

---

---

# Symposium : Propriété effective dans la législation fiscale canadienne : Réforme nécessaire et incidences sur l'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil du Québec\*

Mark D. Brender\*\*

---

## PRÉCIS

Cet article examine la notion de propriété effective et la possibilité de l'application, au Québec et dans les provinces de *common law*, des dispositions de la LIR où l'expression est utilisée. L'examen est effectué dans le cadre du projet d'harmonisation du ministère de la Justice du Canada, projet qui cherche à assurer l'application uniforme des dispositions de la LIR à l'échelle nationale, tout en respectant les traditions et la terminologie propres aux provinces de droit civil et de *common law*.

À l'heure actuelle, le paragraphe 248(3) LIR sert de pont entre la *common law* et le droit civil relativement à l'application de la notion de propriété effective. Selon l'auteur, trois raisons font en sorte que le libellé du paragraphe 248(3) ne permettra pas d'atteindre les objectifs d'harmonisation. D'abord, les provinces de *common law* ne s'entendent pas sur la signification du concept de propriété effective, ce qui n'en facilite pas l'application dans les provinces de *common law* et de droit civil. Ensuite, la notion n'existe pas dans la province de Québec et, par conséquent, son application va à l'encontre des traditions civilistes. Enfin, l'application du paragraphe 248(3) peut donner des résultats différents dans les provinces de *common law* et de droit civil.

Aux fins de la LIR, l'application de la notion de propriété effective au Québec oblige à déterminer si le bénéficiaire a un « droit de bénéficiaire dans une fiducie », et rend nécessaire une analyse des dispositions du Code civil du Québec portant sur les fiducies. En *common law*, le terme « propriété effective » n'est pas clairement défini et

---

\* Selon la terminologie normalisée du Programme national de l'administration de la justice dans les deux langues officielles, l'expression « *beneficial ownership* » se traduit par « propriété bénéficiaire ». Toutefois, la Loi de l'impôt sur le revenu traduit le concept de *beneficial ownership* par « propriété effective » et, puisqu'il s'agit de l'expression utilisée dans la LIR, elle sera utilisée tout au long de cet article par souci d'uniformité.

\*\* De Davies Ward Philips & Vineberg s.r.l., Montréal. L'auteur tient à remercier Donovan W.M. Waters, Timothy G. Youdan, Nathan Boidman et Alan Z. Golden pour leur précieux commentaires sur les premières ébauches de cet article. Évidemment, les erreurs et omissions sont l'entière responsabilité de l'auteur.

certain auteurs sont d'avis qu'un bénéficiaire serait considéré comme propriétaire effectif s'il avait un « intérêt suffisamment direct » dans la fiducie, d'où le besoin de procéder à une analyse des droits du bénéficiaire. Par conséquent, il se peut que les critères de propriété effective ne soient pas les mêmes pour le Québec et les provinces de *common law*. Il serait donc tout à fait possible que des circonstances semblables donnent lieu à des conclusions différentes quant à la propriété effective. Dans une perspective d'harmonisation, l'auteur est d'avis que de tels résultats ne sont pas équitables; la LIR ne devrait pas traiter différemment des personnes qui se trouvent dans une même situation.

L'auteur se penche également sur la notion de « changement de propriété effective » telle qu'elle est utilisée dans la LIR, ainsi que sur les difficultés qui peuvent survenir, en l'absence d'une définition claire de la notion de propriété effective, lorsqu'il faut définir les circonstances dans lesquelles un changement de propriété effective se produit.

Selon l'auteur, l'alinéa 248(3)f) risque de manquer aux attentes d'harmonisation. Le problème est qu'il est fondé sur des notions qui ne sont pas clairement définies en *common law*, ce qui l'empêche de constituer un fondement efficace. L'auteur suggère des solutions possibles pour l'harmonisation de la notion de propriété effective dans la LIR telle qu'elle s'applique aux biens détenus directement et aux biens détenus par l'entremise d'une fiducie. Dans les cas des biens détenus directement, l'auteur suggère que les mentions de propriété effective pourraient être remplacées par une définition précise des attributs de la propriété, assortie d'une exception pour la propriété nominale. Quant aux biens détenus par l'entremise d'une fiducie, l'auteur propose l'usage de notions neutres qui épousent les résultats essentiels visés par les notions de « propriété effective » et d'absence de « changement de propriété effective », sans pour autant utiliser ces expressions.

**KEYWORDS:** BIJURIDISME ■ PROPRIÉTÉ ■ QUÉBEC ■ BÉNÉFICIAIRES ■ HARMONISATION ■ FIDUCIES

## SOMMAIRE

Introduction	357
Harmonisation du concept de « propriété effective »	358
Examen de la notion de propriété effective	359
La propriété effective d'un bien détenu en fiducie	359
La propriété effective dans les provinces de common law	359
Changement de propriété effective	363
La propriété effective au Québec	365
Présomption de propriété effective au Québec	366
Propriété effective de biens détenus directement	367
Jurisprudence relative aux droits successoraux	368
Jurisprudence relative aux conventions fiscales	370
Questions découlant de la notion de propriété effective et de changement de la propriété effective	374
Fiducies	375
Sens de « contrôlée » au paragraphe 186(2)	379
Échange d'actions étrangères	382
Tentatives judiciaires d'harmonisation	384
Variantes à la notion de « propriété effective »	388
Transferts à des fiducies en faveur de soi-même et dispositions présumées	388

Transferts à des fiducies en faveur de soi-même	388
Recommandations concernant l'élimination des mots « n'a pas pour effet de changer la propriété effective » dans le contexte des fiducies en faveur de soi-même	391
Dispositions admissibles et fiducies de sûreté	395
Exceptions aux dispositions	396
Contrepartie insuffisante	396
Dispositions réputées	397
Délaissement	398
Échanges d'actions	399
Paragraphe 186(2)	399
Frais de publicité	399
Conclusion	399

## INTRODUCTION

La Loi de l'impôt sur le revenu<sup>1</sup> fait souvent appel à la notion de propriété effective, notion qui émane de la *common law* et qui n'a pas d'équivalent en droit civil, ce qui rend épineuse l'application au Québec de certaines dispositions de la LIR. La notion de propriété effective figure dans des contextes variés dans la LIR, notamment celui des dispositions, des acquisitions, des transferts de biens à une fiducie, des échanges d'actions, des délaissments et des garanties. Elle se retrouve également dans plusieurs des conventions fiscales conclues par le Canada.

« Propriété effective » est l'expression utilisée en *common law* pour différencier les droits dont jouissent les personnes qui détiennent un droit de bénéficiaire dans un bien des droits dont jouit le détenteur du titre légal de propriété sur le même bien. Est-ce que ces droits constituent véritablement un droit de propriété ? La question fait l'objet de nombreux débats. Une telle scission du droit de propriété n'existe pas en droit civil québécois. Il reconnaît certains démembrements du droit de propriété, à savoir l'usufruit, l'usage, la servitude et l'emphytéose qui restreignent ou élargissent, selon le cas, les droits détenus à l'égard d'un bien, sans toutefois constituer des droits de propriété à proprement parler<sup>2</sup>. En outre, aucun de ces démembrements du droit de propriété ne correspond exactement à la notion de propriété effective de la *common law*.

En fait, le paragraphe 248(3) LIR vise à établir un parallèle entre la fiducie de *common law* et diverses formes de propriété propres au droit civil québécois. En particulier, les alinéas 248(3)a) à d) traitent certaines institutions à titre de fiducies (« les fiducies réputées ») aux fins de l'application de la LIR dans la province de Québec. L'alinéa 248(3)e) prévoit qu'au Québec, une personne qui a le droit, immédiat ou futur, conditionnel ou non, de recevoir tout ou partie du revenu ou

1 LRC 1985, c. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), telle que modifiée (« LIR »). À moins d'indication contraire, les renvois législatifs dans cet article sont à la LIR.

2 *Liberté c. Larue*, [1931] RCS 7, à la p. 16.

du capital d'une de ces fiducies est réputée avoir un « droit de bénéficiaire » sur la fiducie. De plus, l'alinéa 248(3)f) prévoit que les biens sur lesquels une personne détient, à un moment donné, un droit de propriété, un droit de preneur dans un bail emphytéotique ou un droit de bénéficiaire dans une fiducie sont réputés être la « propriété effective » de la personne à ce moment.

Le paragraphe 248(3) a été adopté afin d'assimiler la propriété effective d'un bien à diverses institutions uniques au droit civil québécois<sup>3</sup>. L'intention législative première de cette disposition est de favoriser un traitement équitable des contribuables et une application conforme de la LIR sur l'ensemble du territoire canadien, sans tenir compte du particularisme du droit privé québécois. L'intention législative a-t-elle été réalisée ? Cette question a suscité une controverse qui résulte à la fois des particularités du droit civil québécois et de l'incertitude quant à la signification de l'expression « propriété effective » en *common law*.

Par ailleurs, le paragraphe 248(3) n'offre pas de solution à tous les problèmes fiscaux qui découlent du bijuridisme canadien. À preuve, la décision dans l'affaire *Construction Bérou*<sup>4</sup> discutée plus loin dans le texte. Pour éviter de donner aux dispositions de la LIR en cause un sens plus étroit au Québec que dans les provinces de *common law*, la Cour d'appel fédérale a donné préséance à la LIR plutôt qu'au droit civil et fondé sa conclusion sur un raisonnement de *common law*. Une approche similaire a été prise par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Littler*<sup>5</sup> où la portée du terme « don » a été restreinte afin d'éviter de donner à la disposition sous étude un sens plus large au Québec que dans les provinces de *common law*. Dans les deux instances, les tribunaux ont interprété les dispositions de la LIR de façon à ce qu'elles s'appliquent harmonieusement partout au Canada.

Le projet d'harmonisation mis sur pied par le ministère de la Justice du Canada vise à garantir à tous les canadiens un accès à la législation fédérale qui respecte la tradition juridique de leur province de résidence. Avec cet objectif en vue, le processus d'harmonisation a l'ambition d'assurer l'application uniforme de la législation fédérale à l'échelle nationale tout en respectant les notions, les institutions et la terminologie du droit civil. Sur le plan de l'impôt sur le revenu, l'objectif et, par voie de conséquence, le défi de l'harmonisation est de favoriser à la fois l'application équitable de la LIR partout au Canada et la sauvegarde des objectifs de politique fiscale qui sous-tendent les dispositions précises de la LIR.

## **HARMONISATION DU CONCEPT DE « PROPRIÉTÉ EFFECTIVE »**

Parce que le droit civil québécois ne reconnaît pas comme telle la notion de propriété effective, les dispositions de la LIR fondées sur cette notion peuvent s'avérer difficiles

3 Cet objectif a été reconnu par la Cour d'appel fédérale dans *Construction Bérou Inc. c. La Reine*, 99 DTC 5841, à la p. 5843. Pour une discussion sur cet arrêt, voir les notes 73 et suivantes.

4 Ibid.

5 *La Reine c. Littler*, 78 DTC 6179 (CAF).

à appliquer à certaines transactions qui ont un lien avec le Québec. Par exemple, une des conditions pour qu'un transfert de bien à une fiducie au profit de soi-même, à savoir une fiducie qui remplit les conditions prévues aux sous-alinéas 73(1.01)c(ii) et 73(1.02)b(ii), bénéficie d'un report d'impôt, est que le transfert n'occasionne pas de changement de propriété effective du bien. Tel qu'il en sera discuté, en l'absence de mesures d'harmonisation, les conséquences fiscales au Québec de cette transaction et de transactions semblables sont, dans l'hypothèse la plus optimiste, criblées d'incertitudes, même si les résultats fiscaux sont cohérents et, dans l'hypothèse la plus pessimiste, incompatibles avec les conséquences fiscales engendrées dans les provinces de *common law*.

De façon générale, la LIR utilise le concept de propriété effective dans deux situations : d'abord, il s'agit d'identifier la personne qui détient la propriété effective d'un bien en particulier. Ensuite, de déterminer s'il y a eu changement de propriété effective du bien transféré. Ces deux concepts seront analysés à la lumière de la *common law* et du droit civil, comme le sera leur application à certaines dispositions de la LIR qui y sont reliées. Les conséquences de l'application de ces dispositions au Québec et dans les provinces de *common law* seront comparées afin d'illustrer que la LIR devrait être modifiée aux fins d'harmonisation tant avec le droit civil qu'avec la *common law*.

## EXAMEN DE LA NOTION DE PROPRIÉTÉ EFFECTIVE

### La propriété effective d'un bien détenu en fiducie

#### *La propriété effective dans les provinces de common law*

Aux fins de l'application de la LIR au Québec, l'alinéa 248(3)f) prévoit qu'une personne qui détient un droit de propriété ou un droit de bénéficiaire à l'égard d'un bien est réputée en avoir la propriété effective. L'objectif est d'assurer qu'une personne en possession des droits décrits obtienne le même traitement fiscal qu'une personne d'une province de *common law* qui détient des droits substantiellement similaires. Cette disposition présuppose toutefois qu'il existe une structure conceptuelle en *common law* qui permette l'identification et la détermination de la propriété effective. La discussion qui suit souligne qu'il n'y a pas de consensus sur la signification de l'expression « propriété effective » en *common law*, ni sur la façon d'analyser cette notion. De plus, la *common law* ne donne pas de définition claire du concept de « propriété ».

Cette partie de l'article analyse si, et dans quelles circonstances, le bénéficiaire d'une fiducie de *common law* peut être considéré détenir la propriété effective des biens de la fiducie. Cette détermination est primordiale car elle permet de comparer, dans des circonstances semblables, le statut d'un bénéficiaire d'une fiducie de *common law* à celui d'un bénéficiaire d'une fiducie de droit civil. Afin d'harmoniser la législation, il est impératif que, dans une situation où le bénéficiaire d'une fiducie de droit civil est réputé avoir la propriété effective des biens de la fiducie, le bénéficiaire d'une fiducie de *common law*, dans les mêmes circonstances, soit

également considéré avoir la propriété effective des biens de la fiducie. Par ailleurs, il est nécessaire d'identifier la personne qui détient la propriété effective des biens de la fiducie avant de pouvoir déterminer si, et dans quelles circonstances, un changement de propriété effective se produit.

Un exemple servira à illustrer le processus d'identification de la personne qui détient la propriété effective des biens de la fiducie : le constituant d'une fiducie pour soi se réserve un pouvoir général de nomination qu'il peut exercer au décès et l'acte de fiducie prévoit que certaines personnes (« les bénéficiaires par défaut ») recevront les biens résiduels de la fiducie s'il y avait défaut d'exercice de ce pouvoir de nomination ou que l'exercice du pouvoir de nomination n'était que partiel.

En *common law*, les bénéficiaires par défaut ont un droit de bénéficiaire dans les actifs de la fiducie<sup>6</sup> et peuvent donc être considérés comme bénéficiaires de la fiducie<sup>7</sup>. Les bénéficiaires par défaut détiennent-ils la propriété effective des biens de la fiducie ? Cette question est litigieuse, tant en *common law* qu'en fiscalité. Toutefois, la controverse est beaucoup plus vaste en ce qu'elle remet en question la nature même de la notion de propriété effective et la pertinence de l'utilisation de cette terminologie pour refléter véritablement la relation de propriété : cette expression ne constituerait-elle qu'une fausse appellation d'usage courant de la relation par laquelle le droit de propriété d'un bien, au sens usuel de cette expression, de même que la plupart de ses attributs appartiennent à une personne, tandis que le droit de jouir du bien à titre de bénéficiaire appartient ou appartiendra à une autre personne ?

L'expression « propriété effective » n'est pas clairement définie dans la doctrine. Waters<sup>8</sup> entreprend une analyse détaillée de la jurisprudence au cours de laquelle il s'intéresse à la nature des droits du bénéficiaire. Il démontre qu'à certains moments, la jurisprudence décide en faveur de l'existence d'un droit personnel du bénéficiaire, tandis qu'à d'autres moments, elle conclut à l'existence d'un droit de propriété du bénéficiaire dans les biens de la fiducie. Waters conclut que lorsque la cour n'est pas chargée d'examiner le fonctionnement de la fiducie, mais plutôt de déterminer la responsabilité du bénéficiaire pour le paiement de l'impôt, par exemple, il est plus approprié de procéder à une analyse du droit de propriété. Selon Waters, cette analyse doit s'attarder aux faits propres à chaque cas en vue de déterminer si le bénéficiaire possède un « intérêt suffisamment direct » dans le fonds de fiducie pour conclure qu'il n'est pas uniquement titulaire d'un droit

---

6 Berend Hovius et Timothy G. Youdan, *The Law of Family Property* (Scarborough, ON : Carswell, 1991), à la p. 264. Voir aussi A.H. Oosterhoff et E.E. Gillese, *Text, Commentary and Cases on Trusts*, 5<sup>e</sup> édit. (Toronto : Carswell, 1998), à la p. 127.

7 Aux fins de l'impôt sur le revenu, chacun des bénéficiaires par défaut serait réputé avoir un « droit de bénéficiaire » dans une fiducie en vertu de l'alinéa 248(25)a) et serait considéré être un « bénéficiaire » pour l'application de la définition de « bénéficiaire » au paragraphe 108(1), définition qui ne s'applique qu'aux fins de la sous-section k.

