Document generated on 06/27/2025 12:03 a.m.

Revue du notariat

LA REVUE DU NOTARIAT

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2018 EN FISCALITÉ ET EN FIDUCIE

Alain Fortier

Volume 121, Number 1, 2019

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2018

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1062079ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1062079ar

See table of contents

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)
2369-6184 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Fortier, A. (2019). REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2018 EN FISCALITÉ ET EN FIDUCIE. *Revue du notariat*, *121*(1), 185–225. https://doi.org/10.7202/1062079ar

Tous droits réservés © Chambre des notaires du Québec, 2019

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2018 EN FISCALITÉ ET EN FIDUCIE

Alain FORTIER*

INTRODUCTION 187

1. Impôts et taxes 187

1.1 Avantage à l'actionnaire et paiement indirect 187

1.2 Revenus non déclarés 192

1.3 Simulation et planification rétroactive 194

1.4 Responsabilité solidaire relativement au paiement d'impôts 196

1.5 Responsabilité des administrateurs 200

1.6 Revenu d'entreprise ou de bien 202

1.7 Gain et perte en capital *vs* revenu et perte d'entreprise 203

1.8 Exemption de gain en capital pour vente d'une résidence principale 205

1.9 Perte au titre d'un placement d'entreprise 206

1.10 Pertes locatives 207

1.11 Déduction d'intérêts 208

* Notaire, M. Fisc., directeur principal, Service de fiscalité, Blanchette Vachon, s.e.n.c.r.l. et chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université Laval.

1.12 Déduction des primes d'assurance vie 209

1.13 Déduction des frais d'archivage de dossier 210

1.14 Inclusion au revenu de prestations d'assurance invalidité 210

1.15 Rectification de contrats 211

1.16 Certificat 116 et vente de biens canadiens imposables par un non-résident 213

1.17 Règle générale anti-évitement 214

1.18 Constitutionnalité des lois fiscales 217

2. FIDUCIES 218

2.1 Validité juridique d'une fiducie 218

2.2 Sociétés associées et fiducies 220

2.3 Résidence fiscale d'une fiducie 222

2.4 Règle générale anti-évitement et fiducie 223

CONCLUSION 224

INTRODUCTION

La présente revue de la jurisprudence a pour objectif de faire état des tendances qui se dégagent actuellement en matière de cotisation et de questionnement fiscal québécois et canadien en vue d'en tirer les réflexes appropriés dans le cadre de la pratique notariale.

Encore cette année, les dossiers traitant de revenus non déclarés, de planifications fiscales rétroactives et de transactions entre personnes ayant un lien de dépendance ont particulièrement occupé les tribunaux. La propension des autorités fiscales à contester des planifications fiscales agressives et à invoquer la règle générale anti-évitement est toujours bien présente dans le portrait fiscal canadien. La quantité de décisions recensées démontre la volonté des autorités fiscales de voir les contribuables appliquer correctement le principe d'autocotisation à la base de notre système fiscal. L'analyse de la jurisprudence 2018 démontre bien le naturel des autorités fiscales à punir les fautifs, par tous les moyens à leur disposition.

1. Impôts et taxes

Voici un résumé et une analyse des décisions de l'année 2018 en matière d'impôts et de taxes qui nous apparaissent les plus pertinentes aux fins de la pratique notariale.

1.1 Avantage à l'actionnaire et paiement indirect

Il est fréquent que les entrepreneurs réalisent certaines opérations avec la société par actions dont ils sont actionnaires, notamment lorsqu'ils consomment les biens ou services de leur propre entreprise ou qu'ils utilisent les fonds de la société par actions pour payer certaines de leurs propres dépenses. Ces interactions entre l'actionnaire et la société sont régulièrement source de vérifications par les autorités fiscales qui souhaitent s'assurer que ce type de transaction est effectué dans les règles de l'art, que les propriétaires d'entreprises paient leur juste part d'impôts et qu'ils n'obtiennent pas d'avantages indus reliés à leur statut d'actionnaire.

En matière immobilière, il est important de bien cerner la structure d'entreprise du propriétaire, la nature des projets qu'il réalise et d'étayer la valeur des biens transigés afin d'éviter tout imbroglio fiscal. Quelques décisions rendues au cours de la dernière année illustrent ces questions.

Dans l'affaire *Melançon* v. *Canada*[1], la société Gexco inc., une entreprise de construction, dont M. Melançon est indirectement l'actionnaire par l'entremise d'une société de gestion, a conclu des ententes avec divers sous-traitants afin qu'ils lui construise une résidence personnelle. Gexco inc. a également mis ses employés à contribution à cette fin et a facturé à l'actionnaire les coûts ainsi engagés, mais sans conserver de marge de profit. Le juge se réfère à la cause *Park Haven Designs Inc.*[2] où il a été établi qu'un actionnaire qui bénéficie d'une résidence construite par la société dont il est actionnaire et qui n'a pas payé le même montant que tout autre client, profite d'un avantage qui découle de sa qualité d'actionnaire. Le montant représentant la marge de profit moyenne de la société Gexco inc. (8,09 %) a donc été ajouté au revenu de l'actionnaire en vertu du paragraphe 15(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[3].

Il est important de retenir de cette décision qu'une société qui conclut une entente avec son propriétaire doit, en toutes circonstances, agir à son endroit comme si elle traitait avec un client externe et ne pas oublier que la raison d'être de la société est de réaliser des bénéfices.

Dans une autre affaire[4], la Cour du Québec a dû se prononcer sur l'application des articles 111 et 314 de la *Loi sur les impôts*[5] dans le cadre de la vente d'un terrain intervenue entre M^me^ Maiorino et son fils pour un prix de 180 600 $. Après avoir analysé longuement la question de la juste valeur marchande du terrain et avoir entendu les parties et les experts à ce sujet, le juge a déterminé que la juste valeur marchande du terrain était plutôt de 254 000 $. En conséquence, il précise que l'écart entre la juste valeur marchande du terrain et le prix de vente constituait un paiement ou transfert à une

1. 2018 CCI 73.
2. *Park Haven Designs Inc.* c. *La Reine*, 2006 CCI 685.
3. L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e^ suppl.), telle que modifiée (ci-après « LIR »).
4. *Maiorino* c. *Agence du revenu du Québec*, 2018 QCCQ 3822.
5. RLRQ, c. I-3 (ci-après « LI ») (l'équivalent provincial des paragraphes 15(1) et 56(2) LIR). Ces articles énoncent respectivement les règles se rapportant aux avantages à l'actionnaire et aux paiements indirects.

autre personne selon les instructions de Mme Maiorino (en vertu de l'article 314 LI) et que cet écart de 73 400 $ devait être inclus aux revenus de Mme Maiorino. Fait intéressant à noter, le juge indique toutefois que la présente transaction ne donne pas lieu à un avantage à l'actionnaire en vertu de l'article 111 LI, puisque madame n'en a pas tiré un avantage direct. Une cotisation inadéquate qui aurait été basée exclusivement sur l'article 111 LI aurait donc pu donner gain de cause à Mme Maiorino.

Cette cause démontre que les autorités fiscales possèdent les outils et l'expertise requis pour contester les transactions immobilières réalisées entre parties ayant un lien de dépendance et qu'ils n'hésitent pas à le faire même dans le cadre de transactions où l'écart peut être discutable ou d'une importance relativement faible. Dans ce contexte, il demeure primordial pour les notaires de conscientiser des parties liées à effectuer des transactions à la juste valeur marchande et à étayer les preuves de la valeur retenue aux fins de transfert afin de réduire les risques de cotisation, les débats d'experts et la possibilité de subir une double imposition. Le jugement ne fait pas mention de la présence ou non, dans le contrat, d'une clause d'ajustement de prix fiscal. Une telle clause aurait possiblement permis d'augmenter le coût du terrain pour le fils et ainsi éviter une éventuelle double imposition à la revente du terrain par ce dernier si un effort raisonnable d'évaluation de la juste valeur marchande du bien avait été démontré par le contribuable.

La décision dans *Suissa* c. *Agence du revenu du Québec*[6] rappelle l'importance pour les notaires, dans le cadre d'une transaction impliquant des détenteurs de société par actions, d'assurer une concordance entre l'utilisation projetée du bien immobilier acquis, la provenance des fonds pour procéder à l'acquisition et l'identité de l'acquéreur, afin d'éviter des conséquences fiscales inattendues pour les parties impliquées dans la transaction. Heureusement dans cette cause, une comptabilisation adéquate des transactions et un bail conclu de bonne foi entre l'actionnaire et sa société ont permis au contribuable d'avoir gain de cause.

Plus précisément, le contribuable contestait l'avis de cotisation émis par l'Agence du revenu du Québec qui a ajouté à son revenu la somme de 100 000 $ à titre d'avantage à l'actionnaire en vertu de l'article 111 LI.

6. 2018 QCCQ 2461.

Dans cette affaire, la société Armo Aluminium inc. (« Armo ») a effectué un dépôt de 100 000 $ pour l'acquisition d'un immeuble qui a finalement été acquis personnellement par l'actionnaire d'Armo à la suite de la recommandation de son comptable. L'actionnaire a ensuite signé un bail avec Armo relativement à la location de l'immeuble et il n'a pas remboursé le dépôt de 100 000 $ versé par Armo à l'acquéreur. Le montant a plutôt été comptabilisé par Armo à titre de dépôt de garantie aux termes du bail, ce qui équivalait à un peu moins de six mois de loyer. De son côté, le contribuable a comptabilisé le montant à titre de passif dans sa comptabilité personnelle.

Le juge indique que le montant donné en garantie dans un contexte de bail commercial n'appartient pas au locateur puisqu'il s'agit d'une sûreté dont l'exécution est conditionnelle. La Cour est par conséquent d'avis que le contribuable n'a pas bénéficié d'un avantage malgré le sens large à attribuer à ce terme. Le juge rappelle qu'un contrat réel de nature commercial, reposant sur les principes d'affaires et conclu de bonne foi est exclu de l'application des règles d'avantages à l'actionnaire.

La lecture du jugement démontre l'ouverture et la compréhension des tribunaux à favoriser les contribuables qui réalisent des transactions de bonne foi, à l'opposé des subterfuges et des planifications fiscales rétroactives.

Dans l'affaire *Laliberté* v. *Canada*[7], le célèbre propriétaire du Cirque du Soleil a effectué un voyage à la Station spatiale internationale et a fait payer la totalité du coût du voyage, soit 41,8 millions de dollars, par les sociétés de son groupe d'entreprises. Fait pour le moins inusité, lors de l'audience, M. Laliberté mentionne que bien qu'il ait déclaré un avantage de 4 M$ à l'actionnaire dans ses déclarations de revenus personnelles en lien avec ce voyage, il soutient qu'il n'a retiré aucun avantage personnel de ce voyage et que l'inclusion de cette somme à ses revenus avait pour but d'éviter un différend avec les autorités fiscales et la mauvaise publicité afférente. Dans le même sens, M. Laliberté soutient que les dépenses liées à ce voyage dans l'espace ont été engagées par sa société à des fins de marketing et de promotion – notamment la production d'un documentaire sur le voyage –, et que ces dépenses auraient été

7. 2018 TCC 186.

pleinement déductibles aux fins fiscales. Or elles n'ont pas été déduites pour les raisons que nous venons d'évoquer.

