L.I.R. en vue d'ajouter une nouvelle exemption à l'obligation pour une fiducie canadienne d'effectuer des retenues à la source en vertu de la partie XIII L.I.R. Plus précisément, l'alinéa 212(9)d) L.I.R. proposé prévoit que les dividendes ou les intérêts distribués aux bénéficiaires d'une Fiducie en réassurance ne seront pas assujettis à l'impôt prévu par la partie XIII L.I.R. dans le cas où ils n'auraient pas été assujettis à l'impôt canadien s'ils avaient été versés directement aux non-résidents (« mesure proposée⁶⁰ »).

La mesure proposée sera rétroactive à l'an 2000.

Questions à l'ARC

- a) Comme la mesure proposée sera rétroactive à l'an 2000, pouvez-vous nous indiquer comment une société pourra récupérer les sommes payées en vertu de l'alinéa 212(1)c) L.I.R. sur les montants d'intérêts et de dividendes générés par la Fiducie en réassurance et distribués à ses bénéficiaires?
- b) Bien que le paragraphe 227(6) L.I.R. prévoit une procédure pour récupérer les sommes payées dans ces circonstances pour les deux années précédant la demande, comment la société pourra-t-elle récupérer les sommes payées au-delà des deux années prévues dans la procédure du paragraphe 227(6) L.I.R.?

Réponse de l'ARC

Les Propositions législatives⁶¹ publiées par le ministre des Finances le 16 juillet 2010 prévoient l'adjonction, après l'alinéa 212(9)c) L.I.R., de ce qui suit :

« [...] d) une fiducie créée en vertu d'un acte de fiducie en réassurance, auquel est partie le surintendant des institutions financières et qui est établi conformément aux lignes directrices publiées par le surintendant concernant les

⁶⁰ Projet de loi C-10 (2007, Partie 2 – Modifications techniques) (2^e lecture devant le Sénat le 4 septembre 2007; devra être déposé de nouveau).

⁶¹ CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives et notes explicatives concernant l'impôt sur le revenu*, 16 juillet 2010.

arrangements de réassurance conclus avec des assureurs non agréés, reçoit un dividende ou des intérêts, [...]»⁶².

Il s'agit d'une nouvelle mesure d'allègement qui prévoit une exemption de l'impôt de la partie XIII L.I.R. dans certaines circonstances. Il est prévu que cette disposition s'applique aux montants versés à des personnes non résidentes, ou portés à leur crédit, après 2000.

La mise en pratique par l'ARC d'une telle mesure rétroactive aux fins de la partie XIII L.I.R. apparaît limitée par l'application des paragraphes 227(6) et 227(7) L.I.R. À cet égard, l'ARC étudie les avenues de mise en application possibles de ce type de mesures rétroactives. Elle effectue actuellement des consultations et projette d'annoncer sa position aux membres de l'APFF dès qu'elle aura terminé son analyse.

25. FIDUCIE ET AJOUT D'UN BÉNÉFICIAIRE

Faits

Les fiduciaires d'une fiducie pleinement discrétionnaire résidente du Canada aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, avec le consentement de tous les bénéficiaires de ladite fiducie, se sont adressés aux tribunaux afin de faire modifier l'acte de fiducie pour y ajouter un nouveau bénéficiaire.

Les tribunaux ont permis l'ajout de ce nouveau bénéficiaire.

Questions à l'ARC

- a) Dans le cas où le nouveau bénéficiaire est une société dont tous les actionnaires sont les bénéficiaires initiaux de la fiducie, est-ce que cette modification à l'acte de fiducie entraîne pour les bénéficiaires initiaux une disposition de leur intérêt dans la fiducie?
- b) Si le nouveau bénéficiaire est une société dont la majorité des actions avec droit de vote et avec droit de participation sont détenues par des personnes autres que les bénéficiaires initiaux de la fiducie, est-ce qu'il y a disposition par les bénéficiaires initiaux de leur intérêt dans la fiducie?
- c) Supposons que certains des bénéficiaires initiaux sont des non-résidents et que vous avez conclu en a) ou en b) que le changement de bénéficiaire

⁶² *Id.*, 153 (en ligne : <http://www.fin.gc.ca/drleg-apl/itaJuly10l-fra.pdf>).

entraîne une disposition, est-ce que ces bénéficiaires non résidents devront se conformer à la procédure prévue à l'article 116 L.I.R., si l'on considère que la JVM des biens de la fiducie provient principalement de biens immeubles situés au Canada?

- d) Si le changement de bénéficiaire en a) ou en b) constitue une disposition, comment sera déterminée la valeur de l'intérêt des bénéficiaires dans la fiducie dont il est disposé?

Réponse de l'ARC à la question 25 a)

Nous sommes d'avis que cette modification à l'acte de fiducie entraîne une disposition partielle des participations au capital et au revenu de la fiducie détenues par les bénéficiaires initiaux.

Puisque nous croyons que l'alinéa 69(1)b) L.I.R. serait applicable en l'espèce, les bénéficiaires initiaux seraient réputés avoir reçu, par suite de la disposition partielle de leurs participations, une contrepartie égale à la JVM de ces participations. Évidemment, la question de déterminer la JVM des participations dont auraient disposé les bénéficiaires demeure une question de fait.

Réponse de l'ARC à la question 25 b)

Dans l'éventualité où les tribunaux consentiraient à l'ajout d'un bénéficiaire qui est une société dont la majorité des actions avec droit de vote et avec droit de participation sont détenues par des personnes autres que les bénéficiaires initiaux de la fiducie, il faudrait dans un premier temps déterminer s'il s'agit d'un changement assez important pour donner lieu à une nouvelle fiducie et, par conséquent, à une disposition de tous les biens de l'ancienne fiducie en faveur de la nouvelle.

Advenant le fait que l'ajout d'un bénéficiaire ne donnerait pas lieu à une nouvelle fiducie, nous sommes d'avis que la réponse apportée à la question a) s'appliquerait également à la question b).

Réponse de l'ARC à la question 25 c)

Dans l'éventualité où certains des bénéficiaires initiaux seraient des non-résidents, nous sommes d'avis que ceux-ci devraient se conformer à leurs obligations prévues à l'article 116 L.I.R.

Réponse de l'ARC à la question 25 d)

Voir réponse aux questions 25 a), b) et c).

26. RÉSIDENCE D'UNE FIDUCIE**Faits**

Une fiducie créée au Canada a deux fiduciaires : M^{me} X, une résidente du Canada aux fins fiscales, et M. Y, un résident français aux fins fiscales. La fiducie est une fiducie pleinement discrétionnaire. L'acte de fiducie prévoit que les décisions concernant la fiducie doivent être prises à l'unanimité.

M^{me} X décède en janvier 2010 et est remplacée six mois (« Période ») plus tard par M^{me} Z, une résidente canadienne aux fins fiscales. En vertu de l'acte de fiducie pendant la Période, M. Y peut prendre des décisions seul.

Questions à l'ARC

- a) La fiducie perd-elle son statut de fiducie résidente du Canada aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à la lumière de la décision *Garron Family Trust et autres c. La Reine*⁶³, rendue le 10 septembre 2009?
- b) Le cas échéant, est-ce que les règles prévues à l'article 128.1 L.I.R. s'appliqueront à la fiducie?

Réponse de l'ARC à la question 26 a)

Les fondements de la détermination du statut de résidence canadienne de la fiducie antérieurement à janvier 2010 ne sont pas précisés dans la question, mais il nous apparaît qu'ils ne se limitent pas à une analyse effectuée au niveau des fiduciaires. Tenant toutefois cette détermination pour avérée, nous sommes d'avis que la fiducie perdra son statut de résidence au Canada aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* si M. Y est, à compter du décès de M^{me} X, chargé seul de l'administration et du contrôle de la fiducie, c'est-à-dire, par exemple, qu'il a le contrôle de la gestion des actifs de la fiducie, qu'il a la responsabilité d'administrer toute entreprise ou tout bien appartenant à la fiducie, qu'il a la responsabilité de tout arrangement bancaire et financier de la fiducie, qu'il a la responsabilité de préparer les

⁶³ 2009 D.T.C. 1287 (C.C.I.) (« *Garron* »).

comptes de la fiducie et les comptes rendus aux bénéficiaires de la fiducie et qu'il a le pouvoir de conclure des contrats au nom de la fiducie et de faire affaire avec des conseillers. La détermination de la résidence d'une fiducie ne peut toutefois être effectuée qu'à la lumière de l'ensemble des faits d'une situation particulière. Nous vous référons à ce propos au *Bulletin d'interprétation* IT-447, « Résidence d'une fiducie ou succession », émis par l'ARC le 30 mai 1980.

Réponse de l'ARC à la question 26 b)

Aux fins de l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le paragraphe 104(2) L.I.R. *in limine* répute une fiducie être un particulier relativement aux biens de la fiducie. Elle est donc un contribuable selon la définition de ce terme prévue au paragraphe 248(1) L.I.R., et le paragraphe 128.1(4) L.I.R. trouverait ainsi application en cas de cessation de résidence de la fiducie dans le cadre des faits soumis.

27. FIDUCIES

Arrêt *Garron*

La Cour canadienne de l'impôt a rendu, le 10 septembre 2009, une décision dans l'affaire *Garron*⁶⁴ concernant notamment la résidence d'une fiducie aux fins de l'imposition au Canada. Le tribunal a établi que le test applicable afin de déterminer la résidence d'une fiducie était similaire à celui utilisé pour déterminer la résidence d'une société aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le tribunal a donc regardé « l'endroit où se trouve effectivement le centre de gestion et de contrôle » de la fiducie. Cette décision, qui est actuellement en appel, vient modifier substantiellement la position prise antérieurement par les tribunaux, notamment dans l'arrêt *Thibodeau Family Trust c. La Reine*⁶⁵ selon laquelle la résidence des fiduciaires déterminait la résidence de la fiducie.

Question à l'ARC

Est-ce que l'ARC est en accord avec la position prise par la Cour canadienne de l'impôt quant à l'application des règles de la résidence d'une fiducie et, si oui, est-ce qu'elle a l'intention de l'appliquer dans le futur?

⁶⁴ Précité, note 63.

⁶⁵ 78 D.T.C. 6376.

Réponse de l'ARC

La décision *Garron* a fait l'objet d'un appel à la Cour d'appel fédérale le 8 octobre 2009. L'intitulé de la cause renvoie désormais aux parties suivantes : *St. Michael Trust Corp. et autres c. La Reine*⁶⁶. Le 29 juin 2010, l'administrateur judiciaire de la Cour d'appel fédérale a rendu une ordonnance qui fixait l'audition de l'appel au 30 septembre 2010. Dans ces circonstances, nous sommes d'avis qu'il n'est pas opportun d'émettre des commentaires à l'égard de la décision rendue par la juge Woods de la Cour canadienne de l'impôt et qu'il est prématuré de se prononcer à l'égard des questions soumises.

28. VÉRIFICATION DES FIDUCIES FAMILIALES

L'ARC a indiqué à quelques reprises depuis l'automne dernier qu'elle entendait vérifier de façon particulière les fiducies familiales.

Question à l'ARC

Pourriez-vous nous donner plus de détails quant à ce programme?

Réponse de l'ARC

Le mandat du comité national de vérification de l'ARC est d'accroître l'observation des lois fiscales du Canada, incluant les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui se rapportent aux fiducies. Les vérifications des fiducies personnelles ont été et continuent toujours d'être conduites sur une base régulière.

Un projet national a été mis en place au cours de l'année financière 2005-2006 afin de développer une stratégie de vérification des fiducies résidant au Canada. Ce projet s'est terminé au cours de l'année financière 2007-2008; et à la suite de son achèvement, le personnel de vérification continue de mettre l'accent sur la vérification des fiducies résidant au Canada.