8 D.W.M. Waters, « The Nature of the Trust Beneficiary's Interest » (1967) vol. 45, n° 2 *La Revue du Barreau canadien* 219-83.

personnel<sup>9</sup>, et il énumère certains critères qui pourraient servir à établir si le bénéficiaire détient vraiment un « intérêt suffisamment direct ». La fiducie a-t-elle été constituée ? Un fiduciaire a-t-il été nommé ? Le droit du bénéficiaire est-il acquis ? Waters ne présume cependant pas déterminer précisément ce qui constitue un « intérêt suffisamment direct » pour établir la propriété effective des biens de la fiducie aux fins de l'impôt sur le revenu. Selon cette analyse, il serait raisonnable de considérer que le bénéficiaire unique d'une fiducie non discrétionnaire et le bénéficiaire d'une simple fiducie ont un « intérêt suffisamment direct » dans une fiducie.

Oosterhoff et Gillese<sup>10</sup> semblent être d'accord avec Waters. Ils adoptent une approche qui tient compte du droit de propriété aux biens de la fiducie lorsqu'il est question de problèmes d'imposition des fiducies<sup>11</sup> et citent en exemple de l'application de cette approche la décision de la Cour de l'Échiquier, de même que la décision subséquente de la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *MRN c. Trans-Canada Investment Corp. Ltd.*<sup>12</sup>. La décision *Trans-Canada* reconnaît qu'à certaines fins, le bénéficiaire d'une fiducie peut être considéré comme propriétaire effectif des biens de la fiducie. Dans le cas sous étude, l'intimée avait acheté des actions ordinaires de diverses sociétés canadiennes et avait endossé les certificats d'actions afférents au profit du fiduciaire d'une fiducie d'investissement à participation unitaire qui lui remettait des certificats de participation unitaire dans la fiducie qu'elle vendait par la suite au public. L'acte de fiducie prévoyait que le nombre d'actions de chacune des sociétés sous-jacentes auquel les porteurs d'unités avaient droit était établi au moment où les certificats de participation unitaire étaient achetés et demeurait inchangé. En outre, les détenteurs de certificats de participation unitaire pouvaient exiger la possession physique des certificats d'action des sociétés sous-jacentes. Enfin, le fiduciaire apportait un soin particulier à conserver les certificats d'actions des sociétés sous-jacentes auxquels correspondait chacune des participations unitaires séparément des autres certificats d'actions en sa possession. Les dividendes reçus par le fiduciaire sur ces actions étaient immédiatement versés à un compte en fiducie séparé et toute distribution de ces dividendes était effectuée à partir de ce compte. L'intimée avait retenu un certain nombre de ces certificats pour son propre avantage et, lorsqu'elle a reçu une distribution de la fiducie correspondant aux dividendes reçus par le fiduciaire sur les actions qui faisaient partie des biens de la fiducie, elle a considéré cette distribution comme un dividende intersociété libre d'impôt plutôt qu'une distribution de revenu de la fiducie. Le ministre du Revenu national a contesté la caractérisation de la distribution faite par l'intimée et a refusé la déduction. Le juge Cameron de la Cour de l'Échiquier a conclu que, compte tenu des faits, c'est-à-dire

9 Ibid., aux pp. 275 et 281.

10 Oosterhoff et Gillese, supra, note 6.

11 Ibid., aux pp. 26 et 28.

12 55 DTC 1191 (CSC); conf. 53 DTC 1227 (C. de l'É).

la structure de la fiducie et, plus particulièrement, les droits des bénéficiaires, le porteur d'unités de la fiducie était une personne ayant la propriété effective des actions sous-jacentes à ses unités. Ainsi, la distribution de revenu pouvait être considérée comme un dividende. Dans une décision rendue à trois contre deux, la majorité des juges de la Cour suprême du Canada a confirmé la décision du juge Cameron<sup>13</sup>.

Oosterhoff et Gillese concluent que ceux qui se partageront les biens s'il y a défaut total ou partiel d'exercice du pouvoir de nomination réservé, peuvent être considérés à titre de propriétaires en équité (c'est-à-dire des personnes qui possèdent la propriété effective) des biens de la fiducie, tandis que les personnes susceptibles d'être nommées en vertu de ce pouvoir de nomination ne peuvent être considérées comme tel, tant et aussi longtemps que cette faculté de nomination n'a pas été exercée en leur faveur<sup>14</sup>. En d'autres mots, pour employer la terminologie de Waters, les bénéficiaires par défaut ont un intérêt suffisamment direct dans la fiducie alors que les personnes qui peuvent faire l'objet de l'exercice d'un pouvoir de nomination n'acquièrent un tel intérêt qu'au moment de l'exercice en leur faveur de la discrétion de nommer.

De façon similaire, l'Agence des douanes et du revenu du Canada (« ADRC ») adopte la position selon laquelle un pouvoir de nomination, apparié à un don à des héritiers désignés en l'absence d'exercice du pouvoir, permet de conclure que le constituant ne s'est pas réservé la totalité de la propriété effective du bien car, en cas de défaut, ceux qui partageront les biens de la fiducie posséderont des droits conditionnels à titre de bénéficiaire de la fiducie<sup>15</sup>.

Les commentateurs ne sont pas tous d'accord avec cette conclusion. Catherine Brown affirme qu'en l'absence d'une conclusion d'un tribunal ou d'une présomption statutaire spécifiques, il est inexact de dire que le bénéficiaire d'une fiducie détient la propriété des biens de la fiducie. À son avis, l'expression « propriété effective » sert simplement de description abrégée du droit d'un bénéficiaire d'opposer la fiducie au fiduciaire ou à des tiers, autres qu'un acheteur de bonne foi à titre onéreux, sans la participation de la fiducie<sup>16</sup>.

En *common law*, la nature de l'intérêt d'un bénéficiaire discrétionnaire à l'égard des biens d'une fiducie est incertaine. Les droits accordés individuellement aux bénéficiaires discrétionnaires diffèrent des droits accordés aux bénéficiaires discrétionnaires regroupés en catégorie, ce qui entraîne une certaine confusion lorsque la nature de l'intérêt d'un bénéficiaire discrétionnaire dans les biens de la fiducie est analysée. Par exemple, les bénéficiaires d'une fiducie discrétionnaire n'ont droit à aucune partie précise des biens de la fiducie jusqu'à ce que le fiduciaire

---

13 Il est à noter que les effets de cette décision ont été annulés par l'adoption du paragraphe 108(5).

14 Oosterhoff et Gillese, supra, note 6, à la p. 127.

15 ADRC, document n° 9830105, le 26 février 1999.

16 Voir Catherine Brown, « Propriété effective et Loi de l'impôt sur le revenu », dans de ce numéro de la revue.



exerce sa discrétion en leur faveur. À cet égard, leur position est fort similaire à celle d'un objet d'un pouvoir. Toutefois, si tous les bénéficiaires d'une fiducie discrétionnaire sont *sui juris*, ils peuvent se regrouper, mettre fin à la fiducie et obtenir les biens de la fiducie. Si le fiduciaire d'une fiducie discrétionnaire omet d'exercer sa discrétion, la catégorie de bénéficiaires pourra le faire<sup>17</sup>. Donc, en *common law*, un bénéficiaire discrétionnaire particulier, par opposition à une catégorie de bénéficiaires discrétionnaires qui sont tous *sui juris*, ne semble pas avoir un intérêt suffisamment direct dans les biens de la fiducie pour en être considéré le propriétaire effectif.

### *Changement de propriété effective*

La LIR contient plusieurs dispositions qui traitent de l'avènement d'un changement de propriété effective. Par exemple, afin de pouvoir bénéficier d'un report d'impôt, le transfert effectué au profit d'une fiducie en faveur de soi-même<sup>18</sup> ou la « disposition admissible<sup>19</sup> » ne doit pas entraîner de changement de propriété effective. Par exemple, les règles relatives aux transferts de biens à une fiducie exigent qu'un tel transfert ne provoque pas de changement de propriété effective. Deux méthodes analytiques servent à déterminer s'il y a eu changement de propriété effective d'un bien. Si, à l'issue de l'une ou l'autre de ces analyses, il y a constatation d'un changement de propriété effective, il peut être conclu qu'il y a effectivement eu un tel changement.

La première méthode d'analyse consiste à déterminer si des personnes qui ne possédaient pas la propriété effective du bien avant la transaction en ont la jouissance après la transaction (approche dite du statut des personnes ayant la propriété effective). Pour procéder à l'analyse du changement de propriété effective à partir de cette méthode, il faut établir l'identité des personnes qui, avant la transaction, détenaient la propriété effective du bien en question, de même que déterminer qui, après la transaction, en possède la propriété effective. S'il est déterminé que les personnes qui possèdent la propriété effective avant et après la transaction ne sont pas les mêmes, il pourra être conclu qu'il y a eu changement de propriété effective.

La deuxième méthode consiste à comparer les droits et obligations du constituant par rapport au bien, avant et après la transaction (approche dite des droits du constituant), afin de déterminer si, en effectuant la transaction, le constituant a abdiqué certains de ses droits ou allégé ses obligations relativement à la propriété effective. Une réponse affirmative indique qu'il y a eu changement de propriété effective du bien. Dans le cas des droits et obligations que l'ADRC considère être rattachés à la propriété effective d'une résidence principale, elle a donné certaines précisions. Il s'agit du droit de posséder le bien, d'en toucher le

17 Oosterhoff et Gillese, supra, note 6, à la p. 127.

18 Sous-alinéa 73(1.02)b)(ii).

19 Alinéas 107.4(1) et (3).

loyer, de l'hypothéquer et d'en transférer le titre par vente ou par testament. Les obligations qui découlent de la propriété effective d'une résidence principale sont l'obligation de faire les réparations et de payer les impôts fonciers. Selon l'ADRC, il n'est pas nécessaire qu'une personne ait tous ces droits ou soit assujettie à toutes ces obligations pour être considérée avoir la propriété effective du bien; mais un transfert de ces droits et obligations signale toutefois un changement de propriété effective<sup>20</sup>. De même, lors d'une vente de biens, l'ADRC affirme que « la possession, l'usage et les risques sont les attributs principaux [de la propriété effective]<sup>21</sup> ». Ainsi, un changement à l'un ou l'autre de ces droits et obligations suggère un changement de la propriété effective aux fins de l'approche des droits du constituant.

Tel que discuté, les bénéficiaires qui possèdent un intérêt suffisamment direct dans une fiducie peuvent être considérés jouir d'une sorte de droit de propriété, désigné propriété effective, sur les biens de la fiducie. Dans le contexte d'une fiducie pour soi qui prévoit des bénéficiaires par défaut et à l'égard desquels le constituant se réserve un pouvoir de nomination, le constituant, à titre de bénéficiaire, et les bénéficiaires par défaut pourraient être considérés avoir la propriété effective des biens de la fiducie<sup>22</sup>. Comme les bénéficiaires par défaut ne jouissaient pas de ce statut avant la création de la fiducie et que seul le constituant jouissait de la propriété entière — propriété légale tout autant que propriété effective — des biens de la fiducie, en créant la fiducie selon l'approche du statut de personne ayant la propriété effective, le constituant a apporté un changement dans la propriété effective des biens de la fiducie.

En nommant des bénéficiaires par défaut à l'acte de fiducie, le constituant a altéré son droit de disposer des biens assujettis. À ce titre, le constituant a abdiqué certains des droits dont il jouissait à l'égard des biens et, selon l'approche des droits du constituant, a apporté un changement à la propriété effective de ces biens. Le même résultat serait obtenu en l'absence de bénéficiaires par défaut lorsque le constituant se réserve un pouvoir spécifique, par opposition à général, de nomination au décès<sup>23</sup>. Dans un tel cas, la faculté du constituant de disposer des biens à qui il l'entend est restreinte; il ne peut disposer des biens qu'aux personnes qui sont désignées au pouvoir spécifique de nomination. Par conséquent, il peut être affirmé qu'un changement de propriété effective en découlerait.

Au contraire, lorsqu'il n'y a pas de bénéficiaire par défaut de prévu et qu'un pouvoir général de nomination peut être exercé au décès, aucun changement de propriété effective n'a lieu, dans la mesure où le constituant n'a pas restreint la

---

20 *Bulletin d'interprétation* IT-437R, « Propriété d'un bien (résidence principale) », le 21 février 1994, paragraphe 4.

21 *Bulletin d'interprétation* IT-170R, « Vente de biens — Quand elle doit être incluse dans le calcul du revenu », le 25 août 1980, paragraphe 8.

22 Voir le texte qui accompagne les notes 8 à 14, supra.

23 « Under a special [NDLR : c'est-à-dire, spécifique] power of appointment, the choice of appointees is restricted by the donor of the power to a particular class ». Oosterhoff et Gillese, supra, note 6, à la p. 117.

catégorie de personnes à qui les biens peuvent être transmis à son décès<sup>24</sup>. L'ADRC, ainsi que le ministère des Finances, adoptent ce point de vue<sup>25</sup>.

Lorsque le constituant transfère des biens à une fiducie aux termes de laquelle le constituant et d'autres personnes sont des bénéficiaires discrétionnaires, les deux approches discutées concluraient probablement à un changement de la propriété effective des biens. Plus particulièrement, selon l'approche dite des droits de l'auteur de la fiducie, un changement de propriété effective aurait lieu dans la mesure où, immédiatement avant le transfert, les biens étaient la propriété du constituant alors qu'après le transfert, le constituant, à titre de bénéficiaire, n'a pas la propriété effective des biens car il n'a pas un intérêt suffisamment direct dans la fiducie. Par ailleurs, si tous les bénéficiaires discrétionnaires sont *sui juris*, ils pourront s'unir, mettre fin à la fiducie et en obtenir les biens, droit qui constitue un intérêt suffisamment direct dans la fiducie. À titre de bénéficiaire, le constituant n'est donc plus le seul « propriétaire effectif » des biens de la fiducie dans de telles circonstances, de sorte que, selon l'approche du statut de propriétaire effectif, il y aurait changement de propriété effective du bien.

Les paragraphes 73(1.02) et 107.4(1) empêchent tous deux le roulement sur les transferts qui donnent lieu à un changement de propriété effective. Par conséquent, dans une province de *common law*, si le constituant effectue un transfert à une fiducie ayant des bénéficiaires par défaut ou discrétionnaires, il sera, vu le changement de propriété effective, considéré avoir disposé des biens en contrepartie d'un produit de disposition égal à leur juste valeur marchande.

### *La propriété effective au Québec*

À proprement parler, il n'existe pas au Québec de notion de propriété effective. Les droits d'un bénéficiaire sur une fiducie en droit civil québécois sont prévus au Code civil du Québec (« CcQ »)<sup>26</sup>. Ni le constituant, ni le fiduciaire, ni le bénéficiaire ne jouissent de droits réels à l'égard des biens de la fiducie<sup>27</sup>. Pendant la durée de la fiducie, le bénéficiaire a le droit d'exiger, selon l'acte de fiducie, soit la prestation d'un avantage qui lui a été conféré, soit le paiement des fruits et revenus et du capital ou de l'un ou l'autre<sup>28</sup>. Le droit du bénéficiaire ne se rattache pas aux biens de la fiducie comme tels, mais plutôt aux actions en justice que le bénéficiaire peut intenter. Par contraste, la *common law* a désigné la personne qui détient la propriété effective des biens comme la personne qui en a le droit de jouissance<sup>29</sup>. Le droit de jouissance est reconnu par le CcQ comme attribut du

24 « Under a general power of appointment, the donee may appoint to anyone in the world ». Ibid.

25 Canada, ministère des Finances, *Notes explicatives concernant l'impôt sur le revenu* (Ottawa : le Ministère, mars 2001), article 53; et ADRC, document n° 2000-0048735, le 24 mai 2001.

26 LQ 1991, c. 64.

27 Article 1261 CcQ.

28 Article 1284 CcQ.

29 Waters, *supra*, note 8, à la p. 225.

droit de propriété<sup>30</sup> qui lui, est reconnu en tant que droit réel<sup>31</sup>. Puisque le bénéficiaire d'une fiducie québécoise ne jouit d'aucun droit réel à l'égard des biens de la fiducie<sup>32</sup> et que le droit de jouissance est un démembrement du droit réel de propriété, il ne peut être affirmé que le bénéficiaire d'une fiducie québécoise a un droit de jouissance à l'égard des biens de la fiducie. Par conséquent, le bénéficiaire d'une fiducie québécoise ne correspond pas à la description de *common law* de personnes qui possèdent la propriété effective.

Nonobstant l'alinéa 248(3)f), un changement de propriété effective aurait eu lieu même si le seul bénéficiaire de la fiducie québécoise à laquelle les biens sont transférés en est le constituant — le constituant est le propriétaire des biens avant le transfert, mais il ne l'est pas après le transfert. Cette conclusion n'est possible que si les droits afférents à la pleine propriété en droit civil québécois sont jugés équivalents à la propriété effective. Tel que déjà mentionné, la notion de propriété effective n'existe pas en droit civil et il n'existe pas de cadre analytique qui permette de déterminer si, d'un point de vue strictement civiliste, un transfert de biens à une fiducie dont le constituant est le seul bénéficiaire donne lieu à un changement de propriété effective.

### ***Présomption de propriété effective au Québec***

Afin de compenser cette absence de cadre analytique et de donner un sens aux dispositions de la LIR fondés sur un changement de propriété effective, le Parlement a adopté l'alinéa 248(3)f) pour établir les conséquences fiscales d'une transaction donnée. Quant à l'alinéa 248(3)f), il prévoit *in fine* que les biens sur lesquels une personne a un droit de propriété ou un droit de preneur dans un bail emphytéotique sont réputés être la propriété effective de la personne concernée. Ainsi, aux fins fiscales, avant la création de la fiducie par le constituant, il est considéré être le propriétaire effectif des biens de la fiducie. En outre, l'alinéa 248(3)f) stipule que les biens à l'égard desquels une personne a un « droit de bénéficiaire » dans une fiducie sont réputés être la propriété effective de cette personne. Le constituant, à titre de bénéficiaire d'une fiducie aux termes de laquelle il est l'unique bénéficiaire et qu'il peut en recevoir la totalité du revenu et du capital, est présumément visé par les stipulations de cet alinéa. Ainsi, lorsque le constituant est le seul bénéficiaire d'un intérêt fixe dans la fiducie, il n'y a aucun changement de propriété effective des biens aux fins de l'impôt sur le revenu. Puisqu'en droit civil québécois le bénéficiaire d'une fiducie ne jouit pas d'un droit réel dans les biens de la fiducie, il serait difficile, en l'absence de la présomption créée par l'alinéa 248(3)f), de considérer le constituant d'une fiducie pour soi comme titulaire de la propriété effective des biens détenus en fiducie au sens que donne la *common law* à cette expression.