Après avoir analysé la preuve, le juge en vient à la conclusion que le but essentiel du voyage était personnel. Le juge évoque notamment que les diffusions, les documentaires et le matériel promotionnel en lien avec ce voyage ne parlent pas et ne décrivent pas le voyage comme une promotion du Cirque du Soleil, ce dernier n'ayant pas fait d'étude sur la valeur de la couverture médiatique anticipée. Pour la Cour, il semble que les arguments qui auraient permis à M. Laliberté d'inclure un avantage à l'actionnaire en vertu des paragraphes 15(1) et 246(1) LIR aient été développés rétroactivement.

Malgré l'aspect personnel lié au voyage, le juge y voit tout de même des retombées positives et un certain aspect commercial pour le Cirque du Soleil. Il aborde ainsi la difficulté d'y départager la partie affaires et la partie personnelle. Après avoir retranché 4,2 millions de dollars, représentant les coûts différentiels directs des activités promotionnelles du Cirque du Soleil pour ce voyage, dépenses qui auraient par ailleurs pu être déductibles d'impôt, le juge détermine que 90 % du coût du voyage de 37,6 millions de dollars correspondait à l'avantage conféré par les sociétés du groupe d'entreprises à M. Laliberté et a demandé à l'Agence du revenu du Canada de cotiser ce dernier pour la différence entre le montant de l'avantage à l'actionnaire déterminé par la Cour, soit 33,84 millions de dollars et celui déclaré par M. Laliberté de 4 millions de dollars.

Le juge compare la situation à celle d'un propriétaire d'entreprise qui part en voyage et qui s'arrête de temps à autre pour visiter des clients ou des fournisseurs actuels ou potentiels. Ces situations ambiguës où se côtoient les activités personnelles et d'affaires sont susceptibles de se produire régulièrement. Il importe les frais directs supplémentaires liés aux activités de l'entreprise par rapport aux frais du voyage proprement dit, les premiers étant déductibles d'impôts pour l'entreprise alors que les second doivent être assumés par le propriétaire avec de l'argent après impôts personnels.

Il est à noter que cette décision a été portée en appel auprès de la Cour d'appel fédérale. Il sera intéressant de voir si des principes plus élaborés et plus clairs à ce sujet en découleront pour les propriétaires d'entreprise.

1.2 Revenus non déclarés

Les autorités fiscales ont nettement eu tendance au cours des dernières années à cotiser les contribuables pour des revenus non déclarés, principalement en se servant d'un calcul basé sur l'avoir net du contribuable en vertu du principe établi au paragraphe 152(7) LIR et à l'article 95.1 de la *Loi sur l'administration fiscale*[8]. Selon ces dispositions, les autorités fiscales ne sont pas liées par les déclarations ou renseignements fournis par les contribuables et peuvent indépendamment fixer l'impôt à payer du contribuable[9].

Quelques décisions rendues au cours de la dernière année exposent l'importance pour les contribuables de conserver les preuves de leur enrichissement ou de l'augmentation de leurs liquidités, que ce soit, par exemple, la réception d'un don, d'un héritage, d'un produit d'assurance, d'un prêt ou d'un gain fortuit.

Dans la décision *Sycheva et al.* v. *Canada*[10], la Cour canadienne de l'impôt rappelle, tel que l'énonce la décision de la Cour d'appel fédérale dans *Lacroix*[11], qu'une cotisation basée sur l'avoir net est reconnue et que les hypothèses formulées par le ministre dans le cadre de l'établissement des évaluations est présumée exacte, sous réserve d'une preuve contraire.

Dans cette affaire, les contribuables ont tenté de démontrer que c'est la réception d'un don de 422 000 dollars américains en 2005 qu'ils ont extrait de leur compte de banque et qui constitue un « pécule » non dépensé et resté intact, jusqu'à la période d'évaluation sur la base de l'avoir net de 2009 à 2011, qui justifie l'accroissement de leur valeur nette. Toutefois, l'absence de preuve documentaire et bancaire, les importants achats personnels effectués par eux après la réception du don et les revenus modestes qu'ils ont déclarés entre 2005 et 2009 ont convaincu le juge que les prémisses, formulées par le ministre pour établir la cotisation, n'ont pas été réfutées.

La Cour du Québec s'est également prononcée dans l'arrêt *Mathieu* c. *Agence du revenu du Québec*[12] à propos d'une cotisation

8. RLRQ, c. A-6.002. (ci-après « LAF »).
9. Voir notamment à ce sujet les décisions *Truong* v. *Canada*, 2018 FCA 6, *Doan* c. *Agence du revenu du Québec*, 2018 QCCQ 781 et *Pham* c. *Agence du revenu du Québec*, 2018 QCCQ 1331.
10. 2018 TCC 180.
11. *Lacroix* v. *Canada*, 2008 FCA 241.
12. 2018 QCCQ 3521.

basée sur les flux de trésorie du contribuable. Elle se réfère notamment à l'arrêt *Hickman Motors Ltd.*[13] qui reconnaît que l'article 1014 LI établit une présomption de validité des cotisations émises par l'Agence du revenu du Québec à moins que le contribuable réfute cette présomption par une preuve *prima facie*. L'absence de preuve quant aux revenus de location perçus par le contribuable (encaissement en argent, absence de bail et absence de liste de locataires), les déclarations évasives à l'égard de l'utilisation des fonds reçus par héritage de son père ainsi que ceux reçus à titre d'indemnité d'assurance n'ont pas permis au contribuable de réfuter la présomption de validité afférente à la cotisation émise par l'Agence du revenu du Québec.

En conséquence, le notaire doit prendre soin d'aviser son client de bien étayer tout élément susceptible d'expliquer l'accroissement de sa valeur nette. Il doit aussi lui rappeler de conserver des preuves relatives à l'utilisation des fonds reçus en cas de vérification fiscale.

Dans l'arrêt *3096-4035 Québec inc.* c. *Agence du revenu du Québec*[14], la Cour du Québec a reconnu que l'utilisation de la méthode d'échantillonnage afin d'évaluer les revenus d'un contribuable et de le cotiser était tout à fait appropriée dans les circonstances de cette affaire, compte tenu du nombre de clients, de la vaste gamme de produits vendus et de l'importance du chiffre d'affaires. Le juge réitère que dans un système d'autocotisation, on ne peut pas s'attendre à ce que le fisc refasse l'ensemble des registres comptables d'un contribuable pour établir un avis de cotisation. Il revient au contribuable de repousser la présomption de validité de la cotisation, ce qui n'a pas été fait selon le juge dans la présente affaire.

Il faut retenir de cette décision que la tenue d'une comptabilité adéquate incombe réellement aux contribuables ; à défaut de tenir des registres précis, ceux-ci s'exposent à des cotisations qui peuvent s'avérer arbitraires ou approximatives tout en étant légalement et légitimement admissibles en vérification fiscale et devant les tribunaux.

13. *Hickman Motors Ltd.* v. *Canada*, [1998] 1 C.T.C. 213.
14. 2018 QCCQ 7839.

1.3 Simulation et planification rétroactive

Les articles 1451 et 1452 du *Code civil du Québec*[15] prévoient les règles régissant la simulation. Bien que certains contribuables puissent être tentés d'utiliser la contre-lettre à des fins de planification fiscale rétroactive, rappelons qu'aux fins fiscales, une contre-lettre doit être divulguée aux autorités fiscales pour leur être opposable. Deux décisions nous permettent de nuancer les différences entre la simulation et la planification fiscale rétroactive.

Dans l'affaire *Succession de Thouin* c. *Agence du revenu du Québec*[16], la Cour du Québec devait analyser si M. Thouin était demeuré propriétaire d'un immeuble qu'il avait vendu en 1979 à la société dont il était actionnaire. Selon la Cour, le fait que certaines dépenses en lien avec cet immeuble aient été assumées et que certains revenus en lien avec cet immeuble aient été perçus par M. Thouin au lieu de la compagnie ne sont pas suffisants pour établir que tous les actes faits par cette compagnie le sont à titre de mandataire de M. Thouin. Le juge indique qu'il ne peut pas faire fi de la structure commerciale mise en place puisque cela irait à l'encontre de la décision rendue dans l'affaire *Shell Canada ltée*[17].

La réalité juridique de la vente de l'immeuble par M. Thouin en 1979 et les motifs qui l'ont poussé à faire cette vente, notamment la protection d'actifs dans un contexte de divorce, ne cadrent pas avec un contrat de prête-nom ou une simulation. Pour la Cour, l'argumentaire de la simulation s'apparente davantage à une planification fiscale rétroactive visant à justifier la vente de l'immeuble réalisée en 2009 pour la somme de un dollar entre M. Thouin et sa société.

Le juge prend également le temps de préciser que le notaire instrumentant n'a pas discuté des conséquences fiscales de la vente avec les parties. De telles précisions dans la jurisprudence devraient amener les notaires à s'enquérir des rouages entourant la vente de biens qu'ils réalisent afin de s'assurer que les parties comprennent les conséquences financières et fiscales de leurs gestes et qu'ils y consentent.

Contrairement aux résultats obtenus dans la décision *Succession de Thouin*, l'affaire *Fournier* c. *Agence du revenu du Québec*[18]

15. RLRQ, c. CCQ-1991.
16. 2018 QCCQ 391.
17. *Shell Canada ltée* c. *Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622.
18. 2018 QCCQ 786.

constitue une décision où une nuance importante est apportée entre un document visant à effectuer une planification fiscale rétroactive et un acte qui raconte l'histoire et les faits propres à une transaction passée dans le but de préciser l'intention des parties.

Dans cette affaire, la question en litige consistait à déterminer qui de la compagnie 6812660 Canada inc. (dont M. Fournier est actionnaire) ou de M. et Mme Fournier était propriétaire d'un condominium entre le 18 décembre 2010 et le 31 juillet 2013 aux fins de déterminer si un avantage aux termes de l'article 1082.1 LI[19] devait être imposé à M. et à Mme Fournier.

Les faits de cette cause sont les suivants :

- un acte de vente de l'immeuble est intervenu entre la compagnie 6812660 Canada inc. d'une part et M. et Mme Fournier d'autre part, le 31 juillet 2013. Cet acte prévoit un transfert de propriété avec possession et occupation immédiate ;

- il n'était pas possible de vendre l'immeuble en décembre 2010 de la compagnie 6812660 Canada inc. à M. et Mme Fournier vu certaines exigences de l'institution financière ;

- l'acte de vente du 31 juillet 2013 ne reflète pas la réalité ni l'intention des parties selon la Cour, puisqu'il est manifeste que M. et Mme Fournier avaient la possession et l'occupation des lieux depuis le 18 décembre 2010 ;

- vu la position prise par l'Agence du revenu du Québec, M. et Mme Fournier ont fait corriger l'acte de vente le 6 novembre 2017 afin d'y préciser qu'ils occupent l'immeuble depuis le 18 décembre 2010, qu'ils en sont propriétaires depuis cette date et qu'ils ont payé toutes les taxes et tous les frais applicables depuis cette date.

