

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2016 EN FISCALITÉ ET EN FIDUCIE

Diane BRUNEAU

Volume 119, Number 1, 2017

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2016

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1043206ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1043206ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

BRUNEAU, D. (2017). REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2016 EN FISCALITÉ ET EN FIDUCIE. *Revue du notariat*, 119(1), 189–230. <https://doi.org/10.7202/1043206ar>

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2016 EN FISCALITÉ ET EN FIDUCIE

Diane BRUNEAU*

INTRODUCTION	191
1. Impôt et taxes	191
1.1 Fisc sanctionné	191
1.2 Contrôle de fait	192
1.3 Administrateur de fait ou non diligent	195
1.4 Rectification	197
1.5 Remboursement de taxes pour habitation neuve	201
1.6 Encore l'article 160 LIR	202
1.6.1 Donation entre vifs ou à cause de mort	202
1.6.2 Notion de transfert	204
1.6.3 Don d'immeuble	205
1.6.4 Transaction sur part de succession	206
1.7 Révocation d'organismes de bienfaisance	207
1.8 Société dissoute	209
1.9 Emprunt pour l'achat d'actions ordinaires	210

* Notaire, M.Fisc., professeure associée à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

1.10	Convention unanime d'actionnaires (CUA) et impôt.	212
1.11	Achat par un non-résident	214
1.12	Partage de biens matrimoniaux et passif fiscal	215
1.13	Privilège de communication notaire-client.	216
1.14	Règle générale anti-évitement	218
1.14.1	Dépouillement de surplus	218
1.14.2	Transactions sur des actions avant leur vente à un tiers	219
1.15	Vente d'immeubles	220
1.16	Dépenses pour terrains en inventaire	223
1.17	Liquidateur et choix fiscal.	224
1.18	Résidence fiscale d'une fiducie	225
1.19	Trois fiducies enfants ou une seule ?	226
2.	Fiducies	227
2.1	Fiducie de protection des actifs et créancier	227
2.2	Fiducie de protection des actifs et résidence familiale	228
2.3	Nomination de fiduciaire.	229
	CONCLUSION	230

INTRODUCTION

Cette chronique se veut un tour d'horizon des principales causes de jurisprudence tant au fédéral qu'au Québec pouvant intéresser la communauté notariale en matière de droit fiscal et de droit civil de la fiducie pour l'année 2016. Les décisions des plus hautes instances qui permettent de clore un débat sont celles qui ont retenu le plus d'attention, de même que les décisions en immobilier ou qui peuvent intéresser plus particulièrement les notaires.

En fiscalité, l'année 2016 est surtout marquée par les précisions apportées à la doctrine de rectification, aux nombreuses décisions invoquant le privilège des communications client-conseiller juridique, à celles impliquant la règle générale anti-évitement, au resserrement de la notion de contrôle de fait, au désenregistrement d'organismes de bienfaisance, aux efforts de perception du fisc auprès des membres de la famille d'un débiteur fiscal et à la contestation du fisc du traitement de gain en capital lors de la vente d'immeubles. C'est aussi l'année où on réalise que ce n'est pas parce que la Cour suprême du Canada refuse d'entendre un appel qu'il faut sauter à la conclusion que le jugement de la Cour d'appel ne peut plus être remis en question.

En matière de fiducie, il n'y a pas de décision des hautes instances à signaler en droit québécois. Cependant la Cour supérieure du Québec nous a offert quelques réflexions qui méritent examen.

1. Impôt et taxes

Voici les décisions de l'année 2016 en matière fiscale qui apportent soit de la nouveauté, soit la confirmation d'une tendance.

1.1 Fisc sanctionné

La Cour d'appel a finalement donné raison au groupe Enico¹. Dans cette affaire commentée par Daniel Gardner dans le présent

1. *Agence du revenu du Québec c. Groupe Enico inc.*, 2016 QCCA 76. L'appel de son actionnaire à la Cour suprême du Canada a été refusé : *Jean-Yves Archambault c. Agence du revenu du Québec, et al.*, 2016 CanLII 58422 (CSC).

numéro de la *Revue du notariat*², Revenu Québec a été condamné à remettre plus de 1 million de dollars en dommage pour avoir abusé de ses pouvoirs, ce qui avait provoqué la fin de l'entreprise du contribuable.

Il faut retenir de cette affaire que le fisc a le devoir d'utiliser ses larges pouvoirs de façon raisonnable et qu'il est possible de se défendre contre un comportement hors norme. Le fisc n'est pas au-dessus des lois.

1.2 Contrôle de fait

La notion de contrôle de fait est utilisée expressément dans les lois fiscales afin d'élargir l'application des dispositions qui réfèrent au contrôle de droit. Une personne a le contrôle en droit d'une société si elle est en mesure d'élire la majorité du conseil d'administration en raison des votes qui découlent de ses actions ou d'une convention unanime entre actionnaires (« CUA »). Certaines dispositions des lois fiscales y ajoutent le contrôle de fait en accolant au mot contrôle l'expression « *directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit* ». Par exemple, afin de déterminer si des sociétés sont associées, on tient compte tant du contrôle de droit que de fait³. Ainsi, une société sera associée à une autre si ces deux sociétés sont contrôlées en droit ou bien en fait par la même personne. Le contrôle de fait est décrit au paragraphe 256(5.1) LIR ainsi :

Pour l'application de la présente loi, lorsque l'expression « contrôlée, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, » est utilisée, une société est considérée comme ainsi contrôlée par une autre société, une personne ou un groupe de personnes – appelé « entité dominante » au présent paragraphe – à un moment donné si, à ce moment, l'entité dominante a une influence directe ou indirecte dont l'exercice entraînerait le contrôle de fait de la société.

Au cours des dernières années s'est installé un fort courant jurisprudentiel élargissant le concept de contrôle de fait. L'an dernier, en commentant la décision de la Cour suprême du Canada de

2. Daniel GARDNER, « Revue de la jurisprudence 2016 en droit des obligations », (2017) 119 R. du N., section 5.2 (La décision de l'année en Cour d'appel : les abus du fisc).

3. Par. 256 (1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.), telle que modifiée (ci-après « LIR »).

refuser d'entendre l'appel de la société *Lyrtech RD inc.*⁴, l'auteure avait conclu que le concept de contrôle de fait utilisé par les lois fiscales avait été étendu à l'influence au niveau économique que l'on peut exercer sur une société, plutôt que de se limiter à l'influence que l'on peut avoir sur le choix de ses administrateurs.

Nous avons rapporté que la Cour canadienne de l'impôt avait appliqué cette notion « bien établie » de contrôle élargie dans *Solutions MindReady R&D inc. c. La Reine*⁵.

Or, la Cour d'appel fédérale a changé son fusil d'épaule dans *McGillivray Restaurant Ltd. c. Canada*⁶. Il s'agit d'une banale histoire de sociétés associées. Trois restaurants figurent dans une même structure détenue à 100 % par monsieur Howard. Puis on décide de les diviser. L'un des restaurants se retrouve dans une société dont 76 % des actions de contrôle sont acquises par l'épouse de l'entrepreneur pour 76 \$, alors que monsieur Howard se réserve 24 % des actions. Il s'agit pour lui du pourcentage maximum permettant de ne pas associer cette société à ses autres sociétés en vertu du contrôle de droit⁷.

La Cour d'appel doit donc déterminer si monsieur exerce un contrôle de fait sur cette nouvelle société, le contrôle de droit étant écarté. Or, dans cette détermination et de façon surprenante, la Cour écarte les plus récents développements en cette matière provenant de sa propre Cour et qui permettaient de constater l'existence d'un contrôle de fait par une personne qui « en réalité, exerce un contrôle réel sur les activités et les destinées de la société »⁸. Ce faisant, la Cour rejette les conclusions des arrêts *Mimetix Pharmaceuticals Inc. c. La Reine*⁹ et *Plomberie J.C. Langlois inc. c. La Reine*¹⁰. Elle retient le concept plus étroit de contrôle de fait élaboré dans l'arrêt *Silicon Graphics Ltd. c. Canada*¹¹, soit :

une personne ou un groupe de personnes doivent avoir le droit et la capacité manifestes de procéder à une modification importante du

4. *Lyrtech RD inc. c. Sa Majesté la Reine*, 2015 CanLII 39807 (CSC). Voir Diane BRUNEAU, « Revue de la jurisprudence 2015 en fiscalité et en fiducie », (2016) 118 *R. du N.* 139, 142.

5. 2015 CCI 17.

6. 2016 CAF 99.

7. En vertu du paragraphe 256(1) LIR.

8. *McGillivray Restaurant Ltd. c. Canada*, préc., note 6, par. 17.

9. 2003 CAF 106.

10. 2006 CAF 113.

11. 2002 CAF 260.

conseil d'administration ou des pouvoirs du conseil ou d'influencer d'une façon très directe les actionnaires qui auraient autrement la capacité de choisir le conseil d'administration.¹²

Le juge Ryer est très clair lorsqu'il dit :

Je rejette toute affirmation selon laquelle le critère du contrôle est, en réalité, fondé sur le « contrôle de l'exploitation ». Le contrôle de fait, comme le contrôle de droit, porte sur le contrôle exercé sur le conseil d'administration et non sur le contrôle exercé sur les activités quotidiennes de la société.¹³

Quant au sort réservé aux conclusions de cette Cour dans *Lyrtech*, le juge Ryer ajoute :

L'arrêt *Lyrtech* ne peut pas, selon moi, être interprété comme ayant déterminé que le critère étroit de l'arrêt *Silicon Graphics* était manifestement erroné et qu'on ne devrait pas le suivre. Si l'arrêt *Lyrtech* peut être interprété comme ayant répudié le critère de l'arrêt *Silicon Graphics*, on ne devrait pas le suivre.¹⁴

En appliquant le test étroit de contrôle de fait, la société *McGillivray Restaurant Ltd.* a été quand même reconnue associée aux autres sociétés contrôlées par monsieur Howard, puisque la preuve a révélé une entente verbale entre madame et monsieur selon laquelle ce dernier en serait l'administrateur unique. Cette preuve était conforme à la garantie donnée au franchiseur qu'il n'y aurait pas de changement au niveau de l'exploitation du restaurant dans la nouvelle structure qui continuerait d'être administrée par monsieur Howard.

Le résultat ici d'associer ces sociétés, afin de limiter le nombre de déductions offertes à la petite entreprise, ne surprend guère compte tenu du peu d'implication de madame. Si cette décision a restreint le contrôle de fait, cela a été de courte durée. Dans le Budget 2017, le ministère des Finances du Canada a annoncé que la *Loi de l'impôt* serait modifiée rétroactivement au 22 mars 2017 afin de revenir à une notion élargie de contrôle de fait.

12. *McGillivray Restaurant Ltd. c. Canada*, préc., note 6, par. 35.

13. *Ibid.*, par. 46.

14. *Ibid.*, par. 43.

1.3 Administrateur de fait ou non diligent

Dans la loi fédérale, seul l'administrateur pourra être personnellement responsable des défauts de remise d'une société¹⁵. La Cour canadienne de l'impôt a refusé dans *Koskocan c. La Reine*¹⁶ de tenir responsable un dirigeant qui avait démissionné de son poste d'administrateur plus de deux ans avant la non-remise des taxes¹⁷. Le recours pris par Revenu Québec au nom du fédéral impliquait l'interprétation du seul terme « administrateur » de l'article 323 de la LTA. Le juge Archambault s'est demandé si on avait agi ici en tant qu'administrateur de fait ou en tant que dirigeant. Pour qu'on soit reconnu comme administrateur en raison des faits, il faudrait selon la Cour soit que la nomination ne soit pas juridiquement valide, soit que la personne se soit présentée comme étant un administrateur. Le juge a retenu que c'est en tant que dirigeant que des chèques avaient été signés après la démission. De plus, ici il y avait deux autres administrateurs nommés.