---

30 Article 947 CcQ.

31 Il découle implicitement de l'article 1119 CcQ que le droit de propriété en soi est un droit réel.

32 Article 1261 CcQ.

Bien qu'en apparence la présomption créée par l'alinéa 248(3)f semble estomper certains problèmes inhérents à l'application de la LIR au Québec, tout au moins de façon superficielle, l'auteur est d'avis que ce n'est pas toujours le cas. En effet, l'alinéa 248(3)f peut faire en sorte qu'en certaines circonstances, un bénéficiaire québécois possède la propriété effective d'un bien, alors que dans une situation semblable, la *common law* ne reconnaîtrait pas un bénéficiaire comme propriétaire effectif.

### **Propriété effective de biens détenus directement**

Sous la rubrique « La propriété effective d'un bien détenu en fiducie », l'auteur a examiné la notion de propriété effective quant aux droits d'un bénéficiaire d'une fiducie. Cette notion est également utilisée dans la LIR en relation avec la personne qui a droit aux avantages d'un bien et au bien lui-même. Dans ce contexte, l'examen nécessite l'identification du « vrai » propriétaire du bien en question. Par exemple, le paragraphe 85.1(2) prévoit qu'un échange d'actions contre des actions de l'acheteur ne pourra faire l'objet d'un roulement aux fins du paragraphe 85.1(1) dans la mesure où, immédiatement après l'échange, le vendeur, seul ou avec des personnes avec qui il a un lien de dépendance, avait la propriété effective de plus de 50 pour cent de la juste valeur marchande de toutes les actions du capital-action de l'acheteur. Le paragraphe 19(5) établit qu'un journal ne sera pas considéré être un « journal canadien » lorsque le droit d'éditer et de publier des numéros du journal est détenu par une société dont moins de 75 pour cent en vote et en valeur est la propriété effective de citoyens canadiens. Quant au paragraphe 79(2) il prévoit qu'« une personne acquiert, par délaissement, un bien d'une autre personne à un moment donné lorsqu'elle acquiert ou acquiert de nouveau de l'autre personne, à ce moment, la propriété effective du bien... ».

Lorsque l'arrangement est tel que la personne qui bénéficie des avantages du bien n'en détient pas le titre légal, l'examen vise alors à identifier la personne qui détient la propriété effective du bien. Il est parfois facile de déterminer l'identité du détenteur. Par exemple, les actions d'une société détenues au nom du courtier (*street name*) seraient considérées être la propriété effective du véritable propriétaire, c'est-à-dire de la personne qui retire des avantages du bien et qui bénéficie du bien lui-même, tel le droit de recevoir des dividendes sur les actions, de recevoir le produit de disposition découlant de la vente de ces actions et d'exercer les droits de vote rattachés aux actions. Dans ce cas, le porteur du titre détient les actions à titre d'agent, mandataire, fiduciaire ou autre représentant légal mais ne peut bénéficier des avantages du bien et n'a donc pas la propriété effective des actions. Toutefois, lorsqu'une personne détient un bien autrement qu'à titre d'agent, de mandataire, de fiduciaire ou autre représentant légal, il faut alors établir que cette personne ne constitue pas un conduit lorsque vient le temps de déterminer qui possède la propriété effective du bien.

Dans le contexte des traités fiscaux, dont il sera question ultérieurement, les décisions de cours étrangères suggèrent que la notion de « bénéficiaire effectif » d'un paiement particulier constitue une mesure de chalandage antiévitement et, à

cet effet, ne tiennent pas compte de ce qu'elles considèrent comme un conduit ou une entité intermédiaire dans la mesure où ces entités ne peuvent contrôler le paiement en question. Cette approche quant à la signification de « propriété effective » semble en accord avec la façon dont la jurisprudence canadienne a identifié les personnes qui détiennent la propriété effective de biens dans le contexte des droits successoraux.

### *Jurisprudence relative aux droits successoraux*

La Cour suprême du Canada a examiné la signification de l'expression « droit à titre de bénéficiaire » dans le contexte de la Nova Scotia Succession Duty Act<sup>33</sup> dans l'affaire *Covert et autres c. Ministre des Finances (NÉ)*<sup>34</sup>. Dans cette affaire, le testateur avait légué ses biens à la filiale d'une compagnie de gestion dont la totalité des actions était détenue par ses enfants. Il s'agissait de déterminer si la compagnie de gestion pouvait être considérée avoir un « droit à titre de bénéficiaire » sur les biens légués par le testateur à la filiale, auquel cas les enfants, à titre d'actionnaires de la compagnie de gestion, devaient payer des droits successoraux en vertu de l'article 2(5) NSSDA.

À l'époque pertinente, l'article 2(5) NSSDA se lisait ainsi :

[traduction] Lorsqu'une compagnie qui n'a pas son siège social dans la province, sauf une compagnie sans capital-actions, acquiert un bien par testament ou un droit à titre bénéficiaire sur un bien au décès du défunt,

- a) la compagnie n'est pas réputée héritière du bien sauf dans la mesure où la valeur des actions détenues par les actionnaires de la compagnie n'augmente pas du fait que la compagnie acquiert le bien ou le droit à titre bénéficiaire; et
- b) chaque actionnaire de la compagnie est réputé héritier du bien du défunt en proportion de l'augmentation de la valeur des actions de la compagnie qu'il détient, du fait de l'acquisition par cette dernière du bien ou du droit à titre bénéficiaire.

Aux fins de cette disposition, lorsqu'une société qui ne réside pas en Nouvelle-Écosse acquiert un bien par testament ou acquiert un droit à titre de bénéficiaire sur un bien au décès du défunt, chacun de ses actionnaires est réputé héritier, en proportion de l'augmentation de valeur de ses actions à la suite de l'acquisition des biens légués.

Dans une décision à quatre juges contre trois, la Cour suprême du Canada a conclu que les enfants étaient assujettis à la NSSDA, au motif que la société de gestion avait un droit à titre de bénéficiaire sur les biens légués à la filiale. La majorité de la cour était d'opinion que l'expression « droit à titre de bénéficiaire » utilisée dans la NSSDA, ne devait pas être interprétée à la lumière du sens qui lui était donné par les cours d'*equity* en matière de fiducie. Puisque la compagnie de gestion

33 An Act Respecting Succession Duties, SNS 1972, c. 17 (« NSSDA »). Voir également *J.C. MacKeen Estate c. Min. of Finance*, [1978] CTC 557 (NSCA).

34 [1980] 2 RCS 774.

avait le contrôle total et absolu de la filiale et qu'elle pouvait juridiquement la forcer à lui remettre la partie de la succession qui lui avait été léguée, la compagnie de gestion avait un droit à titre de bénéficiaire sur les biens légués à la filiale.

À première vue, il semble possible de conclure que la cour a soulevé le voile corporatif pour déterminer que la compagnie de gestion avait un droit de bénéficiaire à l'égard des biens détenus par la filiale. Toutefois, le juge Martland, au nom de la majorité, a indiqué que ce n'était pas le cas parce que la NSSDA prévoyait la possibilité que les biens d'un testateur soient légués à une personne au bénéfice de la société :

Je ne crois pas qu'il soit vraiment nécessaire de « lever le voile de la compagnie » pour appuyer les décisions d'instance inférieure. Le paragraphe 2(5) entre en jeu non seulement lorsqu'une compagnie « acquiert » un bien du défunt, mais aussi lorsqu'elle acquiert un « droit à titre bénéficiaire ». Cette expression, qui suit le terme « acquiert », implique clairement que le bien a été transmis à une autre personne au profit de la compagnie. Elle engloberait sans aucun doute le cas où un bien est légué à un fiduciaire au profit de la compagnie. On ne peut nier que dans ce cas la compagnie acquerrait un « droit à titre bénéficiaire ». La Loi ne restreint cependant pas le champ d'application de cette disposition à ce seul cas. A mon avis, la compagnie a tout autant un « droit à titre bénéficiaire » lorsque le bien est détenu par sa filiale à part entière que lorsqu'il est détenu en fiducie pour elle. Son droit est d'ailleurs plus direct en ce sens qu'elle n'a pas à demander à un tiers de remplir son devoir de fiduciaire. Elle n'a qu'à exercer ses droits à titre de seul actionnaire de sa filiale. Rien dans le contexte du par. 2(5) ne justifie que l'on donne un sens restreint à l'expression « droit à titre bénéficiaire » qu'il faut interpréter selon la langue courante. Je ne peux conclure qu'elle a acquis un sens technique auquel il faudrait la restreindre dans cette loi.

À mon avis, dans l'examen de l'application du par. 2(5) aux faits inhabituels de ce pourvoi, cette Cour ne doit pas se considérer comme strictement liée, dans l'interprétation de l'expression « droit à titre bénéficiaire », par les règles d'*equity* qu'ont élaborées les cours de *chancery* en matière de fiducie. C'est l'attitude qu'a adoptée cette Cour dans l'arrêt *Ministre du Revenu de la Province de l'Ontario c. McCreath et autres* [[1977] 1 RCS 2, [1976] CTC 178]<sup>35</sup>. (soulignement de l'auteur)

Il semble bien que, pour deux raisons, la cour n'ait pas tenu compte de la filiale : d'abord afin de respecter l'objet et l'esprit de la NSSDA et, ensuite, parce que les transactions avaient été planifiées par le défunt afin d'éviter la NSSDA :

L'intention du testateur était de toute évidence de diviser le résidu de sa succession entre ses petits-enfants. Le codicille et la structure des compagnies par laquelle la compagnie mère détient toutes les actions de la filiale, ont eu le même résultat, mais en faisant passer le résidu entre les mains de deux compagnies avant qu'il n'atteigne les bénéficiaires voulus. [...]

Il s'agit là d'un cas typique où la Cour doit examiner la véritable situation et conclure que la filiale était à la merci de la compagnie mère et devait lui obéir au

35 *Covert*, supra, note 33, aux pp. 793-94.

doigt et à l'œil. La filiale n'était qu'une courroie de transmission entre la compagnie mère et la succession.

Dans les circonstances, je suis d'avis que la compagnie mère avait droit à titre bénéficiaire au résidu de la succession au sens du par. 2(5). Bien qu'elle ne soit pas désignée comme bénéficiaire par le testament, la structure mise en place par le défunt lui a conféré le contrôle total de la bénéficiaire désignée, la filiale, et lui a permis de la forcer en droit à lui remettre le résidu de la succession<sup>36</sup>.

Il est intéressant de noter que le juge Dickson, dissident, était d'avis que la signification de l'expression « droit à titre de bénéficiaire » était intimement liée à celle de « bénéficiaire » et que cette expression constituait un terme technique. Si cette expression n'avait jamais été analysée par les tribunaux en matière de fiducie, le juge Dickson aurait pu donner une connotation plus large à l'expression « droit au titre de bénéficiaire ». Toutefois, eu égard à la jurisprudence uniforme à l'effet contraire, il a conclu qu'il était impossible d'accepter une telle prétention :

En somme, le sens juridique de l'expression « droit à titre bénéficiaire » est fermement appuyé par la jurisprudence existante. Quelque négative que soit l'opinion que l'on puisse avoir de la conduite du testateur en l'espèce, je ne pense pas qu'il soit loisible à la Cour de rejeter le droit des fiducies et de donner à l'expression « droit à titre bénéficiaire » un sens large et non technique fondé sur (i) l'intention présumée du législateur de viser les opérations de cette nature ou (ii) l'argument voulant qu'une personne ait un droit à titre bénéficiaire sur un bien si, à un moment donné dans le futur, elle peut exercer des pouvoirs (ne découlant pas du testament) lui permettant d'acquérir en définitive un droit au bien. En l'espèce, on ne demande pas à la Cour d'introduire dans la Loi des mots propres à dissiper une ambiguïté, mais bien d'introduire un nouvel article pour régler une situation qu'elle n'a pas visée. Y accéder reviendrait à changer les règles une fois la partie terminée<sup>37</sup>.

### *Jurisprudence relative aux conventions fiscales*

Plusieurs des conventions fiscales conclues par le Canada renvoient à la notion de propriété effective dans le cadre de chalandage fiscal et de règles antiévitement<sup>38</sup>. Afin de bénéficier du taux réduit prévu à la convention, un contribuable doit avoir la propriété effective du revenu. Cette condition fait en sorte qu'aux fins de la convention, il n'est pas tenu compte des montants payés à une simple fiducie, à un mandataire ou à un prête-nom. L'interposition d'une entité intermédiaire dans un pays qui a conclu une convention fiscale favorable avec le pays d'origine n'a pas d'utilité. Par exemple, le paragraphe 2 de l'article X de la Convention fiscale entre

---

36 Ibid., à la p. 796.

37 Ibid., aux pp. 817-18.

38 Voir notamment les conventions conclues par le Canada avec la France, l'Allemagne, le Royaume-Uni, le Brésil, la Chine, le Japon et les États-Unis.



le Canada et les États-Unis (1980)<sup>39</sup> prévoit que le taux de retenue à la source applicable aux dividendes payés par une société résidente d'un État contractant à un résident de l'autre État contractant ne peut excéder un montant préétabli lorsqu'un résident de l'autre État contractant est le bénéficiaire effectif de ces dividendes.

Le modèle de convention fiscale de l'Organisation de coopération et de développement économiques (« OCDE »)<sup>40</sup> ne définit pas l'expression « propriété effective » et ne fournit donc aucune directive quant au sens qui doit lui être donné. La jurisprudence non canadienne a toutefois tenté de circonscrire cette notion dans le contexte des conventions fiscales.

Il y eut premièrement la décision rendue dans l'affaire *Aiken Industries, Inc.*<sup>41</sup> par la US Tax Court où un taux de retenue à la source nul a été refusé relativement à de l'intérêt payé par une personne américaine à une société d'un pays signataire d'une convention fiscale, au motif que la société versait immédiatement le revenu d'intérêt, sous forme de paiements d'intérêts pour des montants équivalents, à un actionnaire (ou à une personne du même groupe que l'actionnaire) résidant dans un pays avec lequel les États-Unis n'avaient pas conclu de convention fiscale. Les avantages conférés par la convention ont été refusés sur la foi que la société récipiendaire-prêteuse n'avait pas le contrôle de l'intérêt qu'elle avait reçu à cause du repaiement immédiat à ses actionnaires sous forme d'intérêts. Une lecture attentive de cette décision indique que la cour tenait à éviter qu'un récipiendaire ou bénéficiaire final du paiement d'intérêts de source américaine qui ne résidait pas lui-même dans un pays qui profitait des avantages d'une convention fiscale, se serve d'un pays comme d'un tremplin dans un arrangement strictement mécanique impliquant trois pays. La cour faisait remarquer que l'arrangement se conformait prétendument aux exigences des règlements sur les retenues à la source<sup>42</sup>, qui n'exigeaient pas, dans ce cas, la participation d'un pays signataire d'une convention. La cour signalait également que, bien que la Cour suprême des États-Unis ait approuvé les efforts des contribuables pour minimiser leur fardeau fiscal, il était nécessaire, à l'égard d'arrangements fondés sur des conventions, de tenir compte des attentes des pays signataires et que, lorsqu'un arrangement n'avait pas de but économique ou commercial valable autre que celui de bénéficier d'une exonération prévue dans une convention<sup>43</sup>, il était convenable de considérer qu'une partie intermédiaire n'était qu'un agent de recouvrement.

39 La Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, signée à Washington le 26 septembre 1980, et modifiée par les protocoles signés le 14 juin 1983, le 28 mars 1984, le 17 mars 1995 et le 29 juillet 1997.

40 Organisation de coopération et de développement économiques, *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune* (Paris : OCDE) (feuilles mobiles).

41 56 TC 925 (1971).

42 Ibid., à la p. 931.

43 Ibid., à la p. 934.

L'élasticité des notions utilisées par la cour dans l'affaire *Aiken Industries* et le fondement de sa décision doivent être clairement envisagées à la lumière du parti pris évident de la cour contre l'efficacité d'un arrangement par lequel une partie résidente d'un pays non-signataire d'une convention accédait aux avantages conférés par une convention par l'entremise d'une formalité, à savoir un simple échange de papiers entre sociétés liées aux fins de profiter de l'exonération<sup>44</sup>. La cour était d'avis que le seul but de la création et de l'existence de la société résidente du pays signataire d'une convention, ainsi que de l'opération, était d'obtenir les avantages découlant d'une convention; bien que l'objectif de réduire l'impôt ne soit pas fatal en soi, il ne constitue pas à lui seul un but commercial suffisant pour valider la transaction à des fins fiscales.

Dans l'affaire *Aiken Industries*, la cour était d'opinion qu'il convenait de conclure, étant donné le chalandage fiscal flagrant, que l'intermédiaire n'avait pas reçu l'intérêt pour son propre compte puisqu'il avait l'obligation de le transmettre à un tiers, soit le prêteur initial. C'est dans ce contexte que le bénéficiaire de l'intérêt a été jugé ne pas en avoir le contrôle.