La Cour a accepté l'acte notarié modifié de 2017 puisqu'il reflète, selon elle, la réalité et l'intention des parties. De l'avis de la Cour, il ne s'agit donc pas d'une planification fiscale rétroactive. Cette décision nous paraît surprenante, puisque le simple fait pour des particuliers de demeurer dans une résidence ne signifie pas pour autant qu'ils en sont les propriétaires. Toutefois, le fait qu'ils

19. L'équivalent provincial du paragraphe 246(1) LIR.

aient assumé tous les frais applicables à la propriété a certes joué en leur faveur, mais le jugement ne précise pas si ces frais absorbés se rapportent aux dépenses normales d'un locataire ou d'un propriétaire…

Le notaire appelé à rédiger un acte visant à préciser l'intention des parties doit faire preuve de prudence et s'assurer qu'il ne participe pas en réalité à une planification fiscale rétroactive.

1.4 Responsabilité solidaire relativement au paiement d'impôts

L'une des dispositions fiscales qui ont fait couler beaucoup d'encre au cours de la dernière année est certainement l'article 160 LIR et son équivalent provincial concernant la responsabilité solidaire du cédant et du cessionnaire relativement au paiement d'impôts dans le cadre de transactions impliquant des personnes ayant un lien de dépendance.

Le nombre appréciable de décisions recensées en cette matière démontre l'importance que les transactions entre personnes ayant un lien de dépendance – notamment en matière immobilière – s'effectuent à la juste valeur marchande afin d'éviter que le cessionnaire puisse être tenu pour responsable du paiement des impôts dus par le cédant à la suite du transfert d'un bien.

Dans la décision *Ashworth* v. *Canada*[20], la Cour a reconnu, dans le cadre du transfert d'une demie indivise de la résidence de M. Ashworth en faveur de M^me^ Ashworth, que la contrepartie de 103 904 $ fournie par M^me^ Ashworth à la société en propriété exclusive de son mari et conditionnelle à ce que ce montant soit utilisé par la société afin de rembourser sa propre marge de crédit garantie par une hypothèque collatérale sur la résidence personnelle, constituait une contrepartie fournie par M^me^ Ashworth pour l'acquisition de la demie indivise de la maison et que ce paiement doit être pris en considération afin de réduire sa responsabilité solidaire au paiement des impôts dus par son mari.

Il est intéressant de constater que le juge n'a pas retenu l'argument du ministre voulant que la contrepartie de 103 904 $ payée par M^me^ Ashworth à la société était en réalité un prêt.

20. 2018 TCC 76.

La décision *HLB Smith Holdings Ltd. et al.* v. *Canada*[21] implique une situation un peu plus inusitée visant l'application de l'article 160 LIR dans un contexte d'entreprise.

MM. Smith et Scott, qui ne sont pas des personnes liées, sont actionnaires de la société par actions « PES » par l'intermédiaire d'une société de gestion (« HLB ») dans le cas de M. Smith et d'une fiducie (Scott Family Trust) dans le cas de M. Scott. HLB est détenue par la fiducie de M. Smith (Smith Family Trust) dont les membres de la famille de M. Smith sont bénéficiaires.

Alors que PES était un débiteur fiscal, elle a déclaré des dividendes à ses actionnaires (HLB et Scott Family Trust). La fiducie de M. Smith a ensuite attribué à M. Smith et à sa conjointe le dividende reçu à des fins de fractionnement de revenus.

Bien que MM. Smith et Scott ne soient pas à proprement parler liés à PES aux termes de l'alinéa 251(1)a) LIR (ils ne détiennent chacun indirectement que 50 % des droits de vote de cette société), le juge a déterminé que dans les circonstances, MM. Smith et Scott ont agi de concert dans un intérêt économique commun à l'égard du versement de dividendes par la société opérante en faveur de ses actionnaires. Par conséquent, PES et HLB ont un lien de dépendance de fait entre elles conformément à l'alinéa 251(1)c) LIR. Cette présomption permet alors au ministre d'établir une cotisation en vertu de l'article 160 LIR à l'endroit de HLB, Smith Family Trust, M. Smith et sa conjointe afin de les tenir solidairement responsables du paiement des impôts dus par PES.

La portée de l'article 160 LIR peut donc être très large par la notion de lien de dépendance de faits. Cette disposition peut ainsi trouver application dans un contexte d'entreprise en vue de retenir la responsabilité solidaire d'un actionnaire qui ne contrôle même pas la société. La note est poussée très loin dans cette affaire et une certaine vigilance est requise à l'égard de la prise de décision par les administrateurs de sociétés, qui peuvent, par leurs agissements, créer un tel lien de dépendance. Dans une autre affaire[22], l'avocat James Aitchison fonde, en 2003, une société d'avocats avec ses deux filles (« APC »). En 2012, l'avocat est redevable de 2,1 millions

21. 2018 TCC 83.
22. *Aitchison Professional Corporation* v. *Canada*, 2018 TCC 131.

de dollars à l'Agence du revenu du Canada faute d'avoir payé ses impôts depuis 1992.

Puisque APC n'a pas payé de salaire ni de dividende à M. Aitchison depuis l'incorporation de la pratique, le ministre prétend que depuis 2003, chaque fois que M. Aitchison a travaillé sur un dossier pour le compte d'APC, il a transféré sans contrepartie à APC son droit de facturer ses services juridiques. Après avoir analysé la décision *Manrell*[23] et avoir distingué ce prétendu droit de ceux se rapportant à des travaux en cours ou à des comptes à recevoir qui, eux, constituent des biens, le juge en vient à la conclusion que le droit de facturer des services juridiques n'est pas un bien au sens de la définition prévue au paragraphe 248(1) LIR. Pour la Cour, le fait pour M. Aitchison de ne pas avoir été rémunéré par APC, en salaire ou en dividendes, ne permet pas d'inférer que la fourniture d'un service est devenue un transfert de bien permettant l'application de l'article 160 LIR.

La description des faits propres à cette affaire n'indique pas si, au moment de l'incorporation en 2003, une valeur a été attribuée à l'achalandage et à la clientèle de l'avocat, qui constitue clairement un bien au sens des lois fiscales et qui aurait pu modifier les conclusions de cette affaire.

Dans l'affaire *Drolet* c. *Agence du revenu du Québec*[24], le conjoint de M^me^ Drolet, redevable de dettes fiscales, lui a transféré en décembre 2010 la moitié indivise de la résidence, laquelle a été évaluée à 700 000 $ à ce moment. Le contrat mentionne que M^me^ Drolet doit assumer conjointement la dette due à la Caisse populaire et à une autre société, totalisant 405 239 $, laissant une valeur nette pour la propriété de 294 761 $, soit 147 381 $ pour la quote-part de la résidence transférée à M^me^ Drolet. Afin d'éviter une cotisation sur la base de l'article 14.4 LAF[25] pour responsabilité solidaire du cessionnaire, M^me^ Drolet invoque l'exception prévue à l'article 14.7 LAF établissant une présomption suivant laquelle la juste valeur marchande du bien transféré est nulle, rendant inapplicable l'article 14.4 LAF, lorsque le bien est cédé à la suite d'une ordonnance, d'un jugement ou d'une entente de séparation si à ce moment les conjoints vivent séparés en raison de l'échec de leur

23. *Manrell* v. *Canada*, 2003 FCA 128.
24. 2018 QCCQ 1137.
25. L'équivalent provincial du paragraphe 160(1) LIR.

mariage. Le juge indique que puisque le transfert de la résidence a eu lieu avant la séparation et non à la suite du jugement de divorce et que l'acte de transfert ne constitue pas une entente écrite de séparation, l'exception prévue à l'article 14.7 LAF ne pouvait pas être invoquée et l'Agence du revenu du Québec était en droit d'émettre une cotisation fondée sur l'article 14.4 LAF à l'endroit de M^me^ Drolet.

Il est intéressant de constater que le juge précise que même si le jugement de divorce fait remonter les effets du partage du patrimoine familial à la date du transfert de propriété, cela ne suffit pas pour remplir les conditions de l'article 14.7 LAF.

Finalement, les notaires devraient prendre note que, selon le juge, la décision aurait été différente si l'acte de cession intervenu en décembre 2010 avait stipulé que le transfert de propriété s'effectue en contrepartie de la part de M^me^ Drolet dans le patrimoine familial. Encore une fois, le notaire qui s'informe des intentions des parties et qui possède une compréhension complète des faits propres au dossier sera en mesure d'éviter aux parties des conséquences qui pourraient leur être néfastes.

Dans l'affaire *J.B.* c. *Agence du revenu du Québec*[26], la contribuable a été en mesure de repousser la présomption de validité de la cotisation émise à son endroit par l'Agence du revenu du Québec pour responsabilité solidaire des impôts dus par son ex-conjoint. Pour ce faire, elle a démontré que ce dernier lui a transféré des immeubles moyennant juste contrepartie. En effet, puisque ces transferts ont été effectués dans le cadre du règlement des droits matrimoniaux, l'article 14.7 LAF a eu pour effet de réputer nulle la juste valeur marchande des immeubles aux fins de l'application des règles de responsabilité solidaire. Pour en arriver à cette conclusion, le juge a réitéré…

> […] le principe établi, notamment dans les affaires *Longchamps*[27] et *Roby*[28], suivant lequel des conjoints peuvent vivre séparément, condition essentielle à l'application de l'exception prévue à l'article 14.7 LAF, tout en vivant dans la même maison, lorsqu'ils ne socialisent pas ensemble, ne se parlent que rarement, qu'ils ont l'intention réelle de se séparer et que leur comportement habituel démontre cette intention.

26. 2018 QCCQ 4200.
27. 1986 DTC 1694.
28. 2002 DTC 3811.

1.5 Responsabilité des administrateurs

Les administrateurs de sociétés doivent supporter d'importantes responsabilités, notamment en matière fiscale, si la société dont ils sont administrateurs fait défaut de remettre aux autorités fiscales les sommes dues au titre de déduction à la source ou de taxes de vente.

La décision *Grubner* v. *Canada*[29] expose la difficulté de réclamer une perte fiscale pour un administrateur de société qui effectue le paiement, auprès des autorités fiscales, de sommes non remises par la société par actions.

Plus précisément dans cette affaire, deux frères qui détenaient chacun 25 % des actions et qui étaient administrateurs de la société Bavara Auto Haus inc. (« Bavara ») ont reçu en leur nom personnel, à titre d'administrateurs de la société, une cotisation de l'Agence du revenu du Canada leur enjoignant de payer les sommes dues par Bavara au titre des déductions à la source et des taxes de vente non remises. Les deux frères ont effectué les paiements et les ont comptabilisés à titre de prêt consenti à Bavara. Vu l'impossibilité pour Bavara de leur rembourser la somme, ils ont ensuite réclamé une perte au titre d'un placement d'entreprise (PTPE) dans leurs déclarations de revenus personnelles à l'égard de la somme payée à l'Agence du revenu du Canada.

Suivant l'analyse de la preuve, le juge a refusé la déduction de ces pertes en concluant que selon la prépondérance des probabilités, ce n'est pas dans le but de gagner un revenu que les montants ont été versés par les frères Grubner à l'Agence du revenu du Canada. Pour en arriver à cette conclusion, le juge a tenu compte des difficultés de la société et du peu d'espoir raisonnable de recouvrer la valeur et d'obtenir un rendement sur ces paiements. En outre, compte tenu de la responsabilité qui incombe aux deux frères à titre d'administrateurs, le juge n'est pas en mesure d'établir que ces derniers ont un droit de créance à l'égard de Bavara, par opposition à un autre droit, par exemple, un droit de subrogation, lequel ne permet pas la réclamation de ce type de pertes.

