

Fiscalité et fiducie

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2014 EN FISCALITÉ ET FIDUCIE

Diane BRUNEAU

Volume 117, numéro 1, 2015
REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2014

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1043517ar>
DOI : <https://doi.org/10.7202/1043517ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)
2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

BRUNEAU, D. (2015). REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2014 EN FISCALITÉ ET FIDUCIE. *Revue du notariat*, 117(1), 155–193. <https://doi.org/10.7202/1043517ar>

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2014 EN FISCALITÉ ET FIDUCIE

Diane BRUNEAU*

INTRODUCTION	159
1. IMPÔT ET TAXES.	159
1.1 Suivi de décisions commentées l’an dernier	159
1.1.1 Du devoir d’enquête des contribuables pour réclamer les crédits de taxe.	159
1.1.2 Rectification	161
1.1.3 Contrôle de fait	163
1.2 Nouvel argument invoqué en Cour et prescription	164
1.3 Demande péremptoire ou demande formelle de paiement auprès d’un tiers	165
1.4 Le fisc et la valeur de rachat de polices d’assurance	167
1.5 Quand ce sont les intérêts ou pénalités qui dérangent	168
1.6 Certificat du fisc lors d’une distribution en matière de faillite.	169

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

1.7	Perte déductible au titre d'un placement d'entreprise (PDTPE)	172
1.8	Immobilier et taxes de vente	173
1.9	Terrain de la résidence principale	176
1.10	Terre agricole et exonération du gain en capital	177
1.11	Revenu d'entreprise ou un gain en capital	178
1.11.1	Vente d'actions de sociétés privées	178
1.11.2	Vente d'immeubles	180
1.12	Simulation et le fisc	181
1.13	Succession et impôt sur le REÉR.	183
1.14	Indice de richesse	183
1.15	Encore et toujours l'article 160 L.I.R..	184
1.16	Travailleur autonome ou employé dans une relation tripartite ?	186
1.17	Quelques décisions en vrac.	187
1.17.1	Refus des frais de services entre sociétés liées	187
1.17.2	Loyer – revenu de bien ou d'entreprise ?	187
1.17.3	Divorce et compte occulte à l'étranger	188
1.17.4	Offre d'achat dans cinq ans – quelle est la valeur marchande ?	188
1.17.5	Notaire et roulement	189
2.	FIDUCIES	189
2.1	Suivi de décisions commentées l'an dernier	189

2.1.1	<i>Giroux c. Langlois</i>	189
2.1.2	<i>Bell c. Molson</i>	190
2.2	Faculté d'élire	191
2.3	Vente sans la connaissance d'un des deux fiduciaires	192

INTRODUCTION

Cette chronique portera principalement sur la fiscalité et accessoirement sur le droit civil de la fiducie. En matière fiscale, nous nous attarderons surtout aux décisions des plus hautes instances ou aux cas susceptibles d'intéresser particulièrement les notaires. Pour les fiducies, les quelques affaires qui marquent un nouveau tournant ou confirment la doctrine seront discutées. Même si certaines décisions sur la fiducie ont déjà été commentées aux Cours de perfectionnement du notariat de novembre 2014¹ nous y reviendrons tout de même.

1. IMPÔT ET TAXES

1.1 Suivi de décisions commentées l'an dernier

1.1.1 *Du devoir d'enquête des contribuables pour réclamer les crédits de taxe*

L'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Salaison Lévesque*² a été rendu. La Cour a rejeté la demande du fisc. Il s'agissait d'une société qui s'était vue refuser le remboursement de ses crédits de taxe sur les intrants. Le fisc, dans le cadre de son offensive contre les fausses factures et factures de complaisance, prétendait que cette société aurait dû savoir que les agences de placement de personnel avec qui elle avait fait affaires n'étaient pas honnêtes et ne remettraient pas les taxes perçues. Le fisc a invoqué qu'il s'agissait de fausses factures émises par des agences n'ayant aucune activité commerciale et n'ayant pas les ressources pour fournir les services.

Or, en appel, la Cour a reconnu que la contribuable avait réussi à prouver que les agences de placement, malgré leur comportement répréhensible, faisaient figure d'une véritable entreprise et qu'au

1. Diane BRUNEAU et Julie LORANGER, « La fiducie : 20 ans plus tard », conférence (Cours plus) présenté aux cours de perfectionnement de novembre 2014.

2. *Canada c. Salaison Lévesque*, 2014 CAF 296. Pour notre commentaire sur la décision de 1^{re} instance voir Diane BRUNEAU, « Fiscalité et fiducie », (2014) 116-1 R. du N. 127, section 1.8, 140.

final les services de personnel qu'elle avait payés lui ont effectivement été rendus.

A contrario, de l'avis de la Cour, le fisc n'a pas réussi en réponse à cela à prouver que les noms des fournisseurs ou intermédiaires sur les factures n'étaient pas les bons. Il s'agirait de plus de la seule question pertinente. La Cour d'appel dit en effet :

Le Règlement est clair et la seule véritable question devant le juge dans le présent dossier était de déterminer si Salaison avait présenté des factures décrivant le nom du fournisseur du service ou de l'intermédiaire tel que requis par le Règlement. Ceci est une question de fait.³

Ainsi, même si Salaison Lévesque était de bonne foi, si elle n'avait pas eu assez d'éléments pour apporter une preuve *prima facie* d'une relation commerciale avec un fournisseur véritable ou si le fisc avait pu établir qu'une autre entité était le véritable fournisseur, elle aurait pu perdre ses crédits.

Dans *Kosma-Kare c. Canada*⁴ rendue antérieurement, la Cour d'appel fédérale avait rejeté la demande de remboursement des crédits de taxe sur les intrants pour de tels services payés à des agences de placement. Dans cette affaire, la société était impliquée dans des factures de complaisance et la preuve a révélé que ces factures n'avaient pas été émises par le véritable fournisseur de services ou son intermédiaire.

Pendant, pour la somme réclamée par le fisc au-delà du délai de prescription, la Cour rejette la cotisation, puisque la société n'a démontré aucune négligence, inattention ou omission volontaire à l'effet qu'elle faisait affaires avec des entités qui n'étaient pas les fournisseurs de service. Cela démontre bien que la bonne foi importe peu pour décider si un contribuable a droit ou non à son remboursement.

Dans *Les Entreprises Drf Inc. c. Canada*⁵, dans le même genre d'affaires, la contribuable n'a pas pu obtenir ses crédits de taxe car il n'a même pas pu démontrer que les services lui avaient été rendus.

3. *Ibid.*, par. 17.

4. 2014 CAF 225.

5. 2014 CAF 159.

Il y a eu trop d'enthousiasme à la suite du jugement de première instance dans *Salaison Lévesque*. Il est vrai que le contribuable n'a pas à faire une recherche exhaustive sur son fournisseur. Cependant, suivant ce qui précède, même le contribuable de bonne foi doit non seulement vérifier les numéros de taxes du fournisseur, mais il doit aussi vérifier si son fournisseur présente les éléments d'une existence légale et que les personnes (ou intermédiaires) qui rendent les services ou fournissent les biens soient ceux inscrits sur la facture.

Il est à noter que cette question du comportement fautif des agences de personnel devrait être en grande partie réglée lorsque les nouvelles attestations requises pour ce secteur d'activité⁶ à la suite du Budget du Québec de 2014 seront en vigueur⁷.

1.1.2 Rectification

Rectification d'un gel successoral

La décision de la Cour suprême du Canada dans *Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc.*⁸, a établi que pour pouvoir obtenir la rectification d'un contrat, il faut prouver que l'*instrumentum* de la transaction ne reflète pas le *negotium*. Une récente décision de la Cour supérieure du Québec⁹ a appliqué cet enseignement. M. Lemair a réussi à prouver que l'erreur professionnelle de son fiscaliste dans son gel successoral se qualifiait à la rectification, malgré l'opposition des deux Agences du revenu qui lui avaient transmis de juteuses cotisations totalisant environ 500 000 \$ pour un dividende présumé reçu. La Cour a autorisé la modification du roulement fiscal fait dans le cadre de ce gel afin de lui permettre d'éliminer les conséquences fiscales qui découlaient des documents qu'il avait signés. La Cour a ainsi donné son accord à l'annulation d'un billet à demande de plus de 1,3 M \$, à la modification des formulaires de roulement fiscaux et du capital déclaré des actions, de même qu'aux déclarations de revenu et livres de la société. La Cour a trouvé convaincante la preuve que le contribuable et sa comptable s'étaient entendus avec leur fiscaliste pour effectuer

6. Ou dans le secteur de la fourniture de contrats de construction.

7. *Loi concernant principalement la mise en œuvre de certaines dispositions du discours sur le budget du 4 juin 2014 et visant le retour à l'équilibre budgétaire en 2015-2016*, projet de loi n° 28 (sanctionné – 21 avril 2015), 1^{re} sess., 41^e légis. (Qc).

8. 2013 CSC 65.

9. *Lemair c. Québec (Procureur général)*, 2015 QCCS 1142.

un roulement complet sans conséquence fiscale ne comportant aucun billet ou encaissement. Cette entente initiale était appuyée par un mémorandum décrivant cette transaction. Ce serait au fil de la délégation de l'exécution du gel à l'intérieur de la firme du fiscaliste que l'idée du billet aurait surgi par erreur et fait l'objet d'un second mémorandum. Pour la Cour, le mémorandum pertinent représentant le véritable *negotium* est donc celui de départ auquel avait acquiescé le contribuable, et cela même si un second mémorandum faisait état du billet controversé et que le contribuable avait signé ce billet lors de la clôture.

Nous sommes loin de l'époque où les erreurs professionnelles ne donnaient qu'un recours en responsabilité. Mais en plus d'illustrer la doctrine de la rectification, cette décision rappelle que l'on ne peut généralement pas, à l'occasion d'un roulement par échange ou conversion d'actions, encaisser au comptant ou à l'aide d'un billet le coût fiscal des actions (PBR) s'il n'est pas appuyé par un capital versé d'autant au niveau de la catégorie d'actions. Tout excédent du capital versé remis à un actionnaire constituera un dividende réputé.