Vient ensuite l'affaire *Re VSA*<sup>45</sup> dans laquelle une société suisse avait payé un dividende à une société du Luxembourg qui avait versé ce dividende, sous forme d'un paiement d'intérêts, à un actionnaire qui lui avait prêté des fonds afin de lui permettre d'acheter les actions d'une société hollandaise. Comme dans *Aiken Industries*, les autorités suisses ont refusé le taux de 5 pour cent de retenue à la source relativement au dividende versé à la société luxembourgeoise sur la foi qu'elle n'avait pas la propriété effective du dividende puisqu'elle agissait simplement à titre d'intermédiaire, et que les dividendes reçus avaient immédiatement été repayés sous forme d'intérêt. Un nombre suffisant d'indices permettaient à la cour de conclure que la société luxembourgeoise n'était qu'une société fantôme interposée pour qu'une personne qui ne résidait pas au Luxembourg profite de la convention fiscale.

Comme dans le cas précédent, il importe de noter le contexte dans lequel la décision a été prise. Encore une fois, la cour fait clairement savoir qu'elle se préoccupe d'un brassage de papier qui permettrait à une partie qui ne peut se prévaloir de la convention suisse d'en profiter néanmoins par l'entremise d'une société luxembourgeoise. La décision s'articule autour de la notion d'abus :

After all, when the advantages of a double taxation convention benefit the nationals of third countries, there is an abuse of the convention, and Switzerland may adopt anti-abuse measures in a unilateral fashion to assure itself that the benefits of the convention do not profit nationals or states who have no such right<sup>46</sup>.

---

44 Ibid., à la p. 933.

45 Cause n° JAAC 65-86 (Federal Commission Switzerland) dans *International Tax Law Reports* (Londres : Butterworths), 191.

46 Ibid., à la p. 211.

À la lumière de cet argument, il n'est pas difficile de comprendre les motifs de la cour dans l'affaire *Re VSA* lorsqu'elle renvoie à la forme légale, aux arrangements inappropriés et aux arrangements qui permettent à une personne qui n'est pas un résident du Luxembourg de tirer indûment profit d'une convention fiscale<sup>47</sup>.

Dans ce contexte, la cour n'a eu aucune difficulté à employer la notion de personne qui possède la propriété effective pour conclure que, dans ces circonstances, la société luxembourgeoise n'avait pas la propriété effective des dividendes : « [T]hus, a company which transferred to a third person dividends received without being able actually to dispose of them cannot be considered as the "beneficiary"<sup>48</sup> ».

Interprétée hors contexte, la détermination faite par la cour dans l'affaire *Re VSA* pourrait nier le statut de propriété effective dans un grand nombre d'arrangements<sup>49</sup>. Selon l'auteur toutefois, une application appropriée de cette décision serait de la restreindre à des situations pour lesquelles il est nécessaire d'étayer une conclusion dans son contexte, notamment celui du chalandage fiscal par un non-résident.

En effet, un commentateur faisait remarquer que, dans un contexte moins choquant, l'approche de la cour ne résisterait pas à un examen approfondi :

The obligation to transfer some receipts to a third party is crucial to the finding that the recipient is not the beneficial owner. A nominee, agent or a trustee is under a legal obligation to transfer a sum received to its principal or beneficiary. An intermediate holding is likely to pay on sums received to its parent, however, it is not necessarily under an obligation to do so. If the intermediate holding company became insolvent before paying on the sum received, the sum would be available to its creditors and would not belong to its parent<sup>50</sup>.

Quant à la jurisprudence relative aux traités fiscaux qui a servi à interpréter la notion de « propriété effective » et le sens de l'expression « droit à titre bénéficiaire » dégagé par les cas de droits de succession, il reste à déterminer s'il existe un fondement pour adopter une telle approche pour analyser la notion de « propriété effective » aux fins de la LIR hors du contexte des fiducies. Il est possible de soutenir qu'une telle approche soit incorrecte. D'après la structure de la LIR, et en l'absence d'une règle de présomption spécifique, des biens détenus par une société ou une fiducie sont considérés appartenir à cette société ou à cette fiducie, sauf si cette société ou cette fiducie agit à titre de mandataire ou de

47 Ibid., à la p. 210.

48 Ibid., à la p. 209.

49 Par exemple, l'obligation d'un propriétaire d'utiliser les revenus de loyer pour rembourser un tiers dont la créance est garantie par hypothèque pourrait entraîner la conclusion que le propriétaire ne détient pas la propriété effective, ce qui, de toute évidence, ne serait pas une détermination normative.

50 *International Tax Law Reports*, Philip Baker, éd. (Londres : Butterworths), 193.

propriétaire apparent ou si la fiducie est une simple fiducie<sup>51</sup>. En outre, à défaut d'imposture ou de fraude, les tribunaux se sont généralement montrés hésitants à soulever le voile corporatif en matière fiscale. Il se trouve dans la LIR des justifications à l'application du sens restreint donné à la notion de propriété effective hors du contexte des fiducies. Par exemple, l'alinéa e) de la définition de « journal canadien » au paragraphe 19(5) prévoit qu'aux fins de déterminer si des citoyens canadiens détiennent au moins les trois quarts des actions d'une société en terme de droit de vote et de juste valeur marchande lorsque les actions de cette société appartiennent à un moment donné à une autre société, chaque actionnaire de l'autre société est réputé avoir un nombre déterminé d'actions de la société attribué au prorata en fonction de leur juste valeur marchande. L'emploi d'une telle règle de présomption démontre que, sauf en cas d'imposture ou de fraude, la structure de la LIR tiendra habituellement compte des entités intermédiaires en matière de propriété effective, nonobstant que ces entités soient soumises au contrôle et à la volonté d'une autre personne<sup>52</sup>.

### **Questions découlant de la notion de propriété effective et de changement de la propriété effective**

L'exposé qui suit ne se veut pas une étude exhaustive de toutes les difficultés qui peuvent découler de l'application au Québec des dispositions de la LIR dans lesquelles se trouve la notion de propriété effective. Cette analyse vise plutôt à souligner des questions qui peuvent faire surface lorsque certaines dispositions de la LIR s'appliquent à des transactions ayant un lien suffisamment étroit avec le Québec.

La LIR renvoie souvent à la notion de propriété effective et à la locution « n'a pas pour effet de changer la propriété effective ». Ces expressions sont utilisées dans le contexte des frais de publicité<sup>53</sup>, des délaissements<sup>54</sup>, de la fiducie en faveur de soi-même<sup>55</sup>, des échanges d'actions<sup>56</sup>, des dispositions admissibles<sup>57</sup> et de la définition du terme « disposition »<sup>58</sup>. Des notions qui s'y rattachent, comme celles

---

51 À cet égard, voir le paragraphe 104(1) qui prévoit spécifiquement qu'une fiducie est réputée ne pas inclure d'arrangement selon lequel il est raisonnable de considérer qu'une fiducie agit en qualité de mandataire de l'ensemble de ses bénéficiaires pour ce qui est des transactions portant sur les biens de la fiducie, sauf si elle est incluse à l'un des alinéas a) à e.1) de la définition de « fiducie » au paragraphe 108(1).

52 Il existe une justification supplémentaire à la définition d'« actionnaire déterminé » du paragraphe 248(1), alinéa a), selon laquelle un contribuable est réputé être propriétaire des actions de sociétés qui sont la propriété de personnes avec lesquelles il ne traite pas à distance.

53 Alinéa e) de la définition de « journal canadien » au paragraphe 19(5).

54 Article 79.

55 Sous-alinéa 73(1.02)b)(ii).

56 Alinéas 85.1(2)b) et 85.1(6)b).

57 Alinéa 107.4(1)a).

58 Alinéas e) f) et k) de la définition de « disposition » au paragraphe 248(1).

de « propriété<sup>59</sup> » et « appartient à<sup>60</sup> », sont également employées dans la LIR. Quelques difficultés soulevées par l'application de ces dispositions de la LIR au Québec font l'objet de la discussion qui suit.

### *Fiducies*

La fiducie reçoit un traitement différent en droit civil et en *common law*. En *common law*, il existe un cadre d'analyse qui justifie que les bénéficiaires de certaines fiducies soient considérés être des personnes qui possèdent la propriété effective des biens de la fiducie. L'application de ce cadre d'analyse est litigieuse. En droit civil, la fiducie constitue un patrimoine distinct et un bénéficiaire n'a pas de droits aux actifs de la fiducie. Les seuls droits conférés aux bénéficiaires sont des droits personnels à l'encontre des fiduciaires<sup>61</sup>.

Vu l'absence de la notion de propriété effective en droit civil, l'alinéa 248(3)f) est nécessaire. Il a déjà été affirmé qu'en *common law*, le statut de bénéficiaire peut donner lieu à un droit de propriété effective, dans la mesure où l'intérêt est suffisamment direct. Comme cette affirmation n'a aucun fondement en droit civil, l'alinéa 248(3)f) est nécessaire pour faire en sorte que les biens détenus par la fiducie présumée soient réputés être la propriété effective du bénéficiaire. L'alinéa 248(3)f) regorge toutefois de difficultés. Par exemple, l'usufruitier, qui est réputé avoir un « droit de bénéficiaire dans la fiducie », peut-il être considéré avoir un « droit de bénéficiaire dans une fiducie » et, en vertu de l'alinéa 248(3)f), être réputé avoir la propriété effective des biens sujets à l'usufruit ? En d'autres mots, le terme « fiducie » utilisé à l'alinéa 248(3)f) peut-il viser une institution réputée être une fiducie par l'application des alinéas 248(3)a), b), c) ou d) ? Le cas échéant, l'usufruitier réputé avoir un « droit de bénéficiaire dans une fiducie » en vertu de l'alinéa 248(3)e) peut-il être considéré avoir un « droit de bénéficiaire dans une fiducie » ? La réponse à ces questions semble positive. D'abord, la fiducie dont il est question à l'alinéa 248(3)f) comprend les fiducies présumées des alinéas 248(3)a) à d). Ensuite, l'usufruitier et le nu-proprétaire, tous deux réputés avoir un « droit de bénéficiaire dans une fiducie » en vertu de l'alinéa 248(3)e), peuvent être considérés comme des « bénéficiaires<sup>62</sup> ». Par conséquent, dans la mesure où l'usufruitier peut être considéré comme un bénéficiaire d'une fiducie, il devrait être réputé avoir la propriété effective des biens assujettis à l'usufruit par l'application de l'alinéa 248(3)f). Bien que la version anglaise de la LIR suggère qu'il peut y avoir un problème technique à appliquer ce résultat<sup>63</sup>, cette

59 Alinéa e) de la définition de « journal canadien » au paragraphe 19(5).

60 Paragraphe 186(2).

61 Articles 1284, 1287, et 1290 CcQ.

62 Voir la définition de « bénéficiaire » au paragraphe 108(1).

63 Il s'agit de déterminer s'il est exact de considérer l'usufruitier comme bénéficiaire, compte tenu du paragraphe 108(1) qui établit que le bénéficiaire, aux fins de l'application de la sous-section k, comprend une personne qui a un droit de bénéficiaire sur la fiducie.

interprétation est supportée par la version française des alinéas 248(3)e) et f) qui démontrent clairement qu'une personne réputée avoir un droit de bénéficiaire en vertu de l'alinéa 248(3)e) doit également, en vertu de l'alinéa f), être réputée posséder la propriété effective des biens de la fiducie. La version française de l'alinéa 248(3)e) prévoit qu'une personne qui détient un droit, immédiat ou futur, conditionnel ou non, à l'égard d'une fiducie présumée est réputée avoir un « droit de bénéficiaire sur la fiducie » (traduction de *beneficially interested*). Pour sa part, la version française de l'alinéa 248(3)f) prévoit que toute personne ayant un « droit de bénéficiaire dans une fiducie » est réputée détenir la propriété effective des biens de la fiducie (l'anglais parle de *right as a beneficiary* et non de *beneficially interested*). Cette interprétation semble également correspondre à l'intention législative, comme en attestent les notes techniques de mai 1991 qui accompagnent le paragraphe 248(3)<sup>64</sup>. Ces notes mentionnent que l'alinéa 248(3)f) n'avait pas pour objectif de modifier le sens de la version antérieure du paragraphe 248(3) qui stipulait que l'expression « propriété effective » à l'égard d'un bien incluait le droit de la personne qui possède ou qui possédait le droit détenu par un usufruitier.

Une question accessoire à la notion de propriété effective au Québec est celle de l'application de la notion de « changement de propriété effective ». Malgré l'existence d'une présomption quant à la notion de propriété effective, il n'existe aucun équivalent de la notion de « changement de propriété effective » et le Parlement n'a pas tenté de définir, à l'égard du Québec, les situations qui donnent ou ne donnent pas lieu à un changement de propriété effective. Il est possible d'identifier les situations, au Québec, dans lesquelles une personne a un « droit de bénéficiaire dans une fiducie » ou est considérée avoir la propriété effective de biens, mais il n'existe aucune directive pour déterminer si un changement de propriété effective a eu lieu. La notion touche plus particulièrement les transferts entre fiducies, soit la définition du terme « disposition » au paragraphe 248(1) qui est liée à la notion de changement de propriété effective et de roulements impliquant des fiducies, comme la fiducie pour soi prévue à l'article 73 et le roulement en cas de disposition admissible prévu au paragraphe 107.4(3).

Par exemple, monsieur X constitue une fiducie et lui transfère un bien à gain accumulé. Il a droit de recevoir la totalité du revenu de la fiducie et peut exiger que les fiduciaires lui distribuent la part du capital qu'il requiert. L'acte de fiducie prévoit que ses enfants (les « bénéficiaires par défaut ») pourront recevoir le résidu des biens de la fiducie à son décès. En *common law*, monsieur X peut être considéré détenir la propriété effective du bien avant et après le transfert et les bénéficiaires par défaut seront également considérés en avoir la propriété effective. Le transfert entraînera donc un changement de propriété effective car monsieur X et les bénéficiaires par défaut possèdent la propriété effective après le transfert alors que seul monsieur X en avait la propriété effective immédiatement avant le transfert. Ainsi, le roulement prévu à l'article 73 ne pourra être utilisé et,

---

64 Canada, ministère des Finances, « Notes techniques au projet de loi C-18 », dans *Projet de loi C-18*, publication spéciale (Scarborough, ON : De Boo, 1991), paragraphe 192(15).

de la même façon, le transfert ne constituera pas une disposition admissible pour l'application du paragraphe 107.4(3).

En appliquant le même exemple au Québec, monsieur X serait réputé avoir la propriété effective du bien en vertu de l'alinéa 248(3)f) même s'il n'existe pas, à proprement parler, de tel concept en droit civil québécois. L'alinéa 248(3)f) fera en sorte que monsieur X sera réputé détenir la propriété effective des biens de la fiducie immédiatement après le transfert. Les bénéficiaires par défaut seront probablement considérés à titre de bénéficiaires éventuels aux fins du CcQ et auront donc un « droit de bénéficiaire » pour l'application de l'alinéa 248(3)f). Les bénéficiaires par défaut ont des droits futurs de recevoir du revenu et du capital après dépouillement, dans la mesure où la totalité du revenu et du capital est distribuée à monsieur X. En droit civil québécois, un bénéficiaire par défaut, à titre de bénéficiaire éventuel, a un droit de surveillance quant à l'administration de la fiducie<sup>65</sup>. À cet égard, le bénéficiaire par défaut peut raisonnablement être considéré avoir un « droit de bénéficiaire dans une fiducie » aux fins de l'application de l'alinéa 248(3)f). Ainsi, les bénéficiaires par défaut seront réputés posséder la propriété effective des biens de la fiducie, il y aura un changement de propriété effective et le transfert ne sera pas admissible au roulement. Ce résultat est similaire à celui qui aurait été obtenu en *common law*.

Si cette analyse est appliquée au transfert d'un bien à une fiducie pleinement discrétionnaire, les conséquences fiscales sont similaires au Québec et dans les provinces de *common law* puisqu'un roulement ne serait pas possible dans la mesure où le transfert donne lieu à un changement de propriété effective du bien; il se pourrait cependant que le statut des bénéficiaires à titre de propriétaires effectifs ne soit pas le même. Plus particulièrement, en *common law*, il est possible que le bénéficiaire discrétionnaire ne soit pas considéré comme propriétaire effectif, tandis qu'au Québec, il pourrait être réputé comme tel. Dans l'hypothèse que monsieur X contribue un bien à une fiducie et que l'acte de fiducie stipule que les fiduciaires peuvent, à leur discrétion, choisir parmi le groupe constitué de monsieur X et de ses enfants, quels bénéficiaires recevront le revenu et le capital de la fiducie et dans quelle proportion ? En *common law*, peut-être que monsieur X et ses enfants ne seraient pas considérés à titre de propriétaires effectifs des biens de la fiducie. À moins que tous les bénéficiaires soient des bénéficiaires *sui juris*, la propriété effective des biens de la fiducie est en suspens jusqu'à ce que les fiduciaires exercent leur discrétion. Monsieur X ne serait pas le propriétaire effectif des biens de la fiducie après le transfert et, en conséquence, le transfert donnerait lieu à un changement de propriété effective<sup>66</sup>. Il n'est pas certain qu'un bénéficiaire discrétionnaire au Québec ait, en toutes circonstances, un « droit de bénéficiaire dans une fiducie » parce qu'un bénéficiaire discrétionnaire n'est pas clairement un

65 Article 1287 CcQ.

66 Si tous les bénéficiaires sont des bénéficiaires *sui juris*, un changement de propriété effective aurait également lieu puisque monsieur X ne serait pas le seul propriétaire effectif immédiatement après le transfert à la fiducie.