Dans une autre cause[30], M. Plante a été cotisé par l'Agence du revenu du Québec à titre d'administrateur de fait de la société MPF

29. 2018 TCC 39.
30. *Plante* c. *Agence du revenu du Québec*, 2018 QCCQ 1230.

Construction inc. pour le non-paiement de déductions à la source et de taxes de vente par la société en 2011 et 2012, et ce, bien qu'il ait démissionné à titre d'administrateur le 25 mai 2010. La Cour a établi, en se référant aux décisions *Allman*[31], *Larouche*[32] et *Hébert*[33], qu'il fallait être prudent dans l'attribution du statut d'administrateur de fait, considérer l'ensemble de la situation et établir le degré d'implication de la personne, ce qui est difficile en l'espèce, étant donné qu'il s'agit d'une entreprise familiale dans laquelle les deux conjoints sont impliqués dans les activités de la société.

Bien que l'Agence du revenu du Québec ait invoqué que la conjointe de M. Plante, M^me^ Pépin, n'était qu'un prête-nom et que l'âme dirigeante de la société demeurait M. Plante, la Cour est plutôt d'avis que toutes les décisions importantes de la société reposent sur M^me^ Pépin qui contrôle la comptabilité, est seule signataire des chèques, engage les employés, trouve les investisseurs, achète les véhicules requis pour les besoins de la société et possède les qualifications requises auprès de la Régie du bâtiment du Québec pour exploiter l'entreprise. L'importance du rôle de M. Plante se traduit par sa présence sur les chantiers, mais non dans les tâches qui relèvent des administrateurs de la société. Le fait que M^me^ Pépin n'ait pas l'expertise sur le terrain et qu'elle doive s'en remettre aux décisions de M. Plante à cet égard n'a pas empêché la Cour de donner gain de cause à M. Plante dans cette affaire.

Cette décision rappelle que le simple fait d'exclure du Registraire des entreprises du Québec un administrateur n'est pas suffisant pour limiter sa responsabilité à l'égard de la gestion de l'entreprise et que les agissements subséquents du contribuable doivent concorder avec sa démission d'administrateur.

À l'inverse, dans l'arrêt *Filion* c. *Agence du revenu du Québec*[34], le nom du contribuable figurait au Registraire des entreprises du Québec à titre d'administrateur de la société 9209-5058 Québec inc. Toutefois, le juge, en se référant à la norme objective de diligence raisonnable établie dans l'arrêt *Buckingham*[35], en est venu à la conclusion que M. Filion agissait comme actionnaire et non comme administrateur de la société et n'a pas retenu sa responsabilité à

31. *Allman* c. *Laplante*, 2005 CanLII 31504 (QC C.S.).
32. *Larouche* c. *Agence du revenu du Québec*, 2013 QCCQ 6132.
33. *Hébert* c. *Québec (Sous-ministre du Revenu)*, 1993 RDFQ 18.
34. 2018 QCCQ 2759.
35. *Buckingham* c. *Canada*, 2011 CAF 142.

titre d'administrateur. Le contribuable a fait confiance à une autre administratrice qui gérait le restaurant et dont la réputation était fort enviable. Il possédait un titre factice et n'avait pas de connaissance présumée ou réelle des difficultés financières qui empêchaient la société de verser les déductions à la source. Dès que M. Filion a posé des questions à ses partenaires sur la rentabilité de l'entreprise, il s'est fait écarter par les autres administrateurs.

Il est intéressant de constater l'ouverture de la jurisprudence actuelle à analyser les faits propres à chaque situation et à ne pas condamner d'emblée un administrateur qui a été manipulé ou induit en erreur par d'autres administrateurs.

L'affaire *Archambault* c. *Agence du revenu du Québec*[36] révèle l'importance pour l'Agence du revenu du Québec de suivre les règles prévues à l'article 24.0.1 LAF dans le cadre du processus visant à émettre une cotisation à un administrateur pour non-remise de sommes dues à l'État sur la base de la responsabilité solidaire de ce dernier avec la société en défaut. L'article 24.0.1 LAF exige en effet qu'un avis d'exécution rapporté insatisfait à l'égard de la société débitrice soit émis préalablement à l'émission d'une cotisation à l'endroit de l'administrateur. Or dans ce dossier, l'Agence du revenu du Québec a cotisé directement l'administrateur de la société. Le juge a donc accueilli la demande du contribuable pour irrégularité dans la procédure, tout en soulignant que l'Agence du revenu du Québec ne peut analyser son dossier de perception en fonction de sa propre gestion du risque.

1.6 Revenu d'entreprise ou de bien

Un thème sur lequel les contribuables vivent dans une certaine ambiguïté fiscale concerne la qualification d'un revenu, soit à titre de revenu d'entreprise ou encore à titre de revenu de bien, puisque les règles fiscales applicables à ces deux types de revenus sont différentes[37]. Dans l'arrêt *Rocco Gagliese Productions Inc* v. *Canada*[38], le contribuable, qui écrit et enregistre de la musique pour des émis-

36. 2018 QCCQ 3291.
37. Notamment le taux d'imposition corporatif de 50,37 % pour le revenu tiré d'un bien en 2018 par rapport à un taux d'imposition corporatif de 17.24 % pour le revenu tiré d'une entreprise exploitée activement par une société autre que primaire ou manufacturière qui paie au moins 5 500 heures par année à ses employés.
38. 2018 TCC 136.

sions télévisuelles, a eu gain de cause concernant le traitement fiscal lié à des paiements de redevances provenant de la SOCAN pour son œuvre. Bien que des paiements de redevances soient généralement associés à du revenu de bien, la Cour a reconnu que le fait de passer par un intermédiaire, telle la SOCAN, ne change pas l'activité quotidienne de M. Rocco Gagliese et de sa société qui est de composer de la musique et de la vendre. Les paiements que la SOCAN verse à sa société sont liés à une source qui est l'entreprise exploitée par la société de M. Gagliese et non à une source qui est un bien.

1.7 Gain et perte en capital et revenu et perte d'entreprise

Compte tenu de la complexité relative liée à l'interprétation des lois fiscales en lien avec les faits et circonstances entourant une transaction, ce n'est pas d'hier que le traitement fiscal applicable à certaines opérations effectuées par les contribuables fasse l'objet de débats entre eux et les autorités fiscales. Les contribuables cherchent parfois à démontrer que les transactions qu'ils effectuent sont de nature capitale (lorsqu'un profit se dégage) ou de nature courante (lorsqu'une perte est subie) alors que les autorités fiscales voient généralement les arguments dans le sens inverse. Quelques décisions rendues au cours de la dernière année illustrent ces propos.

Dans l'affaire *Ritchie* v. *Canada*[39], le contribuable, un agriculteur, a consenti une servitude à une société d'oléoduc afin de permettre à cette dernière d'effectuer les installations requises sur sa propriété. En échange, M. Ritchie a reçu une prime à la signature qu'il a déclarée à titre de gain en capital dans ses déclarations de revenus. De son côté, l'Agence du revenu du Canada a cotisé le contribuable en invoquant que cette prime à la signature était reçue dans le cadre de l'exploitation de son entreprise agricole et constituait un paiement incitatif imposable à titre de revenu en vertu de l'alinéa 12(1)x) LIR et qu'il ne s'agit pas de la disposition d'une immobilisation.

La Cour souligne que l'entreprise agricole du contribuable est exploitée par l'intermédiaire d'une société et non personnellement par lui et qu'il ne peut pas avoir reçu la prime dans le cadre de l'exploitation de son entreprise. La Cour a ensuite examiné la nature des ententes entre les parties et déterminé que la prime a été versée dans le cadre de l'acquisition d'un intérêt dans la terre du contri-

39. 2018 TCC 113.

buable, ce qui exclut la possibilité de considérer le montant reçu à titre de paiement incitatif en vertu du sous-alinéa 12(1)x)(viii) LIR. M. Ritchie a donc eu gain de cause et la prime à la signature est imposable à titre de gain en capital.

Cette décision rappelle l'importance de bien décortiquer dans les contrats les différents montants reçus et les raisons pour lesquelles la cession de droits ou la compensation sont consenties (servitude à proprement parler, prime à la signature, perte pour dommages, perte pour compensation de revenus, utilisation d'espace de travail, assurances requises, etc.) afin d'appliquer un traitement fiscal distinct et adéquat pour chaque poste de compensation.

Dans l'affaire *Canada* v. *MacDonald*[40], la Cour d'appel fédérale devait analyser une situation inverse, soit la conformité du traitement fiscal d'une perte d'entreprise réclamée par un contribuable alors que l'Agence du revenu du Canada avait perdu sa cause en première instance en invoquant plutôt que la perte était de nature capitale. La Cour d'appel fédérale a conclu qu'un contrat à terme portant sur des actions d'une banque constitue un instrument de couverture et que le traitement fiscal de tout gain ou perte découlant de ce contrat à terme doit être déterminé par la nature de l'actif sous-jacent faisant l'objet de la couverture[41]. Puisque, dans le présent cas, l'actif sous-jacent consistait en actions et que ces actions constituaient des immobilisations pour le contribuable, la Cour d'appel fédérale a infirmé la décision de la Cour canadienne de l'impôt et jugé que la perte résultant de la disposition du contrat à terme était une perte en capital pour le contribuable et non une perte d'entreprise.

Dans la cause *Bishara* c. *Agence du revenu du Québec*[42], le contribuable n'a pas été en mesure de démontrer à la Cour du Québec que les ventes d'immeubles qu'il a effectuées en 2009 et en 2011 étaient de nature capitale et découlaient de changements dans sa situation personnelle et familiale. Le fait que le profit sur les trois immeubles en litige provienne de vente de condominiums nouvellement construits par le même promoteur, que la plupart du temps,

40. 2018 FCA 128.
41. *Tip Top Tailors Ltd.* c. *Ministre du Revenu national*, 1957 CanLII 71 (C.S.C.) ; *Alberta Gas Trunk Line Co.* c. *MRN*, 1971 CanLII 179 (C.S.C.) ; *Columbia Records of Canada Ltd.* c. *MRN*, 1971 CTC 839 (FCTD).
42. 2018 QCCQ 7993.

M. Bishara ne résidait pas dans les condos, que le contribuable ait signé deux précontrats d'achat dans un intervalle de 20 jours, que les condos aient été mis en vente rapidement après leur acquisition et que la possession des condos ait été de courte durée ont justifié le juge de trancher le litige en faveur de l'Agence du revenu du Québec et de traiter le profit à titre de revenu d'entreprise pour le contribuable.

1.8 Exemption de gain en capital pour vente d'une résidence principale

Les contribuables ne sont pas sans savoir que le gain en capital découlant de la vente d'une résidence principale peut faire l'objet d'une exemption. Toutefois, pour ce faire, il est nécessaire que les conditions prévues aux lois fiscales soient remplies.

Dans l'affaire *Dusablon* c. *Agence du revenu du Québec*[43], un couple s'est porté acquéreur d'une résidence pour un prix de 695 000 $. Ils ont ensuite effectué certains travaux de rénovation d'une valeur de 350 000 $ et ont revendu la propriété neuf mois après l'avoir acquise pour un prix de 1 250 000 $. Tout en précisant que l'intention des contribuables n'est pas pertinente aux fins de la qualification à titre de résidence principale et compte tenu de la preuve suivant laquelle les contribuables n'ont pas « normalement habité » la résidence, mais ont plutôt occupé la résidence aux fins d'effectuer des travaux, le juge a conclu que les conditions pour bénéficier de l'exemption pour gain en capital n'avaient pas été remplies et a rejeté la demande.