Rectification par acte de cession

Lorsqu'une erreur est constatée au niveau de la propriété d'un immeuble, le correctif envisagé peut être un acte de cession. Même s'il est valide entre les parties, un tel contrat n'a pas un effet rétroactif face au fisc, du moins lorsque ce dernier agit comme un tiers en recouvrement. Dans *St-Denis c. Canada*¹⁰, un immeuble a été vendu au contribuable alors que deux autres immeubles ont été vendus en même temps à sa mère, dont un pour 1 \$, soit celui qui a fait l'objet d'une erreur de propriétaire. Or, cette dame s'est retrouvée par la suite endettée envers le fisc. L'immeuble au nom de la mère a subséquentement été transféré au fils pour 1 \$ par acte de cession, sans toutefois mentionner que cette vente visait à corriger le nom du véritable propriétaire, qui aurait dû être dès le départ le fils et non sa mère. Après la réception de la cotisation relatée ci-après, le notaire a aussi fait un acte de rectification pour faire déclarer aux parties que, lors du premier achat, c'est le fils qui était l'acquéreur et non la mère.

10. 2014 CAF 127. Voir aussi la décision de première instance : *St-Denis c. La Reine*, 2013 CCI 179.

S'appuyant sur l'acte de cession de l'immeuble de la mère au fils pour 1 \$, soit un prix inférieur à la valeur marchande entre personnes ayant un lien de dépendance, le fisc a réclamé du fils la dette fiscale de la mère d'environ 55 000 \$¹¹. Le fils a opposé au fisc son acte de rectification qui a corrigé l'erreur et qui ne constitue pas un véritable transfert d'immeuble. Malheureusement, le juge de première instance, en dépit du témoignage du notaire, refuse de croire en une véritable erreur de nom lors de l'achat initial des immeubles. Il ne donne aucun effet rétroactif à l'acte de cession, qui de plus ne contient pas de référence à cette erreur. Le juge a reproché au fils de ne pas avoir plutôt utilisé l'inscription en faux. La Cour d'appel fédérale, sans se prononcer sur la pertinence de cette inscription en faux a rejeté l'appel du fils dû à son manque de crédibilité.

Il est à noter qu'en l'absence des difficultés de la cédante à l'égard du fisc, la cession à son fils aurait rempli son rôle sans avoir à payer les frais d'un recours en justice. Cela rappelle que le notaire qui reçoit tout acte pour un prix inférieur à la valeur marchande du bien vendu entre membres d'une famille, doit ajouter à sa liste de vérifications une mise en garde sur le risque de l'existence d'une dette fiscale du cédant.

1.1.3 Contrôle de fait

La Cour d'appel fédérale a confirmé le jugement de première instance rendu dans *Lyrtech RD inc. c. Canada*¹², concluant que la société n'était pas une société privée sous contrôle canadien (« SPCC »). Ce statut est utile pour obtenir des avantages fiscaux ciblés, notamment ici au niveau de dépenses de recherche et développement. La Cour d'appel a refusé la qualité de SPCC sur la base du contrôle de fait qu'exerçait une société étrangère. Elle a jugé que la société étrangère exerçait une influence dominante au niveau économique sur la société canadienne. Or, ce critère d'une influence économique semble plus large dans cette décision que de seulement questionner l'influence que l'on peut avoir sur le choix des administrateurs (qui est généralement le critère du contrôle de fait).

11. En vertu de l'article 325 de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15 (et modifications) (ci-après « L.T.A. ») qui correspond à l'article 160 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.) (et modifications) (ci-après « L.I.R. »).

12. 2014 CAF 267.

Le fisc en avait aussi appelé de la décision de première instance de ne pas appliquer un contrôle de droit indirect par les bénéficiaires potentiels d'une fiducie¹³. Cette interprétation favorable aux contribuables avait fait grand bruit. Or, la Cour d'appel a malheureusement décidé de ne pas se prononcer sur cette question, confirmant le caractère d'*obiter* de ce volet.

1.2 Nouvel argument invoqué en Cour et prescription

Lorsqu'une société se qualifie à titre de « grande société »¹⁴, elle doit suivant le paragraphe 165 (1.11) L.I.R., dès la présentation de son avis d'opposition à une cotisation, divulguer son argumentation (chaque question à trancher, les sommes en jeu et les motifs et faits invoqués) et s'en tenir à cette version. Bref, le fisc veut savoir dès le début ce qui est en litige et quelles sommes sont en jeu. Si la société n'a pas prévu tous les arguments pertinents, elle ne pourra pas se reprendre au niveau du tribunal. Nous pouvons voir un exemple de la rigidité de cette exigence dans *Bakorp Management Ltd. c. Canada*¹⁵. Dans cette affaire, le contribuable voulait invoquer que des revenus n'avaient pas été comptabilisés dans la bonne année. En opposition, il avait simplement contesté le montant du revenu avec référence à la disposition de la loi qu'il entendait plaider. Cela a été jugé insuffisant. Il aurait fallu qu'il ajoute en quoi cette disposition était utile à sa cause. La Cour n'a pas permis cet ajout d'information par la suite.

Le fisc est plus avantagé que le contribuable à ce niveau. La L.I.R. prévoit que dans le cadre d'un appel d'une cotisation de l'Agence, cette dernière peut invoquer un nouvel argument¹⁶. Dans *Canada c. Last*¹⁷, le contribuable a tenté de trouver une solution originale pour contrer sa cotisation. Il a soutenu que la cotisation du fisc devait être annulée. Plus précisément, il prétendait que le gain en capital cotisé sur la vente de ses actions aurait dû plutôt être

13. L'argument voulait que les bénéficiaires du capital de cette fiducie n'ayant qu'un droit aléatoire, ils ne pouvaient pas avoir le contrôle indirect de Lyrtech en vertu des dispositions 251(5) (b) (i) et 248(25) L.I.R., préc., note 11.

14. Préc., note 11, par. 225.1(8) L.I.R. Ce sont les sociétés qui ont un capital imposable utilisé au Canada de plus de 10 M \$ au sens de l'ancienne taxe sur le capital. On tient compte du capital des sociétés liées et associées.

15. 2014 CAF 104.

16. Préc., note 11, par. 152 (9) L.I.R. Voir sur la validité d'un nouvel argument la décision *Gramiak c. Canada*, 2015 CAF 40.

17. 2014 CAF 129 (demande d'autorisation d'appeler à la Cour suprême rejetée, C.S.C., 13-11-2014, 36007, 2014 CanLII 67426).

traité comme étant du revenu d'entreprise. Une fois la cotisation ramenée à zéro, le contribuable prétendait aussi que le fisc ne pouvait plus invoquer un nouvel argument pour le cotiser sur du revenu d'entreprise, puisque les années en cause étaient devenues prescrites.

La Cour d'appel fédérale n'a pas été de cet avis. Selon elle, tant que le montant de la cotisation reste le même, l'appel concerne toujours l'imposition liée à la vente des actions. Que le montant qui a été cotisé soit du gain en capital ou du revenu d'entreprise importe peu. Le fisc peut apporter de nouveaux arguments ou une nouvelle base d'imposition en appel pour confirmer le montant initial de sa cotisation. Cependant, comme le fisc ne peut aller en appel de sa propre cotisation, il ne pourra pas augmenter le montant total exigé (pour imposer ici la moitié non imposable du gain en capital)¹⁸.

Quant à une nouvelle cotisation pour l'excédent du montant cotisé initialement, là la Cour d'appel donne raison au contribuable et elle ne sera permise que si les règles de la prescription sont observées.

La Cour d'appel fédérale ajoute sur un autre point que, si le contribuable reconnaît qu'il aurait dû s'imposer sur un revenu (en l'occurrence ici du revenu de location), cela « *équivalait à admettre qu'il a fait une présentation erronée des faits, par négligence, inattention ou omission volontaire* »¹⁹, de sorte que cela permet de cotiser au-delà du délai de prescription. La prescription de trois ou quatre ans n'est en effet plus ce qu'elle était. Avec toutes ces brèches ouvertes par les tribunaux, elle ne semble applicable que dans des cas de différence d'interprétation entre le fisc et le contribuable sur la nature d'un revenu ou d'une dépense.

1.3 Demande péremptoire ou demande formelle de paiement auprès d'un tiers

Une demande péremptoire du fisc peut servir à obtenir des informations sur un contribuable. Par exemple, dans *Agence du revenu du Québec, c. Azran*²⁰ un client de la banque Suisse HSBC,

18. Lors de la présentation du Budget de 2015, le ministère des Finances du Canada a annoncé que la loi serait précisée afin de reconnaître que le fisc peut changer la nature du revenu cotisé tant que le montant total ne change pas.

19. Préc., note 17, par. 51.

20. 2014 QCCQ 12449.

qui n'avait pas déclaré son compte étranger, a dû obtempérer à la demande à son égard.

Ces demandes peuvent aussi concerner des tiers. Les notaires ont réussi jusqu'à maintenant à protéger le secret professionnel face à de telles demandes péremptoires de renseignements du fisc. La décision rendue par la juge Bich de la Cour d'appel du Québec²¹ confirmant l'inconstitutionnalité de ces dispositions des lois fiscales a toutefois été portée en appel auprès de la Cour suprême du Canada²². En attendant, une demande péremptoire a été maintenue dans *Canada c. Shabitai*²³. Elle était adressée à une institution financière et concernait la divulgation des transactions du compte en fidéicomis du notaire ! Le juge a refusé de retirer ces éléments de la preuve, considérant qu'il s'agissait d'écritures comptables et que si la cause se poursuit et révèle un cas de fraude, le secret professionnel pourrait être levé. Le fisc a-t-il pu ainsi accéder indirectement par l'institution financière à ce qu'il ne pouvait avoir directement auprès du notaire (qui aurait opposé le secret professionnel) ? Rappelons que ce secret professionnel est un privilège destiné aux clients, et il ne se trouve pas protégé ici si le fisc peut obtenir le registre des dépôts de toutes les transactions du notaire pour une période donnée. Certes, il pourrait s'agir d'une fraude.

Or, on peut en apprendre plus sur l'exception de crime qui empêche la naissance du secret professionnel dans *Ménard c. Agence du revenu du Québec*²⁴. La Cour d'appel du Québec y précise que ce n'est pas suffisant d'invoquer que le client a consulté le notaire avant de commettre un crime. Il faut que les services demandés au notaire fassent partie du crime :

Lorsque la communication n'est pas en elle-même de nature criminelle, qu'il n'est pas établi que le client poursuit un dessein criminel ou que la finalité du recours au conseiller juridique soit de faciliter la commission d'un crime, l'exception de crime ne s'applique pas.²⁵

En plus d'exiger des documents d'un tiers, le fisc peut exiger de recevoir paiement des sommes qu'un tiers doit à un débiteur fiscal.

21. *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, 2014 QCCA 552.