« bénéficiaire » aux fins du CcQ. L'article 1287 CcQ prévoit que l'administration d'une fiducie est soumise à la surveillance du constituant, ou de ses héritiers s'il est décédé, et du bénéficiaire, même un bénéficiaire éventuel. L'article 1290 CcQ établit que le constituant, le bénéficiaire ou tout autre « intéressé » peut 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 s'agit donc de déterminer si un bénéficiaire discrétionnaire est un « bénéficiaire » ou un « intéressé ». Si un bénéficiaire discrétionnaire est un « bénéficiaire » aux fins du CcQ, il a un « droit de bénéficiaire » pour l'application de l'alinéa 248(3)f) et est donc réputé avoir la propriété effective des biens détenus en fiducie. Ce résultat n'est pas en accord avec la *common law*. Si toutefois le bénéficiaire discrétionnaire n'est pas un « bénéficiaire » mais un « intéressé », le bénéficiaire discrétionnaire a un droit à titre d'« intéressé » et non un « droit de bénéficiaire dans une fiducie » pour l'application de l'alinéa 248(3)f) et ne sera donc pas réputé avoir la propriété effective des biens de la fiducie. Le statut d'un bénéficiaire discrétionnaire est en quelque sorte précaire car, selon l'acte de constitution, il ou elle ne peut exiger que lui soit conféré un avantage ou que lui soit distribué le revenu ou le capital de la fiducie<sup>67</sup> jusqu'à ce que le fiduciaire exerce son pouvoir discrétionnaire en sa faveur. De façon similaire, il n'est pas clair qu'un bénéficiaire discrétionnaire puisse être considéré comme un bénéficiaire éventuel aux fins du CcQ.

La version française du paragraphe 248(25) pourrait tout de même faire en sorte qu'un bénéficiaire discrétionnaire ait un droit de bénéficiaire aux fins de l'application de l'alinéa 248(3)f) et avoir ainsi la propriété effective réputée des biens de la fiducie. Selon la version française de l'alinéa 248(25)b), un bénéficiaire discrétionnaire est réputé avoir un « droit de bénéficiaire dans une fiducie » ce qui, traduit littéralement, signifie *right as a beneficiary in a trust* aux fins de LIR. Quant à la version française de l'alinéa 248(3)f), elle fait en sorte que les biens sur lesquels une personne détient un « droit de bénéficiaire dans une fiducie » sont la propriété effective de la fiducie. Selon cette analyse, par application de la version française des alinéas 248(25)b) et 248(3)f), il est évident qu'au Québec, un bénéficiaire discrétionnaire serait considéré avoir un « droit de bénéficiaire » aux sens de l'alinéa 248(3)f) et serait réputé avoir la propriété effective des biens de la fiducie.

La version anglaise de l'alinéa 248(25)b) fait en sorte que le bénéficiaire discrétionnaire est *beneficially interested* dans la fiducie, par opposition à la version française qui donne au bénéficiaire un *right as a beneficiary in a trust*. S'il était conclu qu'au Québec, un bénéficiaire discrétionnaire jouit du type de droit prévu à l'alinéa 248(3)f), il y aurait alors clairement un changement de propriété effective lors de la constitution de la fiducie discrétionnaire. Au contraire, s'il était conclu qu'un bénéficiaire discrétionnaire n'a pas un « droit de bénéficiaire dans la fiducie », le bénéficiaire ne serait pas réputé avoir la propriété effective des biens

---

67 Voir l'article 1284 CcQ.



de la fiducie en raison de la version anglaise de la LIR. Quant aux provinces de *common law*, un bénéficiaire discrétionnaire n'est généralement pas considéré avoir la propriété effective des biens de la fiducie. Cette situation n'est pas en accord avec la version française de l'alinéa 248(3)f), mais elle l'est peut-être avec sa version anglaise.

Au Québec, dans les deux cas, un transfert de biens à la fiducie discrétionnaire entraînerait quand même un changement de la propriété effective des biens. Ce résultat est conforme à celui qui serait obtenu en *common law*. Si un bénéficiaire discrétionnaire est un « bénéficiaire » aux fins du CcQ et possède un « droit de bénéficiaire » en vertu de l'alinéa 248(3)f), alors tous les bénéficiaires discrétionnaires seront réputés détenir la propriété effective des biens de la fiducie et, puisque le constituant était la seule personne à avoir la propriété effective des biens avant le transfert, il y aura changement de propriété effective des biens après le transfert. Si le bénéficiaire discrétionnaire n'a pas de « droit de bénéficiaire », le constituant ne sera pas réputé avoir la propriété effective des biens après le transfert et, par conséquent, il y aura également un changement de propriété effective. Dans ce contexte, les dispositions de la LIR qui concernent la propriété effective pourraient s'appliquer, de sorte que des personnes placées dans des situations comparables soient classifiées différemment. L'application de ces dispositions entraîne néanmoins des conséquences fiscales cohérentes.

### *Sens de « contrôlée » au paragraphe 186(2)*

Le terme « rattaché » est défini au paragraphe 186(4) aux fins de l'application de la partie IV. Selon l'alinéa 186(4)a), une société payante (d'un dividende) est rattachée à une société donnée si la société payante est contrôlée par la société donnée. Quant à l'alinéa 186(4)b), il prévoit d'autres situations qui font qu'une société peut être rattachée à une autre, mais elles ne sont pas visées par notre exemple. Le terme « contrôlée », aux fins de l'application de la partie IV, est défini comme suit au paragraphe 186(2) :

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. (soulignement de l'auteur)

La façon divergente dont la *common law* et le droit civil traitent de la relation entre les fiduciaires et les bénéficiaires, d'une part, et les biens de la fiducie, d'autre part, fait naître des résultats incohérents lorsqu'une fiducie est concernée.

Par exemple, dans une transaction papillon de scission impliquant les frères A, B, C, et D, les frères A et B détiennent chacun 10 actions ordinaires de Opco. Il n'y a pas d'autres actions ordinaires d'Opco en circulation. Une fiducie testamentaire

(« la fiducie »), créée par le testament de leur père décédé, détient 5000 actions privilégiées votantes. Les frères C et D sont les bénéficiaires discrétionnaires du revenu et du capital de la fiducie et le fiduciaire n'a pas de lien de dépendance avec les frères.

Les frères A et B souhaitent procéder à une réorganisation papillon de scission. Ils transfèrent donc leurs actions ordinaires à des sociétés de portefeuille, Aco et Bco, respectivement. Dans le cadre de la transaction papillon, Opco achètera pour annulation ses actions ordinaires de Aco et Bco. Cette acquisition se fera sous la forme d'un rachat d'actions et entraînera un dividende présumé qui devra être versé par Opco à Aco et Bco. À moins qu'Opco soit rattachée à Aco et Bco, ces dividendes présumés seront assujettis à l'impôt de la partie IV.

Compte tenu du nombre d'actions votantes détenu par la fiducie, Opco n'est pas contrôlée par Aco et Bco. La question se pose néanmoins de savoir ce que signifient les mots « appartiennent à » utilisés au paragraphe 186(2). Les actions privilégiées votantes détenues par la fiducie peuvent-elles ainsi « appartenir à » la fiducie ?

La décision de la Commission de révision de l'impôt dans *Distillers Corporation — Seagrams Limited c. MRN*<sup>68</sup> appuie la proposition que les mots « appartiennent à » véhiculent la notion de propriété. La disposition qui était sous étude dans ce cas était la définition de « filiale contrôlée » de l'alinéa 139(1)aq) de l'ancienne loi<sup>69</sup> qui prévoyait qu'une « filiale contrôlée » était une société dont plus de 50 pour cent des actions émises du capital-actions ayant plein droit de vote en toute circonstance « appartiennent à » la société dont elle est la filiale.

Si la fiducie était une fiducie de *common law*, les actions privilégiées votantes détenues par la fiducie seraient considérées « appartenir à la fiducie<sup>70</sup> ». Dans le contexte du droit civil québécois, il serait plus difficile de déterminer à qui les

68 80 DTC 1649 (CRI).

69 Loi de l'impôt sur le revenu, LRC 1952, c. 148, telle que modifiée.

70 Abstraction faite de tout débat, le fiduciaire d'une fiducie de *common law* serait considéré avoir la propriété légale et le bénéficiaire, la propriété effective. Si les actions détenues par la fiducie étaient considérées être la propriété effective des bénéficiaires, Aco et Bco seraient toutes deux rattachées à Opco, car les frères C et D ont un lien de dépendance avec les frères A et B.

S'il est jugé que les actions appartiennent au fiduciaire, il serait, en vertu de l'alinéa 251(1)b), réputé avoir un lien de dépendance avec les frères A et B, à cause de leur relation avec les bénéficiaires, soit les frères C et D. Par conséquent, Aco et Bco seraient chacune rattachées à Opco. Encore faut-il que l'expression « fiducie personnelle » signifie que le fiduciaire est propriétaire ou contrôle les biens de la fiducie.

Par contre, si les actions détenues par la fiducie ne sont pas considérées « appartenir au » fiduciaire ou aux bénéficiaires mais plutôt à la fiducie elle-même, la fiducie serait alors une personne qui a un lien de dépendance avec l'une ou l'autre de Aco ou Bco pour les raisons énoncées au paragraphe précédent. Il en résulte que Aco et Bco seraient toutes deux rattachées à Opco. Dans chacune de ces hypothèses, les actions privilégiées votantes détenues par la fiducie seraient cumulées aux actions détenues par Aco et Bco, de sorte qu'Opco deviendrait rattachée à Aco et Bco aux fins de la partie IV.

biens « appartiennent », dans la mesure où le patrimoine de la fiducie est sans propriétaire<sup>71</sup>. Il ne fait aucun doute en droit civil québécois que les biens de la fiducie n'appartiennent ni au fiduciaire, ni aux bénéficiaires puisque aucun d'entre eux n'a de droits réels à l'égard des biens de la fiducie<sup>72</sup>. Le patrimoine de la fiducie est autonome et distinct de celui des fiduciaires et des bénéficiaires et, en conséquence, les biens de la fiducie sont sans propriétaire. Il pourrait donc s'avérer impossible, en droit civil, d'attribuer la propriété des actions privilégiées à la fiducie. Par ailleurs, l'alinéa 248(3)f) ne peut faire en sorte que le fiduciaire détienne la propriété effective des biens car, d'après l'alinéa 248(3)f), seules les personnes qui ont un droit de bénéficiaire dans une fiducie assujettie aux lois du Québec possèdent la propriété effective des biens de la fiducie.

Maintenant, il faut déterminer si les bénéficiaires discrétionnaires, qui ne sont pas propriétaires des biens de la fiducie sous le régime du droit civil québécois, sont réputés en avoir la propriété effective en vertu de l'alinéa 248(3)f). Pour ce faire, il faut d'abord établir si les frères C et D ont un « droit de bénéficiaire » dans la fiducie. Tel que discuté, il n'est pas tout à fait certain qu'aux fins du droit civil québécois un bénéficiaire discrétionnaire soit un « bénéficiaire ». L'application de la version anglaise de l'alinéa 248(3)f) pourrait faire en sorte que les bénéficiaires discrétionnaires ne soient pas considérés avoir un droit de bénéficiaire et ne soient pas réputés avoir la propriété effective des biens de la fiducie. Par contre, par l'application de la version française de l'alinéa 248(3)f), les frères C et D seront, en vertu de l'alinéa 248(25)b), réputés avoir un « droit de bénéficiaire » et seront donc réputés avoir la propriété effective des biens de la fiducie.

S'il est déterminé que les biens de la fiducie ne sont pas réputés faire l'objet de propriété effective, ils ne peuvent donc pas appartenir aux frères C et D aux fins du paragraphe 186(2) et, compte tenu du fait que le fiduciaire n'a pas de droits réels aux biens de la fiducie, la seule « personne » à qui les actions peuvent appartenir est le patrimoine de la fiducie<sup>73</sup>. Toutefois, comme le patrimoine de la fiducie est sans propriétaire, il ne peut techniquement être affirmé que les actions appartiennent à la fiducie. De toute évidence, ce résultat ne peut avoir été souhaité. L'expression « appartient à » figurait au paragraphe 186(2) et ailleurs dans la LIR bien avant la création du patrimoine par appropriation du nouveau CcQ. Aux fins de l'exemple cité, il serait clairement approprié de considérer que les actions privilégiées appartiennent à une fiducie de droit civil québécois, ce qui serait en

71 Guy Fortin, "How the Province of Quebec Absorbs the Concept of the Trust" (1999) vol. 18, n° 3 *Estates Trusts & Pensions Journal* 285-316, à la p. 292.

72 Article 1261 CcQ.

73 De plus, il n'est pas certain que le patrimoine de la fiducie (ou de l'accord de fiducie) soit traité comme propriétaire des biens de la fiducie en vertu des paragraphes 104(1) et (2) puisque certains aspects de cette relation, à savoir la réalisation du revenu ou du produit de disposition, sont visés par la LIR, alors que certains autres aspects pourraient ne pas l'être, comme dans l'exemple dont il est discuté.

accord avec la *common law*. Si une interprétation restrictive du droit privé québécois servait à déterminer si les biens appartiennent au patrimoine de la fiducie, il serait établi que les actions n'appartiennent pas à la fiducie et, qu'en conséquence, Aco et Bco ne sont pas rattachées à Opc.

Dans ce contexte, un tribunal appelé à déterminer si des biens « appartiennent à » une fiducie de droit civil québécoise n'appliquerait probablement pas de façon restrictive les principes de droit civil concernant la propriété. Il adopterait plutôt une approche libérale dans l'interprétation des mots « appartiennent à » en vue d'atteindre un résultat qui soit cohérent ou en harmonie avec le résultat qui serait obtenu dans une province de *common law* pour conclure que Aco et Bco étaient rattachées à Opc. Cette approche d'harmonisation de la *common law* et du droit civil pour l'interprétation des mots de la LIR qui sont susceptibles d'avoir des sens différents selon la province dans laquelle la disposition est appliquée a été adoptée dans l'affaire *Construction Bérou*. L'issue de cet arrêt est peut-être désirable du point de vue de la politique fiscale mais l'approche adoptée par la cour n'est pas nécessairement souhaitable du point de vue du bijuridisme, en ce qu'elle ne tient effectivement pas compte du droit civil québécois. Une solution plus appropriée au problème serait que le législateur fasse le point sur l'interprétation que devrait recevoir l'expression « propriété effective » au Québec.

### *Échange d'actions étrangères*

Selon le paragraphe 85.1(6), un échange d'actions étrangères n'est pas admissible au report d'impôt lorsqu'il existe l'un des cinq critères qui y sont prévus. Ces critères sont énoncés à l'alinéa 85.1(6)b), à savoir :

- b) immédiatement après l'échange, le vendeur, des personnes avec lesquelles il a un lien de dépendance ou à la fois le vendeur et de telles personnes :
  - (i) soit contrôlaient l'acheteur étranger,
  - (ii) soit avaient la propriété effective d'actions du capital-actions de l'acheteur étranger dont la juste valeur marchande représente plus de 50 % de la juste valeur marchande de l'ensemble des actions en circulation du capital-actions de cet acheteur.

Encore une fois, la question de la signification de l'expression « avait la propriété effective » refait surface. Hypothèse : dans le cas des sociétés Forco I et Forco II, X est propriétaire de 50 pour cent des actions de Forco I (valeur de 300 millions de dollars), le reste étant détenu par une fiducie discrétionnaire dont les bénéficiaires sont les enfants du constituant. Quant à Forco II, ses actions sont à participation multiple et ont une valeur totale de 500 millions de dollars. X et la fiducie souhaitent transférer leurs actions respectives de Forco I à Forco II. Est-ce que X et la fiducie sont admissibles à un report d'impôt si, immédiatement après l'échange, le vendeur et des personnes avec lesquelles il a un lien de dépendance avaient la propriété effective d'actions du capital-actions de l'acheteur étranger dont la juste valeur marchande représente plus de 50 pour cent de la juste valeur marchande des actions en circulation du capital-actions de l'acheteur étranger ?

Tel que déjà mentionné, il est peu probable qu'aux fins de la *common law*, un bénéficiaire discrétionnaire particulier puisse être considéré avoir la propriété effective des biens de la fiducie, mais il pourrait être possible de considérer que l'ensemble d'une catégorie de bénéficiaires discrétionnaires possède la propriété effective de ces biens, dans la mesure où ces bénéficiaires sont tous *sui juris*<sup>74</sup>. Cependant, il faut ensuite déterminer qui a la propriété effective des actions de Forco II acquises par la fiducie en raison de l'échange. Si l'ensemble des bénéficiaires discrétionnaires peut être considéré avoir la propriété effective des actions de Forco II, il s'ensuit qu'immédiatement après le transfert, X et un groupe de personnes avec lesquelles il a un lien de dépendance auront la propriété effective de plus de 50 pour cent des actions de Forco II. Dans ce cas, ni X ni la fiducie ne serait admissible au roulement. Si, par ailleurs, les bénéficiaires discrétionnaires n'étaient pas considérés posséder la propriété effective des biens, qui en serait propriétaire ?