Il est primordial de se remémorer en tant que professionnel que l'achat d'une résidence par des conjoints ne signifie pas nécessairement que le gain en capital à la revente sera admissible à l'exemption pour résidence principale. Il faut examiner l'utilisation qui a été faite de ladite résidence par les conjoints afin d'appliquer le traitement fiscal approprié.

Dans l'arrêt *Bélanger* c. *Agence du revenu du Québec*[44], le contribuable n'a pas déclaré le gain en capital découlant de la vente d'une propriété en 2010. Dans le cadre de son opposition et devant la Cour, il invoque que le gain en capital bénéficie de l'exemption

43. 2018 QCCQ 3032.
44. 2018 QCCQ 4855.

pour résidence principale. Toutefois, la preuve et les aveux du contribuable selon lesquels la maison n'était pas meublée et que ses activités quotidiennes se déroulaient dans une autre résidence ont été fatals à sa cause. Il est à noter que compte tenu de l'omission de M. Bélanger de déclarer le gain en capital résultant de la vente dans ses déclarations de revenus en 2010, l'Agence du revenu du Québec a été en mesure de le cotiser après la période normale de prescription.

1.9 Perte au titre d'un placement d'entreprise

La réclamation d'une perte au titre d'un placement d'entreprise (PTPE) par un contribuable nécessite généralement une bonne coordination entre le processus de liquidation et de dissolution de la société par actions et le respect des critères prévus aux lois fiscales afin de bénéficier d'une telle perte, avantageuse sur le plan fiscal, compte tenu de sa déduction à l'encontre de toutes sources de revenus.

La décision dans *Hébert* v. *Canada*[45] apporte un éclaircissement intéressant à l'égard de l'une des conditions prévues aux lois fiscales pour réclamer une telle perte, soit la nécessité que la société exploite une petite entreprise à un moment au cours de la période de douze mois précédant le moment où la perte est réclamée. Le juge préconise l'approche élaborée dans l'arrêt *Weaver*[46], soit de donner un sens large à la notion d'exploitation d'une entreprise. En conséquence, il reconnaît que des activités, même minimes, tels des démarches pour vendre les derniers articles en inventaire de l'entreprise, le maintien d'un site Internet et la prise de contact avec des clients potentiels, constituent des activités en lien avec l'exploitation de l'entreprise. En conséquence, le contribuable a été en mesure de réclamer une PTPE pour les sommes injectées dans sa société et non recouvrables à la suite du processus de liquidation et de dissolution.

Dans l'affaire *Gaudette* v. *Canada*[47], l'Agence du revenu du Canada a refusé la déduction d'une PTPE de 430 000 $ à la suite de prétendus prêts que M^me^ Gaudette a effectués à la société Agora, Recherches et Communications inc. au cours des années 1996 à 2000 et en 2005. Les prêts effectués entre 1996 et 2000 ne compor-

45. 2018 CCI 48.
46. *Weaver* c. *La Reine*, 2008 CAF 238.
47. 2018 TCC 208.

taient pas d'intérêts ni de modalités de remboursement, en plus d'avoir été faits au nom des actionnaires de la société et n'avoir jamais été comptabilisé dans les livres de la société. Le prêt de 125 000 $ réalisé en 2005 portait intérêt au taux de 6 % l'an et a été comptabilisé dans les dettes à long terme de la société.

Le juge cite la décision *Byram*[48] et rappelle qu'il n'est pas nécessaire que le contribuable tire directement un revenu de la créance, mais lorsque celui-ci n'est pas actionnaire de la société débitrice, la recherche d'un lien suffisant entre le contribuable et la possibilité de tirer un revenu de la société débitrice est beaucoup plus exigeante.

Outre ce qui concerne le prêt de 2005, compte tenu de l'absence de documentation et d'intérêt reliés aux prêts, du fait que M^me^ Gaudette n'était pas au courant de l'utilisation des fonds prêtés et que les prêts n'ont pas été comptabilisés aux états financiers de la société, le juge en vient à la conclusion que les prêts n'ont pas été effectués en vue de tirer un revenu et que la perte, résultant de l'impossibilité de recouvrer les montants prêtés, est nulle en vertu du sous-alinéa 40(2)g)(ii) LIR.

1.10 Pertes locatives

Dans la décision *Hustack* v. *Canada*[49], un contribuable a déclaré pendant sept années consécutives des pertes locatives en lien avec l'exploitation de deux immeubles à revenus qu'il détenait. Après avoir fait état de la nécessité d'avoir une source de revenu en vue de pouvoir déduire les pertes résultant d'une activité, le juge rappelle les critères à analyser prévus dans l'arrêt *Stewart*[50], à savoir l'intention objective de tirer un profit de l'activité et, lorsque l'activité comporte un élément personnel, la nécessité que l'activité présente une facette commerciale suffisante pour constituer une source de revenus. Dans le présent cas, le contribuable louait un immeuble à une personne liée pour un montant bien inférieur à sa juste valeur locative, son intention exprimée était de recouvrer ses dépenses et non de réaliser un profit, il n'avait pas réalisé de profits au cours des sept dernières années, il n'avait pas de baux avec ses locataires et il n'avait pas augmenté le montant des loyers pendant

48. *Byram* v. *Canada*, 1999 CanLII 7428 (FCA).
49. 2018 TCC 199.
50. *Stewart* c. *Canada*, [2002] 2 R.C.S. 645, 2002 CSC 46.

de nombreuses années malgré les dépenses considérables engagées pour ces immeubles. Dans ce contexte, le juge en est venu à la conclusion que tous ces facteurs militent pour une absence d'activité commerciale et a rejeté la demande du contribuable relativement à la déduction des pertes locatives.

1.11 Déduction d'intérêts

Il est toujours intéressant pour un contribuable de déduire des dépenses de ses revenus. Toutefois, la dépense doit avoir été engagée dans le but de gagner du revenu pour être déductible aux fins des lois fiscales.

Dans l'affaire *Giguère* c. *Agence du revenu du Québec*[51], la conjointe de M. Vincent Lacroix, avait obtenu entre 2002 et 2005 des sommes d'argent provenant du Groupe Norbourg et a utilisé ces sommes pour faire l'acquisition de biens immobiliers. À la suite de la faillite du Groupe Norbourg en 2005, le syndic lui a réclamé les sommes qu'elle avait reçues, ce qu'elle s'est engagée à rembourser, notamment à même le produit de la vente des immeubles acquis. En 2010, M^me^ Giguère vend deux immeubles, déclare le gain en capital dans ses déclarations de revenus et déduit les intérêts payés au syndic suivant l'entente intervenue entre eux. Dans son analyse, le juge détermine que la source du paiement des intérêts est l'entente avec le syndic et non un prétendu prêt entre le Groupe Norbourg et M^me^ Giguère. Pour le juge, le paiement des intérêts n'était pas effectué pour gagner du revenu ou à titre de frais de vente des immeubles, mais plutôt pour permettre à M^me^ Giguère de temporiser avant d'effectuer le remboursement de la somme due au syndic. Finalement, la preuve démontre que les immeubles constituaient des biens personnels pour M^me^ Giguère. En conséquence, la Cour a refusé la déduction des intérêts réclamée par M^me^ Giguère.

Dans l'affaire *Van Steenis* v. *Canada*[52], un contribuable a emprunté une somme d'argent, avec intérêts, afin d'acquérir des unités de fonds commun de placement et il a déduit la totalité des intérêts payés dans ses déclarations de revenus. Toutefois, le contribuable a reçu annuellement des remboursements de capital provenant de ses fonds communs de placement et ces remboursements de capital ont été utilisés par le contribuable en partie pour rem-

51. 2018 QCCQ 874.
52. 2018 TCC 78.

bourser une partie de son emprunt initial pour l'achat des fonds communs de placement et en partie pour payer des dépenses personnelles. Le juge, en se référant aux exigences de l'alinéa 20(1)c) LIR et aux principes régissant la déduction d'intérêts énoncés dans l'arrêt *Shell Canada ltée*[53] concernant notamment l'examen de l'utilisation actuelle des fonds par le contribuable, a refusé la déduction d'intérêts à l'égard des remboursements de capital reçus qui ont été utilisés à des fins personnelles par le contribuable. Le simple fait pour le contribuable de toujours détenir les fonds communs de placement n'est pas suffisant pour maintenir la possibilité de déduire les intérêts. Ce jugement fait resurgir qu'il est primordial que les fonds empruntés demeurent investis dans des placements générateurs de revenus afin de déduire les intérêts payés.

Il est à noter que cette cause a été portée en appel devant la Cour d'appel fédérale. Il sera intéressant de voir l'analyse qu'effectuera ce tribunal.

1.12 Déduction des primes d'assurance vie

Il est bien connu qu'en vertu de l'alinéa 20(1)e.2) LIR, un contribuable peut déduire de ses revenus les primes d'assurance vie payées si la police d'assurance vie afférente au paiement de ces primes est cédée à une institution financière dans le cadre d'un emprunt contracté auprès d'elle et si les intérêts sur l'emprunt sont par ailleurs déductibles pour le contribuable. C'est ce principe qui est au cœur de la décision *Emjo Holdings Ltd.* v. *Canada*[54]. Dans cette affaire, le contribuable a déduit les primes d'assurance vie payées reliées aux polices cédées en garantie de deux prêts. Dans le cadre du premier prêt, le montant d'assurance couvert par la police était deux fois supérieur au montant requis par l'institution financière. La preuve a également mis en lumière que le solde du prêt devait être remboursé en totalité en 2013 alors que le contribuable a déduit les primes pour 2014 et 2015 également. Finalement, le contribuable n'a pas été en mesure de distinguer la prime d'assurance vie universelle payée et le coût net de l'assurance pure, qui constitue la seule partie déductible aux termes de l'alinéa 20(1)e.2) LIR. En ce qui concerne le second prêt, la Cour n'a pas été en mesure d'établir une corrélation entre les primes versées et le solde du prêt dû pour les années d'imposition concernées. Suivant ces conclusions, le

53. *Shell Canada ltée* c. *Canada*, préc., note 17.
54. 2018 TCC 97.

juge a rejeté la demande des contribuables et a confirmé que les nouveaux avis de cotisations émis par l'Agence du revenu du Canada sont valides.

Cette décision permet d'éclaircir la complexité, les nuances et le suivi nécessaire afin de permettre la déduction des primes d'assurance vie liées à un prêt commercial. Le montant du prêt, les exigences du prêteur, le type de police cédé en garantie et le montant du capital assuré ont une incidence importante sur la possibilité de déduire ou non les primes d'assurance vie payées.

1.13 Déduction des frais d'archivage de dossier

Dans *Tournier* v. *Canada*[55], une avocate à la retraite de la Nouvelle-Écosse s'est vu accorder la possibilité de déduire ses frais d'archivage et de conservation des dossiers vu les conditions et les obligations prévues au régime d'assurance responsabilité. Le juge suggère que pendant qu'elle exerçait sa profession, l'avocate a assumé une responsabilité en matière de conservation et d'accessibilité future des dossiers. Elle s'est donc obligée dans le cadre de l'exercice de sa profession à engager des dépenses futures en ce sens en vue de gagner des revenus chaque année d'exercice.

