

## LES CLAUSES DE RAJUSTEMENT DE PRIX REMISES EN QUESTION ?

De nombreux observateurs ont commenté l'arrêt *St. Michael Fiducie Corp. c. Canada* (2010 CAF 309, confirmant *Garron*, 2009 CCI 450) et le nouveau critère de résidence du centre de gestion et de contrôle dorénavant applicable aux fiducies, mais peu ont parlé de l'inefficacité de la clause de rajustement de prix dans cette structure. En l'espèce, comme cela se voit couramment, le gel successoral prévoyait cette clause dans les modalités et conditions relatives aux actions privilégiées de gel encaissables par anticipation et rachetables au gré du détenteur. En théorie, une telle clause prévoit le rajustement rétroactif (*nunc pro tunc*) à la hausse ou à la baisse de la valeur de rachat globale des actions privilégiées en cas de contestation par le fisc. Un tel rajustement vise à empêcher qu'un avantage soit conféré au nouveau porteur d'actions ordinaires dont les actions auraient été émises du trésor pour une contrepartie nominale. Mais dans *St. Michael*, la clause de rajustement de prix n'a pas aidé le contribuable. Et également (cela a aussi fait l'objet d'un commentaire limité), dans *Krauss c. Canada* (2010 CAF 284, confirmant 2009 CCI 597), les parts de gel de la société de personnes comprenaient une clause de rajustement de prix qui n'avait pas non plus aidé le contribuable devant la Cour canadienne de l'impôt (CCI). Ce point ne semble pas avoir été soulevé devant la Cour d'appel fédérale (CAF) dans *Krauss*.

### Dans ce numéro

Les clauses de rajustement de prix remises en question ?	1
Le moment du choix concernant des gains en capital sur des immobilisations admissibles est important aux fins du CDC	3
Déductibilité des frais de réparation et d'entretien	4
Planification liée aux fiducies en faveur de soi-même	5
Transferts indirects et propriété indirecte	6
Planification post-mortem : Du nouveau concernant l'opération pipeline	7
Les fiducies familiales et les règles sur le statut de société rattachée	8
Failli ayant une dette fiscale	10
Remise de dette dans le cas d'une société de personnes	11

Si la clause de rajustement de prix relative aux actions privilégiées dans *St. Michael* ou aux parts de la société de personnes dans *Krauss* avait été exécutoire, la Couronne n'aurait pas pu invoquer les motifs sur lesquels elle a finalement eu gain de cause. Dans *St. Michael*, une clause de rajustement de prix exécutoire aurait pu avoir pour effet d'augmenter la valeur (pour la faire passer peut-être de 50 M\$ à 102 M\$) à imposer dans les mains de l'auteur du gel, mais le reste du gain (sur la base du prix de vente à un tiers de 532 M\$) aurait néanmoins été imposé aux mains des fiducies reconnues comme des résidents canadiens. Dans *Krauss*, une clause de rajustement de prix exécutoire n'aurait pas réglé le problème que pose le paragraphe 103(1.1), qui constituait l'un des motifs retenus par la CCI et sur lequel la CAF a fondé son jugement.

Les arrêts *St. Michael* et *Krauss* sont deux des rares causes où les tribunaux ont appliqué les jugements prononcés dans *La Reine c. Kieboom* (92 DTC 6382 (CAF)) et *Romkey et al. c. La Reine* (2000 DTC 6047 (CAF)). L'ARC a indiqué il y a longtemps (dans le document n° 922529) qu'elle n'appliquerait pas le jugement *Kieboom* dans le contexte d'un gel successoral si une fiducie a versé la JVM pour les actions ordinaires émises dans le cadre du gel. Comme une clause de rajustement de prix vise à aider à délimiter la JVM du bien transféré (à savoir le bien qui fait l'objet du gel), elle devrait, si elle est efficace, faire en sorte que la JVM des actions ordinaires après le gel soit nominale, ce qui permet le paiement d'un prix de souscription nominal pour celles-ci. Autrement dit, une clause de rajustement de prix efficace devrait empêcher l'application de *Kieboom*.

Dans *Krauss*, on a conclu à l'absence d'un élément essentiel à l'appui de la valeur des parts de gel de la société de personnes – à savoir un droit de rachat. L'ARC a indiqué que le droit de rachat au gré du détenteur ne pourrait être omis que si la JVM des actions privilégiées de gel était toujours égale à la JVM des actions ordinaires échangées, nonobstant l'absence de ce droit de rachat (2008-0285241C6, 10 octobre 2008). Dans *Krauss*, les parts ne respectaient pas ces exigences. Les parts de gel de la société de personnes ne pouvaient être rachetées unilatéralement, et la CCI a conclu que la clause de rajustement de prix ne pourrait faire en sorte que les parts aient une JVM égale à la valeur du bien transféré. Compte tenu du fait que la clause était inefficace, la CCI dans *Krauss* a appliqué *Romkey* pour conclure qu'il y avait eu un transfert de « bien » (le droit de recevoir un revenu futur) au détenteur de parts « ordinaires » de la société de personnes (une fiducie familiale), et les règles d'attribution trouvaient donc application. Nonobstant la conclusion de la CCI, on peut se demander si une clause

de rajustement de prix peut compenser un droit de rachat limité, peut-être avec une valeur de rachat plus élevée.

En soi, une clause de rajustement de prix efficace n'aurait pas permis au contribuable de gagner sa cause dans *St. Michael* et dans *Krauss*; on peut néanmoins tirer certaines leçons utiles de ces causes. Dans les deux cas, en effet, la clause de rajustement de prix dépendait d'une « détermination ». Si l'administration fiscale avait déterminé que la JVM du bien transféré (actions ordinaires de PMPL avant le gel dans *St. Michael*; bien immeuble transféré à la société de personnes dans *Krauss*) était différente du montant déterminé par la société dans *St. Michael* ou du montant total du rachat des parts dans *Krauss*, la valeur de rachat des actions privilégiées ou des parts de la société de personnes aurait été rajustée en conséquence. Dans *St. Michael*, la CAF a indiqué que « cette clause n'a jamais été invoquée étant donné qu'une telle décision n'a jamais été prise ». Dans *Krauss*, la CCI a déclaré que la Couronne « n'a pas émis d'hypothèse au sujet de l'évaluation des propriétés et aucune cotisation n'a été établie sur la base du mécanisme de réajustement du prix prévu dans le contrat de société de personnes ». Ces conclusions laissent entendre qu'il serait prudent de décrire en termes plus généraux les événements pouvant entraîner l'application d'une clause de rajustement de prix.

Il faut cependant noter que l'ARC fait référence à une « détermination » dans la description de l'objet du bulletin IT-169 : « Le présent bulletin a trait aux accords qui stipulent que, si le ministère détermine que la juste valeur marchande du bien est supérieure ou inférieure au prix autrement fixé dans l'accord, ce prix sera rajusté pour tenir compte de l'excédent ou du déficit ». La notion de « détermination » avait également été utilisée dans la clause de rajustement de prix dans *Guilder News Co. (1963) Ltd. et al. c. MRN (73 DTC 5048 (CAS))*. Le libellé de la clause avait été examiné avec soin par le juge Sheppard, minoritaire, qui avait conclu que l'administration fiscale n'avait tiré aucune conclusion à partir de la clause; elle avait plutôt établi une cotisation, mais n'avait pas fait d'évaluation (comme si une détermination s'apparentait à une évaluation formelle). Dans *Guilder News*, chacun des contribuables avait reçu une cotisation pour un avantage aux actionnaires; par conséquent, il est implicite que l'administration fiscale avait estimé que la valeur des biens transférés était supérieure à celle de la contrepartie donnée par les contribuables. Alors que dans un avis de nouvelle cotisation, on avait probablement inclus un montant dans le revenu au titre d'un avantage aux actionnaires, un montant en dollar était précisé dans les actes de procédure comme hypothèse de fait (72 DTC 6146, à la p. 6147 (CF 1<sup>re</sup> inst.)). On peut en conclure qu'un événement entraînant l'application de la clause de rajustement de prix ne devrait pas reposer uniquement sur une « détermination », mais devrait inclure un projet de cotisation ou de nouvelle cotisation fondée sur le fait que la JVM du bien transféré était supérieure ou inférieure

à la JVM des actions privilégiées émises en contrepartie. L'alinéa 85(1)e.2), les paragraphes 86(2) et 51(2) et l'alinéa 69(1)b) comportent tous une telle comparaison. Un autre événement déclencheur pourrait être un projet de cotisation ou de nouvelle cotisation fondée sur le fait qu'un avantage a été conféré dans le cadre ou en conséquence de l'opération ou de l'événement ou de la série d'opérations ou d'événements, incluant l'émission de ces actions privilégiées. Cette approche pourrait être utilisée dans des situations visées par le paragraphe 15(1). Finalement, pour répondre à une contestation fondée sur les arrêts *Kieboom* ou *Romkey*, on pourrait dire que l'événement déclencheur renvoie aussi à une disposition ou à un transfert de bien ou de droits à un autre actionnaire ou un actionnaire potentiel ou pour son bénéficiaire, même si ce concept est probablement inhérent à l'approche précédente. (Dans tout ce qui précède, on suppose l'assentiment du contribuable à la cotisation ou la nouvelle cotisation proposée.)