S'il était conclu que les actions de Forco II sont la propriété effective de la fiducie elle-même, le résultat obtenu serait le même. Selon l'alinéa 251(1)b), X a un lien de dépendance avec la fiducie; X et une personne avec laquelle il a un lien de dépendance sont donc conjointement propriétaires d'actions du capital-actions de Forco II dont la juste valeur marchande est supérieure à 50 pour cent de la juste valeur marchande de la totalité des actions de son capital-actions en circulation immédiatement après la transaction. Si, comme il est souvent soutenu, la propriété effective est suspendue, c'est-à-dire qu'aucune personne ou entité ne peut avoir la propriété effective tant et aussi longtemps que le fiduciaire n'a pas exercé son pouvoir de discrétion, la transaction serait admissible au report d'impôt parce qu'immédiatement après l'échange, X possède la propriété effective d'actions correspondant à moins de 50 pour cent de la juste valeur marchande de toutes les actions de Forco II et qu'il n'y a personne avec qui il a un lien de dépendance qui détient des actions de Forco II.

En droit civil, les bénéficiaires discrétionnaires d'une fiducie québécoise ne peuvent pas être considérés avoir la propriété effective des biens de la fiducie, sauf s'ils sont réputés l'avoir en vertu de l'alinéa 248(3)f). Si les bénéficiaires discrétionnaires y sont visés, la famille de X serait réputée avoir la propriété effective des actions de Forco II reçues par la fiducie lors de l'échange d'actions étrangères. La juste valeur marchande cumulative des actions de Forco II, dont la propriété effective appartient à X et à ses enfants, serait supérieure à 50 pour cent de la juste valeur marchande de toutes les actions de Forco II immédiatement après l'échange et ils ne seraient pas admissibles au report d'impôt.

Par conséquent, que ce soit en droit civil ou en *common law*, il n'est pas certain qu'un roulement soit possible dans les circonstances décrites. Un traitement uniforme n'est qu'une possibilité, non la certitude souhaitée.

74 À ce sujet, consulter la rubrique « Changement de propriété effective ».

## Tentatives judiciaires d'harmonisation

Les arrêts *Construction Bérou*<sup>75</sup>, *MRN c. Wardean Drilling Ltd.*<sup>76</sup> et *Olympia & York Developments Ltd. c. La Reine*<sup>77</sup> mettent en exergue les difficultés que peut occasionner l'application des notions de droit privé dans l'interprétation de la LIR.

La décision rendue dans *Construction Bérou* repose sur le paragraphe 248(3) afin de pallier à l'absence de la notion de propriété effective en droit civil québécois. Cette disposition, interprétée de façon large, a servi de justification à la cour pour considérer les droits créés par les contrats de location en litige comme droits de propriété effective. Bien que ce résultat semble approprié du point de vue de la politique fiscale, il n'est pas certain que l'approche de la cour soit appropriée à d'autres égards. À l'époque, le paragraphe 248(3) assimilait certains droits spécifiques relatifs à la propriété en droit civil à la notion de propriété effective aux fins de la LIR. Quant aux contrats de location, seul le preneur d'un bail emphytéotique était visé par ce paragraphe. Le défaut de mentionner les preneurs d'un bail ordinaire comportant une option d'achat laisse croire qu'il n'était pas de l'intention du législateur de considérer ce type de droit à un bien comme droit de propriété effective<sup>78</sup>. Ainsi, il est possible que la Cour fédérale d'appel ait interprété le paragraphe 248(3) de façon trop large.

Dans *Construction Bérou*, il s'agissait de déterminer si une transaction sous forme d'un crédit-bail d'équipement avec option d'achat à rabais pouvait, aux fins de la LIR, être qualifiée d'achat d'équipement par le preneur à bail. La contribuable avait convenu de louer certains camions auprès d'institutions financières qui les avaient achetés à sa demande. Chaque bail avait une durée de 65 mois. Au 60<sup>e</sup> mois, la contribuable avait l'option d'acheter chacun des camions à un prix égal à 10 pour cent de son coût d'origine. Au moment de conclure le bail, il était prévu qu'à la date de rachat, la juste valeur marchande des camions correspondrait à 50 pour cent de leur coût d'origine. Si la contribuable n'exerçait pas son option d'achat au 60<sup>e</sup> mois, le loyer payable pour les cinq mois à courir excédait légèrement le prix d'achat de l'option et, par conséquent, il était raisonnable de s'attendre à ce qu'elle exerce son option d'achat.

Sur la foi du *Bulletin d'interprétation* IT-233R<sup>79</sup>, la contribuable a considéré la transaction comme un achat plutôt qu'une location des camions. Elle a donc réclamé une déduction à titre d'allocation du coût en capital et un crédit d'impôt à l'investissement à l'égard du coût des camions et déduit la partie du montant payé

---

75 Supra, note 3.

76 69 DTC 5194 (C. de l'É.).

77 80 DTC 6184 (CF 1<sup>re</sup> inst.).

78 Michael D. Templeton, « Financial Leases: Economic Substance Prevails », *Current Cases feature* (2000) vol. 48, n° 1 *Revue fiscale canadienne* 148-54, à la p. 152.

79 *Bulletin d'interprétation* IT-233R, « Conventions de bail avec option ; conventions de vente et de relocation », le 11 février 1983. Ce bulletin a été annulé par *Impôt sur le revenu — Nouvelles techniques* n° 21, le 14 juin 2001.

sous forme de loyer en vertu du bail attribuable, selon elle, à l'intérêt qui aurait été dû sur le prix d'achat reporté des camions. Le ministre a émis une nouvelle cotisation à l'encontre de la contribuable pour le motif qu'elle n'avait pas acquis les camions et que, par conséquent, elle ne pouvait que déduire le loyer payé.

Dans une décision rendue à deux juges contre un, la Cour d'appel fédérale a été d'avis que, bien qu'il n'y avait pas eu transfert de propriété aux fins civiles, la contribuable avait acquis les camions en vue de réclamer la déduction à titre d'allocation du coût en capital, le crédit d'impôt à l'investissement et la déduction de la dépense d'intérêt. Les trois juges étaient d'accord que, pour que la contribuable soit considérée avoir acquis la propriété des biens aux fins de la LIR, elle devait en avoir obtenu la propriété effective. La majorité s'est appuyée sur la définition du terme « disposition » qui précisait qu'un changement de propriété légale, sans changement de propriété effective, n'était pas une disposition, de même que sur les arrêts *Wardean Drilling* et *Olympia*. Ces causes confirment la théorie selon laquelle, dans le cadre d'une vente conditionnelle, un acheteur acquiert des biens aux fins de la LIR lorsqu'il en acquiert tous les attributs de propriété, à savoir l'usage, la possession et le risque, nonobstant que le vendeur se soit réservé la propriété légale afin de s'assurer du parfait paiement du prix de vente.

De l'avis de la majorité, le problème créé par l'absence au CcQ de la notion de propriété effective est écarté par le paragraphe 248(3). À l'époque où le litige a pris naissance, le paragraphe 248(3) se lisait ainsi :

Pour l'application de la présente loi dans la province de Québec, « propriété effective », à l'égard d'un bien, s'entend notamment du droit de la personne qui a ou avait la pleine propriété d'un bien, même si ce bien est grevé d'une servitude, du droit détenu par un usufruitier, un preneur dans le cas d'un bail emphytéotique, un grevé dans le cas d'une substitution ou un bénéficiaire dans le cas d'une fiducie.

La cour conclut que l'objectif et l'effet du paragraphe 248(3) étaient de faire en sorte que divers droits à l'égard de la propriété reconnus au CcQ soient compris dans la notion de propriété effective aux fins de la LIR :

[traduction] [L]e paragraphe 248(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Loi) représente un effort du législateur d'assimiler le « beneficial ownership » d'un bien à diverses formes de propriété propres au droit civil québécois dans le but évident de faire bénéficier les contribuables québécois des mêmes avantages que cette notion permet d'octroyer aux contribuables des provinces de common law. La tâche n'était pas facile à l'époque car les concepts de propriété étaient différents dans les deux systèmes de droit, et les démembrements du droit de propriété, plus limités en droit civil québécois qu'en common law, ne correspondaient pas nécessairement à ceux de common law au niveau conceptuel. Malgré tout, l'effort d'harmonisation par le législateur, dans une perspective de traitement équitable et uniforme de tous les contribuables canadiens, m'apparaît indiscutable. D'où la nécessité d'une interprétation judiciaire qui permette la mise en oeuvre de cette intention législative<sup>80</sup>.

80 Supra, note 3, à la p. 5842.

Dans les affaires *Wardean Drilling* et *Olympia*, les tribunaux ont analysé le terme « disposition » et, dans les deux cas, ont conclu qu'il devrait recevoir le sens le plus large possible, tout au moins dans le cadre des dispositions de la LIR régissant l'allocation du coût en capital. Si les attributs normaux de la propriété sont transférés, à savoir la possession, l'usage et le risque, il y a disposition.

Dans l'affaire *Olympia*, les lois québécoises étaient applicables et la cour a accepté le point de vue selon lequel il n'y a pas de vente immédiate lorsque les parties ont expressément reporté le transfert du titre, mais qu'il peut néanmoins y avoir disposition à des fins fiscales.

Comme les lois de l'Alberta s'appliquaient à *Wardean Drilling*, la cour devait déterminer s'il y avait eu « acquisition » aux fins de l'impôt sur le revenu. Il était nécessaire d'établir si, aux fins de l'allocation du coût en capital, la contribuable avait acquis l'équipement durant l'année en litige ou seulement durant l'année suivante. Le contrat stipulait que le titre serait transféré uniquement à la livraison des biens. Dans le processus d'analyse, il fallait déterminer si la contribuable était devenue propriétaire des biens avant la fin de l'année. Dans ce cas, la contribuable n'avait pas pris possession physique des biens avant la fin de l'année, mais le contrat de vente avait été signé avant la fin de l'année. Monsieur le juge Cattanach écrivait ce qui suit :

As I have indicated above, it is my opinion that a purchaser has acquired assets of a class in Schedule B when title has passed, assuming that the assets exist at that time, or when the purchaser has all the incidents of title, such as possession, use and risk, although legal title may remain in the vendor as security for the purchase price as is the commercial practice under conditional sales agreements. In my view the foregoing is the proper test to determine the acquisition of property described in Schedule B to the Income Tax Regulations<sup>81</sup>. (soulignement de l'auteur)

L'application du droit civil québécois aux faits des affaires *Olympia* et *Wardean Drilling* donnerait lieu à des conclusions différentes, puisque le transfert de propriété a lieu au moment de la signature de l'entente (ou au moment stipulé à l'entente, comme dans *Olympia*) : la possession n'est pas pertinente, sauf pour la responsabilité quant aux risques<sup>82</sup>.

En principe, il n'est pas erroné d'associer le transfert des attributs de propriété à la notion de propriété effective. Le lien entre attributs de propriété et propriété effective mérite cependant d'être reconnu explicitement dans la LIR afin d'éviter la nécessité du recours au droit privé provincial, comme les tribunaux l'ont fait dans les affaires *Wardean Drilling* et *Olympia*. La LIR établit de nombreuses règles de présomptions qui changent la nature de certaines situations aux fins de l'impôt sur le revenu. Sur un plan légèrement différent, il existe également des cas où la LIR

81 *Supra*, note 76, à la p. 5198.

82 Articles 1387 et 1456 C.C.Q.



extrait une notion de droit privé de son contexte et entreprend de la définir à des fins fiscales<sup>83</sup>. Si l'expérience était tentée avec la notion de propriété effective, les résultats pourraient s'avérer acceptables (sous réserve de l'exposé qui suit concernant cette solution). Comme il n'existe pas de définition de l'expression « propriété effective » dans la LIR, les tribunaux n'ont pas le choix d'en dégager le sens à partir du droit privé applicable dans la province pertinente<sup>84</sup>. Bien que le terme « propriété effective » se soit taillé une place dans le jargon des affaires au Québec et qu'il soit employé couramment en matières contractuelles au Québec, la notion elle-même n'existe pas en droit privé québécois et la cour a erré dans la décision *Construction Bérou* en ayant recours au droit privé d'une province de *common law* pour en dégager le sens.

À la lumière de la décision dans l'affaire *Construction Bérou*, la nécessité d'une harmonisation se fait encore plus pressante. Bien qu'elle soit digne de mention d'un point de vue de politique fiscale, la décision de la cour suscite l'incertitude pour les contribuables québécois, dans la mesure où elle laisse croire que les conséquences fiscales découlant d'une transaction régie par le droit civil québécois pourraient être établies en fonction des principes de *common law*. La nature conflictuelle des objectifs, à savoir l'application des principes juridiques de façon uniforme dans l'ensemble du pays et le respect des différences qui existent entre les systèmes de droit privé des diverses provinces, sont bien démontrés par les commentaires suivants du juge Létourneau :

[traduction] Je me suis livré à cette analyse d'époque du contrat de crédit-bail parce qu'elle révèle la situation difficile dans laquelle s'est retrouvé Revenu Canada, particulièrement à la période qui nous concerne, soit l'année 1982. Le Bulletin d'interprétation émis par Revenu Canada visait, à cause de l'incertitude juridique entourant la notion de crédit-bail, à apporter en matière fiscale une sécurité salubre et nécessaire au développement économique résultant de ces transactions financières et commerciales. Il permettait aussi à Revenu Canada, au plan opérationnel, de planifier et d'adopter une approche uniforme et équitable à l'échelle nationale en ce qui a trait

83 Voir la définition de « disposition » au paragraphe 248(1). Le problème de dissociation dans cette définition est qu'un renvoi y est fait à d'autres notions de droit privé qui ne sont pas définies dans la LIR. Dans ce numéro de la revue, David G. Duff, dans « La Loi de l'impôt sur le revenu et le droit privé au Canada : Complémentarité, dissociation et bijuridisme », discute plus amplement de la question de dissociation. De son avis, la dissociation est un processus qui dissocie du droit civil québécois une notion de droit privé, même si elle prend sa source dans le droit civil québécois, et lui donne le sens qu'elle a en *common law*. Quand la cour se prête à ce genre de dissociation, la nécessité d'harmoniser devient encore plus flagrante. La dissociation, employée de cette façon, sous-entend le retrait tant du droit civil que de la *common law* d'une notion de droit privé et l'insertion dans la LIR d'une définition de cette notion à des fins fiscales.

84 Marie-Pierre Allard, « Effet rétroactif des obligations conditionnelles en droit fiscal » (2001) vol. 49, n° 5 *Revue fiscale canadienne* 1338-1447, à la p. 1340, citant *La Reine c. Lagueux & Frères*, 74 DTC 6569 (CF 1<sup>re</sup> inst.). Voir aussi ADRC, document n° 2001-0066095, le 10 mai 2001.

à de telles transactions, quelles que puissent être au plan du droit privé les disparités engendrées par le particularisme d'un système de droit par rapport à un autre<sup>85</sup>.

## VARIANTES À LA NOTION DE « PROPRIÉTÉ EFFECTIVE »

La discussion qui précède illustre bien que certaines difficultés naissent de l'application au Québec des dispositions de la LIR qui utilisent le concept de propriété effective ou les mots « appartient à » ou « sont la propriété de ». En effet, il a été suggéré que lorsqu'il s'agit d'une fiducie discrétionnaire, le résultat est particulier, voire ironique, parce que la règle de l'alinéa 248(3)f), ajoutée à la LIR pour mettre sur un pied d'égalité un bénéficiaire d'une fiducie québécoise avec un bénéficiaire d'une fiducie de *common law* quant à la propriété effective des biens d'une fiducie, pourrait faire en sorte qu'un bénéficiaire d'une fiducie québécoise en ait la propriété effective alors que, dans les mêmes circonstances, il est possible qu'un bénéficiaire d'une fiducie de *common law* ne soit pas considéré avoir la propriété effective des biens de la fiducie.

Une solution efficace de favoriser l'harmonisation en assurant l'intégrité de l'intention législative des dispositions pertinentes de la LIR pourrait consister à effacer les renvois à la notion de propriété effective et à préciser, au moyen d'une formulation neutre déjà employée ailleurs dans la LIR, les conditions requises pour atteindre l'intention législative d'une disposition en particulier. Une analyse de la LIR révèle que l'utilisation de la notion de propriété effective compte deux catégories principales selon qu'elle concerne

1. les droits d'un bénéficiaire d'une fiducie;
2. la personne qui a droit aux avantages (fruits) que produit un bien et au bien lui-même, ou le droit de disposer ou de léguer le bien.

En principe et afin promouvoir l'application uniforme de la LIR, l'emploi de notions ou de termes propres à la *common law*, comme la notion de propriété effective, devrait être évité, surtout lorsque leur sens est incertain. L'intention législative sous-jacente des dispositions où figure l'expression « propriété effective » serait respectée par l'adoption d'une terminologie qui produirait essentiellement le même effet. Divers exemples de cette méthode sont suggérés dans le texte qui suit.

### Transferts à des fiducies en faveur de soi-même et dispositions présumées

#### *Transferts à des fiducies en faveur de soi-même*

En ce qui concerne les transferts de biens à des fiducies, la LIR se préoccupe principalement de déterminer s'il y a changement de propriété effective. Un bon exemple de cette préoccupation se retrouve au sous-alinéa 73(1.02)b)(ii). De façon

85 Supra, note 3, à la p. 5845.

générale, le paragraphe 73(1) prévoit une exemption d'impôt en cas de disposition d'un bien par un particulier à son conjoint, une « fiducie en faveur du conjoint », une « fiducie alter ego » ou une « fiducie mixte en faveur du conjoint ». Le paragraphe 73(1.02) restreint l'application de l'article 73 en imposant des conditions supplémentaires à l'obtention d'un roulement à une fiducie dite en faveur de soi-même. Auparavant, le sous-alinéa 73(1.02)b)(ii) se lisait comme suit :

[a]ucune personne (sauf le particulier) ni société de personnes n'a de droit absolu ou conditionnel à titre de bénéficiaire de la fiducie (déterminé par rapport au paragraphe 104(1.1)).