Ce recours de l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») faisait suite à une cotisation du restaurant pour ventes non déclarées impliquant des taxes non remises par ricochet. Le juge mentionne en passant que dans cette affaire, le fisc avait saisi le produit d'une assurance empêchant la réouverture de l'une des pizzerias qui était passée au feu... C'est parfait pour l'économie québécoise... et pour empêcher le contribuable de payer ses impôts !

Dans *Canada c. Chriss*¹⁸, les épouses des dirigeants avaient la croyance d'avoir démissionné malgré le fait que les exigences légales n'avaient pas été remplies. La Cour d'appel fédérale a accueilli la demande de l'ARC de les déclarer responsables personnellement. D'après le juge, une telle personne demeure un administrateur, et cela, même si elle croit à sa démission et cesse d'agir comme administrateur. De plus, une telle administratrice ne peut invoquer la défense que, ce faisant, elle a été diligente, puisqu'elle aurait dû vérifier auprès de la société si sa démission était juridiquement valide .

15. Art. 227.1 LIR et 323 *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, telle que modifiée (ci-après « LTA »). En comparaison, voir au Québec l'article 24.0.3 de la *Loi sur l'administration fiscale*, RLRQ, c. A-6.002, qui vise aussi toute personne en mesure d'agir sur le paiement.

16. 2016 CCI 277.

17. Ce recours personnel est prescrit deux ans après une telle démission. Par. 323(5) LTA.

18. 2016 CAF 236.

La jurisprudence sur la responsabilité personnelle des administrateurs pour les taxes et retenues à la source non remises continue de donner de moins en moins de poids aux circonstances personnelles pour mesurer le degré de diligence de l'administrateur¹⁹.

Dans *Whissell c. La Reine*²⁰, un jeune administrateur peu éduqué et se disant incapable d'influencer les décisions financières de la société, alors que son père administrateur et principal dirigeant s'occupait de ces questions, a tout de même été reconnu personnellement responsable des remises non faites à l'ARC de plus de 600 000 \$. La Cour d'appel a exigé que, même non éduqué, l'administrateur fasse quelque chose pour prévenir les manquements. La Cour a encore appliqué ici la norme objective :

[35] Selon moi, depuis la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Buckingham*, un administrateur ne peut pas établir le bien-fondé d'une « défense de diligence raisonnable » en indiquant qu'il n'était qu'un journalier et qu'il se fiait à un autre membre de la famille ou qu'il ne faisait que ce qu'on lui disait de faire. Dans les circonstances, la norme de soin est une norme objective qui repose sur le principe de la personne raisonnablement prudente.

Cette décision n'étonne pas du fait que le contribuable a avoué que son avocat l'avait prévenu de ses obligations et que, malgré cela, il n'a pas posé de questions et a ignoré des signaux tels que des saisies par le fisc... Cependant, la norme établie par l'arrêt *Buckingham* est plus nuancée que celle décrite ci-dessus, car elle tient compte de la personne raisonnablement prudente « dans des circonstances similaires ». Or, ces circonstances sont une question de fait qui peut permettre de tenir compte de la position de l'administrateur au sein de l'entreprise.

[39] An objective standard does not however entail that the particular circumstances of a director are to be ignored. These circumstances must be taken into account, but must be considered against an objective « reasonably prudent person » standard. [...] This is not the introduction of a subjective element relating to the competence of the

19. Par. 227.1(3) LIR, « Un administrateur n'est pas responsable de l'omission visée au paragraphe (1) lorsqu'il a agi avec le degré de soin, de diligence et d'habileté pour prévenir le manquement qu'une personne raisonnablement prudente aurait exercé dans des circonstances comparables. »

20. 2016 CAF 254.

director, but rather the introduction of a contextual element into the statutory standard of care.²¹

1.4 Rectification

S'il y a deux décisions qui ont retenu l'attention du milieu de la planification fiscale en 2016, ce sont bien celles de la Cour suprême du Canada rendues dans *Groupe Jean Coutu (PJC) inc. c. Canada*²² et *Canada c. Hôtels Fairmont Inc.*²³. La plus haute Cour y a retrouvé son sens de l'unité fiscale canadienne en précisant et en harmonisant les modalités de la rectification tant en droit civil qu'en common law. La Cour y va même du commentaire suivant pour le moins surprenant dans un contexte où ces derniers temps le bijuridisme proposait des solutions uniques pour chaque juridiction : « Cette convergence est indubitablement souhaitable dans l'application des lois fiscales fédérales²⁴. »

La rectification des planifications fiscales est apparue comme étant un baume pour les contribuables dans les relations avec les autorités fiscales. Cette ouverture permise par les tribunaux fait en quelque sorte contrepoids à la règle générale anti-évitement (« RGAÉ ») dont dispose le fisc. Alors qu'avec la RGAÉ le fisc traque les contribuables qui abusent de la loi pour diminuer leurs impôts, la rectification permet aux contribuables de bonne foi, mais malchanceux, d'échapper aux cotisations fiscales découlant d'une erreur commise dans la réalisation d'une planification fiscale.

Dans leurs demandes de rectification auprès des cours de droit commun, les contribuables du Québec peuvent s'appuyer sur la décision de la Cour suprême du Canada rendue dans l'arrêt *Services environnementaux AES*²⁵. L'essence de ce recours est de demander l'application de l'article 1425 C.c.Q. Mais avant de reconnaître une correction rétroactive, il faut qu'il y ait eu une divergence entre l'entente des parties et son exécution écrite. Autrement dit, il faut une erreur dans la mise en œuvre de l'intention première des parties. Dans *Services environnementaux AES*, les conseillers avaient planifié une restructuration efficace, mais en raison de sa mauvaise exécution, elle a entraîné des conséquences fiscales inattendues.

21. *Canada v. Buckingham*, 2011 CAF 142.

22. 2016 CSC 55 (« Groupe Jean Coutu »).

23. 2016 CSC 56 (« Hôtels Fairmont »).

24. *Ibid.*, par. 33, j. Brown.

25. *Québec (Agence du revenu) c. Services environnementaux AES inc.*, 2013 CSC 65.

En common law, la rectification avait le vent dans les voiles depuis l'arrêt *Juliar*²⁶. La Cour suprême du Canada avait refusé à l'époque d'entendre l'appel²⁷. Ainsi, avant 2016, la Cour suprême n'avait jamais eu l'occasion de se prononcer sur l'application de cette question dans cette juridiction²⁸.

En acceptant de se pencher à nouveau sur cette question en droit civil et en entendant en même temps une affaire issue de la common law dans *Hôtels Fairmont*, la Cour suprême a vraisemblablement senti le besoin de préciser les paramètres de la rectification pour corriger l'impression que les contribuables en common law jouissaient de critères plus permissifs. Plus particulièrement, ces décisions répondent à la question à savoir si des impôts, qui à l'évidence n'avaient pas été envisagés comme résultat d'une planification, sont une raison suffisante pour justifier une telle rectification. En effet, le juge Wagner dans *Groupe Jean Coutu* introduit ainsi sa réflexion :

En l'espèce, la Cour doit déterminer si, en droit civil québécois, l'intention générale des parties contractantes selon laquelle une entente sera fiscalement neutre suffit pour permettre la modification des documents écrits au soutien de cette entente afin qu'ils reflètent cette intention.²⁹

En droit civil, sans trop de surprise compte tenu des motifs exprimés dans *Services environnementaux AES*, la Cour suprême a maintenu pour le *Groupe Jean Coutu* la décision de la Cour d'appel du Québec³⁰. Elle a refusé de rectifier rétroactivement une planification internationale. Celle-ci avait pour but de contrer les effets du taux de change dans la présentation des états financiers. Cependant, même si cet objectif premier a été atteint, cette planification a eu comme résultat imprévu de déclencher une imposition en vertu des règles de revenu étranger accumulé tiré de biens (RÉATB). Or,

26. *Juliar v. Canada (Attorney General)*, 1999 CanLII 15097 (ON S.C.) et *Attorney General of Canada v. Juliar*, 2000 CanLII 16883 (ON C.A.).

27. *Attorney General of Canada v. Juliar*, 2000 CanLII 16883 (ON C.A.) (demande d'autorisation d'appeler rejetée, C.S.C., 24-05-2001, 28304, présentée avec cette mention : « Application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada dismissed with costs May 24, 2001 (Gonthier, Major and Binnie JJ.). S.C.C. File No. 28304. S.C.C. Bulletin, 2001, p. 938). ».

28. Voir Jeff OLDEWENING, Rachel A. GOLD et Chris SHERIDAN, « Corporate Tax Planning : Statutory Ratification », (2016) 64:1 *Revue fiscale canadienne* 293.

29. *Groupe Jean Coutu*, préc., note 22, par. 1.

30. *Canada (Attorney General) v. Groupe Jean Coutu (PJC)*, 2015 QCCA 838.

jamais les conseillers de l'entreprise ne s'étaient souciés de cet aspect jusqu'à ce que le fisc cogne à sa porte³¹. Invoquant le fait qu'il était de l'intention que cette planification soit sans conséquence fiscale, le *Groupe Jean Coutu* a tenté sans succès de la faire modifier rétroactivement en appliquant l'article 1425 C.c.Q.

Il ne suffit pas d'invoquer que l'intention commune des parties était qu'une planification soit sans conséquence fiscale pour réussir à obtenir une rectification. Puisque les conseillers du *Groupe Jean Coutu* n'avaient même pas envisagé l'application des règles d'imposition du revenu de biens, ils ne peuvent pas invoquer une différence entre l'échange des consentements et son expression écrite. Ainsi, la rectification en droit civil serait limitée à des cas d'erreurs d'exécution des modalités déjà convenues. Par exemple, dans *Services environnementaux AES*, il s'agissait d'un cas de calcul erroné du prix de base rajusté des actions roulées, alors que dans l'affaire *Riopel* réglée en même temps³², il y avait eu interversion des dates de vente d'actions et de fusion.

Du côté de la common law, dans l'affaire *Hôtels Fairmont*, la Cour suprême du Canada a appliqué le même raisonnement. Elle a clairement fermé en même temps la brèche ouverte dans l'arrêt *Juliar* consistant à refaire entièrement et autrement l'entente des parties lorsque des impôts non désirés en découlent. Dans *Hôtels Fairmont*, il s'agissait ici encore d'une planification pour éliminer l'effet des taux de change. Les conseillers connaissaient le problème fiscal qui en résultait, ils avaient élaboré des scénarios afin de l'éliminer, mais avaient finalement choisi de reporter à plus tard le règlement de ce problème en se disant qu'ils trouveraient un moyen de l'amoinrir. Or, un des dirigeants, pensant cette question réglée, avait autorisé un rachat d'actions déclenchant les impôts en question. La Cour n'a pas pu identifier ici une différence entre une entente de transaction et son exécution. Il y a donc eu rejet de la demande de rectification rétroactive pour éviter ces impôts.

Il faut noter la dissidence des deux mêmes juges dans les deux décisions. À leur avis, l'absence de conséquences fiscales était une

31. *Groupe Jean Coutu*, préc., note 22, par. 26. Le juge Wagner mentionne : « Les parties contractantes n'avaient pas songé à la question du RÉATB ou à un moyen particulier pour l'éviter ; ils n'avaient que l'intention générale que l'entente soit neutre sur le plan fiscal. »

32. *Québec (Agence du revenu) c. Services environnementaux AES inc.*, préc., note 25.

modalité de la transaction suffisamment claire pour justifier la rectification.

Or, la majorité des juges de la Cour suprême a exprimé plutôt l'avis que la rectification n'est pas une deuxième chance de refaire les transactions. Pour échapper à une cotisation fiscale, la rectification exigera que, premièrement, les parties cherchaient expressément à éviter ces impôts par des obligations précises et, deuxièmement, que si ces obligations avaient été bien exécutées, les impôts n'auraient pas été applicables³³.

Pour l'avenir, il semble donc que seules les erreurs dans l'exécution des modalités d'une transaction, plutôt que l'atteinte de ses objectifs, pourront permettre de faire appel à la doctrine de rectification.