22. *Procureur général du Canada, et al. c. Chambre des notaires du Québec, et al.*, [2014] C.S.C.R. 234, 2014 CanLII 76801 (C.S.).

23. 2014 QCCS 2287.

24. 2014 QCCA 589.

25. *Ibid.*, par. 56.

À titre d'exemple, dans *Canada c. Caisse Desjardins de Québec*²⁶, l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») a demandé à une Caisse Desjardins le versement de sommes d'argent se trouvant dans le compte d'épargne d'un client, bénéficiant par ailleurs d'un crédit variable, pour le paiement de taxes sur les produits et services non payées²⁷. La Caisse s'est opposée à ce paiement en invoquant la compensation. La Caisse a dû se défendre en Cour afin de ne pas être elle-même tenue responsable des sommes non remises suivant la demande formelle de paiement. Elle a prétendu avec succès qu'elle n'était plus débitrice des sommes du compte d'épargne, en raison de la compensation qui avait eu lieu entre ce compte et le solde à payer en fonction du crédit variable. Elle a ainsi réussi à prouver que, compte tenu de l'état d'insolvabilité du client, son entente de crédit variable permettait de conclure à l'exigibilité des sommes dues. Heureusement que l'insolvabilité et non pas juste la faillite faisait partie de la clause de déchéance du terme ici.

Dans *Fiducie Alex Trust c. Canada*²⁸, c'est une fiducie de protection des actifs servant à protéger une résidence qui a reçu une demande formelle de paiement en tant que tiers saisi²⁹ de la somme représentant le solde restant dû à l'un des vendeurs de la résidence. En l'absence d'états financiers de la fiducie, le fisc et les juges n'ont pas accepté la version de ce vendeur qui disait avoir déjà été remboursé par la fiducie avec de l'argent emprunté d'un tiers. La cotisation du fisc envers ce contribuable avait pour origine sa responsabilité en tant qu'actionnaire d'une société ayant fait défaut de faire ses remises de taxes.

La protection des actifs d'une fiducie est donc limitée si un débiteur fiscal est créancier de la fiducie. Il est à noter que les billets à demande servant à rendre payable du revenu au bénéficiaire constituent autant de créances permettant au fisc d'enclencher le processus de demande formelle de paiement auprès de la fiducie.

1.4 Le fisc et la valeur de rachat de polices d'assurance

La valeur de rachat d'une police d'assurance peut-elle est réclamée par l'impôt ?

26. 2014 CAF 279.

27. En vertu de l'article 317 L.T.A., préc., note 11, partie IX.

28. 2014 CAF 123.

29. En vertu de l'article 317 L.T.A., préc., note 11.

Dans *London Life Cie d'assurance-vie c. Canada*³⁰ le fisc a fait une saisie de onze polices d'assurance-vie de la société Projexia Conseils inc. qui en était la titulaire et seule bénéficiaire. L'assurée était la seule administratrice et actionnaire de cette société. La London Life voulait d'abord que son intérêt à agir en Cour soit reconnu et, en l'absence d'une demande de rachat de sa cliente, s'opposait à cette saisie en mains tierces de la valeur de rachat. La Cour d'appel fédérale a reconnu l'intérêt requis de la London Life mais a jugé valide cette saisie directement de la valeur de rachat³¹. Pour la Cour, même en l'absence de faillite, la valeur de rachat d'une police qui n'est pas insaisissable en vertu des articles 2457 et 2458 C.c.Q., peut être réclamée par un créancier car il ne s'agit pas d'un droit personnel.

1.5 Quand ce sont les intérêts ou pénalités qui dérangent

Parfois une cotisation fiscale est tout à fait justifiée et le contribuable le reconnaît. Ce qui le choque cependant c'est l'application automatique des intérêts qui en découlent. Or, il existe un mécanisme administratif du « dossier équité » qui permet de demander l'annulation des intérêts cotisés³². L'arrêt *Gilbert c. Canada*³³ illustre qu'une telle décision discrétionnaire du fisc est susceptible de contrôle par la Cour fédérale³⁴. Le contribuable ne peut cependant pas profiter de cette demande pour revoir le fondement de sa cotisation qui sous-tend ces intérêts. Mais il pourrait par exemple invoquer les agissements du fisc.

La Cour d'appel du Québec s'est aussi penchée sur ce sujet dans l'affaire *Agence du revenu du Québec c. Technostructur inc. (175094 Canada inc.)*³⁵. On y affirme que la décision de réduire ou d'annuler les intérêts dus sur une créance fiscale ne relève pas de la Cour mais du pouvoir discrétionnaire du ministre du Revenu³⁶ en vertu de l'article 94.1 de la *Loi sur l'administration fiscale* (« L.A.F. »)³⁷. Toutefois, il en va autrement des pénalités administratives pour lesquelles, en plus de pouvoir demander l'application de

30. 2014 CAF 106 (demande d'autorisation d'appeler rejetée (C.S.C., 29-01-2015, 35961, 2015 CanLII 3379).

31. Sans saisir d'abord la police.

32. Préc., note 11, par. 220 (3.1) L.I.R.

33. 2014 CF 890.

34. Et non par la Cour canadienne de l'impôt.

35. 2014 QCCA 533.

36. Comme au fédéral cette décision pourrait ensuite être contestée.

37. *Loi sur l'administration fiscale*, RLRQ, c. A-6.002 (ci-après « L.A.F. »).

cette discrétion du Ministre, le contribuable peut opposer une défense de diligence raisonnable au cours de son opposition à sa cotisation, malgré le silence de la loi sur le degré de conduite reproché.

1.6 Certificat du fisc lors d'une distribution en matière de faillite

Malgré ses avantages, la proposition concordataire place les parties dans une position délicate. Le débiteur conserve l'exploitation de ses affaires, mais la faillite lui pend au bout du nez. Les créanciers essaient de sauver ce qu'ils peuvent. Attention car le fisc aussi...

Une affaire de tractations dans le cadre d'une telle proposition a résulté en la responsabilité personnelle de l'actionnaire d'une société créancière (on l'appellera « Congiu inc. »), pour le montant de la cotisation pour taxes du Québec de 153 883 \$ (plus la portion fédérale). Ironiquement, ce sont ces cotisations qui avaient été à l'origine des difficultés financières de la société immobilière en faillite (ci-après « Canada inc. »). Il est à noter que cette actionnaire était liée à Canada inc.

Madame Congiu, l'actionnaire de Congiu inc., a échoué dans ses causes contre le fisc fédéral et québécois au niveau des cours d'appel des deux juridictions et la Cour suprême a refusé de l'entendre³⁸.

Au niveau du déroulement de la proposition concordataire, une entente de payer 80 000 \$ aux créanciers avait été acceptée. Canada inc. avait fait deux versements sur trois et prévoyait faire le dernier versement de 20 000 \$ avec la vente de son immeuble. M^{me} Congiu a acheté les actions de Canada inc. pour 1 \$ et en est devenue administratrice. Canada inc. lui a vendu les immeubles pour plus de 1M \$. Après le paiement des créanciers hypothécaires, il restait à Canada inc. un profit de 406 000 \$ qui a été versé à Congiu inc. Au moment de ce paiement, aucune somme n'était à remettre au fisc en vertu de la proposition concordataire. Par la suite et pour diverses raisons Canada inc. n'a pas fait le dernier paiement

38. *Congiu c. R.*, 2014 CAF 73 et *Congiu c. ARQ*, 2014 QCCA 242 (demande d'autorisation d'appeler à la Cour suprême des décisions rejetée, C.S.C., 19-03-2014, 35830 et 35833, 2014 CanLII 51415).

prévu à la proposition, mais finira tout de même par le faire plus tard en janvier 2005.

En raison de ce défaut, le fisc a demandé la mise en faillite de Canada inc. pour non-respect du concordat, ce qui lui a été accordé en mai 2005. La réclamation à la faillite du fisc redevient ainsi au montant de la cotisation initiale et le fisc se tourne vers M^{me} Congiu personnellement ainsi que vers sa société Congiu inc. pour recouvrer cette somme, soit 189 763 \$ (plus la partie fédérale). Le fisc invoque que, avant d'autoriser la distribution de la somme de 406 000 \$ en tant qu'administratrice de Canada inc., M^{me} Congiu aurait dû faire une demande de certificat de distribution³⁹, puisque la dette du fisc était toujours présente en raison d'une faillite potentielle. M^{me} Congiu s'y oppose en invoquant le fait que cet article ne s'applique pas lorsqu'une société s'est prévaluée de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*⁴⁰, la faillite éteignant la dette fiscale. Le texte de la L.I.R. exclut en effet spécifiquement le syndic de l'exigence du certificat.

Or, la Cour d'appel du Québec est d'avis que cette exception ne s'applique qu'au syndic en cas de faillite. Même si le fisc était au courant de la vente des immeubles, puisqu'il était un inspecteur durant le concordat, ce dernier n'ayant finalement pas fonctionné, le fisc était en droit de se tourner vers une tierce partie qui avait fait une distribution durant la période de la proposition. En effet, le juge dit : « la proposition concordataire a peut-être eu l'effet de reporter dans le temps l'exigibilité de la dette de celle-ci mais pas de l'éliminer »⁴¹. La Cour d'appel n'a pas voulu se prononcer à savoir si le concordat avait été un succès, est-ce que l'administratrice aurait quand même pu être poursuivie ?

La prudence est donc de mise dans l'administration des biens d'une société qui a conclu une proposition concordataire et toute distribution de biens par les administrateurs devrait faire l'objet d'un certificat fiscal. Sans le préciser et trouver justification dans les termes de la loi, la Cour d'appel semble implicitement faire exception pour les paiements faits en vertu du concordat auquel a participé le fisc.

39. En vertu des articles 14 et 14.0.1 de la *Loi sur le ministère du Revenu*, RLRQ, c. M-31 (cette loi a été remplacée par la L.A.F., préc., note 37). Il n'a pas été contesté que la vente des quatre immeubles par Canada inc. représentait une liquidation.

40. *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3.

41. *Congiu c. ARQ*, préc., note 38, par. 42.

Au fédéral, la Cour d'appel a été d'avis que, compte tenu que les arguments étaient les mêmes qu'au Québec, le juge de première instance pouvait appliquer le principe de « courtoisie judiciaire » et rendre le même jugement. La Cour d'appel fédérale souscrit par ailleurs entièrement au raisonnement de la Cour d'appel du Québec, avec le même questionnement à savoir si le certificat aurait été nécessaire si tous les paiements du concordat avaient été faits.