Il a été modifié par le projet de loi technique de 2001<sup>86</sup> et se lit dorénavant comme suit :

le transfert n'a pas pour effet de changer la propriété effective du bien et, immédiatement après le transfert, aucune personne (sauf le particulier) ni société de personnes n'a de droit absolu ou conditionnel à titre de bénéficiaire de la fiducie (déterminé par rapport au paragraphe 104(1.1)). (soulignement de l'auteur)

Un des objectifs de cette modification pour ajouter la condition que le transfert n'ait pas pour effet de changer la propriété effective, était d'empêcher le constituant d'une fiducie pour soi de se réserver un pouvoir de nomination spécifique testamentaire. En particulier, les notes techniques qui accompagnent le projet de loi technique de 2001 prévoient que «[a]ucun changement de propriété effective ne devrait résulter du transfert d'un bien à une fiducie si le pouvoir de nommer les bénéficiaires aux termes de la fiducie est réservé au constituant et se limite à un pouvoir général de nomination<sup>87</sup> ». L'ADRC a adopté la même position dans ses commentaires sur l'avant-projet de loi dans une interprétation technique<sup>88</sup> :

the retention of a general power of appointment by the [settlor] on the transfer of property to such a trust [that is, a self-benefit trust settled by an individual less than 65 years of age,] would not be expected to result in a change in beneficial ownership of the property for the purpose of a transfer described in subparagraph 73(1.02)(b)(ii). However, if property is transferred to a trust in which the individual is the sole income and capital beneficiary during his or her lifetime and the individual retains a specific or hybrid power of appointment, it is our view that a change in beneficial ownership would arise as a result of the transfer.

Pour l'application du sous-alinéa 73(1.02)b)(ii), le paragraphe 104(1.1) prévoit qu'une personne n'est pas réputée être bénéficiaire d'une fiducie si son droit de

86 CS 2001, c. 17, article 53 (« le projet de loi technique de 2001 »).

87 *Notes explicatives concernant l'impôt sur le revenu*, supra, note 25, article 53.

88 ADRC, document n° 2000-0048735, le 24 mai 2001.

bénéficiaire dans la fiducie à ce moment n'existe qu'en raison de l'un, ou de plusieurs, des droits suivants :

- a) un droit pouvant découler des dispositions du testament ou autre instrument testamentaire d'un particulier qui est bénéficiaire de la fiducie à ce moment;
- b) un droit pouvant découler de la loi régissant le décès *ab intestat* d'un particulier qui est bénéficiaire de la fiducie à ce moment;
- c) un droit à titre d'actionnaire, prévu par les modalités des actions du capital-actions d'une société qui est bénéficiaire de la fiducie à ce moment;
- d) un droit à titre d'associé d'une société de personnes, prévu par les modalités du contrat de société, si la société de personnes est bénéficiaire de la fiducie à ce moment.

Avant l'adoption du projet de loi technique de 2001, le paragraphe 104(1.1) avait pour effet, en ce qui concerne une fiducie à l'égard de laquelle le constituant se réserve un pouvoir de nomination spécifique testamentaire, de permettre le roulement prévu aux paragraphes 73(1) ou 107.4(3). En d'autres mots, le pouvoir de nomination spécifique que le constituant se réserve par testament ne donnait pas naissance à des droits absolus ou conditionnels dans la fiducie à une personne autre que le constituant. Après l'adoption du projet de loi technique de 2001, l'effet combiné des conditions relatives à l'absence de changement de propriété effective et de droits absolus ou conditionnels du sous-alinéa 73(1.02)b(ii) (et de l'alinéa 107.4(1)e)), ainsi que de la présomption créée par le paragraphe 104(1.1), est de nier le roulement à des fiducies à l'égard desquelles le constituant se réserve un pouvoir de nomination testamentaire spécifique.

Le paragraphe 104(1.1) n'exclut pas le droit d'un bénéficiaire potentiel nommé dans un testament en vertu d'un pouvoir de nomination spécifique. Ainsi, l'empêchement au changement de propriété effective du sous-alinéa 73(1.02)b(ii) et de l'alinéa 107.4(1)e) vise à assurer qu'il soit impossible pour le constituant de se réserver un pouvoir général de nomination. L'alinéa 104(1.1)a prévoit maintenant une exception à la règle voulant qu'il n'y ait aucun droit absolu ou conditionnel prévu au sous-alinéa 73(1.02)b(ii) pour les personnes qui pourraient être nommées conformément à un pouvoir de nomination. Le sous-alinéa 73(1.02)b(ii) a été amendé afin d'exiger que le transfert de biens ne puisse entraîner un changement de la propriété effective du bien. En fait, cet amendement requiert que le pouvoir de nomination prévu à l'alinéa 104(1.1)a soit un pouvoir général de nomination, c'est-à-dire que la personne qui détient le pouvoir de nomination doit avoir le pouvoir de nommer toute personne qu'il ou elle souhaite, y compris sa succession.

L'ADRC est d'avis qu'il n'y a pas de changement de propriété effective lorsque le constituant d'une fiducie pour soi se réserve un pouvoir de nomination général, dans la mesure où la faculté du constituant de dicter la disposition finale des biens de la fiducie est illimitée. Cette position est compatible avec la façon dont la

*common law* traite cette situation. Par contre, l'ADRC est d'opinion que la réserve d'un pouvoir de nomination spécifique a pour effet de changer la propriété effective, ce qui est également compatible avec la *common law*. L'ajout de la condition relative à l'absence de changement de propriété effective au sous-alinéa 73(1.02)b)(ii) reflète ainsi, entre autres, la politique fiscale visant à proscrire la réserve d'un pouvoir de nomination spécifique dans un cas de fiducie pour soi. Cet objectif de politique fiscale pourrait cependant être atteint sans employer l'expression « n'a pas pour effet de changer la propriété effective ».

***Recommandations concernant l'élimination des mots « n'a pas pour effet de changer la propriété effective » dans le contexte des fiducies en faveur de soi-même***

Une variante pourrait consister à éliminer le test imposé par les mots « n'a pas pour effet de changer la propriété effective », à conserver et à possiblement rehausser le test exprimé par les mots « aucune personne [...] n'a de droit absolu ou conditionnel », et à modifier l'alinéa 104(1.1)a) pour inclure seulement le droit d'une personne susceptible d'être nommée conformément à un pouvoir de nomination général exercé en vertu du testament ou de tout autre instrument testamentaire du constituant. Cette solution emploie des expressions et des notions plus neutres telles « pouvoir de nomination » et « droit absolu ou conditionnel à titre de bénéficiaire ».

Ces expressions semblent avoir la même signification en droit civil et en *common law*. Selon le professeur Marc Jolin, un pouvoir de nomination général est nul et non avenue en droit civil<sup>89</sup>. Son opinion n'est toutefois pas partagée par M<sup>e</sup> Diane Bruneau dans son projet de rapport au ministère de la Justice<sup>90</sup>. L'auteur est d'accord avec l'opinion exprimée par M<sup>e</sup> Bruneau. Plus particulièrement, l'article 1282 CcQ prévoit ce qui suit :

[l]e constituant peut se réserver ou conférer au fiduciaire ou à un tiers la faculté d'élire les bénéficiaires ou de déterminer leur part.

[...] En cas de fiducie personnelle ou d'utilité privée, la faculté d'élire ne peut être exercée par le fiduciaire ou le tiers que si la catégorie de personnes parmi lesquelles ils doivent choisir le bénéficiaire est clairement déterminée dans l'acte constitutif.

Le libellé porte à croire qu'un pouvoir de nomination général ne peut être exercé par une personne autre que le constituant. S'il existe un doute ou une incompatibilité quant à ce qui constitue un pouvoir de nomination général en *common law* ou en droit civil, une définition du pouvoir de nomination général pourrait être conçue pour éliminer toute ambiguïté. Il est intéressant de noter que

89 Marc Jolin, « Les nouveaux types de fiducies et les possibilités de planification », dans Association de planification fiscale et financière, *Les Fiducies*, colloque n° 109, les 22 et 23 mai 2001, à la p. 75.

90 Diane Bruneau, « Problématique de l'application en droit fiscal de la fiducie de droit civil », dans de ce numéro de la revue.

les règlements adoptés en vertu de l'Internal Revenue Code des États-Unis<sup>91</sup> définissent un pouvoir de nomination général comme un pouvoir qui permet à son titulaire de désigner le défunt, sa succession, ses créanciers ou les créanciers de sa succession.

En plus de ce qui précède, le paragraphe 104(1.1) pourrait être modifié pour se lire de la façon suivante :

(a) un droit pouvant découler de l'exercice d'une faculté générale d'élire qui peut être exercé uniquement en conformité avec les modalités du testament ou de tout autre instrument testamentaire d'un particulier qui est un bénéficiaire de la fiducie à ce moment.

Cette proposition de modification de l'alinéa 104(1.1)a pourrait également s'appliquer aux fins des alinéas 104(4)a.4) et 107.4(1)e), étudiés ci-après, bien que ces dispositions doivent aussi être modifiées pour en retirer les renvois à l'expression « n'a pas pour effet de changer la propriété effective » qui vise à assurer, entre autres, que le cédant ne se réserve pas un pouvoir de nomination spécifique.

Un autre objectif de l'ajout de la condition qui exige que le transfert ne change pas la propriété effective du bien au sous-alinéa 73(1.02)b)(ii), est d'assurer que le constituant d'une fiducie pour soi reçoive une participation dans la fiducie égale à la valeur totale des biens qui y sont transférés<sup>92</sup>. Une autre façon de réaliser cet

---

91 Internal Revenue Code of 1986, tel que modifié.

92 Avant cette modification, il était possible qu'un particulier (X) détienne des biens en immobilisation dont la fraction non amortie du coût en capital est faible mais dont la juste valeur marchande est élevée. X transfère les biens à une fiducie en faveur de soi-même dont les modalités prévoient que X est titulaire de la participation au revenu, le fiduciaire a le droit d'empiéter sur le capital au profit de X et X se réserve un pouvoir de nomination testamentaire. X s'appuie sur le paragraphe 73(1) pour bénéficier du roulement au moment du transfert; il remplit les conditions stipulées (les personnes susceptibles d'être nommées selon les dispositions d'un testament ne sont pas considérées avoir de droits conditionnels ou absolus, tel que prévu au paragraphe 104(1.1)). Lors de son décès, X n'est pas réputé avoir disposé de son droit au revenu de la fiducie, car il ne s'agit pas d'un bien en immobilisation. Puisque X n'avait pas de participation au capital de la fiducie, il n'existe, pour ainsi dire, pas de participation au capital; il n'y a donc pas de disposition réputée en vertu du paragraphe 70(5) et ni l'une ni l'autre de l'augmentation de la valeur des actifs de la fiducie à partir de la date de leur acquisition par X jusqu'au moment du roulement à la fiducie et de l'augmentation de valeur de la participation au capital de la fiducie à partir de la date de sa constitution jusqu'au moment du décès de X ne sont impossibles.

Cindy Rajan et Catherine Brown sont d'avis que l'exigence que le transfert des biens à la fiducie ne change pas la propriété effective des biens pour l'admissibilité au roulement met court à la structure décrite qui est perçue comme abusive. Au fait, si X n'avait pas de participation au capital, le transfert aurait changé la propriété effective des biens transférés à la fiducie et X réaliserait une récupération d'amortissement et un gain en capital au moment du transfert. Cindy L. Rajan et Catherine A. Brown, « Personal Trusts 2000: Taxation and Planning in the New Millennium », dans *Report of Proceedings of the Fifty-Second Tax Conference*, 2000 Conference Report (Toronto : Association canadienne d'études fiscales, 2001), 28:1-55, aux pp. 28:32 et suivantes.

objectif serait d'ajouter une condition au sous-alinéa 73(1.02)b)(ii) voulant que lors du transfert à la fiducie, la juste valeur marchande de la participation du cédant dans la fiducie immédiatement après le transfert soit augmentée d'un montant égal à la juste valeur marchande du bien immédiatement avant le transfert et, à tout moment par la suite, la juste valeur marchande de la participation du cédant dans la fiducie doit être égale à la juste valeur marchande nette de tous les biens de la fiducie.

L'exigence d'absence de changement de propriété effective pourrait être abandonnée sans que le fisc perde de façon permanente les revenus fiscaux auxquels donneraient autrement lieu le décès d'un particulier qui est le constituant d'une fiducie en faveur de soi-même. En vertu des dispositions actuelles de la législation fiscale, au décès du constituant d'une fiducie pour soi, la fiducie est réputée avoir disposé de tous ses biens pour un produit égal à leur juste valeur marchande le jour du décès du constituant et est réputée avoir acquis de nouveau ces biens immédiatement après ce jour pour un montant égal à cette valeur<sup>93</sup>. Comme les biens avaient fait l'objet d'un roulement par le constituant à la fiducie, le gain en capital réalisé par la fiducie au moment de cette disposition réputée reflètera les gains accumulés à l'égard des biens à partir du moment de son acquisition par le constituant. La législation fiscale actuelle prévoit également que la participation au capital de la fiducie détenue par le constituant fait l'objet d'une disposition réputée pour un produit de disposition égal à sa juste valeur marchande immédiatement avant le décès du constituant<sup>94</sup>. Le gain en capital réalisé lors de cette disposition réputée correspond à la différence entre la juste valeur marchande de la participation et le plus élevé des montants suivants : 1) son prix de base rajusté (« PBR ») et 2) son coût indiqué moins certains montants déduits prescrits<sup>95</sup>. Dans l'hypothèse que le coût de la participation au capital est égal à zéro par application de l'alinéa 107(1.1)b), le coût indiqué de la participation au capital de la fiducie pour le constituant correspond au montant déterminé en vertu du paragraphe 108(1). L'alinéa a.1) de la définition de « coût indiqué » établit que, dans le cas où le paragraphe 104(4) s'applique, le coût indiqué de la participation au capital pour le constituant est le coût indiqué qui serait déterminé selon l'alinéa b) de cette définition si le contribuable était décédé le jour se terminant immédiatement avant ce moment. Enfin, l'alinéa b) édicte une formule qui sert à calculer le coût indiqué pour le constituant de sa participation au capital. Cette formule tient compte de la fraction de la valeur des biens en immobilisation de la fiducie attribuable au bénéficiaire, de laquelle les dettes de la fiducie sont déduites. L'interaction de ces dispositions est démontrée au moyen de l'exemple qui suit.

X crée une fiducie en faveur de soi-même et lui transfère un terrain dont le PBR est d'un million de dollars. X meurt 20 ans plus tard à 14 h un mercredi; la juste

93 Alinéa 104(4)a.4).

94 Paragraphe 70(5).

95 Alinéa 107(1)a).

valeur marchande du terrain durant la semaine du décès de X était égale à deux millions de dollars. L'alinéa 104(4)a.4) fait en sorte que la fiducie est réputée avoir disposé du terrain à sa juste valeur marchande à la fin de la journée mercredi et l'avoir acquis de nouveau à sa juste valeur marchande au début de la journée jeudi. La fiducie réalise un gain en capital d'un million de dollars à l'égard duquel elle est passible d'impôt. En vertu du paragraphe 70(5), X est réputé avoir disposé de sa participation au capital de la fiducie immédiatement avant son décès, c'est-à-dire à 13 h 59 mercredi. Le paragraphe 107(1) détermine le gain en capital réalisé lors de cette disposition réputée. Dans l'hypothèse que le PBR de la participation au capital était égal à zéro, le coût indiqué pour X sert au calcul du gain en capital. Dans la mesure où la participation au capital de X représente la totalité des participations au capital de la fiducie, le coût indiqué de la participation de X au capital est égal au coût indiqué du terrain, calculé comme si X était décédé le jour immédiatement avant la disposition réputée des biens en immobilisation prévue au paragraphe 70(5) qui a eu lieu à 13 h 59 mercredi. En appliquant la définition de « coût indiqué » prévue au paragraphe 108(1), si X était décédé mardi, sa participation aurait fait l'objet d'une disposition et d'une nouvelle acquisition la même journée, de sorte que le coût indiqué du terrain pour X au début de la journée mercredi aurait été de deux millions de dollars. Ainsi, au moment où le coût indiqué pour X de sa participation au capital doit être établi aux fins de la disposition réputée prévue au paragraphe 70(5), à savoir 13 h 59 mercredi, le coût indiqué de la propriété sous-jacente aurait fait l'objet d'une majoration à la juste valeur marchande à ce moment. La juste valeur marchande et le coût indiqué de la participation au capital seraient donc équivalents et le gain en capital réalisé au moment de la disposition réputée serait égal à zéro.

L'interaction du paragraphe 70(5) et de l'alinéa 104(4)a.4), de même que la définition de l'expression « coût indiqué » au paragraphe 108(1), entraînent la majoration du coût indiqué de la participation au capital pour le constituant et l'élimination de la double imposition que susciterait autrement le décès du constituant et la disposition réputée de la participation en capital en découlant. Ce fait est reconnu dans les notes techniques de mars 2001 qui accompagnent les modifications à la définition de « coût indiqué » de 2001<sup>96</sup>.

Si l'exigence d'absence de changement était retirée du sous-alinéa 73(1.02)b)(ii) (ou des alinéas 107.4(1)a) et 104(4)a.4)), les conséquences fiscales souhaitées seraient assurées par l'ajout dans chacune de ces dispositions de la condition qu'immédiatement après le transfert, la juste valeur marchande de la participation au capital de la fiducie du constituant soit augmentée d'un montant égal à la juste valeur marchande des biens transférés à la fiducie, et qu'en tout temps après le transfert, la juste valeur marchande de la participation au capital de la fiducie du constituant soit égale à la juste valeur marchande nette de tous les biens de la fiducie. Il existe au paragraphe 107.4(4) un précédent à cette approche fondée sur

---

96 *Notes explicatives concernant l'impôt sur le revenu*, supra, note 25, article 83.



l'évaluation, certes dans un contexte différent, mais qui pourrait être adapté selon les besoins de la cause.