Voici une recommandation de l'avocate Nathalie Perron pour favoriser éventuellement l'application de cette doctrine :

Compte tenu de ces décisions, les conseillers devraient s'assurer que tous les mémos et documents de planification fiscale indiquent clairement les objectifs du plan, les conséquences fiscales défavorables que l'on cherche à éviter, les étapes légales, l'intention des parties et les obligations relatives à chaque transaction.³⁴

Lorsque la rectification n'est pas possible, les parties peuvent toujours s'en remettre à une demande d'annulation pour cause d'erreur. La Cour a par exemple fait allusion à l'option de ce recours dans *Services environnementaux AES*³⁵.

Lorsqu'elle est accordée, la rétroactivité de la rectification est bien entendu le nerf de la guerre. Sans rétroactivité, l'impôt applicable l'année de l'erreur continuerait d'être réclamé. Bien que les tribunaux de droit commun soient le forum à saisir pour prononcer la rectification, une fois accordée, l'effet rétroactif d'une telle rectification pourra ensuite être débattu devant les tribunaux siégeant en matière fiscale. La Cour suprême du Canada a refusé d'entendre

33. *Ibid.*, par. 24.

34. Nathalie PERRON, « PJC : La CSC limite la rectification », *Canadian Tax Focus*, vol. 7, n° 1, février 2017.

35. *Québec (Agence du revenu c. Services environnementaux AES inc.*, préc., note 25, par. 39.

l'appel d'une décision de la Cour d'appel de la Saskatchewan³⁶ qui avait refusé de prononcer que le changement des documents était « valid, binding and effective as of (...à la date réctifiée) ». Ces documents formaient toute la partie légale d'un roulement en vertu du paragraphe 85(1) LIR. Le débat devra donc reprendre au niveau de la Cour canadienne de l'impôt afin de savoir si elle acceptera que des documents rectifiés aient eu pour effet d'annuler la cotisation en cause.

Étant établi toutefois que le fisc doit reconnaître les transactions telles que réalisées par les parties, et vu que la Cour a accepté d'antidater les documents, logiquement le fisc devrait y donner suite également. Toutefois, dans ce cas particulier, les agents du fisc qui se sont opposés à la rectification semblaient enclins à s'opposer au roulement, considérant que malgré la documentation, les actions n'ont pu être émises avant leur paiement en vertu du droit des sociétés et que le transfert du titre du terrain ne respectait pas les exigences de la loi³⁷.

1.5 Remboursement de taxes pour habitation neuve

La Cour d'appel fédérale a admis, dans *RanjBar c. Canada*³⁸, que lorsqu'une habitation est vendue avant d'être habitée, le remboursement de taxes pour maison neuve peut être obtenu sur la base de la simple intention qu'avait l'acquéreur d'en faire sa résidence principale, même si cette intention ne s'est pas concrétisée³⁹. Évidemment, la preuve de cette intention peut être difficile à faire lorsqu'elle sera contestée par le fisc.

Par exemple, dans *Iqbal c. La Reine*⁴⁰, en examinant la preuve et les faits survenus en 2011, la juge de la Cour canadienne de

36. *Anderson v. Benson Trithardt Noren LLP*, 2016 SKCA 120, appel à la Cour suprême du Canada refusé le 23 février 2017 : *Lonnie Anderson, et al. c. Attorney General of Canada*, 2017 CanLII 8568 (CSC).

37. *Ibid.*, par. 23 : « The appellants are asking this Court to ignore the requirements of the *BCA* relating to the issuance and purchase of shares which, in the normal course, requires a shareholder to pay for the share that would ultimately be issued by resolution of the directors who, in turn, will update the securities registry. The appellants are also asking the Court to ignore the requirements of *The Land Titles Act*, 2000, SS 2000, c. L-5.1, and *The Land Titles Regulations*, 2001, RRS c L-5.1 Reg 1, pertaining to the transfer of land. »

38. 2016 CAF 116.

39. En vertu du paragraphe 254(2) LTA. L'alinéa g) prévoit deux situations qui n'ont pas à être cumulées.

40. 2016 CCI 68.

l'impôt n'a pas cru que le contribuable avait véritablement eu l'intention d'habiter sa nouvelle maison à titre de résidence principale. Il y avait des contradictions dans les faits et il y a eu revente de cette habitation en moins de six mois avec un profit de près de 180 000 \$. Au surplus, au moment de la cause, le contribuable habitait toujours son ancienne résidence qu'il occupait depuis 2005.

1.6 Encore l'article 160 LIR

Lors de transactions entre membres d'une famille ou la rédaction d'un contrat de mariage ou d'union de fait, le notaire devrait inscrire dans sa liste de contrôle d'aviser ses clients des effets de l'article 160 LIR. En résumé cette disposition permet au fisc de demander aux membres de la famille d'un débiteur fiscal de payer ses dettes à sa place jusqu'à concurrence de la valeur des biens que ce dernier leur a transférés sans contrepartie équivalente. Face à une telle cotisation, le cessionnaire recherchera les indices d'une contrepartie valable consentie lors du transfert. Mais lorsque le contrat notarié n'indique rien ou pire prévoit un transfert sans contrepartie, alors la preuve de la contrepartie s'il y a lieu peut être fort difficile à faire.

1.6.1 Donation entre vifs ou à cause de mort

Nous nous permettons de revenir sur la décision rendue dans *Arsenault c. La Reine*⁴¹ discutée dans cette même chronique l'an dernier et dont on apprenait qu'elle avait été infirmée en Cour d'appel au moment de mettre sous presse⁴². Il s'agit d'une épouse qui se voit cotisée pour les dettes fiscales de son mari en vertu de l'article 160 LIR. Cette cotisation résulte du don de la moitié indivise de la résidence familiale que son mari lui aurait consenti en exécution des donations mentionnées dans son contrat de mariage, alors qu'il était endetté envers le fisc⁴³.

La question en litige était de savoir si le contrat de mariage prévoyait une donation entre vifs ou une donation à cause de mort. Si la donation était entre vifs, l'épouse pouvait opposer au fisc la contrepartie offerte pour le don, soit la quittance d'une donation contenue

41. 2015 CCI 179.

42. D. BRUNEAU, préc., note 4, p. 153.

43. En vertu du paragraphe 323(1) LTA.

au contrat de mariage. Si le contrat de mariage était plutôt interprété comme créant une donation à cause de mort, alors l'obligation n'aurait pas existé avant le décès du mari.

Rappelons le libellé de la clause de la donation en litige qui se lisait à peu près comme suit :

Donation entre vifs et en pleine propriété à compter de la célébration du mariage d'une somme de 300 000 \$ qui devient exigible au décès du futur époux. Celui-ci se réserve cependant le droit de payer ladite somme, en tout ou en partie, en tout temps durant le mariage, soit en argent, soit par le transport à la future épouse de biens meubles ou immeubles.⁴⁴

Or, la Cour d'appel fédérale⁴⁵ a décidé en faveur de la contribuable. Tout en reconnaissant la justesse de l'analyse de la juge de première instance, elle a plutôt vu dans cette clause une donation entre vifs :

Bien qu'il s'agisse d'une situation juridique qui ne soit pas exempte d'ambiguïtés, une analyse globale du contrat et des circonstances qui lui ont donné naissance me convainquent que la donation litigieuse a été consentie en exécution d'une donation entre vifs à laquelle s'était obligé l'époux en faveur de son épouse.⁴⁶

Les trois éléments mis en lumière par la Cour, outre la recherche d'un dessaisissement immédiat, caractéristique principale d'une donation entre vifs, ont été :

- (1) la qualification par les parties de « donation entre vifs » alors que dans une autre clause, elles ont prévu spécifiquement une donation à cause de mort, indiquant qu'ils savaient faire la différence ;
- (2) une clause du contrat prévoyant un retour partiel au mari en cas de prédécès de l'épouse (*donation révoquée pour ce qui n'en a pas été exécuté*⁴⁷). Or, un retour même partiel est incompatible avec la donation à cause de mort ; et

44. *Arsenault c. La Reine*, préc., note 41, par. 2 et 3.

45. *Arsenault c. Canada*, 2016 CAF 225.

46. *Ibid.*, par. 2.

47. *Ibid.*, par. 3.

- (3) les circonstances de la hausse de la donation de 25 000 \$ à 300 000 \$, qui démontrent que l'épouse avait bel et bien obtenu une créance immédiate offerte en renonciation de ses droits au patrimoine familial en 1990⁴⁸.

À la lumière de ce jugement, afin d'aider les clients dans ce genre de situation, nous réitérons l'idée d'éviter si possible de lier une donation entre vifs à un terme qui est la mort, sinon à prévoir l'irrévocabilité de la donation de même qu'un droit de retour en cas de prédécès. Documenter l'intention des parties pourrait aussi être utile pour le futur.

1.6.2 Notion de transfert

Toujours dans le contexte d'un transfert mis à mal par une dette fiscale du cédant, il y a eu une décision de la Cour canadienne de l'impôt dans *St-Pierre c. La Reine*⁴⁹. Dans cette affaire, un prêt de 27 000 \$ a été consenti à une avocate par une société pour lui servir de mise de fonds lors de l'achat d'un immeuble personnellement. Or, cette société étant endettée au moment du prêt pour des taxes impayées, l'avocate se fait réclamer ce montant de 27 000 \$ par le fisc. Elle s'oppose en invoquant le fait qu'il ne s'agit pas d'un transfert entre personnes liées, puisqu'elle n'est pas en relation conjugale avec l'actionnaire de cette société, M. Yon. De plus, elle invoque le remboursement de son emprunt. Malheureusement, ayant le fardeau de la preuve, elle n'a pas pu convaincre le tribunal que monsieur Yon, qui habitait souvent chez elle, n'était pas son conjoint et que les retraits de 35 000 \$ au comptant qu'elle avait faits avaient bel et bien servi à ce remboursement, et ce, malgré une quittance obtenue de M. Yon. Peut-on s'étonner que le remboursement ait été fait au comptant alors que le compte de la société avait été saisi par le fisc ? Cependant, l'avocate n'a pas pu expliquer pourquoi elle avait retiré plus que les 27 000 \$ nécessaires... ce qui semble avoir miné sa crédibilité face au juge.

48. *Ibid.*, par. 29, où le juge de la Cour d'appel indique plus précisément : « Au vu de ce contexte, il y a donc tout lieu de croire que la donation revue à la hausse qu'établit l'article cinquième avait une considération bien précise et visait à assurer une certaine sécurité financière à l'appelante. Il s'agit là, me semble-t-il, d'un indice très probant qui milite fortement en faveur d'une donation entre vifs. »

49. 2016 CCI 146.

Qu'un prêt soit considéré dans cette affaire comme un transfert permettant l'application de l'article 325 LTA⁵⁰ surprend. Un prêt est-il véritablement un transfert dans ce cas ? C'est la question qui a été posée dans *Sauvignon c. La Reine*⁵¹. S'appuyant sur la jurisprudence, le juge Paris a clairement écarté l'application de l'article 160 LIR dans le cas d'un prêt. Cela est raisonnable puisque le prêt fait toujours partie du patrimoine pouvant être saisi auprès du débiteur fiscal. Or, encore faut-il que le prêt en soit un véritable. Madame Sauvignon n'a pas réussi à convaincre le juge qu'il s'agissait d'un prêt et non d'un don. De plus, il souligne que s'il y a eu une contre-lettre, alors le fisc est autorisé, lorsqu'il agit comme ici dans son rôle de percepteur, à invoquer le contrat apparent ou la contre-lettre en vertu de l'article 1452 C.c.Q.

Par ailleurs, madame Sauvignon a invoqué comme contrepartie qui diminuerait sa dette fiscale qu'elle avait payé des créanciers de monsieur. Le juge Paris a refusé d'en tenir compte considérant que madame ne s'était pas légalement engagée à les payer au moment du « don » de son mari, les paiements avaient été faits selon son gré par la suite.