L'histoire ne dit pas quelle aurait été la réponse du fisc à une demande de certificat. Puisqu'une proposition concordataire était en cours, le fisc aurait probablement demandé de garantir le dernier versement de 20 000 \$ (plus la portion fédérale). La société Canada inc. aurait été libérée de sa dette envers le fisc. En s'opposant ici à l'accomplissement du concordat, le fisc a donc trouvé le moyen de récupérer plus de 300 000 \$ auprès de tiers en invoquant l'absence de certificat !

Toujours en matière de faillite, la Cour d'appel du Québec dans *Girard (syndic de)*⁴² a établi que, après la date de la faillite, si en plus de sa réclamation prouvable de créancier ordinaire au syndic, le fisc veut bénéficier de la présomption de validité d'une nouvelle cotisation et des délais d'opposition de la L.I.R., il doit obtenir l'autorisation du tribunal en vertu de l'article 69.3 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. La cotisation est considérée être une procédure en vue du recouvrement d'une créance.

Dans une autre affaire⁴³, la Cour d'appel du Québec a reconnu que même si l'acceptation d'une proposition concordataire par le fisc et son accomplissement sans faillite libèrent le débiteur, cela n'a pas libéré sa conjointe de sa propre responsabilité envers le fisc pour la dette de son mari. Cette conjointe avait reçu du débiteur, quelques années auparavant, un immeuble sans en payer la juste valeur marchande, alors que son mari était déjà endetté envers le fisc⁴⁴.

Le mot d'ordre est donc de prévenir plus particulièrement les tierce parties liées à un débiteur fiscal insolvable ou en voie de l'être, de leur éventuelle responsabilité personnelle envers le fisc, afin qu'ils agissent en toute connaissance de cause. La libération du failli ou du débiteur n'entraînant pas leur propre libération.

42. 2014 QCCA 1922.

43. *Ellinakis c. ARQ*, 2015 QCCA 487.

44. Suivant L.A.F., préc., note 37, art. 14.4 qui est l'équivalent de L.I.R., préc., note 11, art. 160.

1.7 Perte déductible au titre d'un placement d'entreprise (PDTPE)

La *Loi de l'impôt* reconnaît que la perte du capital ayant servi à financer une petite entreprise en actions ou en prêt, a une nature similaire à une perte d'entreprise. Ainsi, dans la mesure où une petite société devient en faillite, devient insolvable ou que ses actions ou titres sont vendus à perte, on devrait s'interroger sur l'admissibilité de la perte de l'actionnaire ou du prêteur à la qualité de « perte déductible au titre d'un placement dans une entreprise »⁴⁵. Ce type de perte en capital permet que la moitié de la perte, soit sa portion déductible, puisse être appliquée contre tout revenu, au lieu d'être limitée à seulement réduire le gain en capital imposable. Si à la fin de la période d'utilisation d'une perte d'entreprise⁴⁶, la PDTPE n'a toujours pas été déduite, elle redevient alors une simple perte en capital admissible sans limite de temps pour l'avenir.

Cependant, certaines conditions doivent être remplies pour y donner droit, comme le rappelle l'arrêt *Coveley c. Canada*⁴⁷. L'un des deux contribuables dans cette affaire n'était pas un actionnaire de la société en difficultés financières. En tant que chercheur, il y avait droit à un salaire qu'il laissait à la société. Au bout de plusieurs années, le total des salaires impayés a dépassé le million de dollars. Réclamant ce montant à titre de PDTPE, il n'a pas réussi à convaincre la juge de première instance que son « prêt » à son employeur avait été fait pour gagner du revenu. La juge a plutôt retenu la version du fisc à l'effet que ce n'était pas le cas, puisque aucun intérêt n'avait été prévu sur ce « prêt », contrairement à l'exigence que l'on retrouve à l'alinéa 40(2) (g) L.I.R.

Sa conjointe était quant à elle bel et bien actionnaire de la société et, à ce titre, pouvait valablement invoquer un objectif de gagner du revenu (même si aucun dividende n'a été déclaré). Cependant il y a eu encore refus de la PDTPE, la Cour ayant estimé que la preuve ne démontrait pas que ses actions et créances étaient sans espoir de recouvrement à la fin de l'année en cause. La Cour d'appel donc a rejeté la demande de ces contribuables.

45. AGENCE DU REVENU DU CANADA, « Pertes au titre d'un placement d'entreprise », *Bulletin d'interprétation en matière d'impôt sur le revenu*, IT- 484R2, 28 novembre 1996.

46. Qui peut être appliquée aux trois années précédentes et aux vingt années futures.

47. 2014 CAF 281.

Les partenaires financiers d'une société privée, autres que les actionnaires, ont grand intérêt à prévoir un taux d'intérêt sur leur créance, même non cumulatif, puisque cette possibilité de gagner du revenu peut leur ouvrir la porte à une PDTPE en cas de fermeture de l'entreprise.

Dans *St-Hilaire c. R.*⁴⁸, un contribuable qui avait fait des avances à sa société s'est vu aussi refuser la PDTPE par la Cour canadienne de l'impôt. En effet, lors de la proposition concordataire de la société, les créanciers ont exigé que l'actionnaire renonce à sa créance, ce qu'il a fait. La société a aussi comptabilisé ce règlement. Ainsi, « la créance a été radiée par les termes mêmes de la proposition concordataire et a cessé d'exister »⁴⁹. Comme sa créance irrécouvrable n'existait plus à la fin de l'année, elle ne pouvait pas être prise en PDTPE. Si la société avait fait faillite, ce traitement lui aurait été accordé.

Même si elles sont exigeantes, soyons aussi aux aguets pour reconnaître les conditions d'application de ce genre de perte. Cela double l'économie fiscale qu'elle procure.

1.8 Immobilier et taxes de vente

Dans *Couture c. Canada*⁵⁰, les terrains vendus ont été déclarés être des fournitures taxables par la Cour d'appel fédérale. Même si un projet immobilier ne fonctionne pas et que finalement les terrains doivent être vendus à perte, cela ne veut pas dire que ces ventes ne font plus partie du cadre d'une entreprise. Certains arguments des contribuables, basés sur une double imposition des taxes (en raison des taxes payées sur les infrastructures avant l'entrée en vigueur de la TPS)⁵¹ et basés sur le fait que Revenu Québec avait refusé de reconnaître une entreprise pour l'utilisation des pertes en impôt sur le revenu, n'ont pas été retenus.

48. 2014 CCI 336.

49. *Ibid.*, par. 39.

50. 2014 CAF 35 (demande pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, 23-10-2014, 35809, 2014 CanLII 62238).

51. *Ibid.*, par. 16. En fait, il existe l'article 336 de la L.T.A., préc., note 11, qui vise les situations transitoires pour les transferts d'immeubles, mais les parties ne l'ont pas invoqué.

Dans *Larocque c. Québec*⁵², le contribuable a invoqué son impossibilité d'agir à l'intérieur du délai de deux ans pour demander un remboursement de taxes lié à l'achat d'immeubles neufs locatifs. Reconnaissant qu'au fédéral ce délai est interprété comme étant de rigueur⁵³, le juge a estimé néanmoins qu'au Québec le résultat est différent. En déterminant que l'article 378.16 de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*⁵⁴ représente un délai de prescription et non de déchéance, le juge admet l'argument de l'impossibilité d'agir du contribuable résultant des conseils erronés de son comptable et de son notaire. Le juge de la Cour du Québec a ainsi permis de repousser le délai pour obtenir un remboursement.

Il est à noter dans *Larocque*, que les premières déclarations inscrites dans les contrats d'achat du contribuable mentionnaient que ces immeubles lui serviraient de résidence habituelle. Ces déclarations ont été modifiées par acte de correction à la suite du refus de l'ARQ. L'appel de cette décision comporte donc des enjeux intéressants.

Remboursement pour la résidence habituelle

Ces déclarations de résidence habituelle ne doivent pas être inscrites à la légère. Les notaires doivent informer leur client qu'une fausse déclaration peut leur apporter des problèmes avec le fisc. On en a un autre exemple dans la décision *Berkovich c. La Reine*⁵⁵. Deux contribuables (madame était courtier en immobilier) ont acheté un condominium neuf au centre-ville de Toronto. Entre le moment de leur offre et la construction de leur unité, quatre années ont passé. Au contrat ils ont déclaré en faire leur lieu de résidence habituelle. Or, quelques semaines après leur achat, l'unité a été offerte en vente avec 140 000 \$ de profit.

La preuve très détaillée du fisc a démontré qu'ils ont eu une installation limitée à cet endroit. Le juge a noté entre autres qu'ils n'avaient pas prévu de place pour stationner leur deuxième véhicule ! Dans l'examen de la preuve, les contribuables se sont même fait demander s'ils avaient des preuves d'achat de leur épicerie dans les environs de l'unité, s'ils avaient fait un changement d'adresse ou modifier leur assurance. Le fisc a de plus examiné leur consumma-

52. 2014 QCCQ 8246 (inscrite en appel).

53. Voir par exemple *Brar c. La Reine*, 2014 CCI 76.

54. *Loi sur la taxe de vente du Québec*, RLRQ, c. T-0.1 (ci-après « L.T.V.Q. »).

55. 2014 CCI 268.

tion d'énergie ! Le juge a même commenté le genre d'escalier du condo face à l'âge plus avancé de l'acquéreur ! Il faut préciser que le couple avait d'autres propriétés également, ce qui a certainement coloré leur achat. En fin de compte, ils n'ont pas réussi à prouver en raison des faits qu'ils avaient véritablement l'intention que cette unité devienne leur résidence habituelle en vertu du paragraphe 254(b) L.T.A. Ils avaient plutôt saisi une opportunité dans le marché immobilier.

Rappelons que le critère ici pour obtenir ce remboursement de taxes diffère du critère de « résidence principale » aux fins de l'exemption du gain en capital sur la résidence en impôt sur le revenu. Il faut ici démontrer qu'il s'agit du principal lieu de vie du particulier ou de l'un de ses proches (un ex-conjoint ou une personne liée).