Dans *Guilder News*, la clause de rajustement de prix est le fondement des clauses types utilisées aujourd'hui :

[traduction] Comme il est dans l'intention du vendeur et de l'acheteur que les prix stipulés dans les présentes correspondent à la juste valeur marchande des actions achetées et vendues en vertu des présentes, les parties conviennent que si le ministre du Revenu national devait, à quelque moment par la suite, procéder à une détermination finale selon laquelle la juste valeur marchande desdites actions à la date de la présente entente est inférieure ou supérieure aux prix stipulés dans les présentes, lesdits prix seront automatiquement rajustés *nunc pro tunc* pour être conformes à cette juste valeur marchande telle qu'elle est finalement déterminée et tous les rajustements nécessaires devront être effectués, incluant le rajustement du billet mentionné ci-dessus.

Les premiers mots de la clause renvoient à l'exigence de l'ARC prévue dans l'IT-169, à savoir que l'accord reflète l'intention véritable des parties de transférer le bien à la JVM. Dans *Guilder News*, les actions avaient été vendues à la valeur nominale. Rien dans les faits ne laissait croire qu'une évaluation professionnelle avait été obtenue. Deux ans auparavant, en 1962, chacun des particuliers avait vendu les actions en question à sa propre société de portefeuille à la valeur nominale en contrepartie d'un billet. En 1964, chaque société de portefeuille leur avait revendu les mêmes actions à la valeur nominale, et les billets avaient été annulés. On a reconnu dans les faits (à la lumière du mémoire des faits et du droit des contribuables) que le prix d'achat était clairement inférieur à la JVM des actions vendues. Le juge Jackett (qui a rédigé le jugement majoritaire de la CAF) a conclu que les premiers mots de la clause ci-dessus étaient mensongers et pourraient être sans effet (si ce n'est pour prouver que la clause était un simulacre). Le juge Sheppard, s'exprimant au nom de la minorité, a conclu

sans ménagements que la clause était un simulacre parce que les parties avaient l'intention de transiger non pas à la JVM mais à la valeur nominale. (Il est intéressant de noter que, dans *Guilder News*, c'est la clause – et non l'opération ou l'accord – qui a été qualifiée de simulacre.)

De même, dans *Wagner c. Canada* (2001 CAF 319), le tribunal a conclu que les parties n'avaient pas l'intention de transiger à la JVM et qu'elles ne pouvaient s'en remettre à une clause de rajustement de prix. Une vente de bien immeuble par une société à ses actionnaires avait été effectuée sur la base d'une évaluation professionnelle datant de deux ans et demi, que l'évaluateur avait verbalement majorée de 10 % lors d'une rencontre avec des actionnaires. La valeur de l'opération était inférieure de 200 000 \$ à la valeur donnée par le propre expert en évaluation des contribuables lors du procès. Selon l'ARC, une différence « significative » entre la JVM déterminée par les contribuables et la JVM « réelle » pourrait signifier que les contribuables n'avaient pas fait d'effort véritable pour déterminer la JVM (2008-0285251C6, 10 octobre 2008). Selon l'ARC, ces circonstances pourraient faire en sorte que la clause de rajustement de prix soit ignorée, mais elle a cependant refusé de dire ce qui constituerait une différence significative.

L'IT-169 fait mention de l'établissement de la valeur par les parties par une « méthode juste et raisonnable ». Ces termes sont aussi tirés de l'arrêt *Guilder News*, où la majorité a indiqué qu'il n'y aurait pas d'avantage si l'accord : 1) précisait que le prix serait la JVM et 2) prévoyait une « méthode juste » de la déterminer. Dans le même document, on a demandé à l'ARC quelle était la signification des termes « méthode juste et raisonnable ». Elle a répondu qu'il ne suffisait de choisir une méthode d'évaluation généralement reconnue; il fallait que cette méthode soit appliquée de façon appropriée. Aucune autre indication n'a été donnée, autre que la nécessité d'un examen complet des faits.

Les contribuables seront rassurés de savoir qu'une évaluation contestée par l'ARC ne constituera pas nécessairement une présentation erronée des faits, par négligence, inattention ou omission volontaire menant à une prolongation de la période de prescription, en vertu du sous-alinéa 152(4)a(i). À la lumière de l'arrêt *Petric c. La Reine* (2006 CCI 306), à moins que l'on puisse affirmer que l'opinion du contribuable quant à la JVM est déraisonnable au point qu'elle ne peut pas être soutenue, il n'y a pas vraiment de présentation erronée. Il est cependant implicite que si le contribuable n'avait pas l'intention de transiger à la JVM, comme dans *Guilder News*, une clause de rajustement de prix dans les documents relatifs à l'opération pourrait être ignorée. Dans ce cas, une nouvelle cotisation hors du délai de prescription normal pourrait être appropriée.

*Joan E. Jung*  
Minden Gross LLP, Toronto

## LE MOMENT DU CHOIX CONCERNANT DES GAINS EN CAPITAL SUR DES IMMOBILISATIONS ADMISSIBLES EST IMPORTANT AUX FINS DU CDC

Dans certaines dispositions d'immobilisations admissibles (IA), le contribuable peut choisir en vertu du paragraphe 14(1.01) que le revenu qui en résulte soit réputé être un gain en capital. L'ARC a précisé récemment que la portion non imposable de ce gain en capital réputé est ajoutée au compte de dividendes en capital (CDC) du contribuable lorsque le choix concernant des gains en capital est produit avec la déclaration fiscale du contribuable pour l'année ou à la date antérieure à laquelle le choix est produit en même temps qu'un choix visant un dividende en capital en vertu du paragraphe 83(2) (2010-036441117, le 5 novembre 2010).

### Contexte législatif

Habituellement, lorsqu'une société « privée » canadienne dispose d'une IA, la partie non imposable du produit net reçu est ajoutée au solde du CDC après la fin de l'année d'imposition au cours de laquelle a eu lieu la disposition (paragraphe 89(1)). Un montant résultant de la disposition d'une IA ne peut être ajouté au CDC que lorsqu'il y a eu inclusion dans le revenu en vertu du paragraphe 14(1), inclusion qui doit être déterminée à la fin de l'année d'imposition. En revanche, des sommes provenant de la portion non imposable d'un gain en capital sont généralement ajoutées au solde du CDC au moment de la disposition du bien.

Un contribuable peut choisir de déclarer un gain en capital sur la disposition d'une IA dans sa déclaration fiscale en vertu du paragraphe 14(1.01), dans la mesure où certaines conditions sont respectées. Le choix ne vise que les gains, non les pertes, et il ne s'applique pas à la survaleur ou à d'autres types de biens pour lesquels on ne peut déterminer la dépense initiale.

En plus d'accélérer le moment où une somme peut être ajoutée au CDC de la société, le contribuable qui fait un choix concernant des gains en capital peut :

- demander une provision au titre des gains en capital, le cas échéant;
- obtenir à l'égard du gain le traitement à titre d'impôt remboursable;
- éventuellement utiliser des pertes en capital qui par ailleurs ne sont pas déductibles du revenu imposable.