Il n'y aura pas non plus un transfert visé par l'article 160 LIR si des biens sont reçus d'une société dans le cadre d'une dissolution involontaire à l'insu de cette société. C'est la conclusion à laquelle est arrivée la Cour canadienne de l'impôt dans *Kvas c. La Reine*⁵². Il n'y a pas ici de cédant ni d'acte par lequel il y aurait eu un transfert. Le fisc invoquait à l'appui de sa cotisation qu'un T5 pour le dividende de liquidation avait été remis aux actionnaires. Or, les documents qui ont été remplis après la dissolution ne font que constater que les biens sont devenus la propriété des actionnaires. Le juge précise toutefois que le résultat aurait été différent si la distribution des biens par la société en vue d'une dissolution avait été volontaire.

1.6.3 Don d'immeuble

Dans une autre malheureuse affaire qui concerne l'article 160 LIR⁵³, des frères et sœurs qui avaient dans un premier temps en 2005 donné leur part d'immeuble à l'un de leurs frères afin de favori-

50. L'article qui équivaut en taxes à l'article 160 LIR.

51. 2016 CCI 101.

52. 2016 CCI 199.

53. *Huynh c. Agence du revenu du Québec*, 2016 QCCQ 2064.

ser son crédit, se sont retrouvés à recevoir une cotisation après que leur frère leur eut rétrocédé l'immeuble en 2008 alors qu'il devait des impôts. Ils ont dû payer au fisc la différence entre la valeur de l'immeuble telle que prévue à l'évaluation municipale et l'hypothèque qu'ils ont assumée lors de la rétrocession.

La juge Lavigne a refusé d'accepter en preuve un document de 2005 qui aurait constitué une reconnaissance de dette envers ses frères et sœurs lors du transfert, puisque ce document contredisait les termes de l'acte notarié qui prévoyait que la cession avait été consentie « sans aucune considération ». Avant d'ajouter ces termes, le notaire doit donc expliquer aux parties qu'ils ont intérêt à refléter la réalité, sinon, comme ici, une contre-lettre sous seing privé peut n'avoir aucune valeur face aux tiers.

1.6.4 Transaction sur part de succession

Il n'y a pas que les transferts entre vifs qui sont visés par l'article 160 LIR. Dans *Baker c. La Reine*⁵⁴, si le défunt avait des dettes fiscales et que sa succession fait un transfert à des membres de la famille, il s'applique aussi. Dans ce jugement issu de la procédure informelle, quatre enfants deviennent héritiers de chacun une part dans un immeuble en vertu du testament de leur mère prévoyant une clause d'insaisissabilité. Le règlement de cette succession se déroule sur plusieurs années de sorte que l'un des enfants meurt avant que tout soit fini. Il y a obtention du certificat de décharge pour la succession de la mère et une déclaration de transmission aux enfants de l'immeuble. La succession de l'enfant décédé entre-temps convient, suivant le désir du défunt, de céder sa part dans l'immeuble aux trois autres enfants. Ceux-ci invoquent qu'ils ne connaissaient pas les dettes fiscales de leur frère défunt à ce moment et il n'y a pas eu obtention d'un certificat de décharge pour cette deuxième succession. C'est cette cession de la part de l'immeuble aux autres enfants qui est visée par l'article 160 LIR.

Le juge a maintenu la cotisation basée sur la valeur de l'immeuble au moment de la cession. La clause d'insaisissabilité n'a pas eu d'effet face au fédéral en recouvrement des impôts.

54. 2016 CCI 120.

Soulignons que l'article 160 LIR ne se serait pas appliqué si le frère avait renoncé à la succession dans les six mois du décès de sa mère. L'immeuble ne serait jamais passé dans son patrimoine.

1.7 Révocation d'organismes de bienfaisance

En 2010, le ministre des Finances du Canada a éliminé le quota de versement des organismes de bienfaisance qui correspondait à 80 % du montant des dons de l'année précédente. Toutefois, il avait annoncé qu'il serait plus vigilant dans ses vérifications⁵⁵. Il a été clair que l'accent serait mis sur l'analyse de la conformité de ces organisations qui récoltent les dons du public et sont subventionnées par l'État par le biais des crédits et déductions d'impôts.

Le résultat de ces vérifications est perceptible en jurisprudence. L'ARC exerce plus souvent son pouvoir de révoquer l'enregistrement des organismes de bienfaisance qui sont délinquants⁵⁶. Il est certain que, de tout temps, des erreurs ont été commises dans la paperasse de ces organisations par des bénévoles de bonne foi. Le fisc est souvent très patient dans ces circonstances. Cependant, l'ampleur ou la gravité des manquements peut le mener à mettre fin à ces organismes. Cette sanction est très grave compte tenu de la difficulté d'obtenir un enregistrement. Il faut se questionner sur ce qui peut mener à une telle révocation. Comment interpréter le fait de ne pas se conformer à la loi, de négliger ses reçus pour dons ou de ne pas « présenter une déclaration de renseignements, selon les modalités et dans les délais prévus par la présente loi ou par son règlement »⁵⁷ ? De quelle déclaration parle-t-on ici ? Est-ce seulement la production du rapport annuel T3010 ? Si des erreurs figurent dans son contenu ou qu'il y a un retard de production ou encore que des relevés d'emploi n'ont pas été émis, cela sera-t-il suffisant pour subir une révocation ? Voici deux affaires qui soupèsent le poids des manquements.

Dans *Opportunities for the Disabled Foundation c. Canada*⁵⁸, on conteste l'avis de révocation devant la Cour d'appel fédérale. Il ressort que cet organisme ne dépensait pour des fins charitables que 30 % des sommes récoltées. En fait, sa principale dépense était

55. CANADA, AGENCE DU REVENU DU CANADA, ARCHIVÉE – *Organismes de bienfaisance : Réforme du contingent des versements*, [En ligne], <www.cra-arc.gc.ca/gncy/bdgt/2010/chrt-fra.html#q9>.

56. En vertu de l'article 168 LIR.

57. Art. 168(1)c) LIR.

58. 2016 CAF 94.

justement ses frais de campagnes de financement. De plus, ses livres n'étaient pas conformes, des dons avaient été faits à l'étranger à un donataire non qualifié et des avantages avaient été octroyés au personnel. Les erreurs sur son formulaire T3010 étaient nombreuses. Le fisc avait donné l'occasion à cet organisme de se redresser avant de révoquer son enregistrement. La Cour a maintenu la révocation considérant que les manquements n'étaient pas mineurs.

Cette question a aussi été soulevée dans *Jaamiah Al Uloom Al Islamiyyah Ontario c. Canada*⁵⁹. Dans cette affaire, les représentants de l'organisme ont reconnu que le fisc avait raison de dire que les livres étaient mal tenus, que les reçus pour dons étaient inappropriés, que des relevés T4 n'avaient pas été émis, mais que cela ne se reproduirait plus dans le futur et que cela ne justifiait pas une révocation de leur enregistrement. Le rapport annuel T3010 avait cependant été produit. La Cour fédérale s'est dite d'avis qu'aussitôt que des reproches du fisc étaient suffisamment graves, elle ne pouvait s'opposer au choix du gouvernement de demander la révocation plutôt que de choisir de laisser une chance à l'organisme. En l'occurrence, le fait que les livres étaient mal tenus empêchant le fisc de vérifier si les reçus pour dons étaient appropriés justifiait à lui seul la décision de révoquer l'enregistrement.

Il est à noter que lorsque l'organisme remet des reçus gonflés, il est permis au fisc de refuser entièrement le don dans la déclaration du donataire. C'est ce qu'a décidé la Cour fédérale d'appel dans *Canada c. Castro*⁶⁰.

Dans le contexte des donations, une décision de la Cour d'appel du Québec rappelle que pour qu'un don fait à l'étranger soit déductible au Québec, il faut que l'organisation fasse partie des donataires autorisés par le Québec. Dans *Emballages Starflex inc. c. Agence du revenu du Québec*⁶¹, des dons à des écoles juives de New York n'ont pas pu être déduits par la société québécoise à titre de don au niveau provincial. Leur admissibilité était pourtant reconnue au niveau fédéral en raison de la *Convention fiscale entre le*

59. 2016 CAF 49. Demande d'autorisation d'appel rejetée : 2016 CanLII 47544 (CSC).

60. 2015 CAF 225. Demande d'autorisation d'appel rejetée : 2016 CanLII 20457 (CSC).

61. 2016 QCCA 1856.

*Canada et les États-Unis*⁶². Or, la Cour a décidé que cette convention n'était pas applicable au Québec qui ne l'avait pas signée et qu'aucune disposition de la *Loi sur les impôts*⁶³ n'avait été adoptée pour en tenir compte.

Face à ce constat, la société a tenté d'ajouter un nouvel argument voulant qu'il s'agissait pour elle d'une dépense ordinaire déductible de son revenu d'entreprise. La Cour d'appel a refusé cet ajout, considérant que cela avait pour effet de changer la nature de l'appel. À son avis, après avoir argumenté que les paiements étaient des dons sans contrepartie, la contribuable était maintenant malvenue d'ajouter à sa version que ces paiements avaient été faits pour augmenter ses ventes.

De l'avis de l'auteure, avec respect, nous ne voyons pas l'incompatibilité ici de pouvoir à la fois invoquer qu'il y a eu absence de contrepartie directe au niveau des versements à des écoles et en même temps qu'il s'agit de dépenses pour promouvoir l'image de la société à un endroit stratégique où l'on recrute des clients. La jurisprudence citée par la Cour a déjà reconnu ce double aspect d'un même versement. La Cour d'appel n'avait pas à juger de l'impact ou de l'absence d'impact direct de la dépense sur le chiffre d'affaires de la société. On n'a jamais eu à prouver au Canada la mesure de la hausse du chiffre d'affaires liée à une dépense d'entreprise. Si cette dépense n'est pas à caractère personnel et peut être raisonnablement utile à l'entreprise, elle devrait être admise.

1.8 Société dissoute

Lorsqu'une société est dissoute volontairement et que par la suite elle reçoit une cotisation d'impôt, a-t-elle juridiquement la

62. ASSOCIATION DE PLANIFICATION FISCALE ET FINANCIÈRE, « Fiscalité Internationale – Un don à un organisme de bienfaisance des États-Unis suit généralement les mêmes règles qu'un don à un organisme de charité enregistré », *Flash fiscal*, vol. 24, 4 mai 2016 qui explique qu'au niveau fédéral : « Selon l'article XXI (7) de la Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis, [...] une société canadienne peut se prévaloir de ses dons à un organisme de bienfaisance des États-Unis aux fins de l'impôt canadien jusqu'à concurrence d'une somme correspondant à 75 % de son revenu de source américaine. » Le Québec ne reconnaît que les mesures prévoyant qu'un revenu doit être imposé dans un pays étranger afin d'éviter la double imposition. ASSOCIATION DE PLANIFICATION FISCALE ET FINANCIÈRE, « Table ronde provinciale à l'APFF – Q.20 – Bien canadien imposable », *Flash fiscal*, vol. 25, n° 2, 2016.

63. RLRQ, c. I-3, telle que modifiée (ci-après « LI »).

capacité de la contester malgré sa dissolution ou doit-elle demander sa reconstitution ? La Cour d'appel fédérale a décidé que la société doit nécessairement demander de revivre, quitte à le faire par le biais d'une loi à caractère privé⁶⁴. La Cour suprême du Canada a refusé d'entendre l'appel dans cette affaire⁶⁵.

1.9 Emprunt pour l'achat d'actions ordinaires

Le sous-alinéa 20(1)c)i) LIR prévoit qu'il est permis de déduire des intérêts payés sur « de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien ».

En matière de déductibilité des intérêts, la décision *Ludco Enterprises Ltd. c. Canada*⁶⁶ (« *Ludco* ») a servi à préciser que le revenu qui doit être tiré de l'utilisation d'un tel emprunt n'a pas à créer un bénéfice et peut donc être inférieur au total des intérêts payés.

Un autre aspect de la décision *Ludco* est de s'être penchée sur les termes « en vue », afin de répondre à la question suivante : « La fin poursuivie par les contribuables en utilisant ainsi les fonds était-elle de tirer un revenu au sens du sous-al. 20(1)c)(i) ? »⁶⁷. Dans *Ludco*, il a été décidé que la fin de réaliser du revenu peut être une fin accessoire à d'autres fins. Le test étant : « Compte tenu de toutes les circonstances, le contribuable avait-il, au moment de l'investissement, une expectative raisonnable de tirer un revenu ? »⁶⁸.