Dans *Lussier c. Construction RMR Leblanc inc.*⁵⁶, cette décision de la Cour du Québec illustre le fait que tous les propriétaires doivent se qualifier au remboursement de taxes. Les acheteurs se retournaient ici contre leur constructeur et la firme de notaire pour avoir manqué à leur devoir de conseil. Ils affirmaient leur avoir dévoilé que l'un des deux habitait en Alberta. Le juge n'a toutefois pas retenu la responsabilité du constructeur et du notaire, puisqu'ils ne pouvaient pas savoir si monsieur reviendrait ou non de l'Alberta après l'achat. On peut donc penser que ces personnes n'étaient pas ici des conjoints au sens fiscal du terme. Les deux propriétaires ne pouvaient donc pas avoir tous les deux pour intention de faire de l'habitation sa « résidence habituelle » pour lui-même ou une personne liée, même si pour madame c'était le cas. Le paragraphe 262(3) L.T.A. précise en effet que tous les particuliers propriétaires sont examinés ensemble⁵⁷.

La décision rendue dans *Rocheport c. R.*⁵⁸ est une autre situation de common law où l'ajout d'un second propriétaire à l'immeuble à titre de *joint tenant* à des fins d'obtention du financement aurait,

56. 2015 QCCQ 2 (division des petites créances).

57. Préc., note 11, par. 262(3) L.T.A. : « Lorsque la fourniture d'un immeuble d'habitation ou d'une part du capital social d'une coopérative d'habitation est effectuée au profit de plusieurs particuliers ou que plusieurs particuliers construisent ou font construire un immeuble d'habitation, ou y font ou font faire des rénovations majeures, la mention d'un particulier aux articles 254 à 256 vaut mention de l'ensemble de ces particuliers en tant que groupe. Toutefois, seulement l'un d'entre eux peut demander le remboursement en application des articles 254, 254.1, 255 ou 256 relativement à l'immeuble ou à la part ».

58. 2014 CCI 34.

selon le fisc disqualifié l'autre propriétaire occupant au remboursement de taxes. Cependant, le juge a réussi à interpréter cette situation comme ayant créé une fiducie⁵⁹ en faveur de la conjointe admissible au remboursement. Madame a été considérée la propriétaire « effective » de la maison avec son mari, même si le titre était détenu en partie par le second propriétaire.

Nous avons noté une grande quantité de décisions récentes concernant ce remboursement pour habitation neuve⁶⁰. Cela indique vraisemblablement qu'il fait l'objet d'une vérification particulière par les autorités fiscales.

1.9 Terrain de la résidence principale

Les jugements sur la définition de la résidence principale aux fins de l'exemption de gain en capital sont rares. Voici pourquoi on peut souligner la décision rendue dans *Lever c. ARQ*⁶¹.

La disposition pertinente à ce litige se trouve à l'article 277 de la *Loi sur les impôts*⁶² du Québec :

277. La résidence principale d'un particulier est réputée comprendre le terrain sur lequel elle repose et la partie du terrain contigu que l'on peut raisonnablement considérer comme facilitant l'usage et la jouissance du logement à titre de résidence.

Toutefois, si l'étendue globale du terrain sur lequel repose la résidence principale et de la partie du terrain contigu excède un demi-hectare, l'excédent est réputé ne pas faciliter l'usage et la jouissance du logement à titre de résidence à moins que le particulier n'établisse que cet excédent est nécessaire à un tel usage et à une telle jouissance.

Dans l'interprétation de cet article, le juge de la Cour du Québec affirme étonnamment ce qui suit dans son analyse :

Le terme terrain est employé à deux reprises dans cet article. Il doit donc avoir le même sens ou la même signification dans les deux cas. Or, puisqu'un terrain sur lequel repose la résidence principale ne sau-

59. Ce qui aurait été impossible au Québec en l'absence de transfert à un patrimoine distinct.

60. Notamment *D'ambrosio c. R.*, 2014 CCI 63 ; *Kukreja c. R.*, 2014 CCI 56 ; *Sharp c. R.*, 2014 CCI 323.

61. 2014 QCCQ 5069.

62. *Loi sur les impôts*, RLRQ, c. I-3. (ci-après « L.I. »).

rait être un chemin, une rue ou une voie permettant la circulation, il doit en être de même en ce qui concerne le terrain contigu.⁶³

Les lots de terrain étaient séparés de la résidence par un chemin privé appartenant au contribuable, mais sur lequel des droits de passage avaient été consentis aux propriétaires voisins. Le juge a considéré que ce chemin, pourtant propriété du contribuable, brisait la contiguïté nécessaire avec le lot sur lequel était située la résidence. Il faut noter que la superficie totale en cause ne dépassait pas un demi-hectare. À la première lecture, il s'agit d'une conclusion trop stricte de la loi. Cependant, en examinant le plan qui fait partie du jugement, on se rend compte que ces lots étaient séparés les uns des autres par d'autres lots appartenant à des tiers. Leur seul lien était ce chemin appartenant au contribuable. Toutefois, en refusant l'exonération dans ce cas-ci, cela permettrait au fisc de ne pas l'accorder non plus lorsque le terrain se situe de part et d'autre d'un chemin privé, ou même à la limite de tout espace sur lequel des tiers peuvent exercer un droit de passage. Les lois fiscales peuvent parfois donner un résultat trop généreux, mais comme il s'agissait d'une situation exceptionnelle, le juge aurait dû de l'avis de l'auteur accorder l'exonération.

1.10 Terre agricole et exonération du gain en capital

Dans le jugement *Otteson c. La Reine*⁶⁴, le juge Hogan de la Cour canadienne de l'impôt apporte une interprétation intéressante de la notion de terre utilisée à des fins agricoles aux fins de l'exonération pour gain en capital qui, soit dit en passant, a été augmentée à 1 M \$.

Propriétaires d'une terre de grande superficie, les contribuables en ont loué une partie pour la culture du foin et exploité le reste en tant que ferme forestière (terre à bois). Le juge, afin d'admettre l'admissibilité à l'exonération, s'est dit d'accord avec le fait que les époux avaient constitué une société de personnes tacite pour exploiter leur ferme. De plus, dans son interprétation de l'exigence que la terre agricole ait été utilisée par la famille et non un locateur non lié,

63. *Lever c. ARQ*, préc., note 61, par. 71.

64. 2014 CCI 250.

le juge a accepté de scinder la terre en une partie admissible et une partie non admissible. Il énonce que :

Par. 61. Selon moi, rien dans le texte de la disposition n'interdit de ne tenir compte que d'une partie d'un plus vaste ensemble de terres, car cela reviendrait à privilégier les terrains régulièrement lotis à ceux qui ne le sont pas.

Il est à noter ici, qu'en reconnaissant en plus la présence d'une société de personnes tacite pour l'exploitation de la terre à bois (et non pour la propriété des terrains), cela a réduit les exigences requises par la L.I.R. pour que la partie de la terre à bois soit admissible à l'exonération. Notamment, il n'était plus nécessaire de considérer si les revenus de source agricole des conjoints dépassaient leurs autres revenus⁶⁵.

Finalement, c'est donc sur le gain en capital de la moitié de leur terre que les conjoints ont pu appliquer l'exonération de gain en capital pour biens agricoles admissibles.

1.11 Revenu d'entreprise ou un gain en capital

1.11.1 Vente d'actions de sociétés privées

La distinction entre de la spéculation résultant en un revenu d'entreprise et un investissement donnant droit à un gain en capital concerne habituellement de l'immobilier ou des actions cotées en Bourse. Cependant, cela n'exclut pas l'application des mêmes principes lors d'une vente d'actions de sociétés privées. Le fisc a principalement utilisé cette distinction comme moyen pour contester l'effet des transactions de vente et de don d'actions d'un mari à sa femme préalablement à une transaction déjà planifiée de vente de toutes ces actions à des tiers. Dans *Gervais c. R.*⁶⁶ le mari avait, d'une part, vendu un bloc d'actions à son épouse en s'imposant au plan fiscal et en prévoyant un prix de vente payable sur cinq ans avec intérêts et, d'autre part, donné un autre bloc de la même catégorie d'actions avec roulement cette fois (et donc attribution du gain en capital à être réalisé). Madame se retrouvant avec deux blocs d'actions ayant un coût moyen égal à la moitié de la valeur de toutes ses actions a réalisé un gain en capital à la vente des actions aux

65. Préc., note 11, sous-al. 110.6 (1.3) (b) (i) (A) L.I.R.

66. 2014 CCI 119.

tiers. Ce gain a été en partie attribué à son mari (pour le don) et l'autre partie lui permettait d'utiliser sa propre exonération pour gain en capital.

Le juge de la Cour canadienne de l'impôt, en analysant si madame a eu véritablement un gain en capital ou plutôt un revenu d'entreprise, exprime ce qui suit :

Les faits relatifs aux actions que Mme Gendron a acquises sont incompatibles avec un investissement et ne favorisent pas la conclusion qu'il s'agit d'une vente à titre de capital :

- a) Avant même que Mme Gendron ait acquis ses actions, elle avait l'intention de les revendre à très court terme.
- b) Les actions n'ont produit aucun revenu pendant qu'elle les a détenues.
- c) Les actions ont été revendues moins de deux semaines après leur acquisition.⁶⁷

Le juge a été quelque peu embêté par le fait que cette présumée « entreprise » de madame n'avait pas pour but de faire du revenu – puisque les actions ont été revendues à des tiers au prix coûtant. Cependant, il a vu dans le paiement échelonné sur cinq ans avec intérêts une occasion d'affaires suffisante⁶⁸.

En reconnaissant qu'il s'agissait d'un bien en inventaire, le prix de ces actions ne pouvait être amalgamé avec les actions reçues du don de monsieur, qui elles, ne pouvaient être que des immobilisations selon le juge, puisque madame n'avait fait que les recevoir passivement. Même une revente rapide du bien donné n'entraînerait pas une activité commerciale.

En appliquant cette notion de bien en inventaire lors de la vente aux tiers, madame se trouvait maintenant à n'avoir plus aucun revenu à déclarer sur les actions « en inventaire » achetées à leur valeur marchande de son mari. Toutefois, le mari lui s'est vu attri-

67. *Ibid.*, par. 94.

68. Il s'agit probablement de l'aspect le plus faible de ce jugement. Comment justifier une nature spéculative lorsque l'acquéreur doit revendre au même prix ? Le fait de pouvoir tirer un revenu de la différence entre le prix de vente et les termes du paiement du prix n'indique-t-il pas que ce qui a été vendu c'est plutôt la créance résultant de la vente au tiers et non les actions en tant que telle déjà sujettes à cette offre de vente ? Quoi qu'il en soit, le résultat aurait sans doute été le même.

bué tout le gain en capital (au lieu de la moitié) des actions « en immobilisation » qu'il lui avait données. Il n'y avait plus possibilité de calcul du prix moyen entre ces deux blocs d'actions dans les mains de madame, puisque ce calcul n'est applicable que pour les actions d'une même catégorie qui sont toutes des immobilisations. Le juge a ironiquement souligné que madame pouvait ainsi conserver son exonération pour plus tard !