29. MONTANTS PAYÉS OU PAYABLES PAR UNE FIDUCIE

L'ARC a déclaré que ses exigences à l'égard des distributions d'une fiducie à ses bénéficiaires donnant droit à une déduction dans le calcul du

⁶⁶ Voir les dossiers A-419-09 et A-420-09 de la Cour d'appel fédérale.

revenu de la fiducie (revenu payé ou payable) étaient élevées. À titre d'exemple, l'ARC a mentionné que, dans les cas où les montants de revenus distribués ne sont pas payés en argent aux bénéficiaires, la fiducie doit non seulement émettre un billet à ordre, mais aussi notifier aux bénéficiaires la portion de revenu à laquelle ils ont droit.

Question à l'ARC

Quelle est la base juridique de l'exigence d'émission d'un billet à ordre et de la notification aux bénéficiaires de la fiducie?

Réponse de l'ARC

Aux fins de notre réponse, nous présumons que nous avons affaire à une fiducie discrétionnaire et que le paragraphe 104(18) L.I.R. n'est pas applicable.

L'alinéa 104(6)b) L.I.R. permet, entre autres, à une fiducie de déduire dans le calcul de son revenu le montant dont la fiducie demande la déduction et qui est devenu payable à un bénéficiaire de la fiducie au cours de l'année.

Pour sa part, le paragraphe 104(13) L.I.R. prévoit notamment qu'un bénéficiaire d'une fiducie doit inclure dans le calcul de son revenu pour l'année la partie du revenu de la fiducie qui lui a été payée ou qui lui est devenue payable au cours de l'année en question.

Le paragraphe 104(24) L.I.R. précise quant à lui que, pour l'application des paragraphes 104(6), 104(7), 104(13), 104(16) et 104(20) et du sous-alinéa 53(2)h)(i.1) L.I.R., une somme est réputée ne pas être devenue payable à un bénéficiaire au cours d'une année d'imposition, à moins qu'elle ne lui ait été payée au cours de l'année ou que le bénéficiaire n'ait eu le droit au cours de l'année d'en exiger le paiement.

Pour qu'une somme devienne payable dans une année d'imposition aux bénéficiaires d'une fiducie discrétionnaire selon le paragraphe 104(24) L.I.R., l'acte de fiducie doit conférer aux fiduciaires le pouvoir discrétionnaire de payer ou de rendre payables les sommes que la *Loi de l'impôt sur le revenu* répute être du revenu. De plus, il doit obliger les fiduciaires à exercer leur discrétion avant la fin de l'année d'imposition de la fiducie. À cet égard, cet exercice doit se faire de façon irrévocable sans que le droit des bénéficiaires d'exiger le paiement dans l'année soit assorti de conditions.

De plus, les fiduciaires doivent notifier aux bénéficiaires la portion de revenu à laquelle ils ont droit avant la fin d'année d'imposition de la fiducie. La décision des fiduciaires d'exercer ce pouvoir et l'avis donné aux bénéficiaires devraient être consignés par écrit, comme, par exemple, dans une résolution signée par les fiduciaires ou dans un procès-verbal de l'assemblée des fiduciaires.

Dès que le droit du bénéficiaire d'exiger le paiement provenant du revenu d'une fiducie est établi, il doit être prouvé. L'ARC a indiqué qu'un billet à ordre, exigible et payable sur demande, sans que le droit d'un bénéficiaire à une somme provenant d'une fiducie soit assorti de conditions, était une preuve acceptable que ce bénéficiaire avait le droit d'en exiger le paiement aux fins du paragraphe 104(24) L.I.R. À cet égard, nous utilisons le terme « billet à ordre », qui traduit le terme *promissory note*, en accord avec les dispositions de la *Loi sur lettres de change*⁶⁷.

Compte tenu de ce qui précède, lorsque l'acte de fiducie permet à un fiduciaire d'émettre un billet à ordre payable sur demande du bénéficiaire, sans que le droit de ce dernier soit assorti de conditions, nous sommes d'opinion que l'émission d'un tel billet constituera généralement une somme devenue payable par une fiducie au sens du paragraphe 104(24) L.I.R. pour l'année d'imposition où le bénéficiaire a reçu le billet. Cependant, si le bénéficiaire ne peut pas exiger le paiement du billet à ordre à cause d'un élément contingent ou d'une quelconque restriction, nous sommes d'avis que les conditions du paragraphe 104(24) L.I.R. ne sont pas respectées puisque ce bénéficiaire n'a pas le droit d'exiger le paiement du billet à ordre avant la fin de l'année.

30. UTILISATION ABUSIVE DES FIDUCIES FAMILIALES

Question à l'ARC

L'ARC pourrait-elle nous donner quelques exemples de situations dans lesquelles elle considère que les fiducies familiales sont utilisées de façon abusive et pourrait-elle indiquer quelle base juridique elle entend utiliser pour contester les résultats considérés comme abusifs?

⁶⁷ L.R.C. (1985), ch. B-4.

Réponse de l'ARC

L'utilisation de fiducies familiales dans le cadre de planifications fiscales est un phénomène que nous retrouvons souvent dans le cadre de nos vérifications. À ce titre, nous qualifions les planifications fiscales suivantes comme abusives, lesquelles, selon nous, entraînent l'application de la RGAÉ, prévue au paragraphe 245(2) L.I.R.

Délocalisation des gains en capital

L'ARC conteste plusieurs planifications impliquant l'utilisation de fiducies non résidentes qui ont pour but d'effectuer une délocalisation des gains en capital. Un des buts de ces opérations est d'éviter l'impôt de la partie I ou de la partie XIII L.I.R. Ces planifications contiennent des séries d'opérations dont le but est de déjouer l'esprit de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui est essentiellement d'imposer les résidents canadiens sur leurs revenus gagnés ainsi que sur leurs gains en capital accumulés durant la période où ils résident au Canada. Lorsque cela sera approprié, l'ARC contestera la résidence de la fiducie.

Pour contourner l'application des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sur le revenu fractionné avec des enfants mineurs

L'utilisation d'une fiducie est un moyen souvent employé dans les stratégies pour le fractionnement du revenu. Or, la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit que tout dividende qu'une fiducie voudra attribuer à un bénéficiaire mineur est imposable au taux marginal d'imposition le plus élevé applicable aux particuliers. Pour éviter l'application de ces règles, une série d'opérations est mise en place dans le but de convertir le dividende en un gain en capital et de l'attribuer par la suite aux enfants mineurs.

Pour dépouiller les surplus d'une société au moyen du paragraphe 75(2) L.I.R.

La création d'une fiducie familiale combinée aux règles d'application de la disposition antiévitement prévue au paragraphe 75(2) L.I.R. et de la déduction pour dividendes imposables au paragraphe 112(1) L.I.R. pour les sociétés constitue une stratégie utilisée dans le but d'éviter le paiement de tout impôt à l'égard des dividendes versés par la société et reçus par la fiducie.

Le fractionnement du gain en capital et la multiplication de la déduction pour gains 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 gains en capital.

D'autres situations concernant des fiducies peuvent être assujetties à l'application de la RGAÉ ainsi que d'autres dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, notamment les suivantes.

La résidence d'une fiducie

Tel qu'il est indiqué dans le *Bulletin d'interprétation* IT-447, l'ARC a toujours été d'avis que la résidence d'une fiducie ou d'une succession au Canada, ou dans une province ou un territoire au Canada, est une question de fait à déterminer selon les circonstances dans chaque cas.

L'évitement de l'impôt provincial

Doubles fiducies : une fiducie dans une province ou un territoire à taux d'imposition élevé reçoit des frais de gestion d'une société exploitante dans la même province ou territoire. Les revenus et distributions sont transférés, aux fins d'imposition, à une deuxième fiducie dite résidente dans une province ou un territoire à faible taux d'imposition. Ce stratagème est, selon le cas, soumis à un redressement, soit par l'application du paragraphe 104(2) L.I.R., soit en démontrant que la fiducie est résidente dans la province ou territoire à taux d'imposition élevé, ou encore par l'application des règles antiévitement de la province ou du territoire touché.

31. CERTIFICAT AVANT DISTRIBUTION

Faits

Une fiducie achète un bien pour un prix d'achat de 50 M\$ (« Bien »). Mis à part le Bien, la fiducie n'a pas d'autre actif.

En paiement du Bien, la fiducie émet un billet de 50 M\$. Par la suite, la fiducie vend le Bien qu'elle vient d'acquérir et utilise le produit de vente pour payer le billet émis précédemment.

La fiducie a un seul fiduciaire, soit la compagnie Aco.

Questions à l'ARC

- a) Lorsque la fiducie paie le billet, est-ce qu'elle doit au préalable obtenir un certificat avant distribution tel qu'il est prévu au paragraphe 159(2) L.I.R.?
- b) Dans l'affirmative, si le fiduciaire a omis d'obtenir ledit certificat et que la fiducie a une dette fiscale au moment du paiement du billet, est-ce que les administrateurs d'Aco seront responsables du paiement de la dette fiscale de la fiducie?

Réponse de l'ARC à la question 31 a)

Conformément aux paragraphes 159(2) et 159(3) L.I.R., un « représentant légal » d'un contribuable doit obtenir un certificat de décharge avant de répartir ou d'attribuer les biens qui sont sous sa garde en tant que représentant légal; sinon, il sera personnellement redevable des montants dont le contribuable est redevable en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* au moment de, ou avant, la répartition ou l'attribution des biens. Il n'est généralement pas nécessaire d'obtenir un certificat de décharge avant une répartition ou attribution lorsque le représentant légal conserve suffisamment de biens pour payer toute dette fiscale.

Nous sommes d'avis que les termes « répartition » et « attribution » utilisés au paragraphe 159(2) L.I.R. ont un sens assez large pour comprendre une opération effectuée par le représentant légal qui a pour effet de diminuer grandement la valeur des biens qui sont sous sa garde. En outre, nous sommes d'avis qu'une opération par laquelle un représentant légal transfère à un créancier non garanti en guise de paiement la totalité des biens du contribuable qui sont sous sa garde en tant que représentant légal serait une opération visée par ces termes.

Réponse de l'ARC à la question 31 b)

En vertu de l'article 1274 C.c.Q., pour qu'une personne morale puisse être fiduciaire au Québec, il faut que la personne morale soit autorisée par la loi comme c'est le cas par exemple pour une société de fiducie visée par la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*⁶⁸.

⁶⁸ L.R.Q., c. S-29.01.

La définition du terme « représentant légal » au paragraphe 248(1) L.I.R. prévoit explicitement qu'un fiduciaire est un représentant légal. Le fait que le fiduciaire soit dans la présente situation une société n'empêche pas cette dernière d'être un représentant légal.

La question de savoir si un administrateur d'une société qui est le représentant légal d'un contribuable est aussi le représentant légal de ce contribuable est une question de fait qui doit être déterminée selon les particularités et circonstances de chaque situation. Nous sommes toutefois d'avis qu'un employé ou un administrateur d'une société autorisé par la loi à être fiduciaire qui agit dans le cadre de ses fonctions pour la société ne devrait généralement pas être lui-même considéré comme représentant légal du contribuable pour lequel la société est le représentant légal.

32. RÉGIME DE PRESTATIONS AUX EMPLOYÉS

Faits

Selon l'alinéa 107.1b) L.I.R., lorsqu'une fiducie régie par un régime de prestations aux employés (« Fiducie ») attribue les actions qu'elle détient à un employé bénéficiaire, la Fiducie est réputée avoir disposé des actions et en avoir tiré un produit égal à leur coût indiqué, immédiatement avant ce moment, et l'employé est réputé avoir acquis les actions à un coût égal au plus élevé de la JVM des actions à ce moment et du PBR de sa participation dans la Fiducie. L'employé est généralement réputé avoir acquis les actions à leur JVM puisque le PBR de sa participation dans la Fiducie est habituellement nul.