Dans *TDL Group Co. c. Canada*⁶⁹ (« *TDL* »), une société canadienne a emprunté plus de 234 millions de dollars au taux d'intérêts d'environ 7 % indirectement de Wendy's International inc. (« Wendy's »), afin d'acheter davantage d'actions ordinaires d'une société américaine. Or, le produit de l'achat des actions a servi pour la société américaine à faire elle-même un prêt à la société Wendy's sans intérêts.

L'ARC s'appuyant sur l'alinéa 20(1)c) LIR a contesté la déductibilité de la dépense du paiement des intérêts de 7 % de la société canadienne au motif que l'emprunt n'avait pas été utilisé dans un

64. 1455257 Ontario Inc. c. Canada, 2016 CAF 100.

65. 1455257 Ontario Inc. c. Canada, 2016 CanLII 58406 (CSC).

66. 2001 CSC 62.

67. *Ibid.*, par. 46.

68. *Ibid.*, par. 54.

69. 2016 CAF 67.

but de gagner du revenu et n'était pas raisonnable. Cet argument étant basé justement sur le fait qu'ultimement les fonds empruntés à 7 % étaient retournés sous forme de prêt sans intérêts au prêteur initial.

La Cour d'appel fédérale, reprenant le test de l'arrêt *Ludco*⁷⁰, l'applique comme ceci :

Since *Ludco*, it is settled-law that the taxpayer's purpose when using borrowed monies is to be assessed at the time the monies are used ; in this case, the required inquiry is what was the appellant's purpose at the time it subscribed for the additional shares in Tim's U.S. ?⁷¹

Or, cette situation de prêt sans intérêts de la société américaine à Wendy's n'a duré que sept mois. Un intérêt d'environ 4 % a été demandé par la suite. L'Agence admet qu'après ces sept mois, les intérêts de 7 % payés par TDL à la société américaine sont déductibles. Pour cette raison, la Cour d'appel ne voit pas comment différencier cette période de sept mois de l'autre, vu qu'il s'agit pour TDL de la même utilisation, soit l'acquisition d'actions ordinaires. La *Loi de l'impôt* n'exige pas que le revenu sur le bien acquis par l'emprunt soit réalisé dans un délai très court. Pour la même raison, l'Agence ne peut argumenter que le taux de 7 % est déraisonnable pour les sept premiers mois et raisonnable par la suite.

Cette décision est utile pour rappeler que le moment où l'on doit vérifier si l'argent emprunté sert dans un but de gagner un revenu est à la date de son utilisation. De plus, il n'est pas nécessaire de recevoir un revenu dès la première année, pourvu que le contribuable ait une expectative raisonnable d'en gagner éventuellement.

Sur le sujet de la déductibilité des intérêts, il est utile de lire le Folio S3-F6-C1⁷², *Déductibilité des intérêts* de l'Agence du revenu du Canada.

70. *Ludco Enterprises Ltd. c. Canada*, préc., note 66, par. 66 : « La question qu'il faut maintenant trancher est de savoir si les appelants avaient une expectative raisonnable de tirer un revenu lorsqu'ils ont affecté les fonds empruntés à l'acquisition d'actions des Sociétés. »

71. *TDL Group Co. c. Canada*, préc., note 69, par. 17.

72. AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Folio de l'impôt sur le revenu. S3-F6-C1, Déductibilité des intérêts*, [En ligne], <www.cra-arc.gc.ca/tx/tchncl/ncomtx/fls/s3/f6/s3-f6-c1-fra.html>. Les Folios ont remplacé les Bulletins d'interprétation et peuvent être consultés dans le site Internet de l'Agence.

1.10 Convention unanime d'actionnaires (CUA) et impôt

Les termes des conventions unanimes d'actionnaires doivent être choisis avec soin. Que ce soit par la restriction des votes, la modification des pouvoirs des administrateurs ou l'insertion d'une option d'achat d'actions, tantôt elles provoquent au plan fiscal une propriété présumée des actions, tantôt elles modifient le contrôle de droit d'une société.

Dans une première affaire, *Durocher c. Canada*⁷³, une option d'achat d'actions, accordée à un actionnaire non résident dans une CUA, a eu pour effet de faire perdre la qualification de « société privée sous contrôle canadien » (SPCC). Cette qualification était nécessaire ici pour rendre admissibles les actions de la société à la déduction pour gain en capital, conformément au paragraphe 110.6(1) LIR. La période de 24 mois précédant la vente doit être examinée pour établir l'admissibilité des actions à cette déduction. L'option d'achat sur un bloc d'actions au cours de cette période en vertu d'une convention unanime des actionnaires (CUA) a fait en sorte que la société non résidente était présumée en être déjà propriétaire⁷⁴. Afin de faire reconnaître quand même le statut de SPCC, les actionnaires canadiens ayant vendu leurs actions ont fait valoir la nullité absolue de cette option que détenait la société non résidente. S'appuyant sur la *Loi sur la distribution de produits et services financiers* (LDPSF)⁷⁵, ils ont fait la preuve qu'une telle société non résidente ne pouvait légalement acquérir un tel bloc d'actions.

La Cour d'appel fédérale a refusé de constater la nullité de l'option aux fins des cotisations fiscales. Elle a établi qu'une simple option ne constituait pas la propriété des actions visée par la LDPSF, contrairement à la présomption de propriété figurant à la LIR.

Un deuxième exemple illustre que la jurisprudence est maintenant constante à reconnaître que la CUA peut modifier le contrôle de droit d'une société. Dans *Kruger Wayagamack c. Canada*⁷⁶, malgré la détention de 51 % des actions avec droit de vote, qui aurait été suffisante pour « associer » deux sociétés, la Cour d'appel énonce l'avis

73. 2016 CAF 299.

74. Art. 251(5)b) LIR.

75. RLRQ, c. D-9.2, art. 148 (ci-après « LDPSF »).

76. 2016 CAF 192.

que cela ne suffit pas à détenir le contrôle de droit, puisque la CUA restreint ce contrôle pour plusieurs décisions stratégiques⁷⁷.

Toutefois, en dépit de l'absence de ce contrôle, les sociétés en cause ont quand même été considérées comme associées étant donné que ce 51 % des actions permettait à l'une de ces sociétés d'avoir plus de 50 % de la valeur marchande dans l'autre société avec laquelle le fisc voulait l'associer⁷⁸.

Dans un troisième exemple confirmé par la Cour d'appel du Québec⁷⁹, on a accepté que la majorité requise pour contrôler une société soit de 66 ⅔ % des votes, parce qu'une majorité spéciale était prévue dans la CUA de la société ARTV inc. Dans ce contexte, la Cour a aussi eu à analyser une autre clause de cette CUA. Elle prévoyait une augmentation éventuelle du nombre d'actions de la Société Radio-Canada, ce qui lui accorderait cette majorité spéciale. Or, en tenant compte de cette augmentation éventuelle, la Société Radio-Canada se retrouvait associée, de l'avis du fisc, à ARTV inc. Cette association pour ARTV faisait augmenter son taux de cotisation au Fonds des services de santé de 3,33 % à 4,26 % de la masse salariale, ce qui devenait l'objet de ce litige.

En examinant plus précisément cette clause de la CUA, la Cour a constaté qu'elle prévoyait que la Société Radio-Canada devait se porter acquéreuse des actions d'ARTV, si cette dernière en exprimait la volonté. L'argument du fisc pour associer ces sociétés immédiatement était que la Société Radio-Canada avait, de par les termes de cette CUA, le « droit » éventuel à des actions et que cela faisait en sorte qu'elle était alors présumée en être déjà propriétaire au sens de l'article 21.20.4 LI⁸⁰.

La Cour du Québec a dû analyser si effectivement Radio-Canada se trouvait à avoir un tel « droit » sur les actions de ARTV. Elle a conclu qu'il ne s'agissait pas ici d'un droit, mais bien d'une obligation. En effet, l'achat des actions ne pouvait avoir lieu qu'à la

77. *Ibid.*, par. 9.

78. En vertu de l'alinéa 256(1.2)c) LIR.

79. *Agence du revenu du Québec c. ARTV inc.*, 2016 QCCA 1853. Voir le jugement de première instance : *ARTV inc. c. Agence du revenu du Québec*, 2016 QCCQ 8757.

80. Cet article prévoit notamment les conditions pour que des actions soient déjà réputées la propriété d'une personne aux fins des règles de l'association si elle « a, à un moment quelconque, en vertu d'un contrat ou autrement, un droit immédiat ou futur, conditionnel ou non » à ces actions.

demande d'ARTV. La Société Radio-Canada n'était pas non plus créancière d'une obligation de la part d'ARTV qui pouvait faire ce qu'elle voulait. Le fisc a soulevé qu'il pourrait s'agir d'une créance d'une obligation sous condition suspensive. Or, la Cour a refusé cet argument en constatant que s'il s'agissait d'un droit conditionnel, cette condition serait purement potestative (selon la seule volonté d'ARTV) et serait donc nulle en vertu de l'article 584 C.c.Q.

Cette décision prouve bien, outre l'importance des termes d'une CUA, que nos notions de droit civil peuvent servir en tout lieu !

1.11 Achat par un non-résident

L'arrêt *Coast Capital Savings Credit Union c. Canada*⁸¹ rappelle que lors d'un achat d'actions auprès d'une personne, il est important de confirmer le statut de résident ou de non-résident du vendeur, compte tenu des responsabilités qui en découlent pour les acquéreurs comme prévu à l'article 116 LIR. Dans cette histoire, un promoteur aurait utilisé les régimes différés des contribuables pour acquérir des actions canadiennes à un prix gonflé. Le but aurait été de retirer des liquidités de ces régimes pour les placer dans une autre juridiction sans payer l'impôt canadien. Il semble que la surprise fiscale ici ait été que le vendeur des actions canadiennes était en fait une société non résidente.

Le fiduciaire des régimes a ainsi reçu une cotisation en vertu de l'article 116 LIR représentant 25 % du prix d'achat des actions. Dans une procédure préliminaire, la Cour a été insensible au fait que le prix payé était gonflé et était plus élevé que la valeur marchande des actions acquises. Elle s'est limitée à dire que le coût des actions est une notion claire, soit « the amount paid by the purchaser for the capital property »⁸².

Attention aussi au transfert exécuté sur ordre de la Cour à un acquéreur lors d'une prise en paiement par un créancier. Dans ce genre de circonstances, un jugement de la Colombie-Britannique rendu dans *Mao c. Liu*⁸³ a reconnu le « notaire » responsable de la facture de plus de 600 000 \$ reçue par l'acquéreur en cotisation

81. 2016 CAF 181.

82. *Ibid.*, par. 31.

83. 2017 BCSC 226.

sous l'article 116 LIR. Le « notaire » devait vérifier le statut de résidence des vendeurs alors qu'il s'est contenté d'en faire la demande au créancier saisissant. Ce dernier a répondu qu'il ne pouvait pas se prononcer sur ce sujet, n'étant ni vendeur ni propriétaire de cet immeuble. Or, il y avait l'un des propriétaires inscrits qui était un non-résident...

1.12 Partage de biens matrimoniaux et passif fiscal

Lors de litiges en droit matrimonial, il est dommage, voire inéquitable, qu'au moment du partage, la Cour refuse de considérer les impôts intrinsèques aux biens partagés. Y a-t-il vraiment une bonne raison, autre qu'une raison de facilité, pour que cet impôt ne soit considéré que si l'on envisage de vendre le bien à court terme et que l'on ne tienne ainsi pas compte de la valeur réelle du bien ? Cela revient à dire qu'une résidence non imposable de 300 000 \$ est l'équivalent en valeur partageable d'un immeuble à revenus de 300 000 \$ complètement amorti ! La Cour d'appel du Québec, dans la décision *Droit de la famille – 16436*⁸⁴, a pourtant poursuivi ce courant. La juge Hogue exprime la position de la Cour ainsi :

[53] Le passif fiscal sera généralement tenu en compte lorsqu'il est relativement certain qu'il devra être assumé et il sera au contraire généralement ignoré lorsqu'il est trop incertain. Ainsi le passif fiscal qu'entraînera une vente éventuelle d'actions ne sera souvent pris en compte que lorsque la vente est imminente ou, à tout le moins, prévisible dans un proche avenir (10). Il appartient au juge de première instance d'apprécier la probabilité que l'événement se réalise.