Cette cause nous rappelle en plus que lorsque l'acquéreur est déjà en scène, il est trop tard pour transférer des actions à son épouse sous prétexte de lui rendre sa part. Le moindre avantage fiscal en découlant est facilement contestable pas le fisc.

1.11.2 Vente d'immeubles

Au chapitre des immeubles, on retrouve dans la jurisprudence plusieurs exemples de litiges entre le fisc et les contribuables qui veulent qualifier leur propriété d'immobilisation pour profiter du traitement du gain en capital.

Par exemple, dans *Timu c. ARQ*⁶⁹, même si le contribuable a avancé que son intention au moment de l'achat de sa maison était de se rapprocher de ses enfants, le juge a estimé que les faits démentaient cela. Faisant partie d'une famille en immobilier, il avait rénové entièrement la maison et l'avait revendue trois mois plus tard avec plus de 100 000 \$ de profit. Il s'agissait donc de revenu d'entreprise. Il est à noter que le contribuable a avancé ici que le prix réel n'était pas celui à l'acte notarié, preuve qui lui a été refusée.

Dans *Dubé c. ARQ*⁷⁰, le fisc a cotisé avec intérêts et pénalités sur la base d'un revenu d'entreprise le contribuable, ses fils et sa belle-fille pour la vente à répétition de résidences auto-construites. Certaines années étaient prescrites, mais le juge est venu à la conclusion que, puisque le contribuable Dubé avait des revenus importants qui découlaient de ses activités et qu'il était conseillé par un comptable fiscaliste, il ne pouvait pas ne pas connaître la nature de

69. 2015 QCCQ 842.

70. 2014 QCCQ 5010. Pour un autre exemple de revenu d'entreprise pour ventes multiples en peu de temps voir *Constantin c. La Reine*, 2014 CCI 327 ou *Pyontka c. R.*, 2014 CCI 374. Cependant les faits de cette dernière affaire sont très particuliers et n'apportent aucun éclairage sur la distinction entre le gain en capital et le revenu d'entreprise.

son entreprise. Cela permettait donc de passer outre cette prescription.

Il faut remarquer aussi que le juge a analysé la situation de chaque immeuble vendu isolément, de sorte que même dans ces circonstances, il a consenti à reconnaître un gain en capital pour la vente d'une terre servant de territoire de chasse. Pour les autres immeubles, même si les contribuables ont avancé une foule de motifs similaires concernant leurs familles, le juge ne les a pas crus et a décidé en faveur d'un revenu d'entreprise⁷¹.

Plus récemment cependant, la Cour d'appel du Québec dans *Hardy c. ARQ*⁷² a fait un rappel à l'ordre au niveau du traitement des témoignages des contribuables. Elle a renversé le jugement de première instance et déclaré que le revenu de la vente de deux maisons par deux conjoints n'était pas du revenu d'entreprise mais du gain en capital. Les raisons financières et familiales invoquées pour motiver leurs ventes étaient plausibles et auraient dû avoir l'effet d'une preuve *prima facie* pour démolir la présomption de validité des cotisations et renverser le fardeau de preuve envers le fisc. Pourtant dans ce cas les contribuables avaient acheté cinq terrains et construit quatre maisons en six ans...et monsieur est ébéniste et courtier immobilier !

Le notaire devrait aviser leurs clients qui font de multiples transactions immobilières de conserver des preuves de leur intention d'utiliser personnellement leur immeuble à titre de résidence ou d'investissement à long terme si c'est le cas. Il serait utile aussi de conserver la documentation prouvant que des faits nouveaux leur ont fait vendre leur habitation ou immeuble. Ce sont eux qui doivent assumer le fardeau de la preuve. Invoquer que son conjoint trouvait la résidence trop grande ou trop petite pourrait ne plus suffire.

1.12 Simulation et le fisc

L'état du droit veut qu'une contre-lettre soit supposée être reconnue par le fisc qui agit en mode cotisation, puisqu'il doit évaluer les impôts de la transaction telle que réellement passée. Fait exception à cela le cas du contribuable qui essaie de jouer sur deux

71. Voir aussi *Audet c. Agence du revenu du Québec*, 2014 QCCQ 2173 où le juge n'a pas retenu la version du contribuable.

72. 2015 QCCA 564.

tableaux avec le fisc⁷³. *A contrario* en mode recouvrement, le fisc peut invoquer sa qualité de tiers et s'en remettre au contrat apparent. Voyons si la jurisprudence récente appuie ces principes.

Dans *Kiliaris c. ARQ*⁷⁴, le fisc en recouvrement a allégué la simulation de transferts d'actions et à titre subsidiaire l'inopposabilité des actes. En première instance, la juge a décidé que la société de gestion de monsieur était une simulation et était son *alter ego* et en conséquence permettait de lever le voile corporatif et de prendre l'argent de la société. La Cour d'appel a renversé ce jugement. Elle a établi que c'était au fisc de prouver cette simulation, car la bonne foi se présume. La Cour d'appel a aussi précisé, au niveau de l'appréciation de la preuve, que le juge ne peut pas juste ne pas croire un témoin. Il doit se baser sur des éléments raisonnables pour arriver à cette conclusion. « *Il ne peut pas simplement se fier à son flair* »⁷⁵. En conclusion, la Cour d'appel n'a pas retenu la simulation de ces transferts d'actions et a déclaré que le recours en inopposabilité était prescrit.

Dans *Canada c. Tehrani*⁷⁶, le fisc qui est en mode recouvrement d'une créance de plus de 1 M \$, s'oppose aux hypothèques que le contribuable a consenties à sa mère sur ses immeubles en alléguant une dette à son égard de 500 000 \$. La simulation de ce prêt est invoquée par le fisc mais n'est pas retenue par le juge, car ce dernier n'a pas été en mesure de prouver quelle était la contre-lettre. D'autres moyens ont été soumis pour faire annuler ces hypothèques créées tardivement, soit leur inopposabilité et la prescription de la créance de la mère au moment de leur constitution. Le juge a retenu ces deux moyens en préférant finalement rendre jugement sur le moyen de la prescription. Il n'y a pas eu de preuve de la renonciation à la prescription de la créancière avant qu'elle ne s'opère. La radiation des hypothèques est donc ordonnée.

73. Pour un exemple voir *6149626 Canada inc. c. Agence du revenu du Québec*, 2014 QCCQ 8084. La Cour du Québec est d'avis dans cette affaire que l'on ne peut invoquer le contrat apparent pour réclamer une exemption en vertu de la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*, RLRQ, c. D-15.1, et ensuite invoquer le contrat réel pour échapper au droit supplétif imposé en vertu de l'article 19.1 de cette loi. Concernant la simulation et les droits de mutation, voir aussi au même effet *Dugas c. Sherbrooke (Ville de)*, 2014 QCCQ 11718.

74. 2015 QCCA 416.

75. *Ibid.*, par. 67.

76. 2014 QCCS 5527.

Ce dernier jugement met en relief la nécessité pour les prêts entre personnes liées de les documenter et de se préoccuper de la prescription extinctive de trois ans.

1.13 Succession et impôt sur le REÉR

Une décision de la Cour d'appel du Québec nous rappelle que, en l'absence de mention au contraire dans le testament, les impôts du défunt liés à la disposition à la juste valeur marchande de son REÉR (ou FEÉR) au décès n'ont pas à être assumés par un légataire particulier ou un bénéficiaire désigné. Dans *Laforest c. Boudreault*⁷⁷, une belle-mère a prétendu qu'elle n'avait pas à rembourser à la fille de son défunt conjoint les impôts liés au REÉR dont cette fille avait été désignée bénéficiaire. Ces impôts s'élevaient à 108 187 \$ et la fille les avait elle-même payés, compte tenu du manque de liquidité de la succession. Mais puisque le juge de première instance s'est dit d'avis que le défunt, qui était représentant d'assurance, connaissait l'impact du décès sur un REÉR et laissait des actifs suffisants dans la succession pour payer ces impôts⁷⁸ et qu'au surplus la fille a reçu le REÉR hors succession, l'appel a été rejeté.

1.14 Indice de richesse

Lorsque le fisc soupçonne une personne de ne pas avoir déclaré tous ses revenus, il peut faire enquête et établir une cotisation sur ce qu'il pense être la vérité⁷⁹. Dans *Maruca c. ARQ*⁸⁰, on trouve expliqué le fonctionnement de la méthode de trésorerie que peut utiliser le fisc pour établir approximativement le revenu supposément non déclaré du contribuable. En résumé, cette méthode de trésorerie consiste à compiler toutes les entrées de fonds et toutes les sorties de fonds réelles ou présumées compte tenu du niveau de vie du con-

77. 2015 QCCA 162.

78. Encore une fois, il faut examiner le jugement de première instance (*Laforest c. Boudreault*, 2013 QCCQ 4575) pour comprendre pourquoi un élément si connu est allé à la Cour d'appel. En y regardant de plus près, on constate qu'il y avait une contradiction entre le testament du défunt et la désignation de bénéficiaire ultérieure de son REÉR assimilable à un produit d'assurance sur la vie. Le défunt avait fait un legs des REÉR à madame ainsi que de ses produits d'assurance sans bénéficiaire désigné. Par la suite il a révoqué sa conjointe à titre de bénéficiaire de son REÉR pour nommer sa fille. Cette désignation a donc eu préséance sur le testament.

79. En vertu de l'article 95. 1 L.A.F., préc., note 37.

80. 2014 QCCA 1683.

tribuable. Si les sorties de fonds présentent un écart par rapport aux entrées et que cet écart ne peut être expliqué, alors le fisc présume qu'il s'agit d'un revenu au noir qui doit faire l'objet d'une cotisation.

Si une telle initiative du fisc peut être vue positivement par l'ensemble des contribuables, il n'en demeure pas moins que l'exercice comptable est loin d'être simple et peut exiger une preuve difficile à faire pour un particulier qui a une tenue de livre déficiente pour ses affaires personnelles, ou qui n'a pas les moyens de payer un expert pour l'accompagner dans cette démarche, d'où le grand risque de résultat injuste. La collaboration avec le fisc peut au moins dans ce cas démontrer sa bonne foi.