### La position antérieure de l'ARC

L'ARC a déjà affirmé qu'un contribuable qui fait un choix concernant des gains en capital ne peut ajouter la portion non imposable du gain en capital qui en résulte au CDC

de la société tant qu'il n'a pas produit le choix concernant des gains en capital dans sa déclaration de revenus (2003-0030245, le 16 septembre 2003). Jusqu'à ce que le choix soit produit, le bien demeure une IA. En fait, l'ARC a affirmé que le contribuable doit attendre jusqu'au moment où il produit la déclaration pour l'année dans laquelle il a disposé de l'IA avant d'ajouter tout montant à son CDC.

## Modifications législatives

Suite aux modifications législatives adoptées dans le second projet de loi relatif au budget de 2006, le contribuable qui respecte tous les critères pertinents peut produire un choix concernant des gains en capital dans sa déclaration ou avec un choix visant un dividende en capital qui est produit au plus tard à la date d'échéance de production de sa déclaration pour l'année d'imposition. Il peut alors ajouter à son CDC la portion non imposable d'un gain en capital résultant de la disposition d'une IA avant de produire sa déclaration fiscale pour l'année d'imposition au cours de laquelle la disposition a eu lieu.

## Faits dans la récente IT

Le contribuable, une SPCC, a disposé d'une IA et versé un dividende qu'il a choisi de considérer comme un dividende en capital. Même si le bien respectait les exigences pour un choix concernant des gains en capital, le contribuable a produit le choix avec sa déclaration de revenus après la fin de l'année d'imposition plutôt qu'avec son choix visant un dividende en capital.

L'ARC, se fondant sur sa position publiée dans 2003-0030245, a affirmé que le CDC du contribuable ne comprenait pas le montant ajouté par suite du choix concernant les gains en capital au moment du versement du dividende en capital. Elle a indiqué en outre qu'un avis de nouvelle cotisation de l'impôt de la Partie III serait établi dans les circonstances à l'égard des excédents résultant d'un choix en vertu du paragraphe 184(2). Le contribuable a fait valoir que la loi ne permettait pas à l'ARC de refuser de prendre en considération l'inclusion dans le CDC avant la fin de l'année d'imposition du contribuable. La question était de savoir si la position formulée par l'ARC dans son interprétation technique de 2003 était toujours valide, compte tenu des modifications apportées ultérieurement au paragraphe 14(1.01).

## L'analyse de l'ARC

L'ARC a fait valoir qu'une disposition déterminative « doit être interprété[e] dans son contexte global [...] en harmonie avec l'esprit de la Loi, son objet et l'intention du législateur », comme il est mentionné dans *La Survivance* (2006 CAF 129). Il a été établi en outre dans cette cause qu'une disposition déterminative « ne modifie pas autrement la situation réelle qui doit prévaloir ». L'ARC a souligné que même si le paragraphe 14(1.01) présume qu'une disposition d'immobilisation est survenue à la date de la disposition de l'IA, ce paragraphe ne peut modifier la réalité des autres dispositions de la loi (p. ex.,

le choix visant les dividendes en capital en vertu du paragraphe 83(2) et l'impôt sur les excédents résultant d'un choix en vertu du paragraphe 184(2)). Plus précisément, l'ARC a indiqué que la « fiction légale » de la disposition déterminative du paragraphe 14(1.01) ne peut changer le fait qu'en l'occurrence, le choix visant les dividendes en capital en vertu du paragraphe 83(2) a été fait avant le choix concernant les gains en capital en vertu du paragraphe 14(1.01).

Fait intéressant, l'ARC et le contribuable ont admis tous deux qu'il n'y aurait pas eu d'excédent de dividende en capital si le choix concernant les gains en capital avait été produit en même temps que le choix visant les dividendes en capital.

## Conclusion

Si un contribuable souhaite verser un dividende en capital avant la fin de l'année d'imposition, le choix concernant les gains en capital doit être produit en même temps que le choix visant les dividendes en capital. Comme il n'existe pas de formulaire prescrit pour un choix concernant les gains en capital en vertu du paragraphe 14(1.01), il faut joindre au formulaire de choix visant les dividendes en capital une note indiquant qu'un choix est fait concernant les gains en capital.

*Deb MacPherson*  
KPMG Enterprise, Calgary

## DÉDUCTIBILITÉ DES FRAIS DE RÉPARATION ET D'ENTRETIEN

Le jugement *Janota c. La Reine* (2010 CCI 395), prononcé par la Cour canadienne de l'impôt (CCI) sous le régime de la procédure informelle, porte sur la déductibilité des frais de réparation et d'entretien d'un vieux duplex vacant dont l'appelant et son fils avaient fait l'acquisition. La moitié inférieure du duplex était louée tandis que le fils de l'appelant utilisait la moitié supérieure comme résidence principale.

Avant l'achat, le bâtiment avait fait l'objet d'une inspection visuelle, qui avait mis en lumière certains éléments nécessitant des réparations, mais l'inspecteur avait néanmoins conclu que le duplex était en état d'être utilisé et qu'on pouvait y emménager. L'appelant et son fils ont décidé de réparer le duplex au complet. Après le début des réparations relevées lors de l'inspection, on a constaté que d'autres réparations étaient nécessaires, incluant des réparations aux tuyaux, aux portes, aux plans de travail, aux plafonds, aux escaliers, aux armoires, aux installations de drainage, à la plomberie, aux planchers et à la fondation. La partie du duplex destinée à un usage locatif avait été laissée vacante pendant les réparations. Aucun permis de construction n'était requis. L'appelant, qui vivait dans une autre ville, avait engagé des frais de déplacement entre son domicile et le duplex pour y effectuer lui-même certains des travaux de



réparation et rencontrer les entrepreneurs qui effectuaient le reste des travaux. Il avait aussi engagé des frais bancaires relativement à une ligne de crédit utilisée pour les réparations.

L'ARC a refusé la déduction des frais pour deux raisons. Premièrement, les frais avaient été engagés pour améliorer le duplex et lui procurer un avantage durable, de sorte qu'ils constituaient des dépenses en capital non déductibles en vertu de l'alinéa 18(1)b). Deuxièmement, les frais avaient été engagés durant la période de construction, de rénovation ou de transformation du duplex, de sorte qu'ils n'étaient pas déductibles en vertu du paragraphe 18(3.1). Le juge McArthur a fait remarquer que l'avocate de l'intimée s'était surtout appuyée sur ce dernier paragraphe dans ses observations finales.

En ce qui a trait au paragraphe 18(3.1), la CCI a examiné les notes explicatives du ministère des Finances sur cette disposition, une analyse d'un grand cabinet d'avocats et deux décisions, *Trynchy c. La Reine* (2001 DTC 5582 (CF 1<sup>re</sup> inst.)) et *Kuhlmann c. La Reine* (95 DTC 417 (CCI)) pour conclure que la disposition renvoie uniquement aux coûts accessoires, qui, en l'espèce, correspondaient à l'intérêt bancaire, aux impôts fonciers, aux services publics, aux honoraires professionnels et à l'assurance, mais non aux réparations et à l'entretien.

Quant à savoir si les réparations et l'entretien étaient au titre du revenu ou du capital, le tribunal a cité la décision du juge Bowman dans *McLaughlin c. MRN* (92 DTC 1030 (CCI)), qui portait sur certaines réparations effectuées à une vieille maison avant sa location, incluant la peinture et la pose de papier peint, la réparation des planchers et des cloisons sèches, et le remplacement des accessoires fixes. Ces frais avaient été admis en déduction au motif que les réparations avaient permis de remettre la maison dans son état d'origine et non à apporter une amélioration structurelle durable et permanente. Le juge Bowman avait cité l'alinéa 4b) du *Bulletin d'interprétation* IT-128R, où l'ARC a essentiellement adopté la même position que le juge Bowman au sujet de la déductibilité des frais de réparation et d'entretien. Le juge McArthur a aussi cité l'arrêt *Chambers c. La Reine* ([1998] 1 CTC 3273 (CCI)), un jugement rendu sous le régime de la procédure informelle, où le juge Brûlé s'exprime en ces termes (au paragraphe 14) :

[traduction] Si les réparations permettent de garder l'immeuble dans un état pour ainsi dire identique à celui dans lequel il se trouvait avant que les réparations soient effectuées, ces réparations ont alors été, à bon droit, portées au compte des dépenses courantes mais que, si les réparations ont pour résultat un nouvel immeuble, pour ainsi dire, ou un immeuble à tout le moins très différent, elles doivent être considérées comme des dépenses en capital.