L'auteure estime qu'il y a une différence à faire entre le cas d'un régime différé pour la retraite qui est immobilisé et l'évaluation de l'achalandage d'une pharmacie qui constituait un acquêt dans cette cause.

L'argent pour payer la créance matrimoniale étant de l'argent à valeur d'aujourd'hui, les biens devraient être évalués comme s'ils étaient liquidés au même moment. C'est une question d'équité, quitte à utiliser un taux d'impôt moyen.

Évaluer les biens à partager entre époux est toutefois un processus bien différent de celui d'évaluer la juste valeur marchande (« JVM ») d'un bien au sens de la LIR. Doit-on tenir compte des

84. 2016 QCCA 376, par. 53.

impôts sur un bien lorsqu'on évalue cette JVM ? En général, on ne peut pas puisque la définition de JVM implique que l'on doive chercher le prix le plus élevé qu'offrirait un tiers pour ce bien. Ce n'est donc pas de chercher la valeur du bien pour le contribuable. Cette conclusion a été expliquée dans la décision *Grimes c. La Reine*⁸⁵. Dans cette affaire, une fiducie a eu la surprise de savoir qu'elle aurait dû s'imposer sur la juste valeur marchande de ses biens au 21^e anniversaire. Elle n'avait pas été avertie lors du transfert des biens d'une fiducie à une nouvelle fiducie que la date de disposition présumée aux 21 ans demeurait la même date en vertu du paragraphe 104(5.8) LIR⁸⁶. Dans le calcul de son impôt, il a fallu établir la valeur des actions de la fiducie détenues dans une société privée. La Cour a refusé à la fiducie l'argument que les impôts liés au rachat de ces actions réduisaient leur valeur. De même, la juge Lafleur a refusé que les impôts futurs de la société soient déduits. Toutefois, elle a accepté d'appliquer un escompte aux actions détenues par la fiducie tant pour leur caractère minoritaire (-12,5 %) que pour leur non-liquidité sur le marché (-15 %). Autre fait intéressant lors d'une telle disposition présumée, seules les actions visées ont été évaluées. La juge précise en effet qu'elle ne doit pas tenir compte de la vente de l'ensemble des actions de la famille pour la règle des 21 ans, mais seulement présumer que seules les actions de la fiducie sont mises en vente.

Cette méthode pourrait aussi s'appliquer lors de la disposition présumée de certaines actions au décès d'un actionnaire.

1.13 Privilège de communication notaire-client

Deux jugements de la Cour suprême du Canada ont réaffirmé le principe du droit à la confidentialité des documents du notaire ou de l'avocat, et cela, même face à l'Agence du revenu du Canada. Une demande déclaratoire provenait de la Chambre des notaires⁸⁷. Elle a réussi à faire parler d'elle dans tout le Canada en faisant déclarer inconstitutionnelles en vertu de l'article 8 de la Charte, face aux notaires et avocats, des dispositions de la LIR⁸⁸ qui autrement auraient permis au fisc d'exiger la remise de certains documents concernant leurs clients. Parmi les reproches de la Cour figurait

85. 2016 CCI 280.

86. *Ozerdinc Family Trust v. Gowling*, 2017 ONSC 6.

87. *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, 2016 CSC 20.

88. Par. 231.2(1) et art. 231.7 LIR, ainsi que l'exception des documents comptables du par. 232(1) LIR.

l'absence de notification faite par le fisc au client visé. Il faudrait que le client, et non seulement le notaire, ait le droit de s'opposer à la demande de remise. D'un autre côté, l'absence d'autorisation judiciaire n'a pas été vue comme un problème. La Cour a comparé l'approche beaucoup plus respectueuse de l'Agence du revenu du Québec (« ARQ ») dont pourraient s'inspirer les autorités fédérales pour remédier au problème.

Dans une autre affaire, *Canada c. Thompson*⁸⁹, la Cour suprême a poursuivi son raisonnement en refusant la divulgation par un avocat des noms de ses clients par l'accès à ses comptes clients. La Cour a réitéré que le privilège appartient aux clients et que c'est leur droit que le tribunal doit protéger⁹⁰.

Toutefois, le secret professionnel souffre d'exceptions. Si un contribuable poursuit ses propres avocats, par exemple pour une planification fiscale qui a mal tourné comme dans *Dominion Nickel Investments Ltd. c. Mintz*⁹¹, ces derniers pourront conclure qu'il y a eu renonciation implicite au secret professionnel. Ainsi, ces professionnels pourraient, pour se défendre, se tourner eux-mêmes vers d'autres avocats impliqués pour les questionner sur leurs liens avec ce contribuable.

En cette matière d'autorisation de perquisitions et saisies, la Cour d'appel du Québec dans la décision *9162-4676 Qc. inc. c. Agence du revenu du Québec*⁹² a cassé un mandat de perquisition dans un bureau d'avocats. En effet, avant d'être autorisée à faire une perquisition chez un conseiller juridique, l'ARQ doit avoir démontré qu'elle n'a pas d'autre solution, qu'elle ne pourra trouver ces documents ailleurs. Elle doit expliquer pourquoi elle pense que les documents s'y trouvent. Notamment ici, « le fait hautement matériel que le cabinet d'avocats visé par le mandat agissait pour Trimax contre l'Agence dans des dossiers de fiscalité aurait dû être dévoilé. »⁹³.

89. 2016 CSC 21.

90. Pour une discussion de ces décisions, voir Ryan L. MORRIS et Michael D. TEMPLETON, « Current Cases – Privilege affirmed, but what's next after Chambre des notaires du Québec and Thompson ? », (2016) 64:3 *Revue fiscale canadienne* 619.

91. 2016 QCCA 1939.

92. 2016 QCCA 962. Demande d'autorisation d'appel rejetée : *9162-4676 Québec inc. c. Agence du revenu du Québec, et al.*, 2016 CanLII 80959 (CSC).

93. *Ibid.*, par. 51.

1.14 Règle générale anti-évitement

La jurisprudence récente regorge de décisions concernant la règle générale anti-évitement (« RGAÉ »)⁹⁴. Un comité de l'ARC décide au niveau fédéral de l'uniformité de son application. Le principe voulant que le contribuable puisse organiser ses affaires pour payer le moins d'impôt en prend pour son rhume. Aussitôt que le résultat obtenu sort des sentiers battus et apporte un allègement fiscal au contribuable, la planification est à risque d'être visée par la RGAÉ. Encore faut-il que le fisc puisse prouver qu'il s'agit d'un abus de la loi.

1.14.1 Dépouillement de surplus

Dans *Pomerleau c. La Reine*⁹⁵, en appel, les faits impliquent un dépouillement de surplus lors d'un rachat d'actions d'une société privée. D'après la version du contribuable, ce rachat n'entraîne aucune conséquence fiscale à la suite de diverses transactions effectuées entre les actionnaires ayant un lien de dépendance. Cela a permis de hausser le coût fiscal des actions, notamment par l'utilisation de l'exonération du gain en capital. En résumé, en vertu des règles fiscales, sans cette série de transactions, si les actions avaient été rachetées directement par la société, il y aurait eu un dividende imposable. Mais voilà que ce dividende devient non imposable lors du rachat de ces actions en raison de l'utilisation par des personnes liées de leur exonération pour gain en capital.

Le juge en acceptant d'appliquer la règle anti-évitement et en imposant monsieur Pomerleau sur un dividende de près de 1 M\$, s'est notamment appuyé sur l'affaire *Descarries c. La Reine*⁹⁶ qui avait été décidée en procédure informelle. Il y a eu, d'après la Cour, abus de l'article 84.1 LIR, ouvrant la porte à l'application de la RGAÉ. Du point de vue du contribuable, il s'agissait plutôt de permettre un transfert intergénérationnel. Il est à noter que la cotisation a été établie en 2011 pour l'année 2005. Le juge ne traite pas de cet aspect. Y a-t-il eu renonciation à la prescription ?

94. Voir par exemple *Développements Iberville ltée c. Agence du revenu du Québec*, 2016 QCCQ 4765, où la RGAÉ a été appliquée à une planification cherchant à ne pas payer l'impôt du Québec en utilisant, comme cela était permis auparavant, une date de fin d'exercice différente au Québec de celle utilisée au fédéral.

95. 2016 CCI 228.

96. 2014 CCI 75.

1.14.2 Transactions sur des actions avant leur vente à un tiers

La saga du cas Gervais a eu son dénouement en Cour canadienne de l'impôt après être passée par la Cour d'appel fédérale⁹⁷. Dans cette affaire, alors qu'une entente était déjà signée pour la vente des actions de la société Vulcain, experte en détecteurs de produits toxiques, l'un de ses actionnaires a établi une planification. Monsieur Gervais, a, avant de concrétiser cette vente à un tiers, fait un remaniement de son capital et effectué deux transferts d'actions à sa conjointe, l'un par vente et l'autre par don. Cela lui a permis non seulement de profiter de sa propre exonération pour gain en capital, mais aussi de celle de sa conjointe, madame Gendron.

Premièrement, la Cour d'appel a infirmé la décision de première instance sur la nature de la partie des actions achetées par madame. En effet, la Cour canadienne de l'impôt avait décidé que ces actions avaient changé de nature et procuraient à madame du revenu d'entreprise⁹⁸ lors de la revente aux tiers. La Cour d'appel a plutôt appliqué la forte présomption que les actions d'une société privée sont des immobilisations. Même si l'épouse de monsieur Gervais avait acheté les actions, alors qu'elle savait qu'elle devrait les revendre rapidement, il ne s'agissait pas d'un projet à caractère commercial et ces actions demeuraient des immobilisations. Puisque madame avait revendu les actions au même prix sans faire de profit, elle n'avait pas l'expectative raisonnable de bénéfice requise à un projet commercial. Les actions sont donc demeurées des immobilisations permettant que leur prix d'achat soit additionné au prix plus bas des actions identiques que madame avait acquises cette fois par don de son mari.

Toutefois, la Cour d'appel a retourné cette affaire en première instance afin de statuer sur l'application de la RGAÉ. Finalement, la Cour canadienne de l'impôt a reconnu que la RGAÉ s'appliquait. Même si monsieur Gervais avait prouvé que l'un des buts qu'il recherchait par cette vente et ce don d'actions à sa conjointe était de lui transférer 1 M\$ en reconnaissance de sa contribution à l'entreprise, la Cour a estimé qu'il ne s'agissait pas d'un but principal, puisque le don de 1 M\$ pouvait être fait sans passer par une vente d'actions à l'épouse.

97. *Gervais c. La Reine*, 2016 CCI 180 ; *Canada c. Gervais*, 2016 CAF 1.

98. *Gervais c. La Reine*, 2014 CCI 119.

Constatant l'avantage fiscal de monsieur, qui réduisait ainsi son gain en capital imposable, considérant de plus qu'il s'agissait d'un abus des règles d'attribution, le gain de madame pour la portion vendue a été attribué à monsieur en vertu de la RGAÉ.

Cela est conforme à la décision rendue dans *Lipson c. Canada*⁹⁹. Toutefois, on peut encore se demander pourquoi la règle anti-évitement spécifique au paragraphe 74.5(11) LIR n'a pas été discutée.

En fait, on peut se questionner si vraiment la RGAÉ s'applique dans les cas où il y a déjà des dispositions anti-évitement spécifiques dans la loi, telles que l'article 84.1 LIR. La RGAÉ sert alors à en étendre les conditions d'application. La Cour canadienne de l'impôt, dans *Oxford Properties Group c. La Reine*¹⁰⁰, n'a pas appliqué la RGAÉ justement dans une planification où la règle anti-évitement du paragraphe 69(11) LIR a été contournée facilement en attendant la fin du délai de trois ans qui y est prévu.