### *Dispositions admissibles et fiducies de sûreté*

Un roulement en cas de « disposition admissible » d'un bien est permis en vertu du paragraphe 107.4(3). Cette expression est définie au paragraphe 107.4(1) et s'entend d'une disposition qui n'a pas pour effet de changer la propriété effective du bien et qui remplit les conditions énumérées. La possibilité d'abus, telle qu'établie précédemment à propos du retrait de l'exigence que le transfert ne change pas la propriété effective dans le contexte du sous-alinéa 73(1.02)b)(ii), existe également en cas de disposition admissible en vertu du paragraphe 107.4(1). Si le changement de propriété effective n'était pas proscrit, un cédant qui effectue une disposition admissible pourrait ne recevoir qu'une participation au revenu de la fiducie créée. Les modifications suggérées à l'égard du sous-alinéa 73(1.02)b)(ii) pourraient également être effectuées dans le contexte d'une disposition admissible. L'exigence qu'il n'y ait pas de changement de propriété effective pourrait être retirée de l'alinéa 107.4(1)a) pour être remplacée par une notion étendue de l'absence de droit absolu ou conditionnel, ou encore, par une exigence qu'après le transfert aucune personne autre que le cédant n'ait un droit de bénéficiaire dans la fiducie, de même que par une exception pour les droits prévus au paragraphe 104(1.1). Par ailleurs, il y aurait une exigence à l'effet que la juste valeur marchande de la participation du cédant dans la fiducie immédiatement après le transfert soit augmentée d'un montant égal à la juste valeur marchande du bien immédiatement avant le transfert et, qu'en tout temps après le transfert, la juste valeur marchande de la participation au capital de la fiducie du cédant soit égale à la juste valeur marchande nette de tous les biens de la fiducie.

Le paragraphe 107.4(2) est conçu pour permettre, dans certains cas, le partage de biens ou d'un groupe de biens identiques entre fiducies dans la mesure où la propriété effective des biens ne change pas en conséquence du partage. En particulier, lorsqu'une fiducie dispose de biens en faveur d'une autre fiducie, la disposition est réputée ne pas changer la propriété effective du bien si la fiducie cédante ne reçoit aucune contrepartie pour la disposition et qu'en conséquence, la valeur de la propriété effective de chaque bénéficiaire au début de la période relative à la fiducie cédante pour chaque bien donné de cette fiducie est la même que la valeur totale de la propriété effective du bénéficiaire à la fin de la période relative à la fiducie cédante et à l'autre fiducie.

Le renvoi à la notion qu'il est réputé ne pas y avoir de changement de propriété effective des biens dans le préambule de l'alinéa 107.4(2)a) serait supprimé et pourrait être remplacé par la notion qu'aucune personne n'est réputée avoir de droit absolu, conditionnel ou autre dans la fiducie si les conditions prévues aux sous-alinéas (i) et (ii) sont satisfaites. Quant à la référence à la notion de propriété effective aux sous-alinéas 107.4(2)a)(i) et (ii), elle serait supprimée et remplacée par la notion de « droit de bénéficiaire » interprétée selon la définition de « droit de bénéficiaire » qui figure au paragraphe 248(25).

La définition de « droit de bénéficiaire à l'alinéa 248(25)a) est inclusive en ce sens qu'elle « compte » toute personne ou société de personne ayant un droit de bénéficiaire décrit à cet alinéa. Cette définition inclusive sous-entend qu'elle comprend également les personnes ayant un droit de bénéficiaire en *common law*. Pour atteindre les objectifs d'harmonisation, l'expression « droit de bénéficiaire » devrait être définie de manière exclusive aux fins de la LIR, c'est-à-dire qu'à l'alinéa 248(25)a), le mot « signifie » devrait être employé plutôt que les mots « comptent parmi ». La portée du paragraphe 248(25) est si vaste que, dans les faits, la modification proposée ne donnerait pas lieu à des abus.

Cette méthode relative aux fiducies pour soi et aux dispositions admissibles pourrait être utilisée pour modifier l'alinéa k) de la définition de « disposition » aux paragraphes 248(1) et 248(25.2) à l'égard des fiducies de sûreté. La définition de « disposition » à l'alinéa k) du paragraphe 248(1) prévoit que le transfert d'un bien à une fiducie dont le principal objet est de donner l'assurance du règlement d'une obligation ne sera pas considéré être une disposition dans la mesure où il n'y a pas de changement de propriété effective du bien en conséquence du transfert. Quant au paragraphe 248(25.2), il prévoit qu'une fiducie est réputée être le mandataire du cédant tout au long de la période qui commence au moment du transfert et se termine au moment où la propriété effective du bien change pour la première fois.

### *Exceptions aux dispositions*

« Propriété effective » et « changement de propriété effective » sont des notions qui visent à exclure les cas de personnes qui détiennent un titre nominal (comme mandataire, fiduciaire, fondé de pouvoir, administrateur ou propriétaire apparent) ou la propriété légale d'un bien. L'emploi de la notion élargie d'absence de « droit absolu ou conditionnel » comme elle apparaît à l'alinéa 248(25)a), modifiée pour tenir compte des différents contextes et assortie d'une exception pour la propriété nominale, pourrait constituer une façon efficace de réaliser les objectifs de politique fiscale qui sous-tendent l'alinéa e) de la définition de « disposition » au paragraphe 248(1). Ce paragraphe pourrait ainsi être modifié de façon à ce qu'il se lise grosso modo comme suit :

Ne constitue pas une disposition de bien :

e) tout transfert de bien par une personne lorsque, immédiatement après le transfert, aucune personne autre que le cédant n'a de droit immédiat ou futur, absolu ou conditionnel, ou soumis ou non à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par une personne ou une société de personnes de recevoir tout ou partie du revenu ou du capital relativement au bien ou à un bien qui y est substitué (à l'exclusion, pour plus de certitude, du droit de propriété nominal), sauf si le transfert est [...].

### *Contrepartie insuffisante*

Le sous-alinéa 69(1)b)(iii) stipule que lorsqu'un contribuable a disposé d'un bien en faveur d'une fiducie et que la disposition ne change pas la propriété effective, le

contribuable est réputé avoir disposé du bien pour un produit égal à sa juste valeur marchande, sauf si l'une des dispositions de roulement s'applique. L'alinéa 69(1)c) comporte une règle correspondante selon laquelle une personne qui acquiert un bien à la suite d'une telle disposition est réputée l'acquérir à sa juste valeur marchande. L'exigence qu'il n'y ait pas de changement de propriété effective pourrait être éliminée et les mêmes objectifs réalisés si cette exigence était remplacée par une notion plus large d'absence de droit absolu ou conditionnel. Comme il a été suggéré pour la définition du terme « disposition » au paragraphe 248(1), un libellé qui s'inspire de la portée large de l'alinéa 248(25)a), qui s'étend à toute personne qui a « 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... » pourrait s'avérer une façon efficace de maintenir l'intégrité de ces dispositions, sans faire appel à la notion de propriété effective.

### *Dispositions réputées*

Tel que discuté précédemment, l'alinéa 104(4)a.4) a été adopté afin d'établir le premier jour de disposition réputée des biens d'une fiducie entre vifs à laquelle des biens ont été transférés par un contribuable qui est un particulier (sauf une fiducie) dans les circonstances décrites à l'article 73 ou au paragraphe 107.4(3). Les notes techniques qui accompagnent le projet de loi technique de 2001 expliquent que

si le transfert du bien n'entraîne pas de changement de propriété effective du bien et si aucune personne (sauf le contribuable) [...] n'a de droit absolu ou conditionnel à titre de bénéficiaire de la fiducie (déterminé compte tenu du paragraphe 104(1.1)), le premier jour de disposition réputée des biens de la fiducie est le jour du décès du contribuable<sup>97</sup>.

Pour des motifs semblables à ceux qui sont exposés aux deux rubriques précédentes sur la définition de « disposition » au paragraphe 248(1) et au sous-alinéa 69(1)b)(iii), le renvoi à la notion de changement de propriété effective à l'alinéa 104(4)a.4) pourrait être supprimé, dans la mesure où le résultat souhaité était atteint par l'emploi de la notion large « d'absence de droit absolu ou conditionnel » prévue à l'alinéa 248(25)a). De ce point de vue, l'alinéa 104(4)a.4) pourrait se lire comme suit :

a.4) lorsque la fiducie est une fiducie à laquelle un contribuable qui est un particulier (mais non une fiducie) a transféré un bien dans les circonstances visées à l'article 73 ou au paragraphe 107.4(3) et qu'aucune personne (sauf le contribuable) ni société de personnes n'a de droit — immédiat ou futur, conditionnel ou non, ou soumis ou non à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire quelconque par une personne ou une société de personnes — à titre de bénéficiaire de la fiducie (déterminé par rapport au paragraphe (1.1)), le jour du décès du contribuable.

97 Ibid., article 78.

Sinon, au lieu de répéter la condition enchâssée au sous-alinéa 73(1.02)b)(ii) et à l'alinéa 107.4(1)e), l'alinéa 104(4)a.4 pourrait être modifié de façon à renvoyer explicitement à ces dispositions (modifiées conformément aux suggestions formulées ci-dessus), en lieu et place des renvois plus généraux que fait la législation fiscale actuelle. Conformément à cette approche, l'alinéa 104(4)(a.4) pourrait se lire comme suit :

(a.4) lorsque la fiducie est une fiducie à laquelle un contribuable qui est un particulier (mais non une fiducie) a transféré un bien dans des circonstances dans lesquelles les conditions prévues au sous-alinéa 73(1.02)b)(ii) ou à l'alinéa 107.4(1)e) sont satisfaites, le jour du décès du contribuable.

## Délaissement

Selon l'auteur, l'emploi de « propriété effective » au paragraphe 79(2) n'est probablement pas nécessaire. Les expressions « acquiert ou acquiert de nouveau » et « acquisition et nouvelle acquisition » ont été interprétées par les tribunaux de manière à produire des résultats satisfaisants en ce que l'égalité horizontale est réussie à travers le Canada, même si les tribunaux ont omis d'appliquer le droit privé pertinent. Dans le contexte du paragraphe 79(2), des biens ne seraient pas délaissés par une personne au bénéfice d'une autre sauf si cette autre personne en « acquiert » la possession, l'usage et les risques selon l'interprétation donnée par la jurisprudence pertinente (*Wardean Drilling, Olympia et Construction Bérou*). Il serait donc possible de supprimer la référence à l'expression « propriété effective ». Cependant, vu le risque qu'à l'avenir la Cour suprême du Canada renverse la position courante des tribunaux quant au sens donné au terme « acquis », la meilleure solution pourrait consister à adopter une définition particulière du terme « acquis » qui tiendrait compte des éléments circonscrits dans les décisions *Construction Bérou, Wardean Drilling et Olympia*, de même que les positions administratives de l'ADRC. Une définition des termes « acquis » ou « acquisition » pourrait être conçue afin de mettre tous les contribuables canadiens sur un pied d'égalité sans avoir à conjuguer avec la notion de *common law* de propriété effective<sup>98</sup>.

Comme solution de rechange, le paragraphe 79(2) pourrait être modifié pour stipuler que des biens sont délaissés par une personne lorsqu'ils sont transférés par une personne à une autre et, qu'immédiatement après ce transfert, aucune personne autre que le cédant n'a de droit — immédiat ou futur, absolu ou conditionnel, soumis ou non à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par une personne ou une société de personne — au bien et que le transfert du bien découlait du défaut de la personne de payer la totalité ou une partie d'une dette. Par ailleurs, une exception pourrait être ajoutée quant à la propriété nominale (voir la discussion à cet effet sous la rubrique « Exceptions aux dispositions »). Sans qu'il soit nécessaire d'avoir

98 Une solution semblable paraît s'appliquer aux reprises de possession par un assureur (paragraphe 138(11.93)).

recours à une détermination de la propriété effective, le libellé proposé réaliserait les mêmes objectifs. Les modifications suggérées pourraient aussi servir dans le contexte du paragraphe 79.1(2).

### **Échanges d'actions**

N'est pas évident, l'objectif de la politique fiscale qui sous-tend la restriction des échanges d'actions en vertu des paragraphes 85.1(1) et (5) aux personnes qui traitent sans lien de dépendance avec l'acquiesse immédiatement avant l'échange, et qui ne la contrôlent pas ou n'en possèdent pas d'actions dont la juste valeur marchande représente plus de 50 pour cent de toutes les actions de l'acquiesse immédiatement après l'échange. Dans tous les cas, les sous-alinéas 85.1(2)b(ii) et 85.1(6)b(ii) conserveraient leur effet premier si le terme « effective » était supprimé et qu'une exception était prévue pour tenir compte de la propriété nominale, ce qui éliminerait les problèmes associés au terme « propriété effective ». En outre, une présomption statutaire relative à la propriété des actions détenues par l'entremise d'une fiducie pourrait être ajoutée pour faire en sorte que, dans le cas d'une fiducie non discrétionnaire, les actions détenues par une fiducie soient spécifiquement réputées appartenir aux bénéficiaires en proportion de l'intérêt respectif de chaque bénéficiaire déterminé selon la juste valeur marchande; dans le cas d'une fiducie discrétionnaire, chaque bénéficiaire serait réputé posséder toutes les actions détenues par la fiducie. Il existe dans la LIR une justification de cette approche pour déterminer la propriété d'actions détenues par l'entremise d'une fiducie aux alinéas b) et e) de la définition d'« actionnaire déterminé » du paragraphe 248(1) et, de façon similaire, pour déterminer le statut de société associée au sous-alinéa 256(1.2)f)(ii). Dans le contexte d'échange d'actions, il est reconnu que, pour les fiducies discrétionnaires, l'approche suggérée diminue l'étendue des transactions qui pourraient être admissibles au roulement en raison du seuil de plus de 50 pour cent de la propriété effective. Il est soumis que la politique fiscale ne requiert pas cette exigence en matière d'échange d'actions.

### **Paragraphe 186(2)**

Afin de déterminer la personne à qui appartiennent les actions détenues en fiducie, une présomption similaire à celle décrite au paragraphe précédent pourrait être ajoutée.

### **Frais de publicité**

Dans ce contexte, l'approche proposée quant aux échanges d'actions pourrait être suivie. Voir l'exposé qui en est fait à la rubrique « Échange d'actions ».

## **CONCLUSION**

L'objectif premier et le défi de l'harmonisation est de promouvoir l'égalité horizontale à travers le Canada quant à l'application de la LIR, tout en respectant

les objectifs de politique fiscale qui sous-tendent chacune de ses dispositions. Cette étude vise à démontrer que l'application de la notion de propriété effective peut s'avérer difficile, au Canada de façon générale, en plus d'exacerber les difficultés au Québec. Elle risque également de créer une certaine incompatibilité dans son application au Québec et dans les provinces de *common law*. Outre l'incertitude qui existe dans les provinces de *common law*, cette incompatibilité ou dissonance potentielle est due à trois principaux facteurs. D'abord, la signification de « propriété effective » fait l'objet d'un débat important en *common law* et contribue à l'incertitude générale. Ensuite, la nature unique des institutions de droit civil québécois ne reconnaît pas la notion de propriété effective. Le dernier facteur qui pourrait contribuer à une application non conforme des dispositions de la LIR qui utilisent la notion de propriété effective est la mesure d'harmonisation présentement prévue au paragraphe 248(3). L'application de cette disposition peut faire en sorte qu'une personne qui réside au Québec soit réputée avoir la propriété effective des biens d'une fiducie en certaines circonstances, circonstances qui n'entraîneraient pas la propriété effective de biens en *common law*, avec le résultat que le bénéficiaire discrétionnaire d'une fiducie de *common law* se trouverait sans la propriété effective des biens, ce qui risque d'entraîner des conséquences fiscales incompatibles. À l'inverse, au Québec, un bénéficiaire discrétionnaire pourrait être réputé avoir la propriété effective des biens de la fiducie en vertu de l'alinéa 248(3)f). Pour toutes ces raisons, il est impératif d'adopter une approche davantage systématique quant au concept de propriété aux fins de la LIR, particulièrement quant à la propriété de biens détenus par l'intermédiaire d'une fiducie. Une approche systématique pour définir la propriété de biens pourrait se faire directement dans la LIR par le biais d'une définition des attributs du droit de propriété, soit la possession, l'usage et le risque, de même que par une exception relative à la propriété nominale, ce qui rendrait inutile la notion de propriété effective hors du contexte d'une fiducie. Quant aux fiducies, la méthode suggérée vise à concevoir des notions neutres qui englobent les résultats essentiels voulus, sans que les expressions « propriété effective » et « absence de changement de propriété effective » soient utilisées. Le fondement de ces notions neutres pourrait prendre sa source dans la nécessité, lorsque le contexte est approprié, que personne d'autre que le cédant n'ait de droit de bénéficiaire absolu ou conditionnel dans le bien, sauf en ce qui concerne les droits relatifs à la propriété nominale. En vertu de cette approche, les objectifs ou préoccupations relevant de la politique fiscale et qui sous-tendent les diverses dispositions de la LIR utilisant la notion de propriété effective seraient retenues et le but premier de l'effort d'harmonisation serait favorisé, à savoir l'interprétation et l'application uniformes de la LIR dans tout le territoire canadien, dans le respect et la reconnaissance des notions, des institutions et de la terminologie du droit civil et de la *common law*.