À la lumière de ce qui précède, le juge McArthur a refusé la déduction des coûts accessoires par l'appelant, a accordé les frais de déplacement (mais les a réduits à

500 \$, ce qui lui semblait raisonnable en vertu de l'article 67) et a conclu que les frais de réparation et d'entretien étaient déductibles à titre de dépenses courantes. Il a adjugé des dépens à l'appelant pour une somme plus élevée que celle qui est prévue dans le tarif pour les appels interjetés sous le régime de la procédure informelle, parce que, selon lui, la mauvaise interprétation du paragraphe 18(3.1) donnée par la Couronne pourrait bien avoir fait échec à un règlement amiable.

*Janota* n'a pas valeur de précédent (parce que le jugement a été prononcé sous le régime de la procédure informelle), mais il illustre les principes qui s'appliquent pour déterminer la déductibilité des frais liés aux réparations et à l'entretien d'un bâtiment lors du calcul du revenu en vertu de la Loi. La décision du tribunal selon lequel le paragraphe 18(3.1) ne s'applique pas aux coûts essentiels engagés dans le cadre de la réparation d'une structure risque de continuer à susciter l'intérêt pour cette cause.

*Philip Friedlan*  
Friedlan Law  
Toronto et Richmond Hill, ON

## PLANIFICATION LIÉE AUX FIDUCIES EN FAVEUR DE SOI-MÊME

La constitution d'une fiducie en faveur de soi-même est une stratégie populaire pour réduire au minimum les frais d'homologation des provinces. Les actifs sont généralement transférés par voie de roulement dans la fiducie à leur PBR de sorte qu'aucun gain en capital immédiat n'est déclenché sur les biens comportant une plus-value qui sont ainsi transférés. Souvent, le constituant de la fiducie est à la fois le fiduciaire et l'unique bénéficiaire du revenu ou du capital de la fiducie jusqu'à son décès, le conjoint survivant et/ou les enfants étant les bénéficiaires du capital résiduel au décès du constituant. Toute sa vie durant, le paragraphe 75(2) s'applique généralement : tous les revenus et les gains en capital de la fiducie sont attribués au fiduciaire constituant et ne lui procurent aucun avantage fiscal jusqu'à son décès. Mais du fait que les actifs sont transmis aux bénéficiaires visés par la fiducie plutôt que par la succession, aucuns frais d'homologation ne sont exigibles sur la valeur de ces actifs parce qu'ils ne font pas partie de la succession au moment du décès.

L'un des plus gros inconvénients de cette planification cependant est l'impossibilité de réaliser le traditionnel fractionnement du revenu après le décès du constituant avec la création d'une ou de plusieurs fiducies testamentaires dans le testament du défunt. Par exemple, si les actifs sont légués au conjoint ou aux enfants grâce à une ou à plusieurs fiducies testamentaires constituées dans le testament du défunt, le revenu gagné dans ces fiducies après le décès pourrait être imposé dans la fiducie aux taux progressifs du paragraphe 104(23). (En Ontario,

l'économie d'impôt pourrait s'élever à environ 17 000 \$ par année par fiducie.)

Même si la fiducie en faveur de soi-même comporte des dispositions particulières qui définissent ce qui doit être fait des actifs de la fiducie au décès du constituant, la fiducie ainsi constituée ne pourra jamais être testamentaire puisqu'elle ne découle pas d'un décès – la principale condition qu'une fiducie testamentaire doit remplir aux fins de l'impôt en application du paragraphe 108(1). Ainsi, une fiducie en faveur de soi-même restera toujours une fiducie non testamentaire et elle ne pourra donc pas bénéficier des avantages offerts par les taux progressifs, réduisant ainsi à néant toute possibilité de fractionnement du revenu après le décès.

Mais est-il possible d'avoir le beurre et l'argent du beurre ? Supposons que Susanne, une résidente de l'Ontario, dispose de 5 millions \$ qu'elle souhaite léguer à ses deux enfants. Elle souhaite éviter l'impôt sur l'administration des successions de 1,5 % de l'Ontario et donner l'occasion à chacun de ses enfants d'avoir un autre accès aux taux progressifs sur les revenus que procureront ses placements après son décès. Susanne constitue une fiducie en faveur d'elle-même en se désignant elle-même unique fiduciaire et bénéficiaire du revenu et du capital jusqu'à son décès, et en désignant ses enfants comme bénéficiaires du revenu et du capital à son décès et fiduciaires successeurs de la fiducie en sa faveur.

Susanne prête ensuite 5 millions \$ à la fiducie en sa faveur en échange d'un billet à ordre payable sur demande ne portant pas intérêts. Le billet est rédigé de façon à régler les questions de prescription et à décrire aussi, le cas échéant, les conditions qu'elle doit respecter pour que le passif visé par le billet ne vienne pas à échéance. Elle signe les documents appropriés en son nom propre et en sa qualité de fiduciaire. Les fonds sont investis dans un portefeuille diversifié de titres. Le revenu et les gains en capital gagnés par la fiducie sont attribués à Susanne et imposés chaque année à titre de revenu par l'application du paragraphe 75(2).

Au décès de Susanne, les actifs dans la fiducie en faveur d'elle-même sont assujettis à une disposition présumée en vertu de l'alinéa 104(4)a). Tout gain en capital réalisé à la disposition présumée est imposable pour la fiducie : la disposition présumée de l'alinéa 104(4)a) survient à la fin de la journée au cours de laquelle le constituant décède, et le paragraphe 75(2) ne s'applique pas au gain ou à la perte (2001-0114045, 11 juillet 2002). Après le paiement de l'impôt, la fiducie rembourse le billet à ordre à la succession, par la liquidation des placements ou grâce à un transfert en nature à la succession.

Susanne pourrait prévoir dans son testament que dans la mesure où le montant du prêt au décès dépasse les actifs utilisés dans la fiducie pour le rembourser, cette partie de la dette est remise. Dans la mesure où les actifs dans la fiducie dépassent les impôts et le capital du prêt, ces actifs restent dans la fiducie en faveur de Susanne et sont assujettis à ses dispositions. Selon celles-ci, il en

reviendra aux enfants de décider s'ils veulent rembourser l'excédent ou laisser la somme dans la fiducie.

La succession dispose toujours d'un actif d'une valeur de 5 millions \$, soit la somme due à Susanne par la fiducie. Cet actif est légué en tant que bien personnel par l'exécuteur de la succession. En Ontario toutefois, pour les besoins de l'impôt sur l'administration de la succession uniquement, il est possible d'ajouter à la valeur de la succession les actifs qui sont légués en vertu du testament devant être homologué (*Granovsky Estate c. Ontario*, 1998 CanLII 14913 (CS de l'Ontario)). Il est presque certain que les exécuteurs (vraisemblablement les enfants) n'exigeront pas l'homologation pour être convaincus qu'ils reçoivent un titre valable pour le prêt. Si Susanne a préparé un testament ne couvrant que ce prêt, ou si elle s'en est chargée dans un testament qui ne couvre que les actifs pour lesquels on présume que l'homologation n'est pas nécessaire, alors aucun droit d'homologation ne s'applique au testament portant sur le prêt et donc aucun impôt sur l'administration de la succession n'est payé sur sa valeur. Le (deuxième) testament couvrant les actifs du prêt prévoit la création de deux fiducies testamentaires pour les enfants de Susanne. Le produit du billet à ordre servira à financer les deux fiducies testamentaires, qui sont imposées en conséquence de façon continue, ce qui permet le fractionnement du revenu recherché dont il est question ci-dessus.

Cette stratégie reposant sur plusieurs testaments fonctionne en Ontario. Dans d'autres provinces cependant (notamment là où les droits d'homologation sont élevés comme en Colombie-Britannique et en Nouvelle-Écosse), cette stratégie peut fonctionner uniquement si le seul testament du défunt ne nécessitait pas par ailleurs une homologation, c.-à-d. qu'il couvre la totalité des actifs du défunt et aucun d'entre eux ne nécessite l'affirmation ou l'établissement d'une homologation.