Lors d'une cotisation en vertu de la RGAÉ, le calcul des intérêts fera gonfler la facture. Or, dans *Quinco Financial inc. c. La Reine*¹⁰¹, la Cour n'a vu aucune raison de modifier la date de début habituelle de ce calcul, même si l'application de la RGAÉ relève de la discrétion des agences. Pourtant, le contribuable ne peut pas s'autocotiser en vertu de la RGAÉ de sorte que logiquement les intérêts ne devraient commencer à courir qu'à partir de la cotisation. Cette décision a été portée en appel.

1.15 Vente d'immeubles

Régulièrement, après une vérification du registre foncier, le fisc identifie des entrepreneurs qui ont vendu des terrains subdivisés ou des immeubles récemment acquis et revendus rapidement. Il émet alors une cotisation pour s'opposer au traitement de gain en capital.

Un immeuble qui donne droit à un gain en capital est une immobilisation, alors qu'un immeuble dont le produit à la revente est un revenu d'entreprise se qualifie de bien en inventaire. Outre le traitement différent à la vente, il faut noter qu'un immeuble en

99. 2009 CSC 1.

100. 2016 CCI 204.

101. 2016 CCI 190.

inventaire ne peut en principe bénéficier d'une dépense d'amortissement et n'est pas admissible à un roulement en faveur d'une société en vertu du paragraphe 85 LIR. Une cotisation qui arriverait subséquemment à la vente pourrait aussi en théorie tenir compte de ces aspects. Mais généralement, seule la qualification de revenu d'entreprise est mise en jeu.

À titre d'exemple, dans *Rémillard c. Agence du revenu du Québec*¹⁰², il y a eu des achats et reventes rapides qui ont mené à de tels résultats. Mais parfois, et en toute déférence, il est difficile de trouver raisonnable la cotisation du fisc. Dans l'affaire *Lessard c. Agence du revenu du Québec*¹⁰³, l'Agence, constatant que le contribuable avait fait plusieurs transactions immobilières personnelles et exploitait une entreprise de construction, a décidé de refuser le traitement de gain en capital pour des immeubles locatifs détenus durant 8 et 14 ans ! De plus, le fisc a tenté de refuser l'exemption pour résidence principale pour toutes les résidences du contribuable, et ce, en outrepassant même la prescription.

Heureusement, le juge a remis les pendules à l'heure. Il a admis le gain en capital sur les immeubles détenus de longue date. Il a refusé les cotisations prescrites, considérant que le contribuable avait des motifs raisonnables de croire que le traitement déclaré dans ses déclarations (gain en capital ou exonération pour résidence) était justifié. Ne s'agissant que d'une divergence d'opinions avec le fisc, cela ne constitue pas le degré de négligence requis pour cotiser au-delà du délai de trois ans¹⁰⁴.

Certaines transactions non prescrites, y compris la vente d'une résidence familiale, ont été retenues pour procurer du revenu d'entreprise, étant donné la courte durée de détention de ces immeubles. La lecture de cette décision est un bon exemple des nuances que l'on doit faire dans ces circonstances.

Dans *Francoeur c. Agence du revenu du Québec*¹⁰⁵, le contribuable, expert en construction, a acheté et revendu quatre immeubles locatifs, soit deux condos et trois résidences, après les avoir conservés moins de quatre ans. En dépit de ces faits, la Cour du

102. 2016 QCCQ 7662.

103. 2016 QCCQ 10439.

104. Art. 1010 2b) LI.

105. 2016 QCCQ 11906.

Québec lui a donné raison à savoir que la vente de sa dernière résidence personnelle se qualifiait de « résidence principale », ce qui évidemment lui procurait un gain en capital exonéré et non un revenu d'entreprise. Le juge conclut en disant : « La preuve démontre que la vente faisant l'objet de la cotisation était justifiée par des considérations personnelles et familiales de monsieur R.F. »¹⁰⁶.

En octobre 2016, le ministère des Finances du Canada a annoncé une nouvelle politique visant l'exemption de résidence principale¹⁰⁷. À compter de 2016, il est requis de déclarer la disposition réelle ou présumée, par exemple lors d'un changement d'usage, de tout immeuble, et ce, même s'il s'agit de la résidence principale. Si l'on ne remplit pas cette exigence de déclaration, on pourrait ne pas pouvoir profiter de l'exonération pour résidence principale et ne pas pouvoir invoquer la prescription de trois ans.

La question a été posée à l'Agence du revenu du Canada de savoir comment elle entendait appliquer l'exonération de résidence principale à un duplex converti en maison intergénérationnelle. Cette conversion se faisant à l'aide d'une ouverture intérieure pour communiquer d'un étage à l'autre l'ARC a émis l'opinion qu'il s'agit, toujours de deux logements distincts aux fins de la définition de

106. *Ibid.*, par. 72.

107. MINISTÈRE DES FINANCES CANADA, *Avis de motion de voies et moyens en vue de modifier la Loi de l'impôt sur le revenu et notes explicatives*, octobre 2016, [En ligne], <www.fin.gc.ca/drlég-apl/2016/nwmm-amvm-1016-fra.asp>. Voir aussi AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Déclaration de la vente d'une résidence principale pour les particuliers (sauf les fiducies)*, 2016, [En ligne], <www.cra-arc.gc.ca/gncy/bdgt/2016/qa11-fra.html>. « À compter de l'année d'imposition 2016, (dont la déclaration doit généralement être produite avant la fin d'avril 2017) vous serez tenu de déclarer des renseignements de base (la date d'acquisition, le produit de disposition et la description du bien) dans votre déclaration de revenus et de prestations lorsque vous vendez votre résidence principale pour pouvoir demander la pleine exemption pour résidence principale. » et « Vous remplirez l'annexe 3 et vous la produirez avec votre T1 Déclaration de revenus et de prestations pour l'année où vous vendez le bien. Si le bien était votre résidence principale pour chaque année où vous en étiez le ou la propriétaire, vous serez en mesure de le désigner, à l'annexe 3. Vous devrez déclarer l'année de l'acquisition, le produit de la disposition et la description du bien. L'annexe 3 sera modifiée en conséquence. Le formulaire T2091 (ou le formulaire T1255) sera encore requis pour la désignation dans le cas où le bien n'était pas votre résidence principale pour toutes les années où vous en étiez le ou la propriétaire. » Au Québec, le formulaire à remplir est le TP-274. Avant ces changements, le Québec présumait l'utilisation de l'exonération s'il n'était pas transmis. L'admissibilité pour les fiducies a aussi été modifiée, mais dépasse le cadre des présentes.

résidence principale. Il faudrait donc que chaque famille soit propriétaire proportionnellement à son occupation. Pour exonérer le duplex au complet au nom d'un même propriétaire, l'ARC précise ceci :

Afin qu'il s'agisse d'un seul logement, il faudrait qu'il ne soit pas possible d'habiter normalement les aires habitables de l'une des unités sans avoir également accès à l'autre unité et pouvoir en utiliser les installations. Ce serait le cas, par exemple, si l'une des unités contient toutes les chambres alors que l'autre unité contient la cuisine et la salle de bain, et que les deux unités sont conjointement utilisées aux fins d'habitation comme un logement unique.¹⁰⁸

Toutefois, d'autres critères sont aussi utilisés : y a-t-il un ou deux titres de propriété, une ou deux adresses civiques, une ou deux portes d'entrée ou un ou deux comptes d'électricité ? Plus les unités seront intégrées, plus grandes les chances que ce ne soit qu'une seule habitation.

Par ailleurs, toujours dans le secteur immobilier, il faut savoir que le fisc peut remettre en question les revenus locatifs et prétendre que des loyers ont été payés au noir en se fondant sur des statistiques des immeubles locatifs du secteur et en extrapolant les chiffres. La Cour du Québec dans *Kooshkinc c. ARQ*¹⁰⁹ a toutefois écarté ce genre d'analyse lorsque le contribuable peut, de façon crédible, expliquer pourquoi son immeuble a un taux d'occupation plus élevé ou pourquoi ses locataires ne versent pas tous les loyers du bail.

1.16 Dépenses pour terrains en inventaire

Lors de la vente d'un terrain subdivisé en plusieurs lots en inventaire, quelles sont les dépenses reconnues par le fisc qui pourront servir à diminuer le revenu d'entreprise à leur revente ? La décision *Couture c. Agence du revenu du Québec*¹¹⁰ en donne une démonstration. Les dépenses qui ont été ajoutées au coût des terrains sont les suivantes :

[30] [...] « les droits de mutation, les taxes scolaires et municipales, les frais de notaire lors du contrat d'achat et d'une mainlevée, les frais

108. ASSOCIATION DE PLANIFICATION FISCALE ET FINANCIÈRE, « Positions administratives au fédéral, Résidence principale et maison intergénérationnelle », *Flash fiscal*, vol. 24, 17 mai 2016.

109. 2016 QCCQ 2395.

110. 2016 QCCQ 16263.

d'intérêts sur les emprunts, des frais d'arpentage et de permis de lotissement. [...]

[32] Pour les terrains desservis, l'ARQ a ajouté des frais de travaux pour des entrées d'eau, le paiement à la ville pour le prolongement de la rue Élan et des frais d'excavation. »

Même si, dans cette cause, le fisc semble avoir été assez ouvert pour accepter certaines dépenses sans les reçus appropriés, on ne saurait trop recommander de tenir des livres comptables et de conserver les pièces justificatives tant que l'on détient les terrains et au moins six ans après l'année de leur vente.

Un autre élément soulevé dans cette affaire est que l'on ne peut pas s'opposer à une cotisation à 0 \$. Lorsqu'une perte est réalisée et qu'on veut la faire reconnaître, il faut passer plutôt par une « demande de détermination des pertes »¹¹¹.

Fait étrange, dans le calcul du gain en capital d'une terre ayant bénéficié d'aménagements, un juge des petites créances a admis la valeur du travail personnel :

La jurisprudence produite par Revenu Québec n'exclut pas la possibilité de considérer que l'implication personnelle dans des travaux apportant une plus-value évidente à l'immeuble puisse être considérée dans une proportion raisonnable dans le coût total des travaux.¹¹²

Cela ne fera sans doute pas jurisprudence, car seules les dépenses qui constituent des débours véritables ou présumés sont reconnues. Le travail de bras ne permet que de créer un gain qui sera taxé à la revente...

1.17 Liquidateur et choix fiscal

Voici résumé en une phrase tout le débat de l'affaire *Picard c. Succession de Lagotte*¹¹³ :

Qui doit assumer l'impact fiscal relié au gain en capital d'un immeuble à revenus légué à titre de legs particulier testamentaire au demandeur

111. Art. 1006 LI.

112. *Boivin c. Agence du revenu du Québec*, 2016 QCCQ 4616, par. 31.

113. 2017 QCCS 330, par. 1.

M. Sylvain Picard, par son épouse décédée Feue Micheline Lagotte ?
M. Picard ou la succession ?

Dans les faits, cette dame Lagotte avait eu comme conjoint ce monsieur Picard pendant une vingtaine d'années sans qu'il soit le père de ses enfants. Lors de son achat, l'immeuble à revenus en cause avait été mis seulement au nom de madame, car monsieur avait plusieurs réclamations de tiers à son bilan. Maintenant que madame est décédée en lui faisant un legs de cet immeuble à titre particulier, monsieur s'attendait à ce que les enfants héritiers payent tous les impôts accumulés sur l'immeuble. Le liquidateur a plutôt transféré l'immeuble au conjoint par roulement au prix de base rajusté en vertu du paragraphe 70(6) LIR. En conséquence, le légataire se retrouve à devoir éventuellement assumer les impôts du défunt lors d'une disposition ultérieure.