Le juge énonce en *obiter* que des mesures raisonnables doivent être prises pour limiter ces frais et s'assurer qu'ils sont raisonnables. Selon le juge, l'avancement technologique lié à la numérisation pourrait réduire ces frais dans le futur.

1.14 Inclusion au revenu de prestations d'assurance invalidité

Malgré le principe fiscal reposant sur l'autocotisation, il arrive que certains contribuables n'incluent pas certaines sommes reçues dans leurs déclarations de revenus. Dans la décision *Béliveau* v. *Canada*[56], une dentiste n'a pas déclaré les prestations reçues provenant de ses polices d'assurance invalidité sur la base des informations fournies par le courtier suivant lesquelles les primes payées n'étaient pas déductibles et les prestations reçues n'étaient pas imposables. Toutefois, deux des trois polices souscrites par la dentiste sont des polices pour professionnels visant à protéger la

55. 2018 TCC 229.
56. 2018 CCI 87.

dentiste en cas d'invalidité à l'égard des frais généraux liés à l'exploitation de sa clinique. Après avoir conclu que la source du paiement est l'entreprise de la dentiste et qu'il est nécessaire que la clinique soit exploitée afin que les prestations soient payables, le juge rejette la demande du contribuable et conclut que les prestations d'assurance provenant de ces polices sont imposables.

Ce jugement rappelle l'importance de bien examiner les clauses et conditions reliées au paiement de la prestation d'assurance afin d'en déterminer la nature imposable ou non pour le contribuable. Finalement, compte tenu des divers produits d'assurances existant sur le marché, de la particularité et de la complexité reliées à de tels produits, cette décision remet en lumière que la prudence est de mise pour les professionnels qui s'avisent de fournir des conseils sur le traitement fiscal applicable aux primes et prestations reliées à ce genre de polices d'assurance.

1.15 Rectification de contrats

La rectification des contrats est toujours un sujet délicat. Bien que le contexte dans lequel s'effectue ce genre d'opérations découle généralement d'incompréhensions, d'erreurs ou de mauvaises communications entre les professionnels impliqués dans le dossier, la rectification de contrats peut néanmoins constituer un mode de solution intéressant pour les contribuables dont l'intention n'est pas reflétée adéquatement dans le contenu du contrat.

Au cours de la dernière année, deux décisions portant sur la déclaration de dividende en capital (CDC) libre d'imposition, qui excédait le solde disponible au compte de dividende en capital, ont fait l'objet d'ordonnance permettant la modification de résolutions portant sur la déclaration de ce type de dividende afin de refléter l'intention des administrateurs des sociétés de verser un dividende libre d'impôt et ainsi empêcher l'application de l'impôt de la partie III équivalent à 60 % du dividende en capital excédentaire.

Dans la décision *5551928 Manitoba Ltd.*[57], la Cour suprême de la Colombie-Britannique a émis une ordonnance afin de permettre la rectification d'une résolution de dividende en capital pour faire passer ce dividende de 298 000 $ à 113 212 $. Les administrateurs de la société avaient consulté au préalable leur comptable afin de

57. 2018 BCSC 1482.

déterminer le montant pouvant être versé libre d'impôt. Dans le calcul du solde du CDC, le comptable de la société avait omis de considérer que le gain sur disposition d'une immobilisation admissible n'augmentait le CDC qu'à compter de l'année d'imposition suivante[58].

En se basant sur les principes établis dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Fairmont Hotels Inc.*[59], le juge a déterminé qu'aucune des cinq considérations de principe contre la rectification de contrats ne trouvait application pour empêcher l'émission de l'ordonnance de rectification. Il ne s'agit pas d'une planification fiscale agressive, les administrateurs n'ont pas tenté de modifier le contenu de la résolution pour éviter une dette fiscale non planifiée, les administrateurs ont fait preuve de diligence en consultant leur comptable, il s'agit d'une erreur de calcul et non d'un malentendu sur le risque ou l'incertitude du droit fiscal et finalement, la rectification n'exige pas que le tribunal analyse une série complexe de transactions.

Dans la décision *St-Pierre* v. *Canada*[60], le comptable de la société 2869-6474 Québec inc. a commis une erreur similaire dans le calcul du solde du CDC de la société relativement à la vente d'un bien en immobilisation admissible. La demande d'ordonnance de rectification étant pendante devant la Cour supérieure du Québec, l'Agence du revenu du Canada a accepté de ne pas cotiser le dividende excédentaire en vertu de l'impôt de la partie III et a plutôt émis un avis de cotisation au contribuable en vertu du paragraphe 15(2) LIR relativement au prêt à l'actionnaire, en considérant que le montant excédentaire du dividende avait pour effet d'enrichir sans cause le contribuable. Puisque l'ordonnance de rectification a été accordée ultérieurement par la Cour supérieure du Québec et que conformément à cette ordonnance, le contribuable a remboursé à la société les sommes reçues en excédent du dividende en capital rectifié, la Cour d'appel fédérale a conclu qu'il n'y avait plus de fondement à la demande d'enrichissement sans cause.

---

58. Il est à noter que cette règle n'existe plus depuis que le compte du montant cumulatif des immobilisations admissibles a été transféré dans la catégorie 14.1 à titre de bien amortissable.
59. *Fairmont Hotels inc.* c. *Canada (Procureur général)*, 2016 CSC 56.
60. 2018 CAF 144. Il est à noter que les faits et la décision du juge de première instance ont été commenté par M^e^ Diane BRUNEAU, « Revue de la jurisprudence 2017 en fiscalité et en fiducie » (2018) 120 *R. du N.* 223, 241 à 243. M^e^ Bruneau prévoyait d'ailleurs un appel de cette décision sur une base d'équité.

Ce jugement est tout de même intéressant, car il démontre l'amalgame d'opportunités dont les autorités fiscales disposent afin de cotiser un contribuable dans un contexte de rectification de contrats.

1.16 Certificat 116 et vente de biens canadiens imposables par un non-résident

Les transactions impliquant un non-résident qui dispose d'un bien canadien imposable (« BCI ») constituent des dossiers où le notaire doit être prudent et s'assurer de faire les vérifications requises afin d'éviter des conséquences fiscales inattendues pour l'acquéreur.

La décision de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Kau* v. *Canada*[61] plonge dans l'univers de l'enquête sérieuse que le contribuable qui acquiert un BCI d'un non-résident doit effectuer en vertu de l'article 116 LIR afin de s'assurer qu'il n'a aucun motif de croire que le vendeur n'est pas un résident canadien.

Dans le présent cas, le juge a rejeté la demande du contribuable en invoquant le fait que le condominium situé à Toronto faisant l'objet de la transaction était loué par le vendeur, que l'adresse du vendeur était en Californie et que les communications avec l'avocat de l'acheteur indiquaient que le vendeur signerait les documents de la transaction en Californie. Le juge indique qu'il y avait plusieurs signaux d'alarme permettant de prétendre que le vendeur était non résident. L'enquête sérieuse ne peut pas se résumer à poser des questions sans contrevérifications permettant de valider la justesse des affirmations.

Un élément important à considérer pour les notaires est que le juge mentionne que la déclaration non assermentée signée par le vendeur suivant laquelle il n'est pas un non-résident du Canada n'est pas suffisante pour constituer une enquête sérieuse aux fins de l'alinéa 116(5)a) LIR. Cette cause a été portée en appel.

La décision ne traite pas de la responsabilité professionnelle liée à une telle omission de retenir des sommes en faveur des autorités fiscales. Toutefois, le notaire avisé doit développer des réflexes additionnels en présence de non-résidents potentiels qui compa-

61. 2018 TCC 156.

raissent à un acte et dans la même veine s'assurer de conserver les preuves requises à son dossier, puisque la détermination du statut de résidence fiscale est régulièrement une zone grise.

1.17 Règle générale anti-évitement

La ligne est parfois mince entre le droit des contribuables d'optimiser de façon légitime leur structure d'entreprise en vue de bénéficier d'avantages fiscaux et ce qui constitue une opération d'évitement menant à un abus des lois fiscales et entraînant l'application de la règle générale antiévitement (RGAE) prévue au paragraphe 245(2) LIR. Au cours de la dernière année, les tribunaux ont eu à examiner quelques séries de transactions et à se prononcer sur leur légitimité.

Dans une première affaire[62], M. Pierre Pomerleau et certains membres de sa famille mettent en place une série d'opérations afin de permettre à M. Pomerleau d'extraire des fonds d'entreprises dans le but de financer la construction d'un chalet personnel. La stratégie relativement complexe a pour objectif de maintenir les bases fiscales d'actions de Groupe Pomerleau inc., soit plus précisément le PBR d'actions qui ont fait l'objet d'une cristallisation de la déduction pour gain en capital en 1989.

L'article 84.1 LIR empêche généralement un contribuable de matérialiser entre ses mains personnelles un montant exempt d'impôt dans le cadre d'une transaction entre personnes ayant un lien de dépendance. Aux fins de cet article, le PBR des actions doit être réduit des montants pour lesquels le contribuable et les personnes ayant un lien de dépendance avec lui ont réclamé la déduction pour gain en capital. Toutefois, à la suite d'une série d'opérations, le PBR des actions cristallisées, maintenant détenues par M. Pomerleau provient d'une perte refusée en vertu du paragraphe 40(3.6) et de l'alinéa 53(1)f.2) LIR et non de l'utilisation de la déduction pour gain en capital. En conséquence, l'article 84.1 LIR était inapplicable dans le cadre des transactions réalisées.

La Cour canadienne de l'impôt, dans une décision confirmée par la Cour d'appel fédérale, a examiné la question de savoir si la planification fiscale élaborée constituait un abus de la LIR lue dans son ensemble. Après avoir déterminé que l'objectif de l'article 84.1

62. *Pomerleau* v. *Canada*, 2018 FCA 129.

LIR était de s'assurer que les surplus des sociétés soient extraits sous forme de dividendes, le tribunal en vient à la conclusion que la planification contrecarre l'objet de cet article qui vise à éviter le dépouillement de surplus en franchise d'impôt.

Le tribunal ne peut accepter l'argument de M. Pomerleau suivant lequl l'article 84.1 LIR n'a pas pour objet de contrecarrer les transactions effectuées dans le cadre d'un transfert intergénérationnel. De plus, la Cour diverge d'opinion sur la portée du principe établi dans la décision *Collins & Aikman Canada Inc.*[63] concernant la notion d'exclusion implicite à l'égard de l'article 84.1 LIR, c'est-à-dire que si le législateur avait voulu que le PBR des actions aux fins de cet article soit réduit des pertes refusées en vertu du paragraphe 40(3.6) et de l'alinéa 53(1)f.2) LIR, il l'aurait indiqué clairement.

Pour la Cour d'appel fédérale, le résultat final des opérations et la raison derrière le jugement est que la somme de 999 184 $ demeure un montant sur lequel aucun impôt n'a été payé et que l'argent provient des surplus de la société. L'interposition du paragraphe 40(3.6) LIR ne change rien à ce résultat, la stratégie fiscale mise en place contrecarre donc l'objet de l'article 84.1 LIR.