Dans *Dussault c. ARQ*⁸¹, la Cour d'appel du Québec a mentionné qu'il n'est pas suffisant pour le contribuable de se défendre en invoquant qu'il ne s'agit pas d'une bonne méthode d'évaluation dans les circonstances, ni en disant que les calculs comportent des dédoublements. Il doit identifier précisément les erreurs commises afin de pouvoir réussir à réduire la cotisation.

1.15 Encore et toujours l'article 160 L.I.R.

La jurisprudence fiscale nous amène quelques décisions sur ce moyen exceptionnel de recouvrement dont dispose le fisc à l'égard des tiers qui ont fait des transactions dans le passé avec un débiteur fiscal sans payer la valeur marchande⁸².

Dans *ARQ c. St-Laurent*⁸³, la Cour d'appel du Québec a cependant rejeté l'appel du fisc dans le cadre d'un tel recours. L'intérêt de cette décision est de mettre en évidence la difficulté du contribuable de payer ses obligations lorsque le fisc a effectué une saisie de son compte bancaire. Dans l'affaire *St-Laurent*, le contribuable a requis sa conjointe d'utiliser son compte bancaire à elle pour y déposer ses chèques à lui et faire ses paiements. En 17 mois, il y avait déposé 47 000 \$ à cette fin. Or, le fisc réclame cette même somme de sa conjointe invoquant qu'il s'agit d'un transfert sans contrepartie... sinon une simple obligation morale. Le fisc apporte un argument alternatif basé sur un mandat nul, puisque contre l'ordre public...

81. 2014 QCCA 1968.

82. Préc., note 11, art. 160 L.I.R. (et son équivalent au Québec, L.A.F., préc., note 39, art. 14.4).

83. 2014 QCCA 553.

ainsi que l'argument d'une simulation qui lui permettrait de se prévaloir du contrat apparent. C'est la totale ! La Cour d'appel rejette tous ces arguments et revient à la base de l'article 14.4 L.A.F., soit la question de la présence d'une contrepartie lors du transfert de l'argent au compte de banque de madame. La Cour reconnaît qu'une simple obligation morale de rembourser les sommes à monsieur n'aurait pas été suffisante pour constituer une contrepartie. Or, la Cour constate le fait qu'une créance de monsieur envers madame a vraiment été créée à chaque versement au compte de cette dernière. Contrairement à la prétention du fisc, la contrepartie n'avait évidemment pas à être versée immédiatement lors du transfert pour échapper à l'article 14.4 L.A.F., la naissance d'une créance de valeur équivalente au transfert suffisait.

Cette situation peut être comparée avec la décision rendue au fédéral dans *Canada c. Lemire*⁸⁴ qui a aussi exempté une conjointe de fait de l'application de l'article 160 L.I.R. dans des circonstances de dépôt de chèques du débiteur fiscal à son compte, mais cette fois, elle lui remboursait les montants tout de suite. Madame ne connaissait pas l'état d'insolvabilité de monsieur et croyait seulement lui rendre service et non pas servir de prête-nom pour frauder le fisc. La relation juridique a été interprétée comme un mandat et l'argent est demeuré celui de monsieur.

Il faut rappeler aux clients que le laps de temps entre le transfert au conjoint et le recouvrement par le fisc peut s'étirer sur une longue période. Ainsi, dans *Saint-Pierre c. ARQ*⁸⁵, le transfert d'un immeuble à la conjointe pour un prix égal à l'hypothèque à payer (qui était moindre que la valeur marchande) avait eu lieu en 2003, alors qu'aucune cotisation envers monsieur n'était en cours. La cotisation pour l'année 2003 est arrivée en 2006 et ce n'est qu'en 2010 que monsieur a fait faillite, incitant le fisc à se prévaloir de l'article 14.4 L.A.F. et à réclamer avec succès à la conjointe la somme d'environ 13 000 \$.

Faut-il aussi mentionner l'histoire malheureuse de ce père⁸⁶ qui a fait un don notarié le 25 novembre 2009 d'un terrain à son fils, alors que ce dernier devait des taxes de vente (il a déclaré faillite en 2012). Le fils lui a rétrocédé le terrain pour 2 000 \$ en décembre

84. 2013 CAF 242.

85. 2015 QCCQ 1285.

86. *Sarrazin c. La Reine*, 2014 CCI 127.

2009... mais ce père a dû rembourser 21 160 \$ au fisc en vertu du paragraphe 325(2) L.T.A. !

Il est à noter qu'une fiducie de protection d'actifs ne protège en rien lorsque les biens lui ont été donnés par une personne liée déjà endettée envers le fisc. Ce dernier peut alors réclamer à la fiducie la valeur des biens qui lui ont été donnés à l'époque de la donation. Pour des biens qui perdent de la valeur, cela peut vouloir dire que la fiducie n'obtiendra pas en les vendant un prix aussi élevé que sa dette fiscale. Dans *Tardif c. ARQ*⁸⁷, le fisc a cotisé une fiducie en 2012 pour un montant de 63 000 \$ relativement à des véhicules qui avaient cette valeur au moment du transfert par donation en 2007 !

1.16 Travailleur autonome ou employé dans une relation tripartite ?

Les critères de la distinction entre un employé et un travailleur sont basés sur les faits, tels que le lien de subordination, la présence d'autres clients, etc. Or lorsqu'une agence de personnel fournit des travailleurs à une entreprise, quel est le statut de ces personnes ? Sont-ils des travailleurs indépendants ou sont-ils des employés ? Et de quelle entité ? L'agence de personnel, dans l'affaire *Agence Oceanica c. ARQ*⁸⁸, estimait que le personnel infirmier qu'elle référerait avait le statut de travailleurs autonomes et ne percevait pas les cotisations sur la masse salariale. Le client payait l'agence pour les services de ces personnes. Chez le client, les tâches étaient les mêmes que celles de ses employés. La Cour d'appel du Québec est venue à la conclusion que ces infirmières avaient un statut d'employé « *parce qu'elle effectue son travail sous la direction et le contrôle d'une entité* »⁸⁹. Il y avait complète intégration à la structure organisationnelle du client et les caractéristiques du contrat de service sont absents (choix des horaires et des moyens et risque de perte). Ceci étant dit, il restait à connaître qui assumait le rôle d'employeur auprès du fisc. En se référant à de la jurisprudence en droit du travail, la Cour a découvert que l'employeur pour les fins de l'unité syndicale n'est pas nécessairement celui qui verse la rémunération dans une relation tripartite. Ainsi il peut y avoir partage des obligations d'un employeur entre celui qui fait effectuer un travail et celui qui verse le salaire selon les termes de chaque loi.

87. 2014 QCCQ 4758.

88. 2014 QCCA 1385.

89. *Ibid.*, par. 38.

Puisque le versement des charges de nature fiscale incombe à la personne qui paie le salaire, l'agence avait donc la responsabilité de ces cotisations soit à titre d'employeur ou en tant que mandataire de l'employeur.

1.17 Quelques décisions en vrac

1.17.1 Refus des frais de services entre sociétés liées

Dans *Bessette c. ARQ*⁹⁰, le fisc a refusé à une dentiste les frais de gestion payés par son Centre dentaire à une autre société lui appartenant et qui en théorie devait rendre des services de conseil et de consultation au Centre dentaire. Ces services sont notamment les services d'hygiène dentaire. La cotisation est basée ici sur la difficulté dans les faits d'identifier quels services ont été réalisés et par qui. La dentiste a simplement imputé de façon discrétionnaire des revenus à cette société pour lesquels elle n'a pas pu prouver aucun service. De plus, la Cour a constaté l'absence de factures, de même que le fait que la société n'avait aucun salarié et n'avait acheté aucun matériel pour rendre des services de gestion ou d'hygiène.

Comme quoi la meilleure planification fiscale ne résiste pas à l'analyse si les affaires du contribuable ne reflètent pas la structure mise en place.

1.17.2 Loyer – revenu de bien ou d'entreprise ?

Dans *McInnes c. R.*⁹¹, le juge explique bien l'importance de reconnaître une activité de location comme étant une entreprise et non un revenu de bien. Dans le cas d'un revenu de bien, la dépense d'amortissement ne peut dépasser les revenus et créer une perte, alors que cette limite ne s'applique pas pour le revenu d'entreprise⁹².

Dans cette affaire, le contribuable affirmait avoir une entreprise d'hébergement touristique. Le juge a plutôt été d'avis qu'il s'agissait d'un revenu de bien, car les services, autres que la location

90. 2014 QCCQ 4329.

91. 2014 CCI 247.

92. Cette exception est prévue dans le *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., c. 945, al. 1100 (14.2) (b).

comme telle, qu'il a rendus à ses locataires (ménage et entretien) étaient trop limités.

1.17.3 Divorce et compte occulte à l'étranger

Dans une requête pour mesure provisoire⁹³, on apprend que le couple avait un compte de banque conjoint au Luxembourg non déclaré au Canada. Un processus de divulgation volontaire anonyme était en cours avec les autorités fiscales pour rapatrier ces sommes sans payer de pénalité. Or, le juge en ordonne le rapatriement... peu importe l'impact fiscal !

Comme quoi la meilleure échappatoire fiscale ne résiste pas aux tumultes familiaux !

1.17.4 Offre d'achat dans cinq ans – quelle est la valeur marchande ?

Lorsqu'une offre d'achat acceptée d'un terrain auprès d'une société dont on est actionnaire prévoit un délai maximum de cinq ans pour le contrat de vente, doit-on considérer la valeur de ce terrain au moment de l'offre ou au moment de l'achat pour savoir si l'actionnaire a reçu un avantage imposable⁹⁴ ? Dans *Dussault c. ARQ*⁹⁵, au moment du contrat d'achat par l'actionnaire, le terrain en cause avait une valeur de 136 000 \$ et était cadastré et desservi, alors qu'au moment de l'offre d'achat le prix convenu quatre années auparavant avait été de 65 000 \$. Le fisc voulait imposer la différence en tant qu'avantage reçu, mais la Cour du Québec n'a pas été de cet avis. Puisque l'offre d'achat était un engagement sans condition et que le prix fixé à cette date correspondait à la valeur marchande du terrain, aucun avantage n'en découle. Ajoutons que les motifs expliquant ce délai de cinq ans ont paru à la juge être de bonne foi. Le contribuable a avancé que l'implantation des services sur les lots avait pris beaucoup de temps. Il devait aussi se libérer de ses engagements dans son autre ville de résidence, et enfin il a motivé son achat par le fait que le projet serait mieux vu si le promoteur venait y demeurer.