Selon l'alinéa 107.1c) L.I.R., l'employé est réputé avoir disposé de sa participation dans la Fiducie pour un produit égal à son PBR. La jurisprudence⁶⁹ a clairement établi que les règles de l'article 7 L.I.R. avaient préséance sur celles de l'alinéa 6(1)g) L.I.R. lorsqu'un régime est une entente selon laquelle un employeur est convenu d'émettre ou de vendre des actions à ses employés en vertu de l'article 7 L.I.R.

De plus, aucun montant ne doit être inclus dans le revenu de l'employé au moment du transfert des actions par la Fiducie (par. 7(2) L.I.R.) étant donné que les dispositions de l'article 7 L.I.R. s'appliquent en priorité sur celles de l'alinéa 6(1)g) L.I.R. tel qu'il a été mentionné précédemment.

⁶⁹ *MRN c. Chrysler Canada Ltd.*, 92 D.T.C. 6061 (C.F. 1^{re} inst.) (« *Chrysler Canada Ltd.* »).

En conséquence, toute plus-value des actions accumulée au cours de la période durant laquelle les actions sont détenues par la Fiducie est libre d'impôt puisque l'employé est réputé les acquérir à leur JVM.

Question à l'ARC

Est-ce que l'ARC est en accord avec cette position?

Réponse de l'ARC

Généralement, l'ARC est d'avis que lorsque les dispositions de l'article 7 L.I.R. s'appliquent à un régime fiduciaire donné, aucune des dispositions relatives aux régimes de prestations aux employés, incluant celles de l'article 107.1 L.I.R., n'est alors applicable. La question de savoir si un régime fiduciaire donné est visé par les dispositions de l'article 7 L.I.R. est une question de fait et de droit qui ne peut être résolue que par un examen du régime et de tous les faits pertinents.

VARIA – CALCUL DU REVENU, DE L'IMPÔT ET DES CRÉDITS

33. FACTURATION PAR LES SOCIÉTÉS DE SERVICES DE LA MAJORATION DE 15 % DU COÛT DES SERVICES RENDUS RELATIVEMENT AUX DÉPENSES LIÉES DIRECTEMENT À LA PRATIQUE D'UNE ENTREPRISE PROFESSIONNELLE

Dans les jugements *David Grotell c. MRN*⁷⁰ de la Cour fédérale et *MRN c. James A. Cameron*⁷¹ de la Cour suprême du Canada, en l'absence de transaction trompe-l'œil, lorsqu'il existe des transactions commerciales réelles entre une société de gestion et une société de personnes, qu'il y a une entente ou contrat de gestion réel entre ces deux entités, que cette entente est suivie par les deux parties et que les honoraires de gestion sont réellement payés, les juges ont conclu qu'il n'y avait aucune raison de prétendre que cet arrangement avait comme objectif de réduire artificiellement le revenu d'une des entités en cause.

Le juge de la Cour fédérale dans la cause *Jack K. Holmes et autres c. La Reine*⁷² a établi qu'un taux de 15 % de profit sur les frais engagés par une

⁷⁰ 72 D.T.C. 6409 (C.F.), 13 septembre 1972.

⁷¹ 72 D.T.C. 6325 (C.S.C.), 29 juin 1972.

⁷² 74 D.T.C. 6143 (C.F.), 24 janvier 1974.

société qui exploite un contrat de gestion avec une société de professionnels représente un taux raisonnable. Dans cette cause, la société de gestion exigeait un montant additionnel de 2,5 % sur des dépenses de location.

Lors de la table ronde de 1985 de l'Association canadienne d'études fiscales, à la question 18, l'ARC a confirmé que les professionnels pouvaient utiliser une société de services liée pour rendre des services réels de gestion et d'administration à leur entreprise professionnelle non constituée en société. L'ARC a également indiqué qu'elle considérerait comme raisonnable la facturation d'honoraires de gestion par la société de services à l'entreprise professionnelle non constituée en société n'excédant pas 115 % du coût des services rendus⁷³.

Dans une interprétation récente⁷⁴, l'ARC a précisé qu'« une société de gestion liée peut rendre des services réels de gestion et d'administration à leur pratique professionnelle. [...] De façon générale, des honoraires de gestion raisonnables correspondent à la JVM des services rendus ».

Pour l'année 2010, M. Dentiste exerce sa profession au sein d'une société de personnes et est actionnaire d'une société de gestion (« Gestion »), laquelle rend des services de gestion à la société de personnes, suivant les termes d'une entente de gestion entre les deux parties.

Dans le contexte économique actuel, M. Dentiste pourrait trouver sur le marché des tiers non liés prêts à lui offrir le service de gestion moyennant des frais mensuels fixes, lesquels excèderaient 15 % des dépenses engagées par la société de personnes.

Questions à l'ARC

Est-ce que l'ARC accepterait que Gestion facture des honoraires de gestion mensuels forfaitaires comparables à ceux que le tiers facturerait à la société de personnes? Si oui, lorsque le total de ces honoraires excède la majoration de 15 %, est-ce que l'ARC considérerait ces frais comme

⁷³ « Table ronde de Revenu Canada », dans *1985 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1986, pp. 49:1-32, question 18, à la page 49:10. Voir également AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9634905, 25 mars 1997 et 9830935, 7 janvier 1999 (en ligne : www.cchenligne.ca).

⁷⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2009-0343971E5, « Société de services pour les professionnels », 13 mai 2010.

raisonnables? À cet égard, l'ARC peut-elle faire le point sur sa position concernant la majoration des frais de gestion entre entités liées?

Réponse de l'ARC

L'article 67 L.I.R. prévoit que, dans le calcul du revenu, aucune déduction ne peut être faite relativement à une dépense à l'égard de laquelle une somme est déductible par ailleurs en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, sauf dans la mesure où cette dépense est raisonnable dans les circonstances. La question de savoir si une dépense est raisonnable dans une situation particulière donnée est une question qui ne peut être résolue qu'après un examen complet de tous les faits et circonstances entourant cette situation particulière donnée.

Étant donné que l'énoncé de la présente question ne décrit que sommairement une situation donnée hypothétique, il nous est impossible de nous prononcer sur cette question dans la situation exposée. Cependant, 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. AVANTAGES IMPOSABLES ET LIMITE DE 100 \$ PAR ÉVÉNEMENT

La politique de l'ARC concernant les cadeaux et récompenses, qui ne sont pas en argent, donnés à un employé a récemment été mise à jour dans un document⁷⁵. Ce document ne contient aucune mise à jour relativement à la valeur de l'avantage de toutes réceptions ou activités mondaines. La politique concernant les réceptions et activités mondaines demeure toujours celle qui est énoncée au paragraphe 9 du *Bulletin d'interprétation IT-470R*⁷⁶, telle qu'elle est mentionnée à la réponse 7 de la section des avantages liés à

⁷⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 40, 11 juin 2009, par. 9.

⁷⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation IT-470R*, « Avantages sociaux des employés », 11 août 1999, par. 9.

l'emploi d'un autre document⁷⁷. L'ARC pourrait-elle faire les précisions suivantes en ce qui concerne les réceptions ou autres activités mondaines :

Questions à l'ARC

- a) Pouvez-vous confirmer si la limite de 100 \$ indiquée au paragraphe 9 du *Bulletin d'interprétation* IT-470R est une limite par événement?
- b) Cette limite s'applique-t-elle par personne ou par employé (dans le cas où les conjoints sont invités)?
- c) Cette limite de 100 \$ inclut-elle la taxe sur les produits et services (« TPS ») et la taxe de vente du Québec (« TVQ ») payée par l'employeur?
- d) Est-ce que l'ARC prévoit augmenter la somme de 100 \$ pour tenir compte de l'inflation et de la réalité économique?

Réponse de l'ARC à la question 34 a)

Lorsqu'un employeur offre gratuitement, à tous ses employés, une soirée ou autre activité mondaine, la politique de l'ARC est telle qu'il n'y a pas d'avantage imposable à inclure dans le revenu des employés si le coût par employé pour la soirée ou l'activité mondaine ne dépasse pas 100 \$. L'ARC confirme qu'il s'agit d'une limite par événement et qu'il est possible que plus d'un événement par année offert par l'employeur soit visé par cette politique. Évidemment, le nombre d'événements assujettis à cette politique doit demeurer raisonnable dans les circonstances.

Réponse de l'ARC à la question 34 b)

Lorsque la soirée ou l'activité mondaine est offerte à tous les employés ainsi qu'à leur conjoint, le coût moyen de 100 \$ doit être calculé en fonction du nombre total d'invités et non seulement en fonction du nombre d'employés.

⁷⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 22, « Avantage relié à l'emploi », 11 janvier 2002, question 7.

Réponse de l'ARC à la question 34 c)

La limite de 100 \$ est une moyenne qui est basée sur le montant total payé par l'employeur pour la réception ou l'activité mondaine, incluant la location de la salle, la nourriture et les frais de divertissement. Ainsi, il est nécessaire d'inclure la TPS/TVQ payée par l'employeur dans le calcul du coût moyen de la soirée.

Réponse de l'ARC à la question 34 d)

Actuellement, l'ARC ne prévoit pas réviser ou augmenter la somme de 100 \$.

35. IMPOSITION D'UN CRÉDIT D'IMPÔT PROVINCIAL CRÉDITÉ AUX ACOMPTES PROVISIONNELS

La législation fiscale du Québec répute que le montant de certains crédits remboursables est crédité aux acomptes provisionnels payables en vertu de cette même législation, pour l'année à laquelle se rapporte la dépense donnant droit au crédit. Comme l'a mentionné l'ARC dans les *Nouvelles techniques*, n° 29⁷⁸ :

« [...] un crédit d'impôt ou une réduction dans le calcul de l'impôt est considéré comme ayant été reçu à la première des circonstances suivantes :

- au moment où il est appliqué en réduction des acomptes provisionnels à payer par le contribuable, s'il est crédité à son compte à titre d'acompte provisionnel par l'autorité fiscale;
- lorsque toutes les conditions d'obtention sont réunies, au premier des moments suivants :
 - au moment où il réduit l'impôt à payer pour une année d'imposition;
 - au moment où il est versé s'il permet d'obtenir ou d'augmenter un remboursement d'impôt⁷⁹. »

⁷⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 29, 14 juillet 2003.

⁷⁹ *Id.*

Prenons le cas où une société exploite une entreprise et engage des dépenses durant son année d'imposition se terminant le 31 décembre 2009 qui lui donne droit à un crédit d'impôt remboursable en vertu de la législation indiquée ci-dessus. La société a des acomptes provisionnels à effectuer pour l'impôt du Québec pour son année d'imposition se terminant au 31 décembre 2009 mais ne les a pas versés. La société produit sa déclaration d'impôt provinciale le 28 février 2010 et le montant du crédit remboursable est crédité à ce moment à titre d'acompte provisionnel du Québec à payer pour son année d'imposition 2009.

Question à l'ARC

L'ARC est-elle d'avis que le montant du crédit d'impôt remboursable sera imposable pour la société en vertu de l'alinéa 12(1)x) L.I.R. dans son année d'imposition 2010 si nous tenons pour acquis que le montant du crédit d'impôt du Québec en question est considéré aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* comme un montant d'aide reçu relativement à une dépense?