*Jamie Golombek*

Gestion privée de patrimoine CIBC, Toronto

## TRANSFERTS INDIRECTS ET PROPRIÉTÉ INDIRECTE

Les arrêts *Garron* (2009 CCI 450) et *St. Michael Trust* (2010 CAF 309) sont maintenant bien connus dans le milieu fiscal canadien pour avoir établi que la résidence d'une fiducie se situe là où se situent sa gestion centrale et son contrôle. Jusque-là, se fondant sur l'arrêt *Thibodeau* (78 DTC 6376 (CF 1<sup>re</sup> inst.)), la plupart des fiscalistes considéraient que la résidence d'une fiducie dépendait de la résidence de la majorité de ses fiduciaires. Dans le présent article, on aborde certains autres commentaires importants énoncés dans *Garron* et *St. Michael* relativement à la notion de « transfert indirect » de biens.

En bref, des résidents canadiens avaient échangé leurs actions ordinaires de SCAN pour des actions de gel

rachetables de SCAN. (La valeur des actions de gel avait été intentionnellement fixée à la même valeur que celle des actions cédées.) Une autre société canadienne (SGEL) avait ensuite souscrit de nouvelles actions ordinaires de SCAN pour des prix de souscription symboliques. La différence entre cette réorganisation et un gel successoral ordinaire tenait au fait que SGEL était détenue par des fiducies de la Barbade dont les fiduciaires résidaient à la Barbade.

Considérant le fait que les actions de gel valaient beaucoup moins que les actions ordinaires cédées, s'inspirant de l'arrêt *La Reine c. Kieboom* (92 DTC 6382 (CAF)), la CAF a conclu que les auteurs du gel avaient transféré indirectement des biens à SGEL. La question était de savoir si les fiducies de la Barbade avaient ou non acquis des biens, directement ou indirectement, de quelque manière, auprès des auteurs du gel. Dans l'affirmative, les fiducies étaient des résidents du Canada en vertu de l'alinéa 94(1)b) comme il se lisait à cette époque. La CCI a affirmé qu'il n'y avait pas eu d'acquisition indirecte par les fiducies. La CAF a soutenu pour sa part qu'il y avait eu un transfert indirect de biens aux fiducies.

Notez la subtile différence entre la phraséologie de la CCI et celle de la CAF. L'ancien alinéa 94(1)b) et la CCI dans sa décision parlaient d'une « acquisition » indirecte de biens, tandis que la CAF a fondé sa conclusion sur l'hypothèse qu'il y avait eu un « transfert » indirect de biens. Citant une décision antérieure dans *Kieboom*, la CAF a affirmé qu'une opération qui fait passer la valeur d'une catégorie d'actions à une autre peut être considérée comme un transfert de biens entre les détenteurs des catégories d'actions en cause. L'approche retenue par la CAF dans *St. Michael* pourra en surprendre certains, à moins que les termes aient la même signification, ce qui paraît implicite dans le raisonnement de la CAF mais n'y est pas expliqué. On notera en outre que, dans *Kieboom*, le transfert avait été fait directement à la conjointe et aux enfants du contribuable. Le transfert n'était indirect que dans le sens où le contribuable n'avait pas transféré d'actions à des membres de sa famille; il leur avait plutôt permis de souscrire des actions du trésor pour des montants nominaux alors qu'ils auraient dû payer bien davantage.

L'arrêt *Army and Navy* (53 DTC 1185 (GSC)) confirme l'assertion selon laquelle un actionnaire ne détient pas, directement ou indirectement, les biens qui appartiennent en fait à la société dont il est actionnaire. Il est donc clair qu'un actionnaire n'acquiert pas, directement ou indirectement, les biens acquis par sa société. Cependant, comme on l'a vu plus haut, dans *St. Michael*, la CAF semble dire qu'un transfert de valeur entre des catégories d'actions constitue un transfert indirect de biens aux actionnaires de la société qui est la bénéficiaire directe. Je suis respectueusement en désaccord avec conclusion. Plus particulièrement, la conclusion semble ignorer l'exigence selon laquelle, pour ramener l'ancien alinéa 94(1)b), les fiducies devraient avoir acquis les biens transférés à SGEL. Selon moi, il est peu probable que les biens puissent avoir été acquis sans qu'ils aient été la propriété de l'acquéreur.

Si j'ai raison, la cour semble avoir passé outre à *Army and Navy*, même si elle a expressément affirmé (au paragraphe 79) que sa conclusion ne violait pas le principe voulant que les biens d'une société ne soient pas la propriété des actionnaires.

Nombre d'entre nous seront probablement étonnés de la conclusion de la CAF (je note au passage que le juge de la CCI n'a pas estimé que cette interprétation était bonne); toutefois, en attendant un jugement contraire de la Cour suprême, cette interprétation demeure la bonne. Dans cette optique, j'aimerais m'arrêter au principe de la propriété « indirecte » au regard de deux autres dispositions de la Loi.

Les règles d'attribution à une société du paragraphe 74.4(2) pourraient faire qu'un avantage soit imposé entre les mains d'un particulier qui transfère un bien à une société pour le bénéfice direct ou indirect de certains actionnaires. La question ici n'est pas de savoir si les actionnaires ont acquis ou non la propriété indirecte du bien, mais s'ils ont reçu ou non un avantage indirect. À mon avis, si un bien est transféré à une société, il est raisonnable de considérer que le transfert est fait au bénéfice des actionnaires de la société.

En revanche, le paragraphe 75(2) peut faire en sorte que soient attribués à celui qui cède un bien à une fiducie les revenus, pertes, gains en capital et pertes en capital de la fiducie ayant trait à ce bien. Il y aura attribution si, sous réserve d'un certain nombre de règles, le bien est détenu par la fiducie à la condition qu'il puisse retourner à la personne de qui il a été reçu, directement ou indirectement. Si une personne transfère un bien à une société détenue par une fiducie, la fiducie « détient-elle » le bien ? La fiducie a-t-elle « reçu » le bien du cédant ? Selon moi, la réponse à ces deux questions devrait être négative. Cependant, même s'il n'y avait pas lieu d'analyser les mots « détenu » et « reçu » dans *Garron* et *St. Michael*, quelqu'un qui partirait du raisonnement de la CAF dans *St. Michael* pourrait aboutir à une conclusion différente.

*Perry Truster*  
Truster Zweig LLP  
Richmond Hill, ON

## PLANIFICATION POST-MORTEM : DU NOUVEAU CONCERNANT L'OPÉRATION PIPELINE

Le présent article fait suite à la parution de l'article intitulé « Planification post mortem : Est-ce que l'opération < pipeline > fonctionne ? » (*Actualités fiscales pour les propriétaires exploitants*, janvier 2011). Nous commentons ci-après une récente demande de décision anticipée (2010-0389551R3) sur un projet d'opération pipeline. Le contribuable a retiré sa demande, mais la décision a tout de même été publiée par l'ARC. Les faits de la décision sont les suivants.

À son décès, le contribuable était le seul actionnaire de Spor, dont le seul actif était un montant en espèces. Spor était inactive et elle n'exerçait pas d'activité de placement. La succession envisageait de réaliser une planification après le décès mettant en cause des opérations de report rétrospectif de pertes en application du paragraphe 164(6), ou l'opération pipeline. Le contribuable avait demandé la confirmation que si l'opération pipeline était réalisée, les paragraphes 84(2) et 245(2) ne s'appliqueraient pas de façon à donner lieu au versement d'un dividende plutôt qu'à un gain en capital sur le rapatriement des fonds dans la succession. De l'avis de l'ARC, cette opération pipeline, si elle était mise en œuvre, donnerait lieu à un versement de dividendes à la succession. Pour cette raison, la succession a retiré sa demande de décision anticipée. Plusieurs points méritent d'être relevés :