93. *Droit de la famille – 141047*, 2014 QCCS 1966.

94. En vertu de l'article 111 L.I., préc., note 62 (équivalent de préc., note 11, art. 15 L.I.R.).

95. 2014 QCCQ 2361.

1.17.5 Notaire et roulement

Un notaire a été poursuivi dans le cadre du roulement d'un immeuble à une société⁹⁶. Le client lui reprochait de ne pas avoir utilisé sa juste valeur marchande au lieu de seulement avoir inscrit le chiffre qu'il lui avait dit. Or, le notaire ignorait que le client avait fait évaluer son immeuble... La Cour n'a rien trouvé à reprocher au notaire, d'autant plus que l'acte contenait une clause d'ajustement du prix.

Le notaire devrait conserver des notes de la source des différents paramètres utilisés à l'occasion d'un roulement. Même si en général le client s'en remet à son notaire et son comptable, il est approprié de lui expliquer que le fisc exige que la valeur transmise reflète la valeur réelle basée sur une évaluation dans la mesure du possible.

2. FIDUCIES

Voici quelques décisions en matière de fiducie qui ont retenu l'attention dans la dernière année. Il n'y a pas beaucoup d'éclairage vraiment nouveau. Cependant, il est clair que les fiduciaires de complaisance devraient revoir leur rôle.

2.1 Suivi de décisions commentées l'an dernier

2.1.1 Giroux c. Langlois

Dans la chronique de l'an dernier, nous avons commenté la décision *Giroux c. Langlois*⁹⁷. Il s'agissait d'une histoire relative à la malheureuse transmission d'une entreprise aux enfants par le biais d'une fiducie testamentaire. Les fiduciaires avaient congédié le fils en raison de son comportement, lui qui pourtant avait été le bras droit du défunt père et était la personne à qui ce dernier destinait le contrôle. La Cour d'appel⁹⁸ a confirmé que le fils n'a plus d'actions ni de poste de direction au sein de l'entreprise. Elle estime que les fiduciaires avaient le droit de l'écarter. Cependant, elle précise que les fiduciaires ne peuvent faire un gel successoral, ni transférer les biens dans une fiducie miroir, sans autorisation de la Cour, ces pou-

96. *Doucet c. Lamarre*, 2014 QCCQ 6276.

97. 2012 QCCS 5184 ; D. BRUNEAU, préc., note 2, p. 147.

98. 2015 QCCA 23.

voirs n'ayant pas été expressément prévus. Pour ceux qui se demandaient pourquoi la liste des pouvoirs des fiduciaires est si longue y trouveront leur réponse.

Il est à noter qu'en première instance, la Cour avait aussi établi qu'en l'absence d'un pouvoir à cet effet le fiduciaire ne pouvait pas imposer la signature d'une convention entre actionnaires aux enfants avant de leur remettre les actions.

Il est certain que des pouvoirs de faire un gel ou d'imposer une convention entre actionnaires sont des pouvoirs spéciaux qui risquent de brimer les droits de certains bénéficiaires qui sont en opposition avec les fiduciaires. Leur ajout à l'acte de fiducie devrait toutefois être soulevé et discuté dans un contexte d'entreprise.

2.1.2 Bell c. Molson

Une deuxième décision qui a connu un dénouement en Cour d'appel est l'affaire *Bell c. Molson*⁹⁹. En première instance, les bénéficiaires d'une fiducie créée en 1937 ont obtenu un jugement en leur faveur leur accordant 665 000 \$ pour la faute des fiduciaires dans la gestion des placements. Cependant, le juge avait accordé aux fiduciaires le remboursement de leurs frais de plus de 3 M \$. Il faut dire que l'administration fiduciaire durait depuis 1937 !

La Cour d'appel est intervenue sans surprise pour changer ce résultat. Elle a maintenu le dommage tout en réduisant considérablement le remboursement des frais. Au sujet des questions sur le fonds, elle a reconnu la faute des fiduciaires de ne pas avoir eu une politique d'investissement, tel que requis par l'article 1340 C.c.Q., d'avoir surpondérer certains titres dont Nortel et d'avoir fait fi des avertissements d'un des fiduciaires. Elle a aussi reconnu le dommage encouru, même si son évaluation est bien théorique et a confirmé qu'une clause de non-responsabilité pour les placements ne libère pas les fiduciaires de leur obligation de prudence et de diligence.

En ce qui concerne les frais, la Cour renverse la décision de première instance en refusant les frais des fiduciaires qui n'ont pas été faits pour l'avantage des bénéficiaires ou pour réaliser le but de l'administration ! Ainsi, on en déduit que le fiduciaire qui se ferait

99. 2015 QCCA 583.

poursuivre personnellement pour une conduite fautive, mais qui est de bonne foi, ne pourrait plus demander que la fiducie assume les frais de sa défense. Le juge Vézina conclut en disant : « En somme, si le fiduciaire plaide dans l'intérêt du bénéficiaire, c'est ce dernier qui paye et si, au contraire, il plaide dans son propre intérêt, c'est lui-même qui doit payer. Voilà qui a du sens. »

2.2 Faculté d'élire

Dans *G.B. c. Si.B.*¹⁰⁰, des enfants du défunt invoquent que leur père les a, par abus de droit, écarté du bénéfice des sommes qui étaient en fiducie. Cette fiducie comportait une faculté d'élire pouvant être exercée par le père.

Or, deux filles exclues du partage avaient dénoncé à la police et accusé leur père d'agression sexuelle, mais les preuves n'étaient pas suffisantes pour que la poursuite entame des procédures. Il va sans dire que les relations entre le père et ces enfants étaient très tendues. Ces filles avancent maintenant qu'elles sont victimes de représailles dans la décision de leur père de les écarter de la fiducie. Quant au troisième enfant exclu, il ne voyait plus son père en raison aussi de ces événements.

Le père a donc choisi d'élire ses quatre autres enfants restants pour recevoir l'héritage obtenu en fiducie de son propre père¹⁰¹.

Dans son analyse de l'exercice de la faculté d'élire par ce père, le juge Gagnon de la Cour supérieure a rejeté l'action des enfants déshérités en énonçant ce qui suit :

[65] Mais il y a plus. Le Tribunal est d'avis que R... B... n'avait pas besoin d'une raison juste et équitable pour désigner seulement quatre de ses sept enfants comme étant les bénéficiaires de la fiducie et de son assurance vie ainsi que pour en faire ses légataires par son testament.

[66] Il lui suffisait en effet de désigner, parmi ses descendants, ceux et celles qui bénéficieraient, conformément à la discrétion ou à la faculté que lui avait confiée son grand-père en constituant la fiducie. Ce qu'il a fait.

100. 2013 QCCS 6128, (en appel 2014 QCCA 326).

101. Le libellé est celui d'une substitution mais un jugement antérieur a décidé qu'il s'agissait d'une fiducie.

[67] Le recours fondé sur l'abus de droit nécessite de celui qui exerce ses droits civils qu'il le fasse de façon à nuire ou de manière excessive et déraisonnable.

[68] La preuve soumise ici ne permet pas de conclure en l'espèce que R... B..., en exerçant la faculté d'élire, en léguant ses biens ou en modifiant l'identité des bénéficiaires de son assurance en cas de mort, ait agi de mauvaise foi. L'exercice de ses droits a certes un impact important sur trois de ses enfants, mais on ne peut pour autant conclure à de la mauvaise foi.

L'appel de ce jugement sera très attendu car deux théories s'affrontent en pratique. On peut prétendre qu'une faculté d'élire confère à celui qui l'obtient le pouvoir de choisir comme il l'entend, ou bien, on peut être d'avis que la faculté d'élire n'est pas un pouvoir absolu et que cette décision doit pouvoir se justifier raisonnablement. Même si le résultat peut être comme ici choquant, l'auteure est de la première école. C'est à celui qui confère ce pouvoir d'établir des balises, s'il le souhaite. Un tel pouvoir peut être comparé à une liberté testamentaire dont une personne se voit investie. Mais face à une situation d'agression sexuelle, les juges de la Cour d'appel voudront peut-être en décider autrement...

2.3 Vente sans la connaissance d'un des deux fiduciaires

Dans *Myers c. House Trust*¹⁰² les deux seuls fiduciaires (mère et fille) d'une fiducie testamentaire créée en Ontario¹⁰³ et propriétaire d'un chalet au Québec sont en conflit. Lorsque la fille décide de vendre le chalet de la fiducie, elle signe une offre d'achat sans le dire à sa mère qui est malade. Le notaire prépare un contrat avec la comparution des deux fiduciaires, mais il n'y a pas signature. Le promettant-acheteur signifie une requête en passation de titre seulement à l'adresse de la fille, tout en laissant une copie pour l'autre fiduciaire. Ce promettant-acheteur obtient un jugement par défaut contre la fiducie.

Une fois au courant de ce qui s'est passé dans son dos, la mère fiduciaire dépose une demande de rétractation du jugement en passation de titre.

102. 2015 QCCS 885.

103. Le droit ontarien n'a pas été plaidé, le juge applique le droit québécois.

La décision analyse les motifs de rétractation. Le défaut de comparaître de la mère fiduciaire résulte du fait qu'elle ignorait tout. Même si la signification à un seul des fiduciaires a été techniquement faite dans les règles de l'art, la négligence de la fille cofiduciaire de lui remettre copie de la signification constitue pour la mère cofiduciaire une cause de rétractation.

Pour ce qui est de la demande de passation de titre, la mère en demande le rejet car l'action a été prise contre la fiducie et non les fiduciaires, ce dont le juge convient.

Mais en plus, la mère demande le rejet de la passation de titre sur la base qu'il ne pouvait y avoir ici de mandat apparent, car la bonne foi commande que le promettant-acheteur ne pouvait pas se fier ici aux représentations faites par une seule des fiduciaires, sans vérifier ce qu'en pensait l'autre ou au moins l'informer. L'une des conditions au mandat apparent est que le tiers de bonne foi ait vérifié les pouvoirs du mandataire apparent.

En conséquence, le juge annule tout et refuse la passation de titre.

Il est étonnant que la conséquence n'ait pas été ici un recours en responsabilité de la mère envers la fille. En permettant la rétractation d'un jugement, le juge ouvre la porte à des contestations de transactions avec les fiducies et rendent aléatoires leurs effets.

La pratique de faire intervenir tous les fiduciaires à une transaction immobilière est d'autant plus importante suivant cette décision. De même, la signification à tous les fiduciaires personnellement assure que les effets de la procédure seront ensuite reconnus.