Une deuxième décision d'intérêt portant sur l'application de la RGAE est celle qui se déroule dans l'affaire *1245989 Alberta Ltd. et al.* v. *Procureur général du Canada*[64]. Une réorganisation fiscale, similaire à celle de l'affaire *Descarries*[65] ayant pour résultat de transférer du capital versé d'entreprise vers le compte de capital versé d'actions détenues par M. Wild, un actionnaire, est à la base des faits de cette cause. Le juge de première instance a reconnu que l'augmentation artificielle du capital versé d'un particulier permettait de positionner celui-ci pour éventuellement réclamer la déduction pour gain en capital par l'entremise d'un simple rachat d'actions et que cette planification contrecarre l'objet de l'article 84.1 LIR. Par conséquent, la Cour canadienne de l'impôt a rejeté la demande du contribuable et a confirmé la validité de l'avis de cotisation émis par l'Agence du revenu du Canada rendant applicable la RGAE.

63. *Collins & Aikman Canada Inc.* v. *Canada*, 2010 FCA 251.
64. 2018 FCA 114.
65. *Descarries* v. *Canada*, 2014 TCC 75.

Toutefois, la Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel du contribuable et annulé l'avis de cotisation émis sur la base de la RGAE, en application des principes établis dans l'arrêt *OSFC Holdings Ltd.*[66] concernant la position suivant laquelle l'avantage fiscal doit être concrétisé pour être considéré comme tel. Dans le présent cas, le juge de la Cour canadienne de l'impôt n'a pas examiné de preuve concernant la répartition des bénéfices non répartis de la société. Pour la Cour d'appel fédérale, il ne peut y avoir d'avantage fiscal et d'abus dans l'application de l'article 84.1 et du paragraphe 89(1) LIR tant que les fonds ne sont pas extraits en faveur du particulier. En conséquence, l'appel du contribuable a été accueilli.

Il est toutefois intéressant de noter que la décision de la Cour d'appel fédérale ne préjudicie pas aux droits de l'Agence du revenu du Canada de cotiser M. Wild si la société extrait les fonds en remboursement de ce capital versé, puisque l'avantage fiscal sera alors concrétisé. Il y a fort à parier que si les fonds sont extraits de la société en faveur de M. Wild et que l'avantage fiscal se concrétise, l'Agence du revenu du Canada n'hésitera pas à appliquer la RGAE.

Dans l'affaire *Custeau* c. *Agence du revenu du Québec*[67], deux frères, détenteur d'une société par actions éprouvant des difficultés financières ont procédé en 1997 et 1998 à une réorganisation fiscale complexe visant à intégrer à l'actionnariat de la société le Fonds régional de l'Estrie et le Fonds de solidarité FTQ. Les mises de fonds effectuées par ces deux fonds ont eu pour effet d'augmenter considérablement le capital versé afférent aux actions ordinaires détenues par les frères Custeau. En 2003 et 2004, ces derniers ont procédé à une cristallisation desdites actions et ont réclamé la déduction à l'égard du gain en capital découlant de la cristallisation, ce qui a eu pour effet d'augmenter le PBR de leurs actions sans qu'aucun impôt ne soit payé. En 2006, la société des frères Custeau a procédé à une réduction du capital versé afférent aux actions cristallisées et les frères ont encaissé 555 000 $ chacun sans imposition personnelle.

Après avoir analysé les prétentions des parties, le juge en vient à la conclusion que les opérations survenues entre 1997 et 2006 ont des objectifs commerciaux véritables, soit le financement et la participation en équité dans l'entreprise par les fonds d'investissements

66. *OSFC Holdings Ltd.* v. *Canada*, 2001 FCA 260.
67. 2018 QCCQ 5692.

en vue d'éviter la fermeture de l'entreprise. Ces opérations de sauvetage de l'entreprise n'ont pas été réalisées dans la même série d'opérations que celles réalisées en 2003, 2004 et 2006 ayant trait respectivement à la cristallisation et à la réduction du capital versé. Étant donné la situation financière de la société, il aurait été impensable en 1997 et 1998 de prévoir qu'un jour la société serait en mesure de procéder à une réduction du capital versé en vue d'extraire des fonds en faveur des actionnaires. Le fait que les fonds d'investissements n'aient pas de lien de dépendance avec les frères Custeau et que ces fonds aient dicté la séquence de transactions et les conditions de leurs investissements a grandement contribué à ce que le juge rejette la position de l'Agence du revenu du Québec suivant laquelle les transactions constituent des opérations d'évitement. En application des principes élaborés dans *Copthorne Holdings Ltd.*[68], le juge a déterminé que les frères Custeau ont procédé aux opérations pour des motifs commerciaux véritables et n'a pas appliqué la disposition générale anti-évitement.

Cette décision est très intéressante et permissive pour les contribuables qui élaborent à long terme leur planification fiscale et qui sont en mesure de démontrer des objectifs commerciaux pour chacune des opérations fiscales qu'ils effectuent au moment où ils procèdent auxdites opérations. Pour la Cour, la série d'opérations se complète lorsque l'objectif commercial est atteint. Ainsi, les opérations commerciales ayant un but précis se retrouvent hors de la séquence de transactions réalisée ultérieurement dans le cadre d'une autre réorganisation ou planification fiscale, rendant la disposition générale anti-évitement inapplicable.

1.18 Constitutionnalité des lois fiscales

La très grande majorité des contribuables paient les impôts et taxes dont ils sont redevables en vue de contribuer aux services publics, sans nécessairement se questionner sur la légalité et la légitimité de leur contribution. Au cours de la dernière année, des contribuables ont demandé à la Cour supérieure de l'Ontario[69] d'examiner si la LIR, la *Loi sur la taxe d'accise*[70] et la *Business Corporations Act*[71] de l'Ontario violaient les droits garantis par l'article 7

68. *Copthorne Holdings Ltd.* v. *Canada*, 2011 CSC 63.
69. *Howard* v. *Canada (AG)*, 2018 ONSC 785 ; *Walsh* v. *Canada (AG)*, 2018 ONSC 2251.
70. L.R.C. (1985), ch. E-15, telle que modifiée.
71. R.S.O. 1990, c. B.16, telle que modifiée.

de la *Charte canadienne des droits et libertés*[72], soit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, ainsi que le droit de n'en être privée que conformément aux principes de justice fondamentale.

Après avoir analysé la demande des contribuables, le juge dans l'affaire *Howard*[73] en vient à la conclusion que la capacité de générer des revenus d'une entreprise par les moyens de son choix n'est pas protégée par l'article 7 de la Charte et qu'il n'existe aucun fondement factuel ou juridique aux recours demandés.

Dans l'affaire *Walsh*[74], le juge va même plus loin en évoquant que la demande visant à déclarer les lois fiscales et le droit des sociétés contraires à la Charte canadienne est à première vue frivole et vexatoire.

2. Fiducies

Voici un résumé et une analyse des décisions de l'année 2018 en matière de fiducie qui nous apparaissent les plus pertinentes aux fins de la pratique notariale.

2.1 Validité juridique d'une fiducie

Les nombreux points techniques dont il est essentiel de tenir compte lors de la constitution d'une fiducie et la particularité des lois les régissant, font en sorte que les questions de validité et d'existence réelle des fiducies sont souvent l'objet de débats jurisprudentiels.

Dans l'affaire *Lee* v. *Canada*[75], l'Agence du revenu du Canada invoquait que la « Paul Lee Spouse Trust » créée par M. Lee en décembre 2003 était un simulacre et en conséquence que la fiducie n'était pas correctement constituée en vertu du droit québécois, l'objectif du fisc étant de réattribuer les revenus de la fiducie en faveur de M. Lee et l'imposer personnellement sur lesdits revenus[76].

---

72. *Loi constitutionnelle de 1982 (R.-U.), constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.)*, 1982, c. 11 (ci-après « Charte canadienne »).
73. *Howard* v. *Canada (AG)*, préc., note 69.
74. *Walsh* v. *Canada (AG)*, préc., note 69.
75. 2018 TCC 230.
76. Il est à noter que la structure d'entreprise et fiduciaire mise en place à l'époque où la fiducie générait des revenus (2004 à 2009) permettait d'obtenir des économies fiscales notamment à l'égard de l'impôt provincial, soit la stratégie des « Truffles ».

Après avoir revu la jurisprudence en matière de simulacre et de trompe-l'œil[77], le juge mentionne qu'une transaction est un simulacre lorsque les parties à la transaction présentent leurs droits et obligations juridiques d'une manière qui ne reflète pas les droits et obligations juridiques, le cas échéant, que les parties entendent créer. Pour être un simulacre, la présentation factuelle des droits et obligations juridiques des parties au simulacre doit être différente de ce que les parties savent que ces droits et obligations juridiques, le cas échéant, sont. La tromperie est la représentation factuelle de l'existence de droits lorsque les parties savent que ces droits n'existent pas ou sont différents de la représentation de ceux-ci.

Dans le présent cas, plusieurs éléments démontrent l'existence de la fiducie. Le constituant a remis un chèque de 2 000 $ au fiduciaire à titre de donation fiduciaire lors de la constitution de la fiducie par acte notarié. Le chèque a été déposé par le fiduciaire dans le compte bancaire au nom de la fiducie sur lequel le fiduciaire avait un pouvoir de signature exclusif. De plus, le constituant a transféré des actions privilégiées d'une société par actions au compte de la fiducie. La constitution de la fiducie et la séquence de transactions ont été mises en place par des experts en la matière et le fiduciaire, un associé de la firme KPMG, a de l'expérience dans l'administration de dizaines de fiducies. Le constituant et le fiduciaire ont communiqué ensemble et se sont rencontrés avant la création de la fiducie.

Pour le juge, le fait que le fiduciaire ait suivi le plan fiscal établi par la firme comptable ne fait pas en sorte que la fiducie ou les transferts de biens à cette fiducie sont un simulacre et n'entache pas la validité juridique de la fiducie. En effet, en vertu de l'acte de fiducie et dans les faits, le fiduciaire avait le plein pouvoir de prendre les décisions en ce qui concerne les biens détenus par la fiducie et par conséquent, de suivre ou non le plan fiscal établi par les experts. De l'autre côté, la preuve démontre que le constituant était conscient que le transfert des biens était irrévocable et qu'il n'avait plus de contrôle sur les biens après leur transfert.

Cette décision rappelle aux notaires l'importance de respecter les rudiments en matière de constitution de fiducies et de s'assurer que le constituant et les fiduciaires comprennent bien leurs rôles

77. *Stubart Investments Ltd.* v. *The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536 ; *Continental Bank Leasing Corp.* v. *Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298 ; *Antle* v. *The Queen*, 2009 TCC 465.

respectifs et les conséquences liées à la mise en place d'une fiducie notamment sur le plan du pouvoir décisionnel à l'égard des biens détenus par une fiducie. La tenue d'un livre et de registres décrivant les actes posés par la fiducie peuvent être d'une grande utilité afin de démontrer l'existence et la validité juridique de celle-ci auprès du fisc.