- 1) La réponse de l'ARC était conforme à la réponse qu'elle avait fournie en 2010 dans le cadre de la conférence de l'APFF sur un ensemble de faits comparables. Les sociétés dont la seule activité au décès du contribuable est de détenir des liquidités feront l'objet d'une cotisation en vertu du paragraphe 84(2) si la totalité des liquidités est distribuée aux actionnaires sans le paiement d'un dividende.
- 2) Le document ne dit pas quelle serait la réponse de l'ARC si une société dont l'activité consiste à détenir des placements passifs procédait à leur liquidation après le décès de son actionnaire et versait la totalité des fonds à la succession dans le cadre d'une opération pipeline. Le paragraphe 84(2) s'applique lorsque les fonds sont distribués aux actionnaires à la liquidation, à la cessation des activités ou à la restructuration de l'entreprise et que le montant distribué dépasse la réduction du capital versé attribuable à la distribution. D'après la position prise par l'ARC lorsque la société ne détient que des liquidités, il est vraisemblable qu'elle adopte la même position lorsque les actifs de la société sont des placements passifs qui sont liquidés peu après le décès de l'actionnaire.
- 3) L'ARC donne une interprétation large du paragraphe 84(2) et elle ne tient pas compte des paiements faits aux actionnaires en règlement d'une dette due si le paiement de la dette est fait à la liquidation, à la cessation des activités ou à la restructuration de l'entreprise. À première vue, le paragraphe ne s'applique que s'il y a une réduction du capital versé attribuable à la distribution effectuée par suite de la cessation des activités, etc. Hormis une action fondée sur la RGAE, il est difficile de voir de quelle façon le paragraphe peut soutenir la position de l'ARC lorsque les fonds sont versés à la succession en règlement de la dette contractée dans l'opération pipeline et non pas à titre de distribution en règlement du capital versé non acquitté. L'interprétation de l'ARC semble bien ne pas tenir compte des paiements versés en

règlement de la dette due aux actionnaires, peu importe que la dette ait été créée par un roulement respectant les conditions de l'article 84.1 ou qu'elle découle des opérations commerciales habituelles.

- 4) L'application éventuelle de la RGAE dans ces situations soulève des questions intéressantes. L'une d'elles consiste à savoir si l'opération pipeline sera considérée comme un abus de la Loi si elle fait partie d'une série d'opérations dans le cadre desquelles l'entreprise d'une société cesse ses activités. Un courant jurisprudentiel amorcé avec l'affaire *McNichol* (97 DTC 111 (CCI)) soutient le principe qu'un surplus bloqué dans une société ne peut en être extrait et imposé qu'en tant que dividende. Toutefois, le jugement plus récent dans l'affaire *Collins & Aikman* (2010 CAF 251) remet en question la validité de ce principe.

Le jugement implique fortement qu'en ce qui concerne l'ARC, le report rétrospectif des pertes du paragraphe 164(6) est la seule planification post-mortem valable qui reste envisageable, surtout lorsque la société cessera ses activités dans le cadre de la planification post-mortem. Comme nous l'avions observé dans notre article précédent, la planification fondée sur le paragraphe 164(6) n'est souhaitable que s'il y a assez de fonds dans le CDC et/ou à titre de l'IMRTD pour couvrir le dividende présumé versé à la succession. Nous croyons que l'opération pipeline peut tout de même être acceptable lorsque seule une liquidation partielle est nécessaire, ou lorsqu'il s'écoule une période avant le remboursement du billet à la succession et que l'entreprise de la société d'exploitation sous-jacente poursuit ses activités dans l'intervalle.

Même si on n'y retrouve pas une analyse complète des paragraphes 84(2) et 245(2), la décision anticipée trace encore plus clairement la ligne de démarcation entre le dépouillement des surplus et ce que l'ARC estime être une opération pipeline acceptable. La décision augmente les probabilités qu'à l'instar des dinosaures, l'opération pipeline disparaisse définitivement alors que l'ARC limite son application à un ensemble de plus en plus étroit de faits post-mortem.

*Nick Moraitis*  
Fuller Landau LLP, Montréal

*Manu Kakkar*  
Taxspecialistgroup.ca

## LES FIDUCIES FAMILIALES ET LES RÈGLES SUR LE STATUT DE SOCIÉTÉ RATTACHÉE

Les règles sur le statut de société rattachée sont contenues dans le régime de l'impôt de la partie IV à l'article 186. L'impôt de la partie IV est prélevé sur les dividendes imposables reçus par des sociétés privées et il est remboursable lorsque les dividendes imposables sont par



la suite versés à leurs actionnaires. Toutefois, si les deux sociétés sont rattachées, l'impôt de la partie IV ne s'appliquera qu'à concurrence du montant reçu par la société payante au titre du remboursement de dividendes. Les dividendes imposables des fiducies familiales discrétionnaires entre vifs qui sont transférés à des sociétés bénéficiaires peuvent aussi être assujettis aux règles de la partie IV.

Les règles sur le statut de société rattachée peuvent avoir une incidence sur la planification fiscale de l'entreprise des propriétaires exploitants, surtout lorsque l'entreprise est bénéficiaire d'une fiducie familiale.

## Vue d'ensemble

Aux fins de l'impôt de la partie IV, une société payante est rattachée à une autre société 1) si elle est contrôlée par elle, ou 2) si l'autre société détient plus de 10 % des droits de vote et plus de 10 % de la valeur des actions. L'ARC a indiqué que la « propriété » n'est pas élargie pour qu'elle comprenne la propriété indirecte pour déterminer si les deux sociétés sont rattachées (2002-0141295, 21 octobre 2002). En outre, toutes les actions émises et en circulation comportant un plein droit de vote en toute circonstance doivent être prises en compte dans la détermination du seuil de plus de 10 % des votes (2010-035955117, 23 avril 2010). On doit donc faire preuve de prudence lorsqu'on autorise une catégorie d'actions assortie de droits de vote spéciaux.

## Élargissement du critère de contrôle

Le concept du « contrôle » est élargi en application du paragraphe 186(2) pour englober les actions détenues par des personnes liées. Une société est réputée être rattachée à une autre si plus de 50 % de ses actions émises et en circulation comportant un plein droit de vote en toute circonstance sont détenues par l'autre société et les personnes avec qui elle a un lien de dépendance, y compris les personnes liées. (Voir l'article intitulé « Le test de la société rattachée et l'exemption pour gains en capital », *Actualités fiscales pour les propriétaires exploitants*, octobre 2010.) Toutefois, les droits futurs ou conditionnels (p. ex. de faire l'acquisition d'actions ou de droits de vote) auxquels il est fait allusion à l'alinéa 251(5)b) ne sont pas pris en compte pour déterminer s'il y a un contrôle dans cette situation.

## Intermédiaire

L'ARC a confirmé que l'impôt de la partie IV s'applique aux dividendes versés à une fiducie puis attribués à une société bénéficiaire sauf si les sociétés sont rattachées. (2005-0121931E5, 24 octobre 2005).

## Éléments de planification

Les fiducies familiales sont utiles non seulement pour faciliter le fractionnement du revenu et du capital entre

les membres de la famille, mais aussi dans d'autres types de planification fiscale. Les fiducies familiales peuvent être utilisées dans le cadre de stratégies de purification visant à maintenir le statut de petite entreprise d'une société. Cette stratégie est avantageuse pour préserver l'admissibilité à l'exemption des gains en capital de l'article 110.6 et pour éviter l'application éventuelle des règles d'attribution pour les sociétés de l'article 74.4.

Par exemple, un excédent de trésorerie généré par la société peut être versé à titre de dividende sur les actions détenues par la fiducie familiale et attribué aux bénéficiaires de ses revenus. Toutefois, les propriétaires exploitants peuvent hésiter à payer de l'impôt de façon prématurée sur des fonds dont ils n'ont pas besoin pour assumer leurs frais personnels. La conservation de l'excédent de trésorerie peut facilement mener à la perte du statut de petite entreprise. L'inclusion des bénéficiaires dans la structure de l'entreprise peut permettre d'éviter ces deux conséquences préjudiciables. Cela dit, si une société bénéficiaire n'est pas rattachée à la société payante, l'impôt de la partie IV peut être levé jusqu'à ce que les dividendes imposables soient payés par la société bénéficiaire.

## Exemple

Supposons que Bruno et Michel, qui ne sont pas des personnes liées, détiennent respectivement 75 % et 25 % de Sodex, qui est évaluée à 5 millions \$. Ils procèdent à un gel successoral en vertu duquel Bruno et Michel constituent chacune une fiducie familiale. Chaque fiducie familiale souscrit de nouvelles actions de Sodex de façon à participer à la croissance future de l'entreprise. Les deux fiducies familiales comprennent des sociétés bénéficiaires, les sociétés B et M, qui sont contrôlées respectivement par Bruno et par Michel.