Réponse de l'ARC

Selon les circonstances, le montant du crédit d'impôt pourrait devoir être ajouté au revenu de la société pour son année d'imposition se terminant le 31 décembre 2009 en vertu de l'article 9 L.I.R. Par exemple, ce serait le cas si la société avait un droit absolu et inconditionnel au crédit d'impôt à la fin de cette année d'imposition.

Sous réserve du paragraphe précédent et des sous-alinéas 12(1)x)(v) à 12(1)x)(viii) L.I.R., nous sommes d'opinion que le crédit d'impôt doit être inclus dans le revenu de la société en vertu de l'alinéa 12(1)x) L.I.R. dans l'année d'imposition où il est reçu.

Tel que nous l'avons mentionné dans la nouvelle technique, l'ARC considère que le montant du crédit d'impôt est reçu à la première des circonstances qui y est indiquée. Si le 28 février 2010 correspond à la première circonstance, c'est à cette date que la société sera considérée comme ayant reçu le montant du crédit d'impôt.

Pour que la première circonstance énoncée dans la nouvelle technique s'applique, il ne suffit pas que le contribuable ajoute le crédit d'impôt à ses acomptes provisionnels au moment où il produit sa déclaration de revenus, il faut que l'autorité fiscale crédite son compte à titre d'acompte provisionnel.

36. RETRAIT D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES ET PRIX DE BASE RAJUSTÉ NÉGATIF

Une convention de société de personnes prévoit l'émission d'unités aux associés. Elle prévoit également un retrait graduel sur une période de cinq ans lorsque l'associé atteint l'âge de 60 ans. Les unités sont alors rachetées à raison de 20 % par année sur cinq ans. Au bout des cinq années, l'associé cesse d'être actif au sein de la société.

Un associé atteint l'âge de 60 ans alors que le PBR de ces unités dans la société de personnes est négatif de 350 000 \$. La valeur de rachat de la totalité de ses unités est de 1 M\$. Il se fait racheter 20 % de ses unités pour 200 000 \$.

L'alinéa 40(3)a) L.I.R. impose un gain en capital lorsque le PBR d'un bien devient négatif. Cette règle ne s'applique pas aux sociétés de personnes. Par contre, au moment de la disposition d'un intérêt dans une société de personnes, le PBR négatif sera imposé comme gain en capital.

Au moment du rachat de 20 % des unités dans la société de personnes, il est possible d'argumenter trois traitements fiscaux différents :

- un gain en capital de 200 000 \$ en se basant sur le fait que l'associé n'a pas disposé de son intérêt dans une société de personnes puisqu'il détient encore 80 % des unités;
- un gain de 270 000 \$, soit le montant du rachat plus 20 % du PBR négatif en se basant sur le fait que l'associé a disposé de 20 % d'unités auxquelles devraient être attachées 20 % du PBR négatif;
- un gain de 550 000 \$, soit le montant du rachat et la totalité du PBR négatif en se basant sur le fait que l'associé a disposé d'un intérêt dans une société de personnes, ce qui déclenche la totalité du gain découlant du PBR négatif.

Question à l'ARC

Quel est le traitement fiscal adéquat du rachat de 20 % des unités de l'associé?

Réponse de l'ARC

Nous sommes d'avis que l'ensemble des unités qu'un associé détient dans une société de personnes constitue un seul et même bien, soit sa participation dans la société de personnes. Par conséquent, lorsqu'un associé se fait racheter 20 % de ses unités par la société de personnes, il s'agit d'une disposition partielle de sa participation dans cette dernière.

Afin de calculer le gain ou la perte découlant de cette disposition partielle, il faut notamment se référer au paragraphe 43(1) L.I.R. pour établir le PBR de la partie de la participation qui fait l'objet d'une disposition au moment du rachat.

L'alinéa d) de la définition de « prix de base rajusté », qui est prévue à l'article 54 L.I.R., énonce que le PBR d'un bien pour un contribuable à un moment donné ne peut, en aucun cas, être inférieur à zéro.

Aux fins du paragraphe 43(1) L.I.R., le PBR de la partie de la participation dont il est disposé serait donc de zéro. En conséquence, le montant du gain calculé selon le paragraphe 40(1) L.I.R. serait de 200 000 \$.

En plus du gain qui doit être inclus dans le revenu de l'associé aux termes du paragraphe 40(1) L.I.R., il est également nécessaire d'inclure un montant calculé conformément au paragraphe 100(2) L.I.R., étant donné que, dans la situation qui nous est soumise, et ce, immédiatement avant le rachat, le total des sommes déductibles selon le paragraphe 53(2) L.I.R. dans le calcul du PBR de la participation est supérieur au total du coût et des sommes qui doivent être ajoutées au PBR de la participation à ce moment. Puisque l'associé a disposé de 20 % des unités qu'il détient dans la société de personnes, l'ARC est d'avis qu'un montant de 70 000 \$ – soit 20 % du PBR « négatif » immédiatement avant le rachat – doit être ajouté dans le calcul de son gain tiré de la disposition partielle de sa participation dans la société de personnes. Ainsi, l'associé devra inclure un gain de 270 000 \$ dans l'année du rachat.

37. ACTIONS FICTIVES

Faits

Une société canadienne qui fait affaire au Québec souhaite ouvrir un bureau en région (« Opco »).

Afin de trouver des employés/investisseurs pour son nouveau bureau, Opco engage une société qui tentera de recruter des employés (« Serviceco »).

Une entente est signée entre Opco et Serviceco (« Entente »).

En considération des services rendus par Serviceco, Opco émettra à Serviceco des actions fictives et un paiement en argent. Plus précisément, Opco paiera à Serviceco un montant équivalent à 8 % des sommes investies dans le capital-actions d'Opco par les candidats recommandés par Serviceco. En outre, Serviceco se verra émettre un nombre d'actions fictives d'Opco basé sur un pourcentage du revenu annuel de chacun des candidats recommandés par Serviceco à Opco. Chaque action fictive donnera droit à Serviceco à des montants équivalant aux dividendes payés aux détenteurs d'actions ordinaires d'Opco. Les actions fictives ne confèrent aucun droit de vote à leur détenteur.

En cas d'acquisition de contrôle d'Opco, Serviceco peut demander à Opco que chacune de ses actions fictives soit convertie en action ordinaire d'Opco.

Questions à l'ARC

- a) Quel est le traitement fiscal pour Opco du paiement par Opco à Serviceco d'un montant équivalant à 8 % des montants investis par les candidats dans Opco (s'agit-il d'une dépense en capital, d'une dépense en immobilisation admissible, d'une dépense déductible en vertu de l'article 9 L.I.R., d'une dépense déductible en vertu de l'alinéa 20(1)e L.I.R.?)
- b) Quel est le traitement fiscal pour Opco du montant versé à Serviceco sur les actions fictives au même moment et d'un même montant que les dividendes versés aux détenteurs d'actions ordinaires d'Opco?
- c) Quel est le traitement fiscal pour Opco et Serviceco de l'octroi des actions fictives à Serviceco?
- d) Quel est le traitement fiscal pour Serviceco de la conversion des actions fictives en actions ordinaires d'Opco?
- e) Quel est le traitement fiscal pour Serviceco de la vente des actions ordinaires d'Opco?

Réponse de l'ARC

La détermination de la nature d'une dépense de même que les conséquences fiscales liées à la mise en place d'un régime d'actions fictives sont des questions qui doivent être résolues à la lumière de tous les faits, circonstances et documents pertinents se rapportant à une situation particulière.

Puisque l'énoncé des faits ne décrit que sommairement une situation donnée hypothétique, il nous apparaît donc impossible de nous prononcer sur les questions précédentes ou de les commenter. Nous serions toutefois disposés à étudier ces questions dans le cadre d'une demande de décisions anticipées.

38. REMBOURSEMENT DE COMMISSIONS

Faits

Serviceco est une compagnie qui emploie des vendeurs dont la rémunération comprend un salaire de base et un pourcentage des ventes réalisées par lesdits vendeurs. M. X est un vendeur à l'emploi de Serviceco.

En 2008, M. X a conclu un contrat de vente de 1 M\$ (« Contrat ») pour lequel Serviceco lui a payé, en décembre 2008, une commission totalisant 80 000 \$. En avril 2009, le Contrat est annulé.

Conformément à la politique de Serviceco, la société demande à M. X de lui rembourser la commission de 80 000 \$. M. X rembourse donc la somme de 80 000 \$ à Serviceco au cours de l'année d'imposition 2009.

Questions à l'ARC

- a) Est-ce que Serviceco doit émettre un Feuille T4 amendé pour l'année 2008 réduisant les montants versés à titre de rémunération à M. X de 80 000 \$ ou est-ce que le correctif doit être apporté dans les déclarations de revenus 2009 de Serviceco et de M. X?
- b) Dans ce dernier cas, en vertu de quelles dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, M. X et Serviceco pourront-ils tenir compte des 80 000 \$ remboursés par M. X?

Réponse de l'ARC

Aux termes du paragraphe 5(1) L.I.R., le traitement, salaire ou toute autre rémunération, y compris les gratifications, tiré d'une charge ou d'un emploi, qu'un contribuable reçoit au cours de l'année est inclus dans son revenu pour l'année.

Si des sommes ainsi reçues ont la nature de revenu dans l'année où elles ont été reçues, le Feuillelet T4, « État de la rémunération payée », s'y rapportant ne peut être modifié puisque ces sommes auront effectivement été gagnées au cours de cette année d'imposition.

Toutefois, lorsqu'un contribuable tire, pour une année d'imposition, un revenu de charge ou d'emploi, il peut déduire du calcul de ce revenu certains montants en vertu du paragraphe 8(1) L.I.R. Le paragraphe 8(2) L.I.R. prévoit par contre que seuls les montants prévus à l'article 8 L.I.R. sont déductibles dans le calcul du revenu d'un contribuable tiré, pour une année d'imposition, d'une charge ou d'un emploi.

Dans la présente situation, l'alinéa 8(1)f) L.I.R. pourrait permettre au contribuable de déduire le montant des commissions remboursées en 2009 dans le calcul de son revenu tiré, pour l'année d'imposition 2009, d'une charge ou d'un emploi à titre de somme qu'il a dépensée au cours de cette même année 2009 pour gagner ce revenu, sous réserve de respecter toutes les exigences des sous-alinéas 8(1)f)(i) à 8(1)f)(iv) L.I.R.

39. REVENUS ÉTRANGERS ACCUMULÉS TIRÉS DE BIENS ET BIENS EXCLUS

En vertu de la définition de « biens exclus » au paragraphe 95(1) L.I.R., est notamment un bien exclu d'une société étrangère affiliée (« SÉA ») d'un contribuable à un moment donné un bien qu'elle utilise ou détient principalement en vue de tirer un revenu provenant de son entreprise exploitée activement.

Question à l'ARC

Dans le scénario où une SÉA gagne du revenu d'entreprise exploitée activement ainsi que du revenu autre que du revenu d'entreprise exploitée activement, comment déterminer si la licence qu'elle utilise dans l'ensemble de ses activités est utilisée principalement en vue de tirer un revenu provenant de son entreprise exploitée activement?

Réponse de l'ARC

Cette question renvoie à l'alinéa a) de la définition de « bien exclu » que l'on retrouve au paragraphe 95(1) L.I.R. Cet alinéa prévoit qu'est un bien exclu d'une SÉA à un moment donné tout bien de celle-ci qu'elle utilise ou détient principalement en vue de tirer un revenu provenant de son entreprise exploitée activement. Il doit spécifiquement s'agir de revenu de son entreprise, plutôt que généralement de « revenu provenant d'une entreprise exploitée activement » telle que cette expression est définie au paragraphe 95(1) L.I.R.

De plus, la détermination qu'un bien d'une SÉA est à un moment donné utilisé ou détenu principalement en vue de tirer un revenu provenant de son entreprise exploitée activement est une question de fait. L'ARC n'a pas émis de lignes directrices concernant les critères de répartition de l'usage et de la détention d'un bien entre différentes sources de revenu dans le cadre d'une situation particulière. Cette détermination requiert que soit apprécié l'ensemble des faits pertinents en fonction de critères, aussi bien qualitatifs que quantitatifs, raisonnables et appropriés dans les circonstances. Ainsi, les éléments suivants devraient notamment être considérés : l'usage qui est réellement fait du bien dans le cours des différentes activités de la SÉA, les revenus découlant de l'usage ou de la détention du bien, l'intention de la SÉA à l'égard de l'utilisation et de la détention du bien, les conditions et modalités de détention du bien, la nature des activités de la SÉA et les pratiques courantes dans le secteur particulier de l'industrie.

40. PENSION ALIMENTAIRE

Faits

M. X et M^{me} X sont conjoints de fait et résidents du Québec. M. X et M^{me} X décident de se séparer.

Bien qu'aucune loi ne prévoie le paiement d'une pension alimentaire entre conjoints de fait en cas de séparation, M. X et M^{me} X négocient une entente en vertu de laquelle M. X paiera une pension alimentaire à M^{me} X (« Entente »). L'entente intervenue entre M. X et M^{me} X est entérinée par le tribunal.

Questions à l'ARC

- a) Les frais juridiques engagés par M. X pour la négociation et la conclusion de l'Entente sont-ils déductibles?

- b) Les frais juridiques engagés par M^{me} X pour la négociation et la conclusion de l'Entente sont-ils déductibles?

Réponse de l'ARC

Au Québec, contrairement aux couples mariés ou unis civilement, les conjoints de fait n'ont aucun recours alimentaire l'un contre l'autre. Toutefois, les conjoints d'une union de fait peuvent régler divers aspects de leur vie commune ou d'une éventuelle rupture au moyen d'un contrat qui peut être conclu avant leur union, au cours ou à la fin de celle-ci. Ce contrat est connu soit sous le nom de contrat d'union de fait, soit sous le nom de contrat de vie commune, ou encore sous celui d'entente de rupture.

Évidemment, si un ou des enfants sont issus de l'union de conjoints de fait, une pension alimentaire pourrait être accordée pour les besoins des enfants, et ce, au même titre que si le couple avait été marié ou uni civilement. Cette pension n'est toutefois octroyée que pour couvrir les besoins des enfants.

Au paragraphe 18 du *Bulletin d'interprétation* IT-99R5⁸⁰, l'ARC confirme ceci :

« [...] [I]es frais juridiques engagés pour faire respecter un droit déjà existant à une pension alimentaire provisoire ou permanente sont déductibles. Un droit déjà existant à une pension alimentaire peut résulter d'un accord écrit, d'une ordonnance d'un tribunal ou de dispositions législatives comme les articles 11 et 15.1 de la *Loi sur le divorce* à l'égard d'une ordonnance alimentaire au profit d'un enfant, ou la partie III de la *Loi sur la famille* de l'Ontario [...]. »

À la suite de la décision dans l'affaire *Gallien c. La Reine*⁸¹, les frais juridiques engagés en vue d'obtenir une pension alimentaire pour le conjoint en vertu de la *Loi sur le divorce*⁸², ou en vertu d'une loi provinciale dans le cas d'un accord de séparation, sont également déductibles.

Toutefois, dans le cas de conjoints de fait, les frais juridiques engagés pour négocier, soit un contrat d'union de fait, soit un contrat de vie commune, soit une entente de rupture, visent l'établissement et la

⁸⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-99R5 (consolidé), « Frais juridiques et comptables », 6 décembre 2000, par. 18.

⁸¹ [2001] 2 C.T.C. 2676, 2000 D.T.C. 2514 (C.C.I.).

⁸² L.R.C. (1985), 2^e supp., ch. 3.

négociation d'un droit à une pension alimentaire. Dans ce contexte, l'ARC est d'avis que les frais juridiques ne seraient déductibles ni par Monsieur X ni par M^{me} X.

41. IMMEUBLE DÉTENU PAR UNE SOCIÉTÉ, UTILISATION À DES FINS PERSONNELLES PAR UN ACTIONNAIRE ET LA DÉCISION LLOYD YOUNGMAN C. LA REINE⁸³

La décision *Youngman* rendue par la Cour d'appel fédérale sert de référence afin de mesurer l'avantage imposable d'un bien détenu par une société lorsque le bien a été acquis **principalement** pour l'usage (et la disponibilité) d'un actionnaire de la société. On y mentionne notamment comment doit s'effectuer le calcul de l'avantage imposable dans un contexte où il est difficile d'utiliser la méthode du « loyer raisonnable » pour un tel bien. En effet, il peut être difficile de trouver un « loyer comparable » pour un bien particulier (telle une maison cossue). La Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Youngman* a donc précisé qu'il fallait alors, dans un tel cas, utiliser une méthode basée sur le rendement du capital (calculé sur le plus élevé du coût ou de la JVM du bien) auquel s'ajouteront les frais d'exploitation payés par la société.

Dans le contexte de taux d'intérêt exceptionnellement bas que nous connaissons actuellement, l'utilisation du taux prescrit comme taux de rendement du capital peut apparaître clairement inappropriée, bien que cela ait pu être très raisonnable à une autre époque.

Question à l'ARC

Dans le cadre des vérifications fiscales effectuées par l'ARC en ce moment, quels sont les barèmes utilisés pour déterminer le taux de rendement du capital à utiliser et pouvez-vous nous fournir des exemples précis de taux?

Réponse de l'ARC

Tel qu'il est prévu au paragraphe 11 du *Bulletin d'interprétation* IT-432R2⁸⁴, lorsque la valeur de l'avantage d'un bien mis à la disposition

⁸³ 90 D.T.C. 6322 (C.A.F.) (« *Youngman* »).

⁸⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-432R2, « Avantages accordés à des actionnaires », 10 février 1995, par. 11.

d'un actionnaire pour son usage personnel ne peut pas être établie avec la « juste valeur locative » du bien, surtout si cette juste valeur locative ne prévoit pas un taux de rendement raisonnable en fonction de la valeur ou du coût des biens, la méthode du « loyer théorique » devrait être utilisée pour déterminer le montant de l'avantage conféré à l'actionnaire en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R.

Le « loyer théorique » est établi en multipliant le plus élevé du coût ou de la JVM du bien, par un « taux de rendement normal » et l'addition, à ce produit, des coûts d'exploitation liés au bien.

Le « taux de rendement normal » ne correspond pas nécessairement au taux prescrit en vertu de l'article 4300 R.I.R. L'ARC détermine le taux de rendement normal dans une situation particulière donnée en fonction des faits et circonstances propres à chaque dossier et en fonction des taux en vigueur sur le marché à ce moment-là.

Voici quelques éléments qui peuvent être pris en considération par l'ARC lors de la détermination du « taux de rendement normal » dans une situation particulière donnée :

- le taux de rendement que la société pourrait obtenir sur le capital investi pour acquérir le bien mis à la disposition de son actionnaire;
- le taux d'intérêt sur un emprunt que l'actionnaire aurait obtenu d'une personne avec laquelle il n'a pas de lien de dépendance s'il avait emprunté personnellement pour acquérir le bien mis à sa disposition.

En général, le taux de rendement normal devrait correspondre à un taux déterminé par le marché.

Aucun exemple précis ne peut être fourni, la jurisprudence faisant simplement état d'un montant raisonnable, eu égard aux circonstances.

GESTION FISCALE

42. SITUATION D'INIQUITÉ DÉCOULANT D'UN LITIGE AVEC L'ARC CONCERNANT LE MONTANT DU COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL

Lorsqu'une société dispose d'un compte de dividendes en capital (« CDC »), elle peut payer à son ou ses actionnaires, sans impôt, un dividende en capital en effectuant le choix prévu au paragraphe 83(2) L.I.R.

À un moment subséquent, si la société fait l'objet d'une vérification par l'ARC et que le calcul du CDC effectué par la société est modifié à la baisse, un avis de cotisation sera émis au nom de la société en vertu du paragraphe 184(2) L.I.R., lui réclamant un impôt supplémentaire de 50 % du dividende excédentaire.

Un problème se pose lorsque la société est en désaccord avec la rectification du montant de son CDC inscrit sur l'avis et qu'elle désire contester cette cotisation.

En effet, la *Loi de l'impôt sur le revenu* édicte que la société dispose de seulement 90 jours pour choisir l'une ou l'autre des options suivantes :

- faire le choix prévu au paragraphe 184(3) L.I.R. et convertir le dividende excédentaire en dividende imposable;
- déposer un avis d'opposition pour contester la cotisation et le calcul du solde de son CDC.

Voici certaines injustices qui peuvent en résulter :

- si la société ne fait pas le choix, l'impôt supplémentaire prévu au paragraphe 184(2) L.I.R. sera maintenu advenant le cas qu'elle n'ait pas gain de cause dans sa contestation;
- par contre, si elle fait le choix prévu au paragraphe 184(3) L.I.R., le dividende excédentaire deviendra imposable. En aucun cas, la société ne pourra reconverter ce dividende excédentaire en dividende en capital. Les actionnaires de la société se seront donc imposés sur l'excédent à titre de dividende même si la société a finalement eu gain de cause en opposition;
- l'incertitude quant à la possibilité de faire un choix tardif en vertu du paragraphe 220(3.2) L.I.R. lors du règlement de l'opposition et la possibilité d'une pénalité en vertu du paragraphe 220(3.5) L.I.R.

Une question a été posée à l'ARC au cours d'une précédente table ronde sur la fiscalité fédérale lors du Congrès 2008 de l'APFF⁸⁵ afin de savoir si

⁸⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-0285131C6, 10 octobre 2008.

l'ARC acceptait automatiquement la production d'un choix tardif en vertu du paragraphe 220(3.2) L.I.R. dans le cas précis qui nous occupe. Dans sa réponse, l'ARC nous renvoie à la *Circulaire d'information* 07-1⁸⁶.

Une demande en vertu du paragraphe 220(3.2) L.I.R. est bel et bien prévue à l'article 600 R.I.R. pour la production d'un choix tardif selon le paragraphe 184(3) L.I.R., tel qu'il est confirmé dans la *Circulaire d'information* 07-1. Par contre, il semble que cette demande ne peut être acceptée que dans certaines situations encadrées par la circulaire d'information, notamment au paragraphe 56 : « [...] lorsqu'une situation a entraîné des conséquences fiscales non voulues par le contribuable et qu'il y a de l'information probante qui montre que le contribuable a pris des mesures raisonnables pour se conformer à la *Loi de l'impôt sur le revenu* [...] »⁸⁷.

Advenant les faits suivants :

- une société procède au calcul de son CDC;
- cette société est cotisée en vertu du paragraphe 184(2) L.I.R. à l'égard d'un dividende excédentaire à la suite d'une vérification du calcul de son CDC;
- cette société dépose un avis d'opposition à l'encontre de cette cotisation;
- cet avis d'opposition est déposé de bonne foi;
- la société n'a pas finalement gain de cause et la cotisation préalablement établie est maintenue.

Questions à l'ARC

- a) Est-ce que l'ARC peut confirmer qu'il s'agit d'une situation qui « a entraîné des conséquences fiscales non voulues par le contribuable et qu'il y a de l'information probante qui montre que le contribuable a pris des mesures raisonnables pour se conformer à la *Loi de l'impôt sur le revenu* » et qu'elle pourrait accepter un choix tardif, selon le paragraphe

⁸⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 07-1, « Dispositions d'allègement pour les contribuables », 31 mai 2007.

⁸⁷ *Id.*, par. 56.

220(3.2) L.I.R., afin de convertir le dividende excédentaire en dividende imposable en vertu du paragraphe 184(3) L.I.R.?

- b) Advenant une réponse positive, est-ce que l'ARC accepterait par ailleurs de ne pas appliquer la pénalité prévue au paragraphe 220(3.5) L.I.R.?
- c) L'ARC peut-elle confirmer si des mesures alternatives sont en place afin d'éviter qu'un contribuable soit dans l'incertitude de pouvoir faire le choix du paragraphe 184(3) L.I.R. à la suite de son opposition?

Réponse de l'ARC

Tout contribuable peut demander à l'ARC un allègement conformément aux dispositions des paragraphes 220(3.1) ou 220(3.2) L.I.R., c'est-à-dire de renoncer ou d'annuler des pénalités ou intérêts payables par le contribuable, ou encore de proroger le délai prescrit pour la production de certains choix par le contribuable ou de lui permettre de modifier ou d'annuler un choix déjà exercé.

Le ministre n'est cependant pas obligé d'accorder un tel allègement en vertu des paragraphes 220(3.1) et 220(3.2) L.I.R. et l'ARC n'a pas comme politique de renoncer automatiquement à des pénalités ou d'accepter une demande de prolongation de délai ou une demande de révocation d'un choix, en vertu des paragraphes 220(3.1) et 220(3.2) L.I.R. Chaque demande fait l'objet d'un examen et d'une décision fondée sur les faits particuliers d'un cas donné, notamment afin d'éviter toute planification fiscale rétroactive.

La *Circulaire d'information* 07-1 fournit toutefois des renseignements concernant le pouvoir discrétionnaire accordé au ministre par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, explique la façon de procéder pour demander un allègement et expose les lignes directrices administratives que l'ARC suivra pour prendre une décision dans une situation donnée.

Étant donné que l'énoncé de la présente question ne décrit que sommairement une situation donnée hypothétique et que le processus d'examen d'une demande relève de certains fonctionnaires désignés de l'ARC, il nous est impossible de déterminer quelle serait la décision finale de ces fonctionnaires dans le cadre d'une situation comme celle de la situation hypothétique. Cependant, de prime abord, on ne peut présumer qu'une demande de prorogation de délai en vertu du paragraphe 220(3.2) L.I.R., pour produire un choix en vertu du paragraphe 184(3) L.I.R., serait nécessairement refusée dans une situation particulière semblable à la situation hypothétique donnée.

43. PRODUCTION D'UNE DÉCLARATION DE RENSEIGNEMENTS ET DE REVENUS DES FIDUCIES – T3

A) Fiducie assujettie au paragraphe 75(2) L.I.R.

Selon la politique administrative de l'ARC⁸⁸, il est nécessaire de produire une Déclaration de renseignements et de revenus des fiducies –T3, si le revenu provenant d'un bien de la fiducie est imposable et si la fiducie remplit, dans l'année d'imposition, l'une des conditions énumérées dans le guide. L'une de ces conditions est la détention de biens assujettis au paragraphe 75(2) L.I.R.

Lors de la table ronde fédérale du Congrès 2006 de l'APFF⁸⁹, l'ARC a été questionnée à savoir si une Déclaration T3 doit être produite lorsque tous les revenus sont visés par le paragraphe 75(2) L.I.R. L'ARC a répondu qu'une Déclaration T3 doit être produite, car la production est exigée à la fois par l'alinéa 150(1)c) L.I.R., sous réserve du paragraphe 150(1.1) L.I.R., et à la fois parce qu'il s'agit d'une déclaration de renseignements dont la production est exigée en vertu de l'article 204 R.I.R.

L'article 204 R.I.R. se lit comme suit:

« Toute personne qui contrôle ou reçoit un revenu, des gains ou bénéfices, en qualité de fiduciaire, ou en une qualité analogue à celle de fiduciaire, doit remplir une déclaration selon le formulaire prescrit à leur égard. » (Notre soulignement)

Le formulaire prescrit auquel on renvoie est la Déclaration T3.

Question à l'ARC

Est-ce que l'ARC peut confirmer qu'une fiducie qui ne détient que des biens assujettis au paragraphe 75(2) L.I.R. ne produisant pas de revenus ne serait pas dans l'obligation de produire une Déclaration T3 selon la position administrative actuelle?

⁸⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *T4013*, « T3 – Guide des fiducies 2009 », 22 mars 2010, p. 12.

⁸⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2006-0196201C6, « Production de T3 », 6 octobre 2006; « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 53:1-72.

B) Fiducie autre

La Déclaration T3 est à la fois une déclaration de revenus dont la production est exigée par l'alinéa 150(1)c) L.I.R. (sous réserve du paragraphe 150(1.1) L.I.R.) et à la fois une déclaration de renseignements dont la production est exigée en vertu de l'article 204 R.I.R.

L'alinéa 150(1.1)b) L.I.R. prévoit certaines circonstances dans lesquelles une fiducie n'a pas l'obligation de produire une déclaration Déclaration T3 à titre de déclaration de revenus, notamment si elle n'a pas d'impôt à payer et n'a réalisé aucun gain en capital. Toutefois, ces exceptions ne sont pas applicables aux fins de l'article 204 R.I.R. Par mesure administrative, l'ARC n'oblige la production d'une Déclaration T3 que si l'une des conditions énumérées dans le Guide des fiducies (T4013) se vérifie.

Question à l'ARC

L'ARC peut-elle confirmer que, dans la mesure où la fiducie ne remplit aucune des conditions énumérées dans le Guide des fiducies pour une année d'imposition, elle n'a pas à produire une Déclaration T3 malgré le fait qu'elle ait déjà produit une telle déclaration antérieurement? Pour plus de précision, l'ARC peut-elle confirmer qu'elle n'imposera aucune pénalité pour non-production d'une déclaration de revenus ni pour non-production d'une déclaration de renseignements dans ces circonstances?

Réponse de l'ARC à la question 43 a)

Le paragraphe 204(1) R.I.R. prévoit que toute personne qui contrôle ou reçoit un revenu, des gains ou bénéfices en qualité de fiduciaire, ou en qualité analogue à celle de fiduciaire, doit remplir une déclaration selon le formulaire prescrit à leur égard. Le formulaire prescrit inclut notamment la Déclaration de renseignements et de revenus des fiducies – T3. Selon le paragraphe 204(2) R.I.R., cette déclaration doit être produite dans les 90 jours suivant la fin de l'année d'imposition et doit porter sur l'année d'imposition.

Nous sommes d'avis qu'une personne qui détient en qualité de fiduciaire un bien assujéti au paragraphe 75(2) L.I.R. n'aura pas à remplir la Déclaration T3 à l'égard d'une année d'imposition lorsqu'elle ne contrôle ou ne reçoit pas un revenu, des gains ou bénéfices au cours de cette année d'imposition.

Réponse de l'ARC à la question 43 b)

Le Guide des fiducies T3 (T4013(F) Rév. 09) contient sous la rubrique « Qui doit produire une déclaration? » une énumération de situations pour lesquelles l'ARC considère qu'une personne doit produire une Déclaration T3 pour une année d'imposition donnée. Certaines des situations énumérées dans ce guide prévoient des seuils ou limites à partir desquels une déclaration doit être produite. Par exemple, une des situations prévoit qu'une déclaration doit être produite pour une année d'imposition lorsque le revenu total tiré des biens de la fiducie pour cette année d'imposition est supérieur à 500 \$.

De manière générale, l'ARC n'entend pas imposer une pénalité pour omission de produire une déclaration de revenus ou de renseignements à une personne qui n'aurait pas produit de Déclaration T3 pour une année d'imposition donnée parce qu'aucune des situations énumérées dans le Guide des fiducies T3 (T4013) sous la rubrique « Qui doit produire une déclaration? » ne s'appliquait à elle pour cette année d'imposition donnée.

Bien entendu, la production d'une Déclaration T3 peut toujours être demandée par l'ARC en vertu du paragraphe 150(2) L.I.R.

44. MONTANTS DES HONORAIRES SUR LES FEUILLETS T4A ET T5018

Les règles exigées par l'ARC pour le montant des honoraires ou commissions à inclure sur le Feuillelet T4A diffèrent de celles pour le montant à inclure sur le Feuillelet T5018 (État des paiements contractuels par une entreprise de construction à des sous-traitants). Selon le Guide RC4157⁹⁰ pour la préparation des Feuilles T4A, il est clairement indiqué par l'ARC de ne pas inclure aux cases 20 et 28 la TPS et la taxe de vente harmonisée (« TVH ») payée au bénéficiaire pour les services rendus. Le même principe s'applique aux montants indiqués sur le Relevé 1, case O⁹¹. Par contre, aux fins des Feuilles T5018, il est clairement indiqué par l'ARC sur le Sommaire T5018, qu'il faut inclure à la case 22 les paiements faits à un sous-traitant en y incluant la TPS/TVH ainsi que la taxe provinciale (s'il y a lieu).

⁹⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, Guide RC4157, « Comment retenir l'impôt sur les revenus de pension ou d'autres sources et établir le feuillelet T4A et le Sommaire », 10 novembre 2010, p. 17.

⁹¹ Voir la section 4.17.7 du guide du Relevé 1.

Des erreurs peuvent ainsi se glisser et le total des TPS et TVQ rattachées aux sommes versées à un travailleur autonome **inscrit aux taxes** peut être inclus dans le montant des honoraires ou commissions figurant sur un Feuillelet T4A. Cette situation peut, entre autres, se produire lorsque, sur une liste de travailleurs autonomes, seulement quelques-uns étaient inscrits aux taxes (en raison du seuil de 30 000 \$). Le payeur a alors pu utiliser les montants des déboursés plutôt que les montants avant taxes pour la préparation des Feuilletts T4A.

Ces deux politiques différentes ont entraîné au cours des dernières années des erreurs dans la production des Feuilletts T4A pour des entreprises d'envergure. Certains fournisseurs ont dû demander des Feuilletts T4A amendés afin que les taxes ne soient pas incluses au montant indiqué.

Il existe donc un potentiel de confusion dans les règles applicables dont les perdants sont les travailleurs autonomes visés par une telle erreur. En effet, à défaut d'une feuille conciliant les montants reçus avant et après taxes, le préparateur des déclarations fiscales n'aura pas les renseignements lui permettant de déceler l'erreur.

Questions à l'ARC

- a) Est-ce que l'ARC peut nous indiquer pourquoi les règles diffèrent pour les Feuilletts T4A par rapport aux Feuilletts T5018?
- b) Afin que les problèmes rattachés à de telles situations soient évités, est-ce que l'ARC pourrait envisager d'indiquer directement sur le Feuillelet T4A intitulé « Montant des honoraires avant taxes » ou encore créer des cases distinctes sur les feuillets pour indiquer séparément le montant des taxes se rapportant aux honoraires versés?

Réponse de l'ARC à la question 44 a)

Aux termes du paragraphe 200(1) R.I.R., toute personne qui effectue des paiements prévus au paragraphe 153(1) L.I.R. – dont des honoraires, commissions ou autres sommes pour services – doit remplir une déclaration de renseignements selon le formulaire prescrit (les Feuilletts T4A et le Formulaire T4A Sommaire correspondant), à moins qu'une telle déclaration n'ait été effectuée en vertu notamment de l'article 238 R.I.R. Pour sa part, le paragraphe 238(2) R.I.R. prévoit entre autres que toute personne doit produire une déclaration de renseignements selon le formulaire prescrit (T5018 – État des paiements contractuels) à l'égard de tout montant payé ou crédité par elle au titre de marchandises livrées ou de services fournis pour

son compte dans le cadre d'une activité de construction si son revenu d'entreprise pour cette année provient principalement de cette activité.

Les règles sont différentes entre ces deux déclarations de renseignements puisqu'elles ne visent généralement pas les mêmes montants.

D'une part, le montant à inscrire sur le Feuillelet T4A vise généralement un montant prévu au paragraphe 153(1) L.I.R., à inclure dans le calcul du revenu de la personne qui a reçu le montant. Cela serait le cas, par exemple, d'un montant versé à titre de commissions d'un travail indépendant, d'honoraires ou autres sommes pour des services rendus (al. 153(1)g) L.I.R.). La portion relative à la TPS, TVH, TVQ ou la taxe provinciale, s'il y a lieu, du montant payé ne doit pas être inscrite sur le Feuillelet T4A puisqu'il ne s'agit pas d'un montant prévu au paragraphe 153(1) L.I.R. et que cette portion du montant payé n'est pas à inclure dans le calcul du revenu du bénéficiaire en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

D'autre part, le montant à inscrire dans la Déclaration de renseignements T5018 – État des paiements contractuels vise les montants payés ou crédités au titre de marchandises livrées ou de services fournis dans le cadre d'une activité de construction. Ainsi, la personne a l'obligation de consigner les paiements, incluant toutes les taxes (TPS, TVH, TVQ ou la taxe provinciale, s'il y a lieu), effectués aux sous-traitants qui fournissent des services de construction et de les déclarer à l'ARC. La Déclaration de renseignements T5018 – État des paiements contractuels est obligatoire pour tout paiement au titre de marchandises livrées ou de services fournis lorsque le paiement total s'élève à 500 \$ et plus dans l'année. Par contre, aucune déclaration de renseignements n'est nécessaire lorsque le montant est payé ou crédité en totalité au titre de la vente ou de la location de marchandises.

Finalement, aucune déclaration de renseignements n'est à produire en vertu du paragraphe 200(1) R.I.R. (Feuillets T4A et Formulaire T4A Sommaire correspondant) à l'égard d'un paiement donné effectué par une personne si une déclaration de renseignements (T5018 – État des paiements contractuels) a été effectuée en vertu de l'article 238 R.I.R. pour ce paiement donné. À cet effet, il est précisé dans le Guide RC4157 de ne pas remplir de Feuillelet T4A lorsque :

« [...] les paiements faits par un particulier, une société de personnes, une fiducie ou une société dont la principale activité commerciale est la

construction, si ces paiements sont faits à des sous-traitants pour des services de construction. Remplissez le formulaire T5018, État des paiements contractuels⁹². »

Réponse de l'ARC à la question 44 b)

L'ARC est d'avis que le Feuillet T4A (version courante) est conforme au *Règlement de l'impôt sur le revenu* et considère qu'aucune correction n'est requise.

45. PAIEMENT D'UN SOLDE D'IMPÔT POUR L'EXERCICE DÉJÀ TERMINÉ ET AFFECTATION DU MONTANT PAR L'ARC À L'EXERCICE EN COURS

La situation suivante est relativement banale, mais elle constitue un véritable problème administratif. Une société fait parvenir aux autorités fiscales fédérales dans les 60 ou 90 jours (selon le cas) suivant sa fin d'exercice financier un montant sous forme de chèque représentant son solde d'impôt pour l'exercice financier qui vient de se terminer. Le même geste est répété aux fins québécoises (dans les 60 jours, dans le cas du Québec). Des instructions claires sont inscrites sur le chèque (une lettre d'instructions peut aussi accompagner le chèque) indiquant que le montant vise l'exercice financier déjà terminé et non pas à titre d'acompte pour l'exercice financier en cours.

Malgré cette précision au chèque, il est fréquent que l'avis de cotisation envoyé à la société par l'ARC indique un solde à payer représentant pour l'essentiel un montant correspondant au chèque qui devait couvrir le solde d'impôt et un petit montant supplémentaire au titre des intérêts sur solde impayé.

Cet avis de cotisation s'explique par le fait que le chèque reçu par l'ARC a été affecté aux acomptes provisionnels de l'année en cours plutôt qu'à l'impôt à payer. Il en découle des efforts administratifs inutiles aussi bien du côté des contribuables et de leurs comptables que du côté de l'ARC. Il est important de noter que le même problème ne se produit absolument pas du côté des autorités fiscales québécoises. Ce commentaire n'a pas pour objectif de dénigrer systématiquement le fisc fédéral en le comparant avec son homologue québécois, mais plutôt de le sensibiliser à l'existence d'un

⁹² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 90, p. 2.

problème véritable sur ce sujet particulier et au fait qu'il existe assurément une solution.

Bien que nous reconnaissons qu'avec la venue de « Mon dossier d'entreprise » sur le site web de l'ARC, ce problème puisse être réglé assez facilement, il demeure qu'un grand nombre de petites et moyennes entreprises n'utilisent pas encore ce service.

Question à l'ARC

Qu'entend faire l'ARC pour régulariser ce problème d'affectation de montants qui constitue actuellement une difficulté systémique à l'ARC?

Réponse de l'ARC

L'ARC reconnaît que l'affectation des paiements est parfois mal appliquée aux comptes des contribuables et nous nous excusons pour les inconvénients que cette situation peut occasionner aux contribuables ainsi qu'à leurs représentants.

Le personnel de nos centres de traitement travaille de façon que toutes les instructions de paiement soient suivies conformément aux demandes des contribuables. Nous sommes toutefois conscients que des erreurs peuvent survenir. Bien que nous déployions tous les efforts nécessaires afin de réduire au minimum de telles erreurs, nous suggérons néanmoins aux contribuables d'envoyer un bon de versement avec leur paiement plutôt qu'une lettre. Ces bons de versement sont personnalisés, codés avec les informations des contribuables et attachés à l'état de compte envoyé, assurant ainsi que les paiements soient bien appliqués au compte et à l'année fiscale appropriés.

Des bons de versement personnalisés pour les entreprises peuvent être obtenus rapidement et facilement par l'intermédiaire du site Internet de l'ARC⁹³ ou par l'intermédiaire du service « Mon dossier d'entreprise »⁹⁴. Les représentants autorisés peuvent aussi demander des bons de versement personnalisés pour leurs clients par l'intermédiaire du service « Représenter un client »⁹⁵. Lorsque les bons de versement sont demandés par voie

⁹³ En ligne : <http://www.cra-arc.gc.ca/esrvc-srvce/tx/bsnss/rqsts/menu-fra.html>.

⁹⁴ En ligne : <http://www.cra-arc.gc.ca/esrvc-srvce/tx/bsnss/myccnt/menu-fra.html>.

⁹⁵ En ligne : <http://www.cra-arc.gc.ca/esrvc-srvce/tx/rprsnttvs/menu-fra.html>.

électronique, ils sont postés le jour ouvrable suivant à l'adresse du contribuable qui est mentionnée à nos dossiers.

46. PROBLÈMES RELATIVEMENT AUX OPPOSITIONS

A) Délai de traitement

Le délai de traitement des oppositions apparaît toujours extrêmement long, particulièrement dans la grande région de Montréal. De plus, des avis d'opposition déposés à l'égard de contribuables situés dans la région de Montréal sont attribués à des agents des appels travaillant ailleurs qu'à Montréal, incluant principalement des agents des appels à Québec. Dans la mesure où des rencontres en personne sont requises, cela entraîne des déplacements et des frais pour les contribuables et leurs représentants.

Questions à l'ARC

- a) Pouvez-vous nous indiquer quel est le délai de traitement moyen actuel des avis d'opposition au Québec, et plus particulièrement dans la grande région de Montréal?
- b) Pouvez-vous nous indiquer quelles mesures l'ARC entend mettre en place pour améliorer ces délais et assurer que les avis d'opposition déposés par les contribuables situés dans la région de Montréal seront traités par des agents d'opposition de la région de Montréal?

B) Discussion entre contribuable et agent des appels

Les contribuables disposent d'un délai relativement court de 90 jours pour déposer un avis d'opposition. De plus, au moment de la production de l'avis d'opposition, ils n'ont pas toujours en main tous les renseignements nécessaires à l'égard de la cotisation émise, incluant une copie du rapport de vérification du vérificateur de l'ARC qui a fait émettre la cotisation.

Le processus d'opposition est donc traditionnellement un processus de discussion dans le cadre duquel le contribuable ou son représentant et l'agent des appels désigné pour traiter le dossier doivent nécessairement avoir divers échanges qui permettent notamment :

- i) au contribuable ou à son représentant d'être bien informé des motifs qui sous-tendent la cotisation;

- ii) à l'agent des appels de faire part au contribuable ou au représentant de ses impressions préliminaires et de demander des pièces ou des représentations additionnelles à l'égard des points qui achoppent;
- iii) au contribuable ou à son représentant de faire des représentations supplémentaires pour répondre aux questions soulevées par l'agent des appels.

Des rumeurs ont commencé à circuler voulant que l'ARC envisage de modifier ce processus pour faire en sorte que les agents des appels statuent sur les avis d'opposition en fonction du contenu de l'avis d'opposition, sans entrer en contact avec le contribuable ou ses représentants.

Question à l'ARC

Pourriez-vous nous confirmer si ces rumeurs sont fondées et, dans l'affirmative, si l'ARC serait disposée à reconsidérer sa position, compte tenu du fait qu'il est essentiel, tel qu'il est précisé ci-dessus, qu'un dialogue ait lieu entre le contribuable ou son représentant, d'une part, et l'agent des appels de l'ARC, d'autre part, afin de permettre un processus d'opposition sain et complet et d'éviter des appels aussi inutiles que coûteux devant la Cour canadienne de l'impôt?

Réponse de l'ARC à la question 46 a)

Le délai de traitement est calculé de la date de la mise à la poste de l'opposition par le contribuable jusqu'à la date de l'émission de la décision par la Division des appels. Le délai de traitement pour la région du Québec était de 171 jours pour l'année fiscale 2009-2010 et se situe maintenant à 189 jours pour l'année en cours. En ce qui concerne le Bureau des services fiscaux (« BSF ») de Montréal, le délai s'élevait à 231 jours pour l'année 2009-2010 et s'élève maintenant à 236 jours.

Réponse de l'ARC à la question 46 b)

Afin d'améliorer les délais de traitement des oppositions, la Direction générale des appels (« DGA ») a créé deux centres d'arrivage. Toutes les oppositions, sauf celles énumérées plus bas, y sont soumises à un examen préliminaire et, suivant certains critères de sélection, les oppositions sont classées comme charge de travail de Centre fiscal (« CF ») ou de BSF. La charge de travail CF est une charge de travail nationale alors que la charge de travail BSF est une charge de travail régionale. Par conséquent, si

l'opposition fait suite à une vérification, elle sera traitée par la Division des appels d'un des BSF de la région où la vérification a eu lieu.

Les oppositions visant les dossiers importants (évitement fiscal, recherche et développement) et les dossiers de l'exécution sont transmises au BSF régional désigné.

Par contre, pour certains cas, une rencontre peut s'avérer nécessaire entre l'opposant et ses représentants et les agents des appels de l'ARC. C'est pourquoi nous avons instauré deux politiques pour remédier à ces situations.

D'abord, la politique de réunions en personne, qui établit les lignes directrices entourant ce genre de rencontre, et la politique de transfert des dossiers, qui encadre le processus de transfert des dossiers d'un bureau à un autre en déterminant les facteurs à considérer lorsque des demandes de transfert de dossiers sont faites.

Ces deux politiques sont en place depuis janvier 2008.

Réponse de l'ARC à la question 46 c)

Nous pouvons vous confirmer que ces rumeurs ne sont pas fondées.

Il existe cependant des cas de « traitement accéléré » pour lesquels l'agent des appels ne communique pas avec le contribuable. Pour qu'une opposition se qualifie à ce traitement accéléré, il faut que le contribuable ait présenté tous les renseignements et les documents nécessaires avec son avis d'opposition et que l'agent des appels accorde l'opposition en entier.

Il arrive aussi qu'un agent des appels fasse parvenir au contribuable une lettre faisant état de ses conclusions. L'agent des appels offrira au contribuable un certain délai pour soumettre d'autres représentations. Il indiquera que, s'il ne reçoit pas de réponse dans le délai prescrit, le dossier sera fermé sur la base de ses conclusions.

L'énoncé suivant apparaît sur le site web de l'ARC sous la rubrique « Votre droit à un examen officiel » :

« [...] Le représentant des Appels peut communiquer avec le contribuable ou son représentant autorisé en vue de discuter des questions et d'obtenir d'autres documents et éclaircissements. L'agent des Appels offrira également de fournir des copies des documents à l'appui de la position de l'ARC, puisqu'une bonne communication favorisera le processus de règlement des différends. L'agent

examinera alors les renseignements à l'appui des deux points de vue de toutes les questions, et appliquera la loi et les politiques de l'ARC⁹⁶. »

Pour en savoir plus, nous vous invitons à consulter la publication suivante : P148, « Vos droits d'opposition et d'appel selon la *Loi de l'impôt sur le revenu* »⁹⁷.

47. DIVULGATION VOLONTAIRE

Faits

L'ARC avait comme pratique administrative dans le cadre du programme de divulgation volontaire de permettre à un contribuable de rapatrier des sommes d'argent de l'étranger et d'appliquer sur ces sommes un taux global d'imposition de 38 %. Depuis le 1^{er} janvier 2010, cette pratique n'est plus en vigueur pour les dossiers de divulgation ouverts après le 31 décembre 2009.

Questions à l'ARC

- a) Est-ce que l'ARC a vu une baisse du nombre de divulgations volontaires visant le rapatriement de fonds de l'étranger depuis l'abolition de la règle dite du « 38 % »?
- b) Est-ce que l'ARC a l'intention de mettre en place une nouvelle approche quant au rapatriement de fonds de l'étranger dans le cadre du programme de divulgation volontaire?

Réponse de l'ARC à la question 47 a)

En décembre 2008, l'ARC – Région du Québec a modifié son approche conformément à la politique nationale. En ce qui concerne les nouveaux dossiers du programme, nous continuons de voir une augmentation du nombre de divulgations reçues concernant les revenus de sources étrangères. Par exemple, au cours du premier trimestre du présent exercice financier, nous avons reçu le nombre le plus élevé de divulgations depuis avril 2007.

⁹⁶ En ligne : http://www.cra-arc.gc.ca/gncy/prgrms_srvcs/dsgr/yr_right-fra.html.

⁹⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, P148 (Rev. 09), « Régler votre différend : Vos droits d'opposition et d'appel selon la *Loi de l'impôt sur le revenu* ».

Réponse de l'ARC à la question 47 b)

Pour le moment, l'ARC n'a pas de nouvelles informations à fournir concernant le programme de divulgation volontaire, mais nous informerons le public et les médias s'il y a des annonces à faire concernant le programme.

FISCALITÉ ET NORMES COMPTABLES**48. MONNAIE FONCTIONNELLE**

La *Loi de l'impôt sur le revenu* permet maintenant aux sociétés de déclarer leurs revenus dans une monnaie fonctionnelle autre que le dollar canadien.

La définition de « monnaie fonctionnelle » à l'article 261 L.I.R. indique, entre autres, que la monnaie fonctionnelle d'un contribuable pour une année d'imposition est la monnaie d'un pays étranger qui est, tout au long de l'année, la monnaie principale dans laquelle le contribuable tient ses livres et registres aux fins de présentation de l'information financière.

Les principes comptables généralement reconnus (« PCGR ») prévoient des règles pour déterminer la monnaie fonctionnelle qui doit être utilisée aux fins des états financiers.

Question à l'ARC

Est-ce que qu'une société doit se fier aux règles édictées par les PCGR utilisés par la société afin d'interpréter les termes « aux fins de présentation de l'information financière » de la définition de monnaie fonctionnelle à l'article 261 L.I.R.?

Réponse de l'ARC

Nous sommes d'avis que les normes comptables (PCGR ou Normes internationales d'information financière⁹⁸) adoptées par une société ne peuvent servir d'autorités afin de déterminer « la monnaie principale dans laquelle le contribuable tient ses livres et registres aux fins de la présentation de l'information financière » pour l'application de l'article 261 L.I.R. Bien que les normes comptables prévoient des règles relatives à la détermination de la monnaie fonctionnelle et de la monnaie de présentation de

⁹⁸ Ou International Financial Reporting Standards (« IFRS »).

l'information financière dans diverses circonstances, il est en effet communément reconnu que les normes comptables n'ont pas force de loi aux fins de l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Il est fort probable que la monnaie fonctionnelle ou la monnaie de présentation d'un contribuable telle qu'elle est déterminée par les normes comptables applicables corresponde à la monnaie fonctionnelle déterminée conformément à la définition de cette expression prévue au paragraphe 261(1) L.I.R. Toutefois, une société ne peut se fier aux règles édictées par les normes comptables applicables afin d'interpréter la définition de monnaie fonctionnelle prévue à la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cette définition prévoit expressément trois exigences qui circonscrivent la détermination d'une monnaie fonctionnelle aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qui sont susceptibles d'impliquer une détermination divergeant de celle effectuée selon les normes comptables applicables à un contribuable pour une année donnée. Accompagnées de commentaires généraux ces trois exigences sont les suivantes :

- La monnaie doit être une monnaie d'un pays étranger qui est utilisée tout au long de l'année. Or, même si un contribuable tient ses livres et registres aux fins de présentation de l'information financière conformément aux normes comptables dans une monnaie étrangère, cette monnaie étrangère pourrait ne pas se qualifier de monnaie fonctionnelle aux fins de l'article 261 L.I.R. si elle est utilisée pour une partie de l'année seulement.
- La monnaie doit être une monnaie admissible, telle que cette expression est définie au paragraphe 261(1) L.I.R. Les règles édictées aux fins des normes comptables peuvent prévoir une monnaie autre qu'une monnaie admissible.
- La monnaie doit être la monnaie principale dans laquelle le contribuable tient ses livres et registres aux fins de présentation de l'information financière. Cette exigence implique que la monnaie principale soit désignée, alors que les normes comptables applicables pourraient permettre la tenue des livres et registres d'un contribuable dans diverses monnaies aux fins de présentation de l'information financière.

La situation particulière d'un contribuable donné doit être analysée afin de déterminer si l'ensemble de ces conditions sont remplies. Tel qu'il est mentionné dans les notes explicatives émises par le ministère des Finances et jointes à la Législation proposée de 2009 :

« Lorsqu'il s'agit de déterminer si une société a une monnaie fonctionnelle, il faut garder à l'esprit les raisons pour lesquelles ce régime optionnel de déclaration de l'impôt a été instauré (voir la section des présentes notes intitulée "Aperçu")⁹⁹. »

À cet égard, il est fait mention de ce qui suit dans la section « Aperçu » de ce même document :

« Il existe deux principales raisons pour lesquelles on permet aux contribuables de déclarer leur revenu dans une monnaie autre que le dollar canadien. Premièrement, certains contribuables tiennent leurs livres et registres dans une monnaie étrangère et ne convertissent leurs résultats en dollars canadiens que dans le but de calculer l'impôt canadien dont ils sont redevables. Deuxièmement, le fait de calculer l'impôt canadien à payer en dollars canadiens alors que les résultats financiers sont déterminés dans une monnaie étrangère peut donner lieu à des résultats financiers faussés en période de volatilité des changes. Par conséquent, la possibilité de choisir de déclarer l'impôt dans une monnaie fonctionnelle a l'avantage de faciliter l'observation et de favoriser la déclaration d'une information financière plus représentative¹⁰⁰. »

Dans ce contexte, la détermination de la monnaie principale dans laquelle le contribuable tient ses livres et registres aux fins de présentation de l'information financière est une question qui ne peut être résolue qu'après une analyse de l'ensemble des faits propres à une situation particulière. À ce jour, l'ARC n'a émis aucune ligne directrice à l'égard de ce régime de déclaration de droit nouveau.

Les contribuables qui ont des questions sur les résultats d'une cotisation en monnaie fonctionnelle ou des questions d'ordre général sur la production d'un choix ou d'une déclaration en monnaie fonctionnelle peuvent communiquer avec les Demandes de renseignements des entreprises au 1-800-959-7775 (français) ou au 1-800-959-5525 (anglais). Il suffit de préciser que votre question porte sur la monnaie fonctionnelle. De cette façon, votre appel sera acheminé à l'Équipe de la monnaie fonctionnelle de l'ARC afin que nous puissions y répondre avec exactitude.

⁹⁹ CANADA, ministère des Finances, « Notes explicatives concernant la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la *Loi de 2001 sur l'accise* et la *Loi sur la taxe d'accise* », février 2009.

¹⁰⁰ *Id.*

49. CALCUL DES SURPLUS ET NORMES INTERNATIONALES D'INFORMATION FINANCIÈRE

Le paragraphe 5907(2.1) R.I.R. permet aux sociétés de faire un choix dans le cadre du calcul des surplus d'une SÉA afin de considérer le montant déduit à titre de coût comptable des immobilisations au lieu d'appliquer l'amortissement fiscal du pays de celle-ci.

Lorsqu'une société fait le choix au paragraphe 5907(2.1) R.I.R., elle peut utiliser le montant déduit à l'égard du coût des immobilisations dans le calcul du revenu ou des bénéfices pour l'année figurant aux états financiers préparés selon la loi du pays où réside la société étrangère affiliée.

Les sociétés publiques devront utiliser sous peu les IFRS au Canada et, pour ce faire, elles devront obtenir de leurs filiales des états financiers préparés selon les IFRS aux fins de consolidation. Par contre, certaines de ces filiales pourraient être tenues de préparer également des états financiers selon les principes comptables locaux pour les déclarations des revenus ou à des fins réglementaires ou autres.

Question à l'ARC

Est-ce que les états financiers préparés selon les IFRS par une filiale d'une société publique canadienne pourraient être utilisés à l'égard du choix prévu au paragraphe 5907(2.1) R.I.R.?

Réponse de l'ARC

Les IFRS remplaceront les PCGR du Canada actuellement en vigueur comme ensemble de normes acceptable dans le *Manuel de l'ICCA*¹⁰¹ pour les entreprises ayant une obligation publique de rendre des comptes relativement aux états financiers annuels et intermédiaires des exercices qui débutent le ou après le 1^{er} janvier 2011. La plupart des sociétés privées auront aussi la possibilité d'utiliser les IFRS. Tel qu'il est mentionné dans un document de l'ARC, émis le 31 mai 2010¹⁰², où l'on est d'avis que des états financiers non consolidés d'une société fondés sur les IFRS constitueraient un point de

¹⁰¹ INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *Manuel de l'ICCA*, vol. I, Toronto, ICCA.

¹⁰² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 42, 31 mai 2010.

départ acceptable en vue de déterminer le revenu aux fins de l'impôt canadien.

En ce qui a trait aux comptes de surplus d'une SÉA d'une société résidant au Canada, la partie LIX R.I.R. prévoit les règles de calcul à respecter. Nous sommes d'avis que les états financiers d'une SÉA préparés selon les IFRS ne pourraient être utilisés aux fins de l'application du paragraphe 5907(2.1) R.I.R. que s'il s'agit d'états financiers préparés selon la loi du pays où cette société réside.