2.2 Sociétés associées et fiducies

La mise en place de fiducies familiales discrétionnaires dans une structure d'entreprise présente généralement de nombreux avantages sur le plan légal et fiscal pour les propriétaires d'entreprises. Toutefois, dans certaines circonstances, l'utilisation de ce type de fiducie est susceptible de provoquer une association sur le plan fiscal entre les sociétés par actions détenues par les différents bénéficiaires de telles fiducies, obligeant notamment le groupe de sociétés associées à séparer entre eux le plafond des affaires de 500 000 $ de revenu imposable annuel admissible à un taux d'imposition des sociétés moindre en vertu de la déduction accordée aux petites entreprises.

C'est dans ce contexte que sont analysées les questions soulevées dans la décision *Moules Industriels (C.H.F.G.)* v. *Canada*[78]. Dans cette affaire, les actes de fiducie de la famille de M. Houle contiennent une clause conférant une discrétion aux fiduciaires concernant l'attribution des revenus et du capital en faveur des bénéficiaires, qui sont notamment les enfants de M. Houle et leurs conjoints respectifs, pour une année donnée, à moins que dans cette année, les conditions prévues à une clause « anti-association aux fins fiscales avec les sociétés par actions des autres bénéficiaires » s'appliquent. Dès que ces conditions sont remplies, toutes les parts en revenu et capital de tous les bénéficiaires visés par cette clause ne peuvent alors excéder 24,99 %.

La position du contribuable était que cette clause empêche la règle prévue à l'alinéa 256(1.2)f) LIR concernant la propriété présumée par les bénéficiaires des fiducies, d'actions détenues par les fiducies, de trouver application de manière à établir un des liens d'association prévus au paragraphe 256(1) LIR entre les sociétés par actions des bénéficiaires des fiducies et les sociétés contrôlées par M. Houle.

78. 2018 TCC 85.

Après avoir analysé les actes de fiducies, le juge en vient à la conclusion que la fiducie demeure une fiducie discrétionnaire, c'est-à-dire que si les conditions prévues à la clause « anti-association » ne sont pas respectées pour une année donnée, les fiduciaires conservent la discrétion d'attribuer entre 0 % et 100 % des revenus ou du capital entre les différentes bénéficiaires alors que si les conditions prévues à la clause « anti-association » sont respectées, les fiduciaires conseervent la discrétion d'attribuer entre 0 % et 24,99 % à ce bénéficiaire.

Pour le juge, le texte de loi prévu au sous-alinéa 256(1.2)f)(ii) LIR est clair. Lorsque la part d'un bénéficiaire sur le revenu ou le capital de la fiducie est conditionnelle au fait qu'une personne exerce ou n'exerce pas un pouvoir discrétionnaire, la totalité des actions d'une société détenues par une fiducie sont réputées être la propriété de chacun des bénéficiaires. En conséquence, la demande visant à considérer les sociétés contrôlées par M. Houle et celles contrôlées par les bénéficiaires des fiducies de M. Houle comme étant non associées aux fins fiscales a été rejetée.

Cette décision est particulièrement importante pour les notaires impliqués dans la rédaction d'actes de fiducie, puisqu'elle reflète la nécessité d'examiner en détail la rédaction des clauses afin d'assurer une interaction conforme entre les pouvoirs des fiduciaires par rapport aux incidences fiscales que de tels pouvoirs peuvent engendrer. Dans le présent cas, l'absence de discrétion des fiduciaires était un élément essentiel à la réalisation de leur objectif fiscal, soit la mise en place d'une fiducie visée par le sous-alinéa 256(1.2)f)(iii) LIR. L'obtention de précisions additionnelles quant à la volonté des parties, la consultation d'experts fiscaux en matière de fiducie et une approche différente sur le plan de la rédaction de l'acte de fiducie auraient certes permis d'atteindre les objectifs des parties à cet acte.

Les modifications récentes apportées à la LIR ayant pour objet de réduire, dans un groupe de sociétés associées, le plafond des affaires admissible à la déduction pour petite entreprise, lorsque les revenus de placements de ce groupe excèdent 50 000 $ pour l'année d'imposition précédente[79], entraîneront certes un accroissement

79. Élimination complète du plafond des affaires admissible à la déduction pour petite entreprise lorsque les revenus de placements du groupe de sociétés associées excédent 150 000 $ pour l'année précédente.

des planifications fiscales visant l'« anti-association » ou la « désassociation » de groupes de sociétés. L'utilisation de fiducies familiales de type non discrétionnaire répondant aux critères prévus au sous-alinéa 256(1.2)f)(iii) LIR pourrait par conséquent devenir plus fréquente.

2.3 Résidence fiscale d'une fiducie

La résidence fiscale des fiducies est un sujet qui fait couler beaucoup d'encre depuis plusieurs années, compte tenu de la flexibilité de ce véhicule et des planifications fiscales qui ont été mises en place visant à éluder l'impôt provincial[80].

L'affaire *895410 Alberta Ltd.* c. *Agence du revenu du Québec*[81] porte sur les critères permettant de déterminer la résidence d'une fiducie et son assujetissement à l'impôt. Dans cette cause, le fiduciaire de la Fiducie Haifa est la société 895410 Alberta Ltd. En outre, le constituant et les bénéficiaires de la fiducie de même que l'actionnaire unique de la société fiduciaire sont résidents du Québec. Le juge de la Cour du Québec, en se basant sur les paramètres établis dans l'arrêt *Fundy Settlement*[82], assimile les fiducies et les sociétés par actions aux fins de préciser le lieu de résidence fiscale des fiducies, c'est-à-dire qu'aux fins de cette détermination, il faut examiner le lieu où s'exerce les activités véritables et que ces activités sont pratiquées là où s'exercent effectivement sa gestion centrale et son contrôle.

À la suite d'une analyse des faits, le juge en vient à la conclusion que la gestion centrale et le contrôle de la Fiducie Haifa s'effectue au Québec et que cette fiducie est résidente du Québec et non de l'Alberta. L'analyse démontre que la Fiducie Haifa est en fait un véhicule d'investissement de M. Zaffir et sa famille, lesquels sont résidents du Québec. M. Zaffir prend toutes les décisions importantes relativement aux investissements de la fiducie qui investit presque exclusivement dans des immeubles situés au Québec. Le fait d'interposer une société constituée en Alberta à titre de fiduciaire dont l'administrateur est un résident de l'Alberta, qui a peu ou

80. Notamment les planifications fiscales agressives communément appelées « Truffles ». Voir « Les planifications fiscales agressives – Document de consultation » émis par le gouvernement du Québec, janvier 2009, p. 6 et 7.
81. 2018 QCCQ 2581.
82. *Fundy Settlement* c. *Canada*, 2012 CSC 14.

pas de lien avec M. Zaffir, le seul actionnaire de la société albertaine, n'est pas suffisant pour établir le lieu de résidence de la fiducie en Alberta. En effet, la fiducie n'a pas d'activité en Alberta et le contrôle réel de la fiducie et de la société albertaine est exercé par M. Zaffir à titre d'actionnaire unique de la société, lequel possède le pouvoir de nomination des administrateurs ainsi qu'un pouvoir de destitution du fiduciaire prévu à l'acte de fiducie.

Cette décision devrait interpeller tout notaire mandaté dans la mise en place de ce type de structure, impliquant des fiducies à connotation interprovinciale, par des résidents du Québec, à interroger les parties à propos des motifs les poussant à s'aventurer dans ce type de structure.

2.4 Règle générale anti-évitement et fiducie

Une planification fiscale assez inusitée impliquant l'utilisation de la règle d'attribution communément appelée « fiducie avec droit de retour » prévue au paragraphe 75(2) LIR est devenue l'objet d'une analyse de la Règle générale antiévitement (RGAE) dans la décision *Fiducie financière Satoma* v. *Canada*[83].

De manière à déclencher l'application du paragraphe 75(2) LIR, la société 9134-1024 Québec inc., bénéficiaire de la Fiducie financière Satoma, a effectué un don de 100 $ à cette dernière, laquelle a utilisé cette somme pour acquérir des actions de la société 9163-9683 Québec inc.

Le stratagème fiscal mis en place permettait ensuite à la société 9163-9683 Québec inc. de verser des dividendes à la fiducie. En application du paragraphe 75(2) LIR, les dividendes reçus par la fiducie étaient imposés entre les mains de la société 9134-1024 Québec inc., laquelle profitait alors de la déduction pour dividende inter-société prévu au paragraphe 112(1) LIR afin de ne pas payer d'impôt. À la suite de ces opérations, la fiducie était en position d'extraire les montants de dividendes reçus, qui sont devenus du capital pour elle, en faveur des particuliers bénéficiaires de la fiducie. Toutefois, au moment où l'Agence du revenu du Canada émet l'avis de cotisation à la fiducie en vertu de l'alinéa 12(1)j) LIR, les fiduciaires n'ont pas attribué le capital aux particuliers bénéfi-

83. 2018 FCA 74. Voir D. BRUNEAU, préc., note 60, p. 244 et 245.

ciaires, mais ont plutôt réinvesti les sommes dans les opérations de la société.

Fiducie financière Satoma base son argumentaire sur le principe établi dans l'arrêt *OSFC Holdings Ltd*[84] et en infère qu'un avantage fiscal doit être matérialisé avant d'être reconnu comme tel aux fins de l'application de la RGAE et par conséquent, une détermination d'abus de la loi serait hypothétique et prématurée tant que les fiduciaires n'ont pas pris la décision d'attribuer le capital en faveur de particuliers bénéficiaires. Toutefois, la Cour d'appel fédérale confirme l'analyse du juge de première instance pour qui une fiducie est réputée être une personne physique redevable de l'impôt sur tous les revenus imposables reçus aux fins de la LIR. Par conséquence, l'avantage fiscal est bien matérialisé au moment de l'émission de l'avis de cotisation.

L'objet du paragraphe 75(2) LIR étant d'empêcher les contribuables de fractionner les revenus provenant de leur capital en utilisant une fiducie et non de permettre la sortie sans imposition de sommes non imposés, le tribunal a vu un abus de la LIR dans la planification élaborée par Fiducie financière Satoma.

Cette décision met en perspective les limites liées à l'utilisation d'un outil flexible comme la fiducie lorsque les motifs de mise en place et les résultats obtenus à l'aide de ce véhicule ont pour objet d'éluder le paiement d'impôt.

CONCLUSION

Les décisions répertoriées dans le cadre de cette revue jurisprudentielle n'auront pas pour effet de changer les paramètres d'analyse et d'interprétation des lois fiscales par les tribunaux. La revue met toutefois en perspective le penchant des autorités fiscales à utiliser toutes sortes de moyens afin de contester, à bon droit ou non, les transactions impliquant des transferts de biens immobiliers ainsi que celles qui n'ont pas d'objet commercial véritable. Les administrateurs de sociétés et les conjoints qui réalisent des transactions entre eux devraient s'assurer que les sommes dues aux autorités fiscales sont correctement remises afin d'éviter d'en être tenus pour responsables.

84. *OSFC Holdings Ltd.* v. *Canada*, préc., note 66.

Les transactions réalisées entre une société et son actionnaire et la qualification appropriée du traitement fiscal lié à une opération, à un revenu ou à une déduction sont également au cœur des préoccupations des autorités fiscales et ont fait l'objet de nombreux débats devant les tribunaux au cours de la dernière année. Quant aux fiducies, les autorités fiscales apparaissent être plus aux aguets qu'auparavant, afin de répertorier et de cotiser les planifications fiscales qui sont réalisées à l'aide de ce véhicule juridique fort populaire.