Si les fiducies familiales souscrivent directement les nouvelles actions de Sodex, en vertu des règles sur le statut de société rattachée, les dividendes versés à la fiducie familiale de Michel et ensuite attribués à M seront assujettis à l'impôt de la partie IV puisque la société M n'est pas liée à Sodex (c.-à-d. que Michel contrôle M mais n'est pas lié à Bruno, lequel contrôle Sodex). Même si la fiducie détient plus de 10 % des nouvelles actions de Sodex, la société M ne détient directement aucune action de Sodex. L'ARC interprète la législation de façon qu'il doive y avoir une propriété directe d'actions par le destinataire du dividende, comme indiqué ci-dessus. En outre, les nouvelles actions détenues par la fiducie familiale de Michel peuvent ne pas compter pour plus de 10 % de la valeur de Sodex avant encore quelque temps. Cela serait également vrai si Bruno et Michel détenaient un pourcentage égal des actions de Sodex.

Pour résoudre ce problème, Bruno et Michel peuvent se tourner vers une stratégie de gel successoral par société de portefeuille et faire en sorte que Michel transfère en report d'impôt ses actions ordinaires de Sodex à Spor M, en contrepartie d'actions privilégiées à valeur fixe correspondant à la pleine valeur de ses actions ordinaires

de Sodex. Il possède également le contrôle des voix de Spor M, possiblement grâce à une catégorie distincte d'actions avec droit de vote. Les actions ordinaires de Spor M sont par la suite émises à la fiducie familiale de Michel en contrepartie de leur JVM. Bruno effectue la même démarche avec Spor B.

Sodex et Spor M sont maintenant rattachées en vertu du critère de 10 % des votes et de la valeur. Les dividendes sont acheminés de Sodex à Spor M et Spor B ne paie pas d'impôt de la partie IV, sauf si un remboursement au titre de dividendes est reçu par Sodex. Après quoi, les dividendes sont versés à M par Spor M au moyen d'une attribution par la fiducie familiale de Michel : les deux sociétés sont rattachées parce que Michel et/ou les membres liés de sa famille conservent le contrôle des voix.

L'ARC a indiqué que la RGAE s'appliquera lorsqu'une entente est conclue en vue d'éviter l'impôt de la partie IV (*Circulaire d'information* 88-2, paragraphe 14).

Toutefois, les faits hypothétiques dans l'exemple ci-dessus peuvent être écartés de ceux qui ont été pris en compte par l'ARC, et qui mettaient en cause deux sociétés privées non liées chacune d'elles détenant moins de 10 % des actions ordinaires de la société payante. Les deux sociétés privées ont transféré leurs actions respectives dans Nouvelle, une entité nouvellement constituée, pour réunir leurs actions et espérer ainsi remplir le critère du 10 % des votes et de la valeur. Nouvelle serait donc rattachée à la société payante.

## Conclusion

Les sociétés bénéficiaires peuvent jouer un rôle important dans la planification de l'entreprise des propriétaires exploitants. Elles offrent un moyen de purifier Sodex pour les besoins de l'exemption des gains en capital et des règles d'attribution pour les sociétés. Cela dit, à la lumière de ce qui précède, il importe aussi de voir aux règles sur le statut de société rattachée.

Dans un prochain numéro, nous étudierons les règles sur les fiducies avec droit de retour ainsi que les développements récents qui les concernent.

*Marc D. Léger*

Ernst & Young LLP, Dieppe, NB

*Hugh C. Neilson*

Ernst & Young LLP, Edmonton

## FAILLI AYANT UNE DETTE FISCALE

Dans *Re: Berenbaum* (2011 ONSC 72), la question était de savoir si un contribuable avec un historique de faillite pouvait être libéré d'une deuxième faillite résultant en totalité de dettes fiscales. Le registraire en matière de faillite avait refusé la demande de libération.

Le contribuable était un comptable agréé et syndic de faillite prospère. En 1991, il avait commencé à voler son cabinet et diverses successions dont il était responsable. Après s'être fait prendre, il avait plaidé coupable et

remboursé l'argent. L'ARC lui avait émis une cotisation pour l'impôt sur l'argent volé non déclaré. À cause de cette cotisation et d'autres dettes, le contribuable avait déclaré faillite, et lors de sa libération (qui est habituellement automatique pour une première faillite), il avait été libéré de sommes de 990 000 \$ d'impôt sur le revenu et de 14 000 \$ de TPS dues à la Couronne.

Ayant perdu ses titres professionnels, le contribuable avait commencé à travailler à titre de consultant indépendant pour une société appartenant à un ami. Il gagnait entre 45 000 \$ et 60 000 \$ par année, plus une prime de rendement annuelle d'environ 100 000 \$. Il prétendait avoir utilisé l'argent principalement pour financer la totalité ou une partie des études collégiales et universitaires de neuf membres de sa famille, incluant enfants, beaux-enfants et neveux et nièces. Pendant cette période, il n'avait inscrit aucune des primes sur ses déclarations de revenus. De plus, il facturait la TPS sur son revenu régulier de consultation, mais avait omis de verser quoi que ce soit à la Couronne.

L'ami du contribuable a décidé de fermer l'entreprise et le contribuable a déclaré faillite (parce que la société aurait eu à comptabiliser les primes non gagnées, ce qui aurait révélé l'impôt à payer sur ces montants). Ce n'est qu'après avoir déclaré faillite que le contribuable avait produit une déclaration de revenus, inscrivant erronément dix années de primes au rendement comme revenu d'une seule année d'imposition. L'ARC et le ministère des Finances de l'Ontario étaient les seuls créanciers de la deuxième faillite.

## Positions sur la demande de libération

Le syndic s'est « théoriquement opposé » à la libération, principalement au motif que le contribuable avait omis de payer tout revenu excédentaire au syndic, même si lui et son épouse, comme unité familiale, gagnaient mensuellement environ 1 100 \$ par mois de plus que les normes du surintendant applicables à une famille de deux personnes. Le syndic a suggéré que le contribuable soit tenu de verser 100 000 \$ comme condition de sa libération. L'ARC s'est opposée à la libération; par ailleurs, elle a suggéré que le contribuable verse plutôt une somme de 120 000 \$ comme condition de sa libération.

## Décision du registraire

Après examen des antécédents du contribuable et des circonstances de sa faillite actuelle, le registraire a conclu que le contribuable n'était pas réhabilité et ne montrait aucun signe à cet égard. Selon lui, le contribuable n'avait imposé aucun régime minceur à sa famille, et il semblait vouloir obtenir sa libération pour pouvoir disparaître dans l'anonymat encore une fois. Il n'y a aucun doute, selon le registraire, que le fait de lui accorder une libération reviendrait à l'encourager à poursuivre dans la même voie.

Citant l'importance de la confiance du public dans le régime d'insolvabilité et pour dissuader d'autres personnes qui pourraient tenter d'éluider l'impôt en déclarant faillite, le registraire a refusé la libération du contribuable, en qualifiant les montants en dollars suggérés par l'avocat comme condition à sa libération d'affront complet à l'intégrité du régime d'insolvabilité. Il a ensuite suspendu la procédure en vertu de l'article 69.4 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (LFI), pour permettre à l'ARC de commencer à tenter de percevoir immédiatement sa créance du contribuable.

Le registraire a semblé accorder une très grande importance au fait que le contribuable, un ancien professionnel de la fiscalité et de la comptabilité, avait utilisé ses connaissances non pas à des fins justes et légitimes, mais pour échapper aux conséquences de ses propres méfaits. Autre élément très préoccupant, le fait que les dettes du contribuable étaient des dettes d'impôt, qui ont un statut spécial non seulement quant à leur usage et à l'équité d'un régime où chacun paie sa part, mais également à cause du fait que les administrations fiscales sont des créanciers involontaires. Le registraire a noté que le failli devait une fois pour toutes savoir qu'il doit payer ses impôts.

## Commentaire

Le résultat de l'audition de cette demande de libération – refus et levée de la suspension prévue à l'article 69.4 de la LFI – doit être vu comme étant exceptionnel et influencé, dans une large mesure, par une situation de fait inhabituelle.

Le régime d'insolvabilité vise à donner aux faillis honnêtes et privilégiés un nouveau départ et une possibilité de se réhabiliter financièrement. Dans la plupart des cas, les faillis suivent les instructions du syndic, se serrent la ceinture et obtiennent une libération automatique. Dans des cas comme *Berenbaum*, où le débiteur n'est pas coopératif, n'affiche aucun regret et a déjà été libéré d'une faillite, le tribunal doit prendre ces facteurs en considération et peut accorder une libération conditionnelle (habituellement conditionnelle au paiement d'une somme d'argent) ou une libération suspendue (où la libération est suspendue pendant une période de temps), ou encore il peut refuser d'accorder une libération.