Le conjoint légataire a protesté pour plusieurs raisons et poursuivi le liquidateur en invoquant l'article 739 C.c.Q., qui prévoit que le légataire à titre particulier n'est pas tenu aux « obligations du défunt sur ces biens », à moins bien sûr d'une intention contraire exprimée par le défunt. Or, le juge a assimilé la clause du testament prévoyant le pouvoir du liquidateur de faire des choix fiscaux à cette intention du défunt. Il a accepté le roulement.

Cette décision ne repose pas entièrement sur la petite clause permettant au liquidateur de faire un choix fiscal. Le juge a identifié une décision où les impôts d'un REER avaient dû être assumés par le conjoint légataire. Il a constaté de plus que le roulement de l'immeuble à revenu est automatique. C'est lorsque l'on veut l'écarter qu'un choix fiscal doit être fait. Ici, le liquidateur a simplement laissé la loi s'appliquer.

1.18 Résidence fiscale d'une fiducie

Deux décisions mixtes de fiscalité et de fiducie nous serviront à faire le lien avec la prochaine partie.

En raison de la disparité des taux d'imposition entre les provinces, certains contribuables ont planifié des fiducies albertaines pour diminuer leur impôt. Cependant, il est révolu le temps où la simple nomination de fiduciaires dans une province était suffisante pour y situer la résidence de la fiducie. Dans *The Herman Grad 2000 Family*

*Trust c. MRN (Ontario)*¹¹⁴, le gouvernement ontarien s'est opposé aux fins de ses impôts provinciaux au changement de résidence d'une fiducie par changement des fiduciaires pour des personnes résidant en Alberta où le taux d'impôt était plus favorable. Le juge lui a donné raison. En appliquant le test du lieu du « Management and Control » reconnu par la Cour suprême du Canada en 2012 dans *Fundy Settlement c. Canada*¹¹⁵, ce sont les personnes résidentes de l'Ontario qui avaient le contrôle du groupe corporatif ontarien, dont provenaient les dividendes reçus par la fiducie, et qui avaient de fait la gestion de la fiducie également.

Soit dit en passant, l'ARC a confirmé sa pratique administrative qui exempte les fiducies des intérêts et pénalités pour des acomptes provisionnels insuffisants¹¹⁶. Depuis 2016, les fiducies testamentaires sont en effet tenues comme les fiducies entre vifs de verser des acomptes provisionnels. Cette pratique atténue grandement cette obligation.

1.19 Trois fiducies enfants ou une seule ?

Dans *Evoy Estate c. R.*¹¹⁷, le fisc a utilisé son pouvoir de considérer que trois fiducies au conjoint destinées à des enfants différents n'en formaient qu'une seule en vertu de l'alinéa 104(2)b LIR. Cette disposition est une règle anti-évitement qui empêche la multiplication des fiducies au bénéfice de mêmes personnes. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si les trois fiducies, constituées pour le profit exclusif de la même conjointe durant son vivant, pouvaient être désignées par le fisc comme n'en formant qu'une seule, même si les bénéficiaires du capital de chacune de ces fiducies étaient des enfants différents et leurs descendants respectifs. L'impact de ce regroupement étant que ces trois fiducies ne formeraient plus qu'un seul contribuable avec une seule échelle d'imposition. L'ARC a invoqué à la surprise générale que le test de l'alinéa 104(2)b LIR doit être appliqué annuellement. L'ARC était d'avis que le revenu revenant à une même bénéficiaire, il n'y avait qu'une seule fiducie tant que la conjointe était vivante. De plus, le fisc estimait que même lorsqu'il y aura décès de madame, il n'y aura qu'une seule fiducie puisque les

114. 2016 ONSC 2402.

115. 2012 CSC 14.

116. ASSOCIATION DE PLANIFICATION FISCALE ET FINANCIÈRE, « Positions administratives au fédéral – Intérêts et pénalités pour les acomptes provisionnels d'une fiducie » *Flash fiscal*, vol. 24, 30 août 2016.

117. 2016 CCI 263.

enfants et petits-enfants font partie de la même « catégorie de bénéficiaires ».

Heureusement, le juge Paris de la Cour canadienne de l'impôt a réfuté totalement ce raisonnement. Il a interprété le test comme s'appliquant à toute la durée de la fiducie. Afin d'appuyer cela, il indique qu'il ne voit pas dans la loi comment au cours de la vie de la fiducie, le fisc pourrait effectuer l'opération contraire lors du changement de bénéficiaires et scinder une fiducie en plusieurs. De plus, considérant que chaque fiducie a été constituée ultimement pour des enfants et petits-enfants distincts, il n'y a pas lieu d'appliquer l'alinéa 104(2)b) LIR. Dans cette affaire, le représentant des fiducies est un jeune fiscaliste (M^e Kudhail) qui a dû affronter un avocat ayant une longue expérience de la loi (M^e Mandeville). Comme quoi on peut se fier aux jeunes pour obtenir le respect de nos traditions fiscales !

Il est certain que, hormis l'aspect pratique que peut avoir la division des patrimoines, la multiplication des fiducies testamentaires n'est plus avantageuse au plan fiscal avec l'imposition de telles fiducies au taux maximum.

2. Fiducies

Voici quelques décisions en droit civil de la fiducie. Nous n'avons relevé aucune décision intéressante de la Cour d'appel n'ayant pas déjà été discutée l'an dernier. Toutefois, quelques causes en première instance méritent d'être soulignées brièvement.

2.1 Fiducie de protection des actifs et créancier

Dans *Lavery, De Billy c. Bohbot*¹¹⁸, une héritière sans revenu et sans actif retient les services d'un grand cabinet juridique afin de réclamer ses droits dans la succession. Elle est légataire d'un immeuble de plus de 1,8 million de dollars et héritière d'autres biens. Les avocats acceptent d'attendre la remise des biens avant d'exiger leurs honoraires qui se sont élevés à près de 300 000 \$!

Lorsque l'héritière reçoit son immeuble, elle le transfère immédiatement à une société. Cela faisait partie des recommandations de

118. 2017 QCCS 277.

sa planification afin de limiter sa responsabilité civile compte tenu de la vétusté de l'immeuble. Son patrimoine est composé dès lors d'actions de sa société. Toutefois, à l'insu de ses avocats, elle fait par la suite un transfert de ses actions à une fiducie de protection d'actifs. La firme d'avocats prend alors une action en inopposabilité de ce transfert afin de protéger le paiement de sa créance. La cliente conteste leurs honoraires.

La Cour supérieure a accepté de déclarer le transfert à la fiducie inopposable à la firme d'avocats en vertu des articles 1631 à 1636 C.c.Q. Par son transfert en fiducie, madame Bohbot se rendait insolvable alors que la créance qu'elle devait à la firme était certaine et exigible, madame ayant déjà reçu les factures et la mise en demeure de payer. La firme d'avocats pourra donc saisir l'immeuble dans les mains de la fiducie.

2.2 Fiducie de protection des actifs et résidence familiale

Dans *Yared (Succession de)*¹¹⁹, la Cour supérieure dans un jugement déclaratoire s'est à nouveau penchée sur l'inclusion de la valeur d'une résidence de grande valeur détenue en fiducie dans le partage du patrimoine familial à la suite d'un divorce suivi d'un décès. Sans surprise, puisque l'ex-conjoint était à la fois un fiduciaire « électeur » et un potentiel bénéficiaire de la fiducie, ajoutant à cela qu'il était en mesure de contrôler les décisions fiduciaires et résidait dans cette résidence avec les enfants, le juge Gaudet y a vu une occasion de « lever le voile fiduciaire ». Comme le permettent les règles du patrimoine familial, qui visent aussi les droits qui confèrent l'usage de la résidence de la famille, la valeur de cette résidence a été totalement incluse dans le patrimoine partageable. Le fait que l'intention, lors de la création de la fiducie, était de protéger les actifs et non d'éluider les règles du patrimoine n'a pas eu d'importance.

Le juge commente aussi une renonciation par le fiduciaire à certains de ses pouvoirs pour l'avenir. L'ex-conjoint fiduciaire « électeur », ayant des pouvoirs spéciaux, a signé un acte notarié par lequel il a renoncé unilatéralement à la faculté d'élire de nouveaux bénéficiaires (selon certains paramètres) ou de les destituer que lui accordait l'Acte de fiducie. Il a probablement ainsi voulu exclure la possibilité de se nommer bénéficiaire afin de réduire les « droits qui

119. 2016 QCCS 5581.

lui confèrent l'usage de la résidence ». Après cette renonciation, les seuls bénéficiaires de la résidence en fiducie sont les enfants.

Cependant, comme cette renonciation a été faite à une date ultérieure à la dissolution du mariage, le juge n'en a pas tenu compte pour le partage. En plus de cela, le juge Gaudet se permet quelques commentaires en *obiter* voulant qu'il considère douteuse une telle renonciation. En l'absence d'une disposition dans l'Acte permettant au fiduciaire de modifier ses pouvoirs, il considère que ce changement était une modification à la fiducie qui aurait dû être approuvée par le tribunal en vertu de l'article 1294 C.c.Q. On peut critiquer cette position, mais il ne serait pas trop prudent d'ajouter dans l'Acte de fiducie cette possibilité, si on le désire. Le juge aurait-il dit la même chose si l'acte notarié avait énoncé que le fiduciaire, pour le reste de la durée de la fiducie, élisait à titre de seuls bénéficiaires ses quatre enfants ? Pourtant, l'effet est le même qu'une renonciation à ses pouvoirs.

2.3 Nomination de fiduciaire

La Cour a été saisie d'une demande de nomination d'un notaire à titre de fiduciaire remplaçante dans *Babin c. Succession de Leduc*¹²⁰. Cette requête a été contestée par la petite-fille du défunt, Julie Leduc, qui était également bénéficiaire et qui voulait occuper cette charge de deuxième fiduciaire avec l'épouse du défunt. Le motif invoqué par madame Leduc était que le testateur avait l'intention, d'après les choix de personnes apparaissant à son testament, que les fiduciaires soient de la famille. Le juge Gaudet a refusé catégoriquement de la nommer compte tenu du non-respect de l'article 1275 C.c.Q. qui en aurait découlé et a donc accepté de nommer la notaire.

Cependant, il a refusé de modifier la fiducie pour y inclure une clause voulant « qu'advenant l'impossibilité d'agir d'un fiduciaire, qu'il soit ou non nommé par la Cour, le fiduciaire restant pourra nommer le second fiduciaire »¹²¹ comme on le voit souvent dans les actes de fiducie afin d'éviter le recours au tribunal à chaque remplacement. Le juge Gaudet, puisque, à son avis, il n'y a pas de difficultés sérieuses à revenir au tribunal, préfère s'en tenir à la clause prévue en cas d'impossibilité de pourvoir au remplacement.

120. 2016 QCCS 4644.

121. *Ibid.*, par. 9.

Évidemment cela place maintenant la notaire nommée dans une position délicate, car toute démission de sa part entraînera une nouvelle requête au tribunal. Cependant, si le juge Gaudet avait permis cette dernière modification, il aurait été plus facile pour l'épouse, à la suite d'une telle démission, de la remplacer par une personne avec qui elle aurait eu beaucoup ou trop d'affinités. Rien n'indique ici que cette fiduciaire désirait ce genre de résultat, mais puisque la requête du choix du deuxième fiduciaire a été contestée par un bénéficiaire, le juge a probablement agi sagement.

CONCLUSION

Lorsque l'on fait le décompte des décisions de 2016 en droit fiscal, curieusement il y a une forte prévalence des décisions favorables au fisc¹²². Ce résultat ne surprend pas. Des fonds ont été déployés pour augmenter le nombre et le niveau de compétence des agents fiscaux, les lois fiscales sont de plus en plus complexes à observer et la société est de plus en plus sensibilisée au fait que ces impôts non payés, grâce à des planifications souvent sophistiquées, doivent être récupérés.

En matière de fiducie, il n'y a pas de grand changement à signaler dans l'application des notions de droit.

122. Sur 29 décisions opposant le fisc au contribuable, 21 sont finalement favorables au fisc lorsqu'on examine le résultat final obtenu.