Des modifications récentes apportées à la LFI peuvent rendre l'obtention d'une libération plus difficile pour les faillis qui ont une dette d'impôt sur le revenu substantielle. L'article 172.1 de la LFI (adopté en 2005 et en vigueur en date du 18 septembre 2009) contient de nouvelles règles applicables au « failli ayant une dette fiscale », qui s'entend d'un failli qui a une dette fiscale impayée d'au moins 200 000 \$ représentant 75 % ou plus de la totalité des réclamations non garanties.

La libération d'un failli ayant une dette fiscale n'est pas automatique; le failli doit demander sa libération au tribunal. Le tribunal doit prendre en considération les quatre facteurs suivants pour déterminer l'issue de l'audition :

- 1) la situation du failli au moment où il a contracté la dette fiscale;
- 2) les efforts qu'il a déployés pour rembourser la dette fiscale;
- 3) les versements qu'il a effectués, le cas échéant, à l'égard d'autres dettes tout en omettant de déployer les efforts voulus pour rembourser sa dette fiscale;
- 4) sa situation financière à venir.

Le tribunal ne peut accorder une libération absolue au failli ayant une dette fiscale. Il doit plutôt accorder une libération suspendue ou conditionnelle ou encore refuser carrément la libération.

Il ne semble pas exister actuellement de jugements publiés où l'on cite l'article 172.1 de la LFI. Nous prévoyons cependant que dans les années à venir cet article jouera un plus grand rôle dans les auditions de demande de libération lorsque l'ARC est le principal créancier.

*Robert G. Kreklewitz et John Bassindale*  
Millar Kreklewitz LLP, Toronto

## REMISE DE DETTE DANS LE CAS D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES

Les dispositions des articles 80 à 80.04 relatives à la remise de dette exigent généralement du contribuable qui a bénéficié d'une remise de dette qu'il prenne une ou plusieurs des mesures suivantes : 1) réduire ses propres attributs fiscaux du « montant remis » de la dette, 2) faire en sorte qu'un « cessionnaire admissible » réduise ses propres attributs fiscaux ou 3) inclure la moitié du montant résiduel dans son revenu.

Pour réduire les attributs fiscaux, on procède en général dans l'ordre déterminé par les règles des paragraphes 80(3) à (11), sous réserve de la possibilité de modifier cet ordre par des désignations appropriées dans le cas de certains attributs. Plus particulièrement, une fois que les pertes du contribuable ont été réduites en vertu des paragraphes 80(3) et (4), et si les montants maximaux ont été désignés en vertu des paragraphes 80(5), (7) et (8), le contribuable peut choisir de réduire (dans l'ordre suivant) le PBR des biens suivants :

- 1) les immobilisations (autres que des actions et des dettes émises par des sociétés dont le contribuable est un actionnaire déterminé, des participations dans des sociétés de personnes qui sont liées au contribuable, et certains autres biens exclus) (paragraphe 80(9));
- 2) les actions et dettes émises par des sociétés dont le contribuable est un actionnaire déterminé (autres que des actions et des dettes émises par des sociétés qui sont liées au contribuable et certains autres biens exclus) (paragraphe 80(10)); et
- 3) les actions et dettes qui sont des immobilisations (autres que des biens dont le PBR est réduit en vertu du paragraphe 80(9) ou (10)) et les participations

dans des sociétés de personnes qui sont liées au contribuable (autres que certains biens exclus) (paragraphe 80(11)).

Si une partie quelconque d'un montant remis est appliquée en vertu du paragraphe 80(11), le contribuable doit quand même prendre en considération tout ou partie de cette partie du montant remis dans le calcul du montant à inclure dans son revenu en vertu du paragraphe 80(13) à moins que des « personnes désignées », au sens du paragraphe 80(1), quant au contribuable aient des attributs fiscaux. Par conséquent, une réduction en vertu du paragraphe 80(11) peut être beaucoup moins efficace qu'une réduction en vertu du paragraphe 80(9). En outre, il n'est pas possible d'utiliser le paragraphe 80(11) pour absorber un montant remis qui est transféré à un contribuable en vertu de l'article 80.04.

Dans une récente interprétation technique (IT) (2010-0371021E5, 10 janvier 2011), l'ARC a analysé une situation où une société ayant bénéficié d'une remise de dette (SRD) avait également une créance sur une société de personnes liée. Dans la situation décrite dans l'IT, SRD était une actionnaire déterminée d'une société qui était une associée de la société de personnes. L'ARC a conclu que SRD pouvait, en vertu de la règle plus favorable du paragraphe 80(9), réduire le PBR de la dette émise par la société de personnes en faveur de SRD. Ce résultat découle du libellé du paragraphe 80(9), qui exclut tant les actions que les dettes émises par des sociétés dont le contribuable est un actionnaire déterminé, mais n'exclut que les titres de propriété des sociétés de personnes qui sont liées au contribuable. Par conséquent, les règles relatives à la remise de dette font la distinction entre les dettes et les titres de propriété des sociétés de personnes qui sont liées à un contribuable, et la situation dans laquelle des sociétés sont liées à un contribuable.

L'ARC a conclu expressément qu'aux fins des règles relatives à la remise de dette, une dette émise par une société de personnes ne sera pas considérée comme émise par ses associés (qui, en l'occurrence, incluaient la société qui était une associée), à la condition que la société de personnes soit une société de personnes de bonne foi et que les associés soient solidairement responsables de ses dettes. Par conséquent, le paragraphe 80(9) n'interdisait pas à SRD de réduire le PBR de la dette que la société de personnes avait émise en sa faveur parce que SRD était une actionnaire déterminée de la société qui était une associée.

Les commentaires de l'ARC semblent renforcer le traitement (allègement) spécial accordé aux sociétés de personnes ailleurs dans les règles concernant les remises de dette (voir, par analogie, les notes explicatives du ministère des Finances concernant le paragraphe 80(15) et l'exception de l'alinéa k) de la définition du « montant remis » du paragraphe 80(1)).

Ce traitement d'une dette émise par une société de personnes a deux conséquences significatives. En premier lieu, toute réduction du PBR d'une dette émise par une société de personnes liée (en vertu du paragraphe 80(9)) a pour effet de réduire le montant inclus dans le revenu du contribuable en vertu du paragraphe 80(13). Une réduction soit du PBR d'une action ou d'une dette émise par une société liée ou du PBR d'une participation dans une société de personnes liée (en vertu du paragraphe 80(11)) ne peut réduire le revenu du contribuable à moins que les attributs fiscaux de toutes les personnes désignées soient nuls. En second lieu, un contribuable peut réduire le PBR d'une dette émise par une société de personnes liée lorsque la dette remise a été attribuée au contribuable en vertu de l'article 80.04. En revanche, l'article 80.04 ne permet pas au cessionnaire d'un montant remis de réduire le PBR des actions ou de la dette des sociétés liées ou des participations dans des sociétés de personnes liées.

*Christopher Montes*  
Felesky Flynn LLP, Calgary

© 2011, L'Association canadienne d'études fiscales. Tous droits réservés. Toute demande de reproduction ou copie, sous quelque forme ou par quelque moyen, de toute partie de la présente publication pour distribution doit être adressée par écrit à Michael Gaughan, Responsable des autorisations, L'Association canadienne d'études fiscales, 595 Bay Street, bureau 1200, Toronto, Canada M5G 2N5; courriel : mgaughan@ctf.ca.

Publié trimestriellement.  
ISSN 1920-8596 (En ligne)

En publiant *Tax for the Owner-Manager* et *Actualités fiscales pour les propriétaires exploitants*, l'Association canadienne d'études fiscales et Thomas E. McDonnell, ne fournissent aucun conseil ou avis professionnel. Les commentaires contenus dans la présente publication représentent l'opinion des auteurs et non pas nécessairement celle de l'Association canadienne d'études fiscales ou de ses membres. Les lecteurs sont priés de consulter leurs conseillers professionnels avant de prendre quelque action en se fondant sur l'information contenue dans la